

**III. PREMIO SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT  
2009/2010**



## FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA ALEVOSÍA: CONVERSIÓN DE HOMICIDIO EN ASESINATO

Por D. FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ MORA

*Estudiante de 4.º curso de Derecho*

*Trabajo premiado con el 1.º premio San Raimundo de Peñafort  
de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*

### **Resumen**

En este ensayo se cuestiona la pervivencia en nuestro Derecho Penal de la alevosía como circunstancia genérica de agravación de la responsabilidad criminal (art. 22.1.<sup>a</sup>) y, más concretamente, como circunstancia que convierte la figura de homicidio en asesinato, con la diferencia de pena que ello conlleva, bajo la consideración de que, siguiendo al Profesor Carbonell, esto supone un auténtico «castigo al listo».

Para que una circunstancia suponga el nacimiento de un nuevo tipo penal ésta tiene que venir fundada en consideraciones objetivas, en un mayor contenido de injusto, y no en consideraciones subjetivas, para no incurrir en inconstitucionalidad. No obstante, de los antecedentes de la figura de la alevosía y su consideración por los tratadistas, además de la lectura de la jurisprudencia, se desprende que su verdadera razón de ser es por la consideración de «cobarde» que se atribuye al sujeto que delinque de esta determinada forma.

### **Abstract**

This essay questions intent's survival in our Criminal Law as a generic circumstance which increases criminal responsibility (art. 22.1.<sup>a</sup>) and, more concretely as a circumstance which turns the figure of homicide into murder, with the difference in sentence which this entails, considering that, according to Professor Carbonell, this represents a real «punishment for the smart».

In order to lead to the birth of a new type of criminal offence, a circumstance must be based on objective considerations in which the action itself means greater wrong, and not on subjective considerations, in order not to commit unconstitutionality. Nevertheless, contemplating the precedents of the figure of intent and its consideration by

experts, together with the reading of jurisprudence, it is inferred that its true *raison d'être* is the consideration of «coward» attributed to the individual who offends in this particular manner.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNDAMENTACIÓN Y NATURALEZA: IDEAS INTRODUCTORIAS
- III. TESIS OBJETIVISTAS
- IV. TESIS SUBJETIVISTAS
- V. CONSIDERACIONES FINALES

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque tratar de definir lo que la Ley ya ha definido es al menos inoperante<sup>1</sup>, resulta obligado, antes de abordar el fundamento y naturaleza de la alevosía en nuestro Código Penal (con especial atención a la conversión del homicidio del art. 138 en el asesinato del art. 139), sentar una definición y una introducción a esta circunstancia agravante tradicional en nuestro Derecho.

A tal efecto, conviene tener presente, en primer lugar, la etimología del término «alevosía» que, según Camargo Hernández<sup>2</sup>, deriva de la palabra gótica «levian», que significa «obrar a traición», o de la sajona «laeva», que significa «traidor».

Este mismo autor cita en su monografía sobre la alevosía tres definiciones atendiendo a criterios tradicionales, legales y jurisprudenciales; habiendo alevosía, según criterio tradicional, cuando se obra «a traición y sobre seguro» (definición de los Códigos Penales de 1822, 1848 y 1850). En la actualidad, hay que atender a la definición que hace el Código en el art. 22. 1.<sup>a</sup>: «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido» (similar definición que la del Código Penal de 1870).

Aunque el legislador, desde 1870, describe de forma exhaustiva la circunstancia agravante de alevosía, no han faltado matices diferentes dentro de la doctrina e incluso de la jurisprudencia. Así, Camargo Hernández cita la Sentencia de 27 de mayo de 1949 como definición: «La circunstancia agravante de alevosía que es de naturaleza subjetiva (...) exige y consiste en el empleo intencionado y consciente de medios, modos y formas que, como expresión de pensamientos y voluntad, con meditación anterior o surgida de manera espontánea, tienda especialmente, en el propósito del culpable, a la doble finalidad de asegurar la consumación de la agresión y eludir todo riesgo personal que pudiera derivarse de la reacción defensiva del ofendido y no de un tercero».

Por otra parte, Bacigalupo considera que, cuando la alevosía convierte el homicidio en asesinato ésta no puede ser definida de igual forma que cuando

---

<sup>1</sup> Como indica SEGRELLES EN COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1999, pág. 800.

<sup>2</sup> CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La Alevosía*, 1953.

actúa como agravante genérica y eso porque, según este autor, es imposible diferenciarla del abuso de superioridad. Por tanto, para ese caso, habría que definirla como abuso de confianza del agresor con respecto a la víctima. Esta posición, como bien señala Cobo del Rosal<sup>3</sup> no puede ser seguida porque llevaría a tener que utilizar dos conceptos diferentes de alevosía. Además, en caso de ser aceptada la definición de Bacigalupo, cuando la alevosía convirtiera el homicidio en asesinato estaríamos realmente ante dos circunstancias: abuso de confianza más abuso de superioridad.

Es la Sentencia de 22 de enero de 1992 la que trata de una forma estructurada las tres clases de alevosía: la denominada «proditoria», que sería la equivalente al «guet-apens» francés, es decir, estar a la espera en determinados lugares durante un tiempo para dar muerte al individuo o para realizar sobre él actos de violencia; la súbita o inopiada que consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino y la que consiste en el «aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento», como en el caso de niños pequeños o ancianos que, aunque la jurisprudencia lo sigue contemplando como alevoso, una buena parte de la doctrina discrepa de esta consideración.

Destaca la Sentencia, en el caso de la primera clase de alevosía, que en nuestro Derecho se ha visto ampliada al introducir las referencias «a traición y sobre seguro» el Código Penal de 1822, suponiendo cualquier forma de actuar con seguridad y sin riesgo para el agresor o para quitar la defensa a la víctima.

Por último, hay que hacer una mínima referencia a los requisitos necesarios para que pueda considerarse la alevosía, que son, según Vives Antón<sup>4</sup>, cuatro: el normativo, ya que, según la ley, sólo se puede apreciar en los delitos contra las personas; el objetivo, que supone la utilización de los modos o formas tendentes a asegurar la actuación sin riesgo para el sujeto activo, es decir, evitando la respuesta y defensa del sujeto pasivo; el elemento subjetivo, pues el agresor debe haber buscado o utilizado los medios intencionadamente y el elemento teleológico, pues ha de comprobarse si en el caso concreto se ha dado efectivamente indefensión. No obstante, esto no está en conformidad con lo que señala Camargo Hernández, pues, para él, cuando el agresor utilice medios que cree idóneos para provocar indefensión, aunque no se haya producido en realidad, deberá apreciarse alevosía dada su naturaleza subjetiva<sup>5</sup>.

Es necesario ahora introducirse en los antecedentes históricos de la alevosía y, en menor medida, del asesinato. Y es necesario para comprender después lo que es el núcleo de este trabajo: el debate sobre el fundamento y naturaleza de esta circunstancia, ciñéndonos al caso de la conversión del homicidio en asesinato. Se comprobará cómo, en origen, el fundamento de la alevosía fue

<sup>3</sup> COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1993.

<sup>4</sup> VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal: Parte Especial*, 2004.

<sup>5</sup> CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, 1953, pág. 52.

la consideración de cobarde, traidor o desleal del que acababa con la vida de una persona de una determinada manera, es decir, por el mayor reproche de su actuación.

Volvemos a la Sentencia de 22 de enero de 1992, pues resume el devenir histórico de esta circunstancia de una forma que, aunque breve, es reveladora: «La alevosía representa la cristalización de una larga evolución histórica que ha pasado de comprender los más graves crímenes a convertirse en una circunstancia de agravación aplicable tan sólo a los delitos contra las personas e inherente al asesinato con dicha calificación y de consistir en un quebrantamiento a la fidelidad debida y ser semejante a la traición, a la deslealtad en suma, trocarse en un aseguramiento de la ejecución del hecho y de la persona del ejecutor».

Ya describen las Partidas la traición, refiriéndose a la alevosía, como «cosa más vil y la peor que puede caer en corazón de hombre, naciendo de ellas tres cosas contrarias a la lealtad que son éstas: tuerto, mentira y vileza», aclarando después que «traición quiere decir tanto como traer un hombre a otro so semejanza de bien o mal, y es maldad que tira así la lealtad del corazón del hombre».

Esta idea de traición tradicional ha sido utilizada en la definición de alevosía de distintos Códigos Penales de nuestra historia. Hasta el Código de 1870 se definía, como ya hemos apuntado, en dar muerte «a traición y sobre seguro» o «a traición o sobre seguro» (Código de 1850). Por tanto, esa idea de traición ha estado presente no sólo en el fundamento, sino también en la definición, hasta hace poco más de un siglo. No obstante, como señala Alonso Álamo<sup>6</sup> no existió unanimidad en torno a la idea de traición pues, mientras que unos entendían que suponía el obrar faltando a la lealtad o confianza por engaño o cautela (Groizard) otros atendían a la tradicional definición de conducir a la víctima a mal so semejanza de bien.

Señala Alonso que en el Código de 1870, como se ha apuntado, se describe ya la alevosía en los términos que hoy conservamos, describiendo el legislador la manera en que se comete la actuación, manera que, según la autora, no puede ser otra que la traición, entendiéndose ésta con la definición tradicional de nuestro Derecho de conducir a alguien a mal so semejanza de bien<sup>7</sup>.

Por último, hay que atender también a la consideración histórica que tiene el asesinato como conducta más reprochable que el homicidio, es decir, por alarma general, se pena con más contundencia *a quien mata de una determinada manera*, por tanto, se consideran las circunstancias que hoy pueden convertir el homicidio en asesinato, es decir, la alevosía, el ensañamiento y el precio, recompensa o promesa, como formas más reprochables de quitar la vida a una persona.

---

<sup>6</sup> ALONSO ÁLAMO, M., *El Sistema de las Circunstancias del delito. Estudio General* (Tesis Doctoral), 1981.

<sup>7</sup> ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, 1981, pág. 474.

La denominación de asesinato aparece en Las Partidas, encontrándose sus antecedentes en las Cruzadas<sup>8</sup> y, aunque sus características han sido variables en las diferentes culturas jurídicas (es un «producto de la ley», según Torío), siempre ha expresado el deseo común de penar más ciertas formas de quitar la vida a las personas.

## II. FUNDAMENTACIÓN Y NATURALEZA: IDEAS INTRODUCTORIAS

Vamos a entrar, hecha ya esta introducción, a analizar la naturaleza y fundamentación de la alevosía, debiendo rechazar como fundamento el que señalan, entre otros, Gracia Martín o Cerezo Mir: «la idea del aseguramiento de la ejecución evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima»<sup>9</sup>. Este no es el fundamento de la circunstancia, sino la actuación en sí, es lo que lleva a cabo el agresor. El fundamento hay que encontrarlo respondiendo a la pregunta de por qué se contempla esta actuación, esta agravación, en el Código Penal, ¿es por un mayor reproche hacia una conducta del autor o por castigar más contundentemente un mayor injusto?, ¿es, quizás, por atender a una mayor peligrosidad del sujeto o por atender a una mayor alarma social? Esto es lo que se va a tratar de analizar.

Es acertada la controversia que introduce Morales Prats<sup>10</sup> alrededor de la fundamentación material del asesinato y, con él, de sus circunstancias inherentes, ya que este delito estuvo pensado para los regímenes que contemplaban, como el español, la cadena perpetua o la pena capital, guardándose el delito del asesinato para formas mucho más reprochables de matar a otro, a los que se les aplicaban estas mayores penas, frente a los homicidas, a los que se les aplicaba la pena de prisión temporal. No obstante, aunque estas penas ya no se contemplan en nuestro Ordenamiento Jurídico, sigue existiendo la diferenciación entre asesinato y homicidio. Además, que se reservara la pena de muerte o cadena perpetua para los asesinos evidencia esa mayor repulsa social indicada anteriormente y que será importante a la hora de buscar un verdadero fundamento.

Es necesario descartar la idea de la mayor peligrosidad del autor como fundamento y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar porque, aunque se ha pretendido hallar perfiles diferentes entre el asesino y el homicida, no acreditan, sin usar la presunción, una mayor proclividad criminal del autor (Bacigalupo<sup>11</sup>), en contra de lo sostenido por Cuello Calón<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> COBO DEL ROSAL, M., *op. cit.*, 1993.

<sup>9</sup> Díez Ripollés, J. L. y Gracia Martín, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, 1993.

<sup>10</sup> C.G.P.J., *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*. En el capítulo de F. Morales Prats, «Las formas agravadas de homicidio. Problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», Madrid, 1995.

<sup>11</sup> COBO DEL ROSAL (dir.), *op. cit.*, 1993.

<sup>12</sup> Citado por Camargo Hernández, C., *op. cit.*, 1953.



Por otra parte, resulta inconcebible que en un Estado social y democrático de Derecho se atienda a la personalidad del autor y no a la gravedad y características del hecho; está ya superado un Derecho penal de autor (Torío, Cobo del Rosal, Morales Prats).

Se encuentra en la sentencia de 12 de marzo de 1992 una de las claves de bóveda para entender el fundamento de la alevosía, al decir: «Finalmente, y por lo que se refiere al eco social que toda conducta punible conlleva, no cabe duda tampoco que la mayor repulsa que significa la actuación alevosa, plenamente justificativa de un mayor plus incriminatorio». Con esta afirmación se nos da a entender que estamos creando esta circunstancia frente a una repulsa social ética (Carbonell Mateu, González Cussac) sin atender muy bien, por el contrario, a un fundamento jurídico para contemplarla actualmente en el Código Penal. De esto se deriva que, para la parte de la doctrina que pretenda eliminarla del código, en los tiempos de legislación a golpe de telediario en los que nos encontramos, resultará una ardua tarea. No se puede, bajo mi humilde entender, convertir la figura del homicidio en la del asesinato solamente atendiendo a la alarma social y desatendiendo la estructura lógica del Ordenamiento penal. Y, aquí, introduzco mi idea, que será desarrollada posteriormente: la figura del asesinato debería ser suprimida del Código Penal pues, ni la circunstancia de alevosía (objeto de este trabajo) ni la de precio, recompensa y promesa, tienen base suficiente para dar este salto de penalidad; la solución más acertada sería movernos dentro de los marcos de la pena de homicidio atendiendo a estas circunstancias (incluso hay que ir más allá, pues con la alevosía lo que se está haciendo es «castigar al listo» –como dirían Cobo del Rosal, Carbonell, Vives Antón<sup>13</sup>, con lo que debería desaparecer–). Sí tiene suficiente base la circunstancia de ensañamiento, pero sería más fácilmente solucionable castigando por homicidio con un concurso ideal de delitos.

Volviendo al aspecto de la alarma social, es significativo destacar el ejemplo puesto por Fernández Albor<sup>14</sup>, al decir que «Si el padre, por defender la honra de su hija mata alevosamente, no cabe duda que tiene un motivo y no parece el delito tan repulsivo como otros que hemos citado; por tanto, no se dan en él las características de “asesino”». A esto es a lo que podemos llegar si atendemos, sin buscar otro fundamento o base, a la alarma social.

Por otra parte, tendría mucho más sentido, si atendemos a la alarma social, convertir en circunstancia del asesinato los llamados móviles fútiles, es decir, matar por matar, sin ningún motivo. Me causa mucha más alarma el que mata únicamente para saber lo que se siente al hacerlo que el que mata asegurándose de que lo hace bien, es decir, alevosamente.

La doctrina no se encuentra unida en torno a la fundamentación y naturaleza de esta agravante. Está ya superada la consideración a la peligrosidad y,

<sup>13</sup> VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen*, Valencia, 1987.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Homicidio y asesinato*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1964, pág. 159.

con buen criterio, no entendiéndose suficiente el hecho de la alarma social, ésta se divide en considerar a la alevosía como una circunstancia subjetiva u objetiva (sin perjuicio de que en ella converjan elemento subjetivos y objetivos, como es obvio, lo que ocurre es que hay que determinar a qué se le da la fuerza superior como para fundamentar). Los que consideran los elementos subjetivos como fundamentadores, es decir, «la desvalorización del autor, referida no al hecho cometido, sino a su vida anterior, su forma de pensar o su actitud ante el ordenamiento jurídico» (De la Mata Barranco<sup>15</sup>), consideran esta agravante de naturaleza subjetiva y, por tanto, la sitúan dentro de la culpabilidad. Por el contrario, los que consideran fundamentadores los elementos objetivos, es decir, la mayor gravedad del mal producido, la mayor desprotección del bien jurídico o la atención a otros bienes jurídicos, consideran a la alevosía como una circunstancia objetiva y la sitúan dentro de un mayor injusto.

En esta dicotomía se adentrarán las páginas sucesivas no escuchando, por inapropiado, el comentario de Segrelles de Arenaza<sup>16</sup>, cuando dice: «Nos interesa el Derecho positivo, el art. 22.1 C.P., lo que nos lleva a excluir, como tendremos ocasión de comprobar, elementos subjetivos y conceptos inexistentes en la Ley, por ser contrarios al principio de legalidad». No podemos desatender elementos subjetivos al deber estar presentes en todas las circunstancias y delitos del Código Penal pues, si no, desatenderíamos un Derecho penal de culpa. Además, como se verá, el elemento subjetivo está especialmente presente en esta circunstancia.

### III. TESIS OBJETIVISTAS

Nos centraremos, en primer lugar, en las consideraciones sobre el carácter objetivo (y, por tanto, dentro del mayor contenido de injusto) de la alevosía.

Debe entenderse ya superada, además de poco fundamentada, la postura de Silvela de considerar objetivas todas las circunstancias agravantes porque «para apreciarlas, para tenerlas en cuenta, no es necesario saber el estado o situación del ánimo del culpable en el momento de delinquir, porque el criminal no las lleva consigo, no están unidas a él por una relación necesaria, sino que se encuentran en la materia misma del hecho criminoso, único que es necesario conocer, único que es necesario estudiar para saber si tales circunstancias existen o no»<sup>17</sup>.

Los autores que defienden la naturaleza objetiva de la alevosía consideran que en el plano ex ante el empleo de determinados medios para evitar la defensa de la víctima y que tienden a la aseguración de la muerte de ésta suponen una mayor peligrosidad objetiva de la acción. La utilización de estos medios supone una especial facilidad en la comisión, se pone en mayor peligro al bien jurídico

<sup>15</sup> COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., 1999.

<sup>16</sup> COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., 1999.

<sup>17</sup> SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios*, Madrid, 1903.

vida porque es más fácil agredir. Además, señala De la Mata Barranco<sup>18</sup>, debe considerarse esta actuación más grave por la indefensión en la que se encuentra la víctima, teniendo en cuenta, según este autor que «la indefensión exige mayor protección» (en el mismo sentido Álvarez García y García Arán), siendo necesaria, además, una mayor penalidad para hacer desistir al sujeto de la utilización de estos medios (así, Mir Puig).

Situando la fundamentación en la mayor peligrosidad de la acción, para considerarse la alevosía, según el profesor Morales Prats<sup>19</sup>, los medios deben ser idóneos. No obstante, el mismo autor señala que no toda la doctrina opina de igual forma, pues Gracia Martín no considera necesaria la característica de la idoneidad, por lo que «no siempre se dará una mayor peligrosidad de la acción», según palabras del autor<sup>20</sup>.

Señala De la Mata Barranco que es doctrina y jurisprudencia mayoritaria la que considera la alevosía como circunstancia objetiva, debiendo aquí señalar como autores que siguen esta postura, además de los citados *supra* a Morales Prats, Antón Oneca, Quintano Repollés, Alonso Álamo, Mapelli Caffarena, Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, etcétera.

El fundamento de la alevosía, en tanto en cuanto convierte un tipo (138) en otro (139) debería ser objetivo. Y ello porque, al igual que Cobo del Rosal y Carbonell consideramos que no se puede formar un nuevo tipo delictivo si no existe un aumento del injusto, es decir, no sólo se debe atender a criterios subjetivos que son, como veremos más adelante, de carácter ético. No se pueden incluir cuestiones éticas para considerar nuevos tipos delictivos, añadiendo los citados autores que esto es de muy dudosa constitucionalidad.

Si la alevosía tuviera un fundamento predominante subjetivo podría servir para establecer una pena dentro de un marco general, pero no para dar el salto cualitativo de homicidio a asesinato<sup>21</sup>. Esta es la tesis de estos autores que, desde luego, compartimos. La cuestión es ¿tiene la alevosía una naturaleza objetiva o subjetiva?

No obstante, si aún se considerara que, como consecuencia del aseguramiento de la ejecución e indefensión del sujeto pasivo, actuar con alevosía supone un mayor contenido de injusto, no explicaría suficientemente el importante incremento de pena que se produce en el asesinato<sup>22</sup>. Es decir, aun aceptando esto (aunque, desde mi punto de vista, no se da) no es razón suficiente para convertir el homicidio en asesinato.

<sup>18</sup> COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *op. cit.*, 1999, pág. 819 (DE LA MATA BARRANCO, N.).

<sup>19</sup> C.G.P.J., *op. cit.*, 1995.

<sup>20</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTÍN, L., *op. cit.*, 1993, pág. 110.

<sup>21</sup> VIVES ANTÓN, T. S., *op. cit.*, 1987. Capítulo XXXI: «Delitos contra las personas (continuación): el asesinato», por los profesores COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL, J. C., pág. 526.

<sup>22</sup> Tesis de BAJO FERNÁNDEZ, COBO DEL ROSAL y DEL ROSAL BLASCO. Citado por COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *op. cit.*, 1993.

Es interesante el apunte que realiza De la Mata Barranco<sup>23</sup> (en el mismo sentido, Córdoba, Bustos-Hormazábal, Carbonell y Prats) al decir que, aun aceptando por su parte la tesis de un mayor contenido de injusto (como la doctrina mayoritaria) no se puede dejar de atender a las voces que pregonan una inexistencia de fundamentación en la alevosía. Según el autor, podemos conectar esto a las continuas referencias a la cobardía, traición o deslealtad que no sólo plagan las monografías sino también las sentencias (en este sentido, las vistas de 27 de mayo de 1949 y, más recientemente de 22 de enero de 1992 y de 12 de marzo de 1992). Se alude constantemente a estos aspectos por un verdadero fundamento en cuestiones éticas. La alevosía, y para comprender esto sólo hay que atender a las diferentes definiciones que de ella se ha dado en los Códigos Penales y a las referencias que, ya desde las Partidas, se hacen, ha sido creada y fundada como figura legal por el mayor reproche hacia el autor, por matar de una determinada forma, constituyendo, por tanto, una condición subjetiva y fundamentada en cuestiones éticas. Consciente la doctrina de que en base sólo a esto no puede darse un cambio de homicidio a asesinato, han intentado objetivizar esto acallando, ya de paso, la alarma social que provocan estos sujetos agresores. No obstante, no se puede desoír siglos y siglos donde se ha argumentado este carácter subjetivo y ético, con lo que son continuas las referencias en las sentencias.

Desde mi punto de vista, recordando la introducción histórica que se ha hecho al principio (ahora aquí su utilidad, pues es necesario el conocimiento de la Historia del Derecho) la alevosía fue creada atendiendo a un reproche ético, única y exclusivamente en base a esto. Lo que no se puede pretender ahora es objetivizar las cosas y decir que su fundamento es otro. Lo ideal sería que su fundamento fuera objetivo pues sólo así tendría cabida en el art. 139 para convertir el homicidio en asesinato, pues se daría un mayor contenido de injusto. No obstante, esto no es así, con lo que es necesaria una revisión del articulado del Código Penal.

Bajo la actual regulación, nos encontramos con la situación de que, existiendo dos sujetos, A y B, habiendo acabado ambos con la vida de una persona, pero habiendo B esperado al acecho para atacarla (alevosía proditoria), A es penado por homicidio (10 a 15 años, art. 138 C.P.) mientras que B es penado por asesinato (15 a 20 años, art. 139 C.P.); esta diferencia de años de prisión es inaceptable atendiendo únicamente a la alevosía. Ambos han acabado con la vida de una persona con lo que, atendiendo a la imponderabilidad de la vida humana (una de las bases del Derecho penal general) no podemos decir que se ha producido un mayor contenido de injusto, porque ambos han acabado con el mismo bien jurídico: la vida humana. No podemos decir que, por no seguir ciertas «reglas de matar», haya una posible diferencia entre ambos de 5 años de prisión.

---

<sup>23</sup> COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *op. cit.*, 1999, pág. 821.

Siguiendo a González Cussac<sup>24</sup>, la alevosía se basa «en las superiores posibilidades de alcanzar la impunidad o en las mayores facilidades comisivas, es decir, circunstancias en las que se castiga el delito bien hecho». A esto se le pueden oponer razones éticas y situarlo en una mayor culpabilidad, pero no razones estrictamente jurídicas y situarlo en un mayor contenido de injusto. Por intentar alcanzar la impunidad, por intentar consumir el delito, por intentar no enfrentarse a la oposición lógica de la víctima se podrán oponer razones éticas pero no razones de mayor contenido de injusto. Esto es intentar objetivar lo subjetivo, con lo que no podemos considerar la alevosía como una condición objetiva, que supone un mayor contenido de injusto.

Estoy completamente de acuerdo con los profesores Cobo del Rosal y Carbonell, cuando argumentan: «Cabe criticar la existencia de una circunstancia que agrava la responsabilidad en virtud de que el sujeto, que ha decidido realizar una conducta delictiva, tomó medidas para hacerlo bien, asegurándose el resultado y evitando riesgos. Eso no es nada más que hacer bien las cosas. Y las cosas aún las malas, deben hacerse bien. O es que, ¿se pretende que quién mata a otro lo haga poniéndose en peligro a sí mismo y tomando medidas que permitan a la víctima defenderse y evitar el resultado? Eso, más que romanticismo trasnochado, difícilmente concebible en esta esfera de conductas, constituye un simple “castigo al listo”»<sup>25</sup>.

#### IV. TESIS SUBJETIVISTAS

Nos encaminamos ya hacia lo que va a constituir el núcleo, lo esencial, de este ensayo: el análisis de las posiciones que consideran la alevosía una circunstancia agravante de carácter subjetivo, fundamentada por tanto en pensamientos del agresor, en su actitud hacia el bien jurídico y el Ordenamiento: en la cobardía, deslealtad y traición (entre otras características). Estas posiciones estudian esta circunstancia dentro de la mayor culpabilidad.

Aparte de las continuas alusiones a estas características del agresor a lo largo de la historia, como se ha tenido la ocasión de comentar, incluso en las sentencias se encuentran hoy reseñas a ellas (como ya apuntaba De la Mata Barranco –nota 23–). Ejemplos de esto lo tenemos en la Sentencia de 22 de enero de 1992, cuando dice: «Una reiterada doctrina de esta Sala –*ad exemplum*, sentencias de 5 de febrero de 1981, 3 de mayo y 11 de noviembre de 1982, 16 de mayo, 1 de junio, 4 de julio y 19 de diciembre de 1983, 10 de mayo de 1984, 2 de diciembre de 1986, 23 de febrero y 24 de octubre de 1987 y 24 de octubre de 1988– ha estimado necesario para su aplicación el que pueda apreciarse un “plus” de culpabilidad y de antijuricidad y la concurrencia de los requisitos siguientes:

<sup>24</sup> VIVES ANTÓN, T. S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1993, pág. 538.

<sup>25</sup> VIVES ANTÓN, T. S., *op. cit.*, 1987. Capítulo XXXI: «Delitos contra las personas (continuación): el asesinato», por los profesores COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL, J. C., pág. 529.

aseguramiento del resultado criminal sin riesgo para el ofensor, revelación de un ánimo tendencial, como exponente de vileza y cobardía en el obrar, y que se produzca una mayor repulsa por la actividad desarrollada» y la Sentencia de 12 de marzo de 1992, al decir: «desde el punto de vista de la culpabilidad, se requiere un dolo subjetivo, se requiere un ánimo tendencial dirigido a los fines antes dichos, especialmente la indefensión, con lo que la circunstancia adquiere singulares matices de vileza y cobardía. Finalmente, y por lo que se refiere al eco social que toda conducta punible conlleva, no cabe duda tampoco que la mayor repulsa que significa la actuación alevosa, plenamente justificativa de un mayor plus incriminatorio».

Las referencias a la «vileza» y a la «cobardía» en ambas sentencias, además de «la mayor repulsa social» que dicen producir, ponen en evidencia que, más allá de una fundamentación objetiva antes estudiada, se da mucha importancia a las características de la actuación del agresor, el matar «de una determinada manera», como argumentan, entre otros Cobo del Rosal y Carbonell Mateu, no siguiendo unas determinadas «reglas» que nos recuerdan a siglos pasados, de duelos entre caballeros, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

Aunque más atrás en el tiempo, también es significativa la Sentencia de 23 de enero de 1936 que, al analizar que los medios del agresor deben estar dirigidos a evitar el riesgo de una posible defensa de la víctima, dice: «todo lo que lleva implícitamente al agente a la idea normativa de su perversa conducta externa, de la traición y de la cobardía o el aprovechamiento para la más fácil consecución de sus propósitos, que le ofrezcan tal desleal ventaja».

Esta tesis del carácter subjetivo es y ha sido seguida, entre otros, por Casmargo, Fernández, Fernández Albor, Del Rosal, Pacheco, Viada, Cuello Calón, Manzini, Ferrer Sama, Antón Oneca, Martín González, Jiménez Asenjo, Vizmanos, etcétera.

Antes de analizar más detenidamente cada uno de los puntos en los que la doctrina se apoya para considerar la alevosía como circunstancia subjetiva, es gráfico apuntar aquí algunas citas (igual que se ha hecho con las sentencias) de autores que siguen esta idea. Así, Viada dice que las circunstancias agravantes en general son «hijas de ese mayor grado de perversidad que puede manifestarse en la comisión de todo delito»<sup>26</sup>, siendo, por tanto, de naturaleza subjetiva y Cuello Calón señala que «el carácter de estas circunstancias es puramente personal y subjetivo, pues no representan sino una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren», además de que «dichas agravantes representan un aumento de la culpabilidad del agente a causa de la mayor criminalidad del hecho. En realidad no son más que manifestaciones de una mayor peligrosidad del delincuente, la mayor gravedad

---

<sup>26</sup> VIADA, S., *Código Penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, pág. 247.

objetiva del delito es consecuencia de la mayor gravedad subjetiva del delincuente»<sup>27</sup>.

Por su parte, Vizmanos apunta que: «el hombre que proponiéndose causar un mal, acecha la ocasión en que pueda sorprender a su víctima para acometerla traidoramente, por la espalda y sobre seguro, es por cierto mucho más culpable que el que sin tomar estas precauciones, provoca la cólera y la defensa de la persona ofendida»<sup>28</sup>.

Morales Prats, que parte de una condición objetiva de la alevosía, señala que parte de la doctrina<sup>29</sup> defiende el carácter subjetivo por suponer la actuación del agresor un mayor desprecio al bien jurídico. No obstante, no considero apropiado sostener un incremento de pena fundándonos en un supuesto mayor desprecio a los bienes jurídicos; por una parte, porque a lo que hay que atender es a la lesión de estos e, incluso habiendo diferencias en el respeto hacia la vida que cada uno tenga, el desvalor resultado es el mismo: el ataque contra el bien jurídico «vida humana independiente». Además, cuando la doctrina, hoy parece minoritaria, fundamenta sus tesis en torno a una idea de subjetividad, no lo hace atendiendo al mayor desprecio que tenga el sujeto a los bienes jurídicos porque, por otra parte, el agresor-asesino puede tener tan poco respeto como el agresor-homicida y, sin embargo, puede utilizar medios tendentes a asegurar el resultado y evitar la posible defensa de la víctima; lo hacen atendiendo a la mayor perversidad del sujeto, a un modo de matar que merece ser más rechazado por la comunidad; idea que, por mi parte, tampoco comparto.

Se puede encontrar en las monografías de los profesores que consideran este fundamento subjetivo continuas referencias al verbo «tiendan» existente en la descripción de alevosía que daba desde 1870 el Código Penal. Según algunos autores, que el legislador haya plasmado de forma inequívoca que los medios utilizados deben tender a asegurar el fin y evitar la defensa es la prueba evidente del carácter fundamental de la alevosía.

Así, por ejemplo, Del Rosal, Cobo del Rosal y Rodríguez Mourullo afirman que: «para que exista alevosía no basta una determinada forma externa de comisión, sino que se requiere una particular intención de aprovechar esa forma de comisión para asegurar el resultado delictivo y evitar el eventual riesgo del agente»<sup>30</sup>. Por su parte, Fernández Albor<sup>31</sup> muestra como prueba la Sentencia de 15 de noviembre de 1956, que afirma: «el carácter subjetivo o de tendencia

<sup>27</sup> CUELLO CALÓN, E., *Comentarios* (tomo I), pág. 489.

<sup>28</sup> ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, 1981, pág. 474.

<sup>29</sup> Cita a BACIGALUPO ZAPATER, COBO DEL ROSAL, DEL ROSAL BLASCO y GONZÁLEZ RUS, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*, Madrid, 1995.

<sup>30</sup> Citados por el profesor SEGRELLES DE ARENAZA en *Comentarios al Código Penal* (dir.: COBO DEL ROSAL, M.), Ed. Edersa, Madrid, 1999, pág. 896.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ ALBOR, A., *op. cit.*, 1964, pág. 159.

de esa circunstancia, condición que la propia Ley sustantiva pone de manifiesto al decir “que tiendan directa y especialmente a asegurarla”.

Es esta última referencia muy acertada, pues evidencia la postura del ponente al decir «el carácter subjetivo (...) de esta circunstancia, condición que la propia Ley sustantiva pone de manifiesto».

Bajo mi punto de vista, no es suficiente el adjetivo «tiendan» para hacer con tanta contundencia estas consideraciones, aunque sí entraña una verdadera importancia, pues es obligado por el legislador el que el sujeto busque esos determinados fines. Por tanto, si el sujeto utilizara medios similares pero para fines distintos no podría ser considerada, atendiendo al principio de legalidad, la alevosía. Por tanto, los fines juegan una importancia extraordinaria en este aspecto, con lo que se atiende a un ánimo interno especial del sujeto.

A esto debe sumársele la posición de Camargo Hernández<sup>32</sup> que considera que verdaderamente la alevosía tiene carácter subjetivo que identifica con su característica de tendencial pues cuando el sujeto crea subjetivamente que ha producido una situación donde se da la indefensión de la víctima, es decir, cuando crea que cuenta con el aseguramiento de la acción y la seguridad en sí mismo, siendo en realidad que no se dan estas circunstancias, deberá considerarse la alevosía.

Esto, no obstante, no es seguido por la mayoría de la doctrina<sup>33</sup> que establece como un requisito para la alevosía el teleológico, que en el caso concreto se dé la situación de indefensión. Por tanto, la posición de Camargo Hernández debe ser rechazada.

Por otra parte, el legislador asegura en el art. 22.1.º que no se podrá castigar por asesinato alevoso por imprudencia, pues el ánimo tendente debe estar presente.

La alevosía no es una figura autóctona del Derecho español, sino que existe en los Ordenamientos de nuestra comunidad jurídica. Así, profesores de distintos países también han estudiado esta figura. Para lo que nos ocupa, destaca la figura de Manzini<sup>34</sup> al pronunciar que: «la razón de la agravación consiste en la mayor criminalidad demostrada por aquel que no sólo no comparte aquellos sentimientos de humana solidaridad que a la generalidad de los hombres inspira esta circunstancia, sino que la aprovecha, cuando no la ocasiona, para delinquir. La agravación se establece más que por suplir la aminorada defensa, para castigar el mayor dolo en el delincuente».

El autor tacha de insolidario y de falto de humanidad al agresor que utiliza las circunstancias de alevosía. Esto no puede caber en un debate en torno a

<sup>32</sup> CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, 1953, pág. 52.

<sup>33</sup> Por todos, VIVES ANTÓN, T. S., *op. cit.*, 2004.

<sup>34</sup> MANZINI, V., *Trattato di Diritti Penale Italiano*, 1941, vol. II, pág. 163.



Ordenamientos Jurídicos; puede caber en un debate ético-moral, filosófico o teológico, pero no jurídico; no se puede agravar una circunstancia porque los agresores sean menos «solidarios» que el resto de agresores. Se dice, por tanto, que el homicida sí *comparte aquellos sentimientos de humana solidaridad que a los hombres inspira* la circunstancia de la alevosía, mientras que el perverso asesino no tiene esa solidaridad, esa humanidad. Esto es absurdo, ambas personas han acabado con la vida de alguien, ambos no *comparten aquellos sentimientos de humana solidaridad que a los hombres inspira* este bien jurídico, no se puede agravar la actuación de uno con base a esta pobre argumentación.

Por el contrario, merece mucha importancia las opiniones de Pachecho y Vizmanos y Álvarez<sup>35</sup> que consideran que esta circunstancia no se puede fundamentar únicamente en el aspecto objetivo de utilizar medios tendentes a asegurar el resultado y conseguir la indefensión de la víctima, pues esto se consigue también con actuaciones que son reflejadas en otras circunstancias que existen hoy o han existido en Códigos Penales españoles anteriores. Así, Pachecho considera que hay «algo de alevoso» en los medios ocasionados a estragos o en el prevalerse del carácter público, mientras que según Vizmanos y Álvarez son «alevosías de cierta especie» la premeditación, el abuso de confianza o el uso de armas que den al culpable superioridad sobre el ofendido.

Nada hay más cierto que considerar que quien usa una pistola busca asegurar un resultado y protegerse de la víctima, también quien abusa de la confianza o quien se prevale de su carácter público. Además (y a eso se refiere Vizmanos y Álvarez con la premeditación aunque, con gran acierto, ya no se contempla por no poder diferenciarla del dolo) la persona que ha pasado gran cantidad de tiempo estudiando como cometer un crimen no ha buscado más que asegurar su resultado sin el riesgo de la defensa del ofendido y éste, si no utiliza medios tendentes a ello, si no encuadramos sus medios en uno de los tres tipos de alevosía analizados al comienzo del ensayo, no será considerado alevoso.

Todas estas personas buscan hacer bien su mala actuación (y *las cosas aún las malas, deben hacerse bien*, dice Carbonell), buscan asegurarla a costa de que, entre otras cosas, no lo impida la víctima. ¿Cuál es la gran diferencia, por tanto, con la alevosía?: el fundamento verdadero, el núcleo duro de esta circunstancia a lo largo de los siglos: la consideración de «cobarde» al que comete esta actuación.

Es señalada por algunos autores la idea de la deslealtad o traición del que comete un acto con alevosía. Así, merece ser analizada la postura del profesor Gracia Martín<sup>36</sup>: «La puesta en práctica de los medios, modos o formas que el autor haya elegido o utilice para asegurar la ejecución y evitar los riesgos proce-

<sup>35</sup> PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1856. VIZMANOS, T. y ÁLVAREZ, C., *Comentarios al nuevo Código Penal*, tomo I. Madrid, 1848.

<sup>36</sup> Díez Ripollés, J. L. y Gracia Martín, L., *op. cit.*, 1993, pág. 108.

dentes de una posible reacción defensiva de la víctima implicarán generalmente traición, como sucederá por ejemplo con un ataque por la espalda, por sorpresa o inesperado. No es necesario, sin embargo, que haya traición para apreciar la alevosía. No me parece correcta, por otra parte, la tesis jurisprudencial de que la alevosía implica necesariamente cobardía».

Es esta una postura coherente con lo que mantendrá después: «Creo, con un amplio sector de la doctrina científica y una determinada corriente jurisprudencial que esta circunstancia se basa en una mayor gravedad de lo injusto».

Gracia Martín considera un fundamento objetivo a la alevosía, pero atiende a las referencias de la traición y acepta que, en algunos supuestos, pueda darse esta circunstancia. No obstante, como después afirma, no es necesario que se dé, pues no siempre va a existir una previa relación de confianza entre el agresor y la víctima<sup>37</sup>. Por tanto, debe rechazarse un posible fundamento en la idea de traición o deslealtad al poder no estar presente en todos los supuestos.

Es importante, además, la reseña última de Gracia Martín de rechazo a la consideración de cobardía. Y es importante porque dice que rechaza la «tesis jurisprudencial de que la alevosía implica necesariamente cobardía». Por tanto, aquí el autor reconoce que la idea de traición ha sido recogida tradicionalmente por la jurisprudencia para apreciar la alevosía. Aquí se observa que la razón real y verdadera de fundamentar la alevosía se ha situado en la cobardía del autor. Las distintas sentencias, como se han citado a lo largo de estos folios (sentencia de 22 de enero o de 12 de marzo de 1992) han ido recogiendo esa idea básica que se ha mantenido a lo largo de la historia jurídica de nuestro país de agravar esta circunstancia en base a una determinada forma de matar, forma que refleja una condición interna más rechazable del agresor: la cobardía.

Autores como Bernaldo de Quirós, Puig Peña, Groizard o Cuello Calón afirman rotundamente el fundamento en la cobardía de la circunstancia que nos ocupa basándose, sobre todo, en que el agresor lo que intenta es la no defensa de la víctima. El evitar de raíz el riesgo que supone una clara defensa del agredido, esa privación de la defensa de éste, supone para los autores la característica de cobarde del agresor, hecho que evidencia una mayor necesidad de culpabilidad, al acometer una actuación mucho más reprochable. No obstante, como bien señalarán Camargo Hernández o Antón Oneca, ese carácter de cobardía podría pregonarse cuando con la utilización de medios se buscara evitar la defensa del agredido o de un tercero. No es este el caso, sino que el que agrede utilizando estos medios lo debe hacer únicamente para evitar la defensa del agredido. Siendo así, se puede llegar al caso de que quien agrede utilizando medios que tiendan directa o especialmente a asegurar la acción sin el riesgo que para el agresor supone la defensa por parte de la víctima pero rodeado de

---

<sup>37</sup> Por esta misma razón rechaza Alonso Álamo el fundamento en la idea de deslealtad. ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, 1981, pág. 477.

gente armada<sup>38</sup> tiene que ser considerado alevoso teniendo en cuenta el tenor literal, mientras que, desde luego, no se le puede considerar cobarde, según la acepción tradicional.

Por tanto, ocurre aquí exactamente lo mismo que con la traición ya que, al poder no estar presente en todos los supuestos, no debería considerarse como fundamento de esta circunstancia.

Todas estas continuas referencias a la traición y, más intensamente, a la cobardía, ponen de manifiesto, como señalan Carbonell y González Cussac una idea romántica o medieval de «duelos entre caballeros». Evoca la idea de unas normas que no se deben violar aún cuando lo que se esté haciendo es quitar la vida a alguien. Ese negar la posibilidad de defensa, que se consagró como el *sacta sanctorum* de los duelos medievales, de la época del honor, se arrastra hasta nuestros días de una forma absurda e innecesaria. Además, cabe preguntarse: ¿quizás, en algunos casos, la víctima puede preferir que no se le dé, quizás por vergüenza, la posibilidad de defensa?, ¿es que una persona con exagerada forma física tiene que dar la oportunidad de defenderse a la persona con nulo físico?

Por otra parte, la jurisprudencia niega la concurrencia de la alevosía cuando media con provocaciones o amenazas o en situaciones de riña en las que no es posible distinguir dos acciones o etapas sucesivas en la misma. Esta es otra evidencia de estos duelos entre caballeros, como si por haber aceptado una riña no se pudieran dar ataques ante los que no cabe ninguna defensa.

Cabe destacar la postura de Alonso Álamo<sup>39</sup> que otorga a la alevosía un doble fundamento: la traición y la cobardía.

Por una parte, dice la profesora, la alevosía se nutre aún hoy de la idea de traición, pero traición en la definición de *conducir a mal a alguien so semejanza de bien*, es decir, en actuaciones teñidas de la clandestinidad, de la insidia, de sorprender a la víctima.

Por otra parte, aunque concediéndole un papel muy secundario, señala que la cobardía es también fundamento de la alevosía, pues esta forma de actuar es reveladora del carácter del agresor.

Por último, señala que estas características hacen que el hecho sea más grave objetivamente, con lo que la alevosía tendría una verdadera naturaleza objetiva. Los ánimos internos se reflejan, se objetivizan en una actuación que comporta un mayor contenido de injusto.

En cuanto a mi postura con respecto a la tesis de Alonso, comparto la idea de que aún hoy la alevosía está inspirada en la cobardía (creo que fundamentalmente en esta idea y también en la traición. No obstante, como se ha ido indicando y se señalará al final, no puede admitirse una agravación con base

<sup>38</sup> Como señala CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, 1953.

<sup>39</sup> ALONSO ÁLAMO, M., *op. cit.*, 1981, págs. 490 a 495.

a esto en nuestro actual sistema. Por otra parte, no considero el carácter más grave, de mayor injusto, del hecho realizado.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Desde mi punto de vista, el legislador lo que ha pretendido con su redacción en el Código Penal desde 1870 es objetivizar la conducta para no ir contra el principio de legalidad y dotar de mayor seguridad jurídica<sup>40</sup>. Objetivización que, como señala Cobo del Rosal ha llevado a una conversión del homicidio en asesinato de forma automática si concurren las circunstancias legales, sin atender a la mayor reprochabilidad que sirve para fundamentar la conducta. El legislador fundamentó desde un principio la alevosía en esta condición del sujeto, basándose en una idea primigenia de los «duelos entre caballeros». Desde entonces, la alevosía se ha mantenido en el Código Penal y su fundamento no ha cambiado. Es desde 1870 cuando se intenta esa objetivización paralela a una búsqueda nueva de fundamento, ya analizada anteriormente: la doctrina intenta buscar un fundamento objetivo, en un mayor contenido de injusto, sin mucho éxito desde mi postura. Como se indicó, lo ideal sería que se atendiera a un mayor contenido de injusto, que la alevosía tuviera una naturaleza objetiva; pero para conseguir esto, no podemos desatender los argumentos de los tratadistas a lo largo de la historia y las razones verdaderas que llevaron a crear esta figura; no podemos, además, desatender que también se agrava en base a la alarma social que provoca la alevosía, basada en el mayor rechazo social, por sus formas, del agresor.

Por tanto, cabe afirmar como conclusión que el fundamento primordial de la alevosía en nuestro Código Penal reside en la cobardía; supone una mayor culpabilidad y no un mayor contenido de injusto. Al ser así, no puede esta circunstancia convertir el homicidio del 138 C.P. al asesinato del 139 del C.P. y debería quedarse, por tanto, dentro de la parte general, como circunstancia genérica. Pero vamos más allá, pues la alevosía está basada en un fundamento que, hoy en día, es absurdo, por tanto carece de un real y sólido fundamento actualmente, por lo que debería desaparecer del Código al suponer, como bien dice Carbonell, un verdadero y auténtico *castigo al listo*, ya que el que decide

<sup>40</sup> DEL ROSAL, J., en su artículo «De la alevosía», publicado en el *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, tomo XXI, 1968, pág. 313: «Las razones, pues, de la agravación de la alevosía, según nuestro modesto entender, entraña un resaltamiento más grave de la culpabilidad, aun cuando en este caso concreto está objetivizada esta actitud o ese reproche de la persona en el propio contexto del legislador (...). En este caso concreto el legislador no ha dejado a la interpretación el contenido de la agravante, sino que, haciéndose eco de la tradición jurídica española, ha querido, llevado de su propósito político-criminal, de describir de una manera exhaustiva la alevosía y de lo que de suyo intenta desde el punto de vista subjetivo el que se comporta dentro de su ámbito. En una palabra, ha plasmado (...) el modo con que debe realizarse el hecho subjetivo que de cierta manera no es otra cosa sino la expresión de una actitud "aleve", "cobarde" de la persona que al poner en juego esos medios da a entender cuáles son sus posturas internas, porque con ello evita el riesgo que pudiera provenir de la defensa que hiciera su víctima».

hacer una acción maligna debe asegurarse de hacerla bien, como es condición humana (*las cosas, aun las malas, deben hacerse bien*). Se castiga en base a mayores facilidades en la comisión y en la impunidad, lo que supone que quien decide cometer un delito, lo hace bien. Estos reproches moralizantes y bajo ninguna forma jurídicos no pueden ser la base de la agravación de una conducta, con lo que la alevosía debería desaparecer del Código Penal.

Dentro de las circunstancias del asesinato tampoco la segunda (por precio, recompensa o promesa) supone un mayor contenido de injusto, con lo que debería desaparecer de la parte especial (ya es una circunstancia genérica –art. 22.3–). No obstante, la tercera circunstancia (con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido) sí supone un mayor contenido de injusto al atentar contra otros bienes jurídicos. No obstante, debería solucionarse esto a través de un concurso ideal de delitos en los que uno sería el homicidio, en vez de recurrir a la figura del asesinato.

Sigo en este aspecto la opinión de autores como Vives Antón, Carbonell, González Cussac o Cobo del Rosal, representando el polo opuesto el profesor Camargo Hernández, quien señala que, al no poder ser apreciada en relación con todos los delitos, se debería reducir la alevosía a circunstancia agravante específica estando, por lo tanto, su lugar adecuado en la Parte especial del Código y no en la general<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M., *El Sistema de las Circunstancias del delito. Estudio General* (Tesis Doctoral), Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La Alevosía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1953.
- C.G.P.J., *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*, Madrid, 1995.
- COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1999.
- *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- DEL ROSAL, J., «De la alevosía», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXI, 1968.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios*, Madrid, 1903.
- VIADA, S., *Código Penal reformado de 1870*, Madrid, 1890.
- VIVES ANTÓN, S. (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial. Vol. I*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.
- VIVES ANTÓN, S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- VIVES ANTÓN, S., *Derecho Penal: Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>41</sup> CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *op. cit.*, 1953, pág. 42.

