

48

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

HIS PRÆVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2021

48

Revista Penal

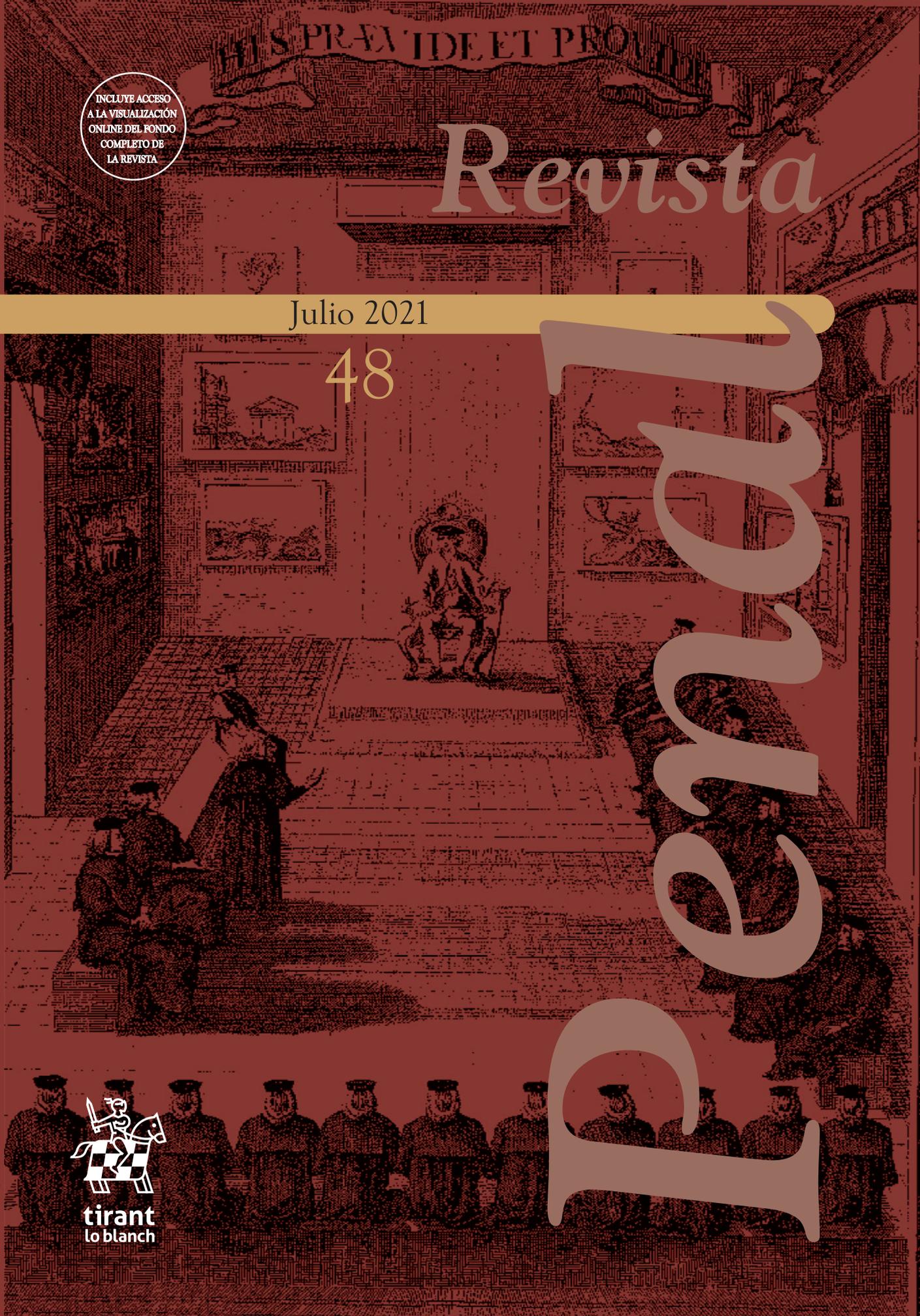
# Penal

Julio 2021



tirant  
lo blanch

tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 48

## Sumario

---

### Doctrina:

- Aporofobia y delito: la criminalización del top manta, por *Demelsa Benito Sánchez*..... 5
- Exclusión social y criminalidad: un análisis de las instituciones aporóforas a través de los delitos patrimoniales, por *Isabel García Domínguez*..... 33
- El elemento subjetivo del delito de autocapacitación terrorista (art. 575,2 CP): una nueva interpretación, por *Carmen González Vaz*..... 58
- La representación de la violencia filio-parental en *Quién te cantará* (Vermut, 2018), por *Jorge Gracia Ibáñez y Ana L. Cuervo García*..... 74
- Pertinencia de la formación universitaria en Criminología y Criminalística, por *Wael Sarwat Hikal Carreón* 85
- La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida, por *Cristina Isabel López López*..... 94
- Abogados y profesores en los juicios de Núremberg, por *Francisco Muñoz Conde* ..... 110
- The Ayotzinapa case as an example of how corruption, impunity and core crimes intertwine, por *Francisco Muñoz-Conde y Tania Ixchel Atilano* ..... 121
- Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social, por *José Manuel Paredes Castañón* ..... 132
- La ocupación de un inmueble sin violencia o intimidación: un delito innecesario, por *Ana Isabel Pérez Cepeda* ..... 143
- Incumplimiento de las obligaciones exigibles y concepto penal de insolvencia, por *Mario Sánchez Dafauce* 163
- Franz Exner (1881-1947), por *Sebastian Scheerer y Dors Lorenz* ..... 190
- El asesinato múltiple castigado con prisión permanente revisable, por *José Luis Serrano González de Muriello* ..... 205

**Sistemas penales comparados:** Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021. (*Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021*)..... 216

### Bibliografía:

- **Recensión:** “La contracción del Derecho procesal penal” de Juan- Luis Gómez Colomer (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020), por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 285

**Fe de erratas** ..... 287

---

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva *Arias Montano*: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Jiajia Yu (China)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Ana Cecilia Morun y Francisco Álvarez Martínez (República Dominicana)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Fabio Nicolichia y Francesco Rossi (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## La especial vulnerabilidad de la víctima: en busca de un fundamento para la nueva agravante de los delitos contra la vida

Cristina Isabel López López

Revista Penal, n.º 48. - Julio 2021

### Ficha técnica

**Autor:** Cristina Isabel López López

**Adscripción institucional:** Investigadora predoctoral de la Universidad de Oviedo

**Title:** Victim's special vulnerability: searching for a basis for the new aggravation of the offences against life

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La *justificación* de la necesidad de la reforma. 3. El aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima como fundamento de la nueva circunstancia cualificante. 3.1. El solapamiento con la alevosía: discrepancias entre doctrina y jurisprudencia. 3.2. Consecuencias de la propuesta interpretativa de parte de la doctrina. 4. Evolución jurisprudencial: de la incompatibilidad parcial a la completa compatibilidad. 5. Una propuesta interpretativa y dos propuestas de *lege ferenda*. Bibliografía.

**Summary:** 1. Introduction. 2. The justification for the need for reform. 3. The use of the vulnerability of the victim as the basis of the new qualifying circumstance. 3.1. The overlap with treachery: discrepancies between doctrine and jurisprudence. 3.2. Consequences of the interpretative proposal of part of the doctrine. 4. Evolution of jurisprudence: from partial incompatibility to complete compatibility. 5. An interpretive proposal and two proposals de *lege ferenda*. Bibliography.

**Resumen:** En el presente artículo se analiza la nueva agravante del homicidio y el asesinato: “que la víctima sea menor de 16 años o especial vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad”. Esta circunstancia plantea dos grandes cuestiones: ¿cuál es su fundamento? y ¿es esta compatible con la alevosía o el abuso de superioridad? Precisamente estas dos preguntas son las que se tratan de responder en el presente artículo, en el que además de explicar las diversas soluciones que la doctrina y la cambiante jurisprudencia han ofrecido, se sugiere finalmente una interpretación restrictiva de la agravante.

**Palabras clave:** víctima menor de 16, especial vulnerabilidad, alevosía, homicidio, asesinato.

**Abstract:** This article analyses the new aggravation circumstance of homicide and assassination: “victim under 16 years or especial vulnerability due to age, illness or disability”. This circumstance raises two major issues: what is its basis? and are treachery or abuse of superiority compatible with it? These are precisely the questions that this article attempts to answer, in which, in addition to explaining the various solutions that the doctrine and changing jurisprudence have offered, it finally suggests a restrictive interpretation of the aggravating circumstance.

**Key words:** under sixteen's victims, special vulnerability, treachery, homicide, assassination.

**Observaciones:** Programa de Ayudas “Severo Ochoa” para la formación en investigación y docencia (Principado de Asturias)

**Rec.:** 26-10-2020 **Fav.:** 15-01-2021

## 1. Introducción

Un somero análisis de las últimas reformas en materia penal muestra un panorama en el que destaca la carencia de técnica legislativa y la deriva hacia un afán cada vez más punitivista. La apuesta por una pena de prisión cada vez más extensa e intensa, no solo en duración, sino también en su régimen de cumplimiento; la ampliación y creación de nuevos tipos penales con un fin aparentemente electoralista y de respuesta a una sociedad que, movida en ocasiones por el habitual alarmismo de los medios de comunicación, demanda cada vez mayor seguridad; el adelantamiento de las barreras de punición o la creación de nuevas circunstancias agravantes que parecen desplazar la prueba del sustrato fáctico a las características internas del responsable, virando hacia un Derecho penal de autor... Estos son sólo algunos ejemplos de esta tendencia que alcanzó su apogeo con la reforma del Código Penal operada por las LO 1 y 2/2015<sup>1</sup>.

Precisamente, a través de esta reforma se introducen dos aspectos completamente novedosos y directamente entrelazados: la prisión permanente revisable y el nuevo asesinato cualificado (art. 140). En primer lugar el legislador decide reintroducir en nuestro ordenamiento

jurídico la desaparecida cadena perpetua, rebautizada ahora con el eufemismo *prisión permanente revisable* en un intento de que, incluso por su nombre, parezca tener visos de constitucionalidad<sup>2</sup>. Esta nueva pena se aplica, según el legislador, a los delitos de “*extrema gravedad*”, aunque si atendemos al iter legislativo nos percatamos de que ni siquiera el propio legislador tenía claro cuáles eran esos delitos<sup>3</sup>. Precisamente, en último lugar se decide introducir en el ámbito de aplicación de la prisión permanente revisable una nueva figura de asesinato cualificado<sup>4</sup>.

Dentro de este nuevo escalón de agravación se incluyen circunstancias relacionadas con: (1) la especial vulnerabilidad de la víctima por edad, enfermedad o discapacidad (art. 140.1. 1º), (2) la comisión de un delito previo contra la libertad sexual (art. 140.1. 2º), (3) la pertenencia del autor a un grupo u organización criminal (art. 140.1. 3º), y (4) la condena del reo de asesinato por la muerte de más de dos personas (art. 140.2). Estas nuevas circunstancias cualificantes generan diversos problemas de proporcionalidad, de interpretación y de solapamiento, derivados en gran parte del lenguaje vago con el que se describen algunas de ellas, así como del hecho de que las tres primeras funcionan además como agravantes del homicidio (art. 138.2)<sup>5</sup>. No obs-

1 En este mismo sentido se pronunciaron 35 catedráticos de diversas universidades españolas en un manifiesto hecho público a principios de 2015. Disponible en: [http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public\\_files/documentos/manifiesto\\_catedraticos\\_en\\_rechazo\\_a\\_la\\_reforma\\_penal.pdf](http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public_files/documentos/manifiesto_catedraticos_en_rechazo_a_la_reforma_penal.pdf).

2 Para un estudio de la nueva pena de prisión permanente revisable y las dudas de constitucionalidad que suscita Vid., entre otros: ACALÉ SÁNCHEZ, M. *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?* Madrid: Iustel, 2016; CERVELLÓ DONDERIS, V. *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; VVAA. *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2016.

3 En un primer momento el ámbito de aplicación se extendía a los atentados terroristas con resultado muerte, muerte a consecuencia de una violación o agresión sexual, muerte del Jefe de Estado nacional o extranjero, genocidio o delito de lesa humanidad. Más adelante, se reduce la lista sólo al delito terrorista, para unos meses más tarde volver a ampliar el ámbito de aplicación a la actual enumeración: las nuevas figuras de asesinato cualificado, delito de terrorismo con resultado muerte, regicidio, muerte de un Jefe de Estado extranjero o persona especialmente protegida por un Tratado; la muerte, agresión sexual o lesiones agravadas en el ámbito de los delitos de genocidio; y la muerte en el marco de los delitos de lesa humanidad.

4 Llama la atención que solo al final del proceso legislativo se eligiera introducir el asesinato en el ámbito de aplicación de esta nueva pena, pues históricamente se ha ligado este a la existencia de una pena cualitativamente diferente a la prisión. En este sentido, SANZ MORÁN, A. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, 1995, p. 798, hace referencia a como Von Liszt hacía mención a la relación entre la existencia de la pena capital y la figura legal de asesinato, o como Artz argumentaba lo mismo, pero respecto a la pena de muerte. En sentido parecido, y referido ahora al ordenamiento jurídico español y a la situación actual, PEÑARANDA RAMOS, E. Delitos de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 488 y 492, quien indica que la motivación tras las nuevas figuras agravadas de asesinato se encuentra en la decisión previa de establecer la prisión permanente revisable. O ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117 (III), época II, diciembre 2015, pp. 6 y 15-16, quien menciona las dudas que suscitó el mantenimiento del delito de asesinato tras la eliminación de la pena capital y la consideración de la cadena perpetua como pena inconstitucional, y afirma que con “*la introducción de la pena de prisión permanente revisable las dudas se disipan*. El legislador ya tiene una razón para no sólo mantener sino incluso ampliar y agravar el asesinato”.

5 En relación con los problemas que estas circunstancias suscitan podría citarse a modo de ejemplo y sin afán de exhaustividad: el solapamiento de la circunstancia cualificante del art. 140.1. 2º con la nueva circunstancia definitoria del asesinato y que también fue introducida en la reforma de 2015 (art. 139.1. 4º: “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”) o el olvido en aquella de los delitos contra la indemnidad sexual; el solapamiento de la tercera de las circunstancias (140.1. 3º) con los delitos de dirección y pertenencia a grupo u organización criminal; o la indeterminación de la circunstancia recogida en el art. 140.2 que puede dar lugar a diver-

tante, en el presente artículo solo se va a examinar la circunstancia agravante recogida en el primer apartado del art. 140.1: “*que la víctima sea menor de 16 años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”. Y además, solo nos centraremos en el análisis de uno de sus principales problemas<sup>6</sup>, diferenciarla de la alevosía, que sigue siendo una de las circunstancias definitorias del asesinato (art. 139.1, 1º) y cuya fundamentación, definición y modalidades han sido objeto de controversia y disputa entre doctrina y jurisprudencia.

### 2. La justificación de la necesidad de la reforma

Para dar respuesta a la cuestión planteada es necesario esclarecer cual es el fundamento al que responde la nueva circunstancia cualificante. Sin embargo, esto parece ser también objeto de profunda discusión, pues, por un lado, el legislador no ha explicado los motivos que dieron lugar a su introducción; por otro lado, parte de la doctrina entiende que el único fundamento válido sería la mayor vulnerabilidad de la víctima aprovechada por el autor para cometer el hecho; y por último, está la judicatura, que realiza verdaderos malabarismos con la intención de mantener su interpretación de la alevosía y sortear posibles problemas de *bis in idem*.

Cabría pensar, en efecto, que la introducción de una circunstancia cualificante de este calado vendría acompañada de una explicación clara del propio legislador. Sin embargo, en vez de indicar el porqué o el para qué, el legislador únicamente aduce algunas razones de pre-

lación general positiva y de retribución, utilizando además un lenguaje vago y complaciente con la corriente punitivista que desde hace tiempo empaña las reformas penales<sup>7</sup>.

En el preámbulo (apartado I) de la LO 1/2015 el legislador vincula la justificación de la nueva circunstancia que cualifica el asesinato a la explicación de los motivos que sostienen la instauración de la prisión permanente revisable, justificando su introducción en “*la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia*”, ofrecer “*un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas*” y dar respuesta a “*aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido*”. Esta última frase muestra el cariz de la reforma, evidenciando esa tendencia a dejar en manos de la víctima y de la sociedad y la percepción que esta tenga del delito, la respuesta al mismo, siendo este un claro ejemplo del populismo punitivo que guía la actual política criminal<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta que vivimos en una era en la que los medios de comunicación y las redes sociales pueden llegar a fijar la agenda político criminal (o por lo menos ayudar a configurarla) realizando un seguimiento más cercano y constante de un caso concreto (con programas especiales, continuas entrevistas no solo a las propias víctimas, sino también a sus allegados, a los del presunto culpable y a supuestos expertos, ...), podemos concluir que la percepción social sobre el delito puede, y posiblemente no se co-

sas interpretaciones y que incluso el propio CGPJ calificó como imprecisa en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013. [Consulta: 08/09/2020] Disponible en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), p. 153.

6 Podríamos apuntar otras cuestiones controvertidas, por ejemplo: la fijación de un requisito objetivo para la aplicación de la agravante (16 años), el vaivén de edades que se repite a lo largo de todo el Código penal y al que esta agravante añade uno más, la utilización de la locución “especial vulnerabilidad” y su significado y diferencia con la simple vulnerabilidad, etc.

7 Constantemente la doctrina ha indicado que en las últimas décadas la ley penal ha ido alejándose del impulso ilustrado del que parte nuestro ordenamiento jurídico (con la apuesta por los fines resocializadores de nuestra Constitución Española), acercándose cada vez más e incluso consolidando un devenir punitivista. Esta afirmación puede constatarse con la simple lectura y contraste de las sucesivas reformas del Código Penal y normas accesorias que se han producido desde el año 2000.

8 En el mismo sentido: CUENCA GARCÍA, M. J. “Problemas interpretativos y de “non bis in idem” suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 118, 2016, p. 119, quien señala que se está entregando a las “víctimas el diseño de la política criminal, de manera que se da respuesta a las reclamaciones de los padres de niñas asesinadas en trágicas circunstancias”; FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo”. *Revista Misión Jurídica*, 12, nº 16, 2019, p. 157; o PEÑARANDA RAMOS, E. Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal. En: VVAA. *Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2017, que indica que para la imposición de la prisión permanente revisable se han seleccionado casos que “— en el imaginario colectivo y, particularmente, en el que agitan los medios de comunicación— se vienen presentando como crímenes especialmente odiosos” (pp. 36-37).

responde en absoluto, con la realidad criminológica de nuestra sociedad<sup>9/10</sup>.

Además, cabe resaltar que la confianza en la Administración de Justicia no creo que se transmita con la elevación de las penas, sino quizá con la efectiva aprensión del delincuente y el cumplimiento de la pena impuesta en un procedimiento público y rápido<sup>11</sup>. Que las resoluciones judiciales se han vuelto, cuanto menos imprevisibles en la aplicación de esta concreta circunstancia, pues precisamente la falta de un fundamento claro provoca que los tribunales intenten dar sentido a la agravante y acaben aplicándola de diversas formas. Y que la percepción de justicia es completamente subjetiva, en tanto en cuanto, lo que cada uno entiende por justo varía en función del conocimiento y percepción del mundo y la sociedad que le rodea, siendo así que la justicia para la víctima directa de un delito puede no coincidir con la de un tercero, y por supuesto, no será la misma que la del autor del hecho.

A lo explicado hasta aquí, cabe añadir la dura crítica del CGPJ a las justificaciones del legislador. El CGPJ considera que se está desacreditando la función judicial al tacharla de imprevisible y poco justa, e indica que el legislador no explica cómo esa reforma puede

evitar esa supuesta imprevisibilidad o para quiénes las actuales resoluciones judiciales se consideran inesperadas o injustas. Precisamente argumenta que los Jueces y Tribunales se dedican a aplicar la ley vigente para la resolución de conflictos en los que intervienen terceros con posiciones opuestas, por lo que colmar las expectativas de todas será cuanto menos imposible. Como bien indica el CGPJ, si legislador considera necesario reformar la ley penal por razones de Política criminal, debería explicar las razones de oportunidad que le han llevado a ello “*sin ampararse en el pretexto de mejora del funcionamiento y la imagen de la Administración de justicia*”<sup>12</sup>.

Todas las críticas hasta ahora enunciadas muestran la gran dificultad que plantea la interpretación de la nueva circunstancia cualificante y que, en gran medida, proviene de la imposibilidad de traducir la lógica del legislador al ámbito jurídico-penal. La justificación incluida en el preámbulo de la ley muestra que el legislador pretende conseguir un objetivo comunicativo, por ejemplo: “vamos a castigar con la máxima dureza la muerte de niños”, “os escuchamos e incluimos la cadena perpetua”<sup>13</sup>. Sin embargo, esta lógica populista no tiene posible encaje en la teoría del delito, ya que no hay

9 En el mismo sentido: ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”. *Cuadernos de Política Criminal*, nº 117 (III), época II, diciembre 2015, p. 16; quien indica que “*Más bien parece que se confunde el conocimiento criminológico indispensable para una política legislativa racional con el clamor social amplificado por los medios de comunicación*”. FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “Régimen de hipercualificación (...)” *op. cit.*, pp. 168-169, que con apoyo en las estadísticas de criminalidad muestra como la tasa de delitos contra la vida humana independiente, además de ser una de las más bajas de Europa, tiende a la baja en el período 2011-2014, con un leve repunte en el año 2015, que vuelve nuevamente a reducirse en los años posteriores. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente”. *Revista penal*, nº 43, 2019, p. 157; quien indica que la justificación del legislador está ligada al seguimiento de planteamientos populistas relacionados con sentimientos de venganza frente a delitos juzgados como “*especialmente odiosos o reveladores de especial perversidad*” y con “*casos que han conmovido recientemente a la opinión pública*”. En el mismo sentido VENTURA PÜSCHEL, A./JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, F. Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis). En: QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2015, quien indica que la reforma del delito de homicidio y asesinato “*ha sido consecuencia de la decisión gubernamental de hacer Derecho Penal simbólico, de demostrar una teórica inflexibilidad con el delito y de entregar a las víctimas la selección de la política criminal: las reclamaciones de los padres de niñas asesinadas en trágicas circunstancias llevó al Gobierno de la nación a ofrendar la cadena perpetua en el altar del populismo*”. Especial atención merece la profunda crítica vertida por el CGPJ sobre la justificación dada por el legislador en este primer apartado del Preámbulo (Informe al Anteproyecto (...) *op. cit.*, pp. 9-12). En relación con lo aquí indicado, cabe destacar la referencia al seguimiento de “juicios paralelos” por la opinión pública y que, en ocasiones, tras la publicación de la resolución judicial, provoca un sentimiento de defraudación en la sociedad, que exige mayor rigor o ejemplaridad en la sanción. Sin embargo, el CGPJ manifiesta su esperanza en que estas no hayan sido las razones que justifiquen la reforma penal, pues “*cuando la impartición de justicia se pretende subordinar a presiones o beneplácitos externos, tal función se aleja peligrosamente de los parámetros constitucionales*”.

10 Para más información sobre los efectos de los medios de comunicación en la percepción del delito Vid. DE SOUZA ALMEIDA, D. “Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático”. *Revista Penal*, nº 45, 2019, pp. 194-213; PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales”. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 4, 2016, pp. 153-202 y el mismo, “La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas”. *Teoría & Derecho*, nº 24, 2018, pp. 92-114.

11 En el mismo sentido, el propio CGPJ, Informe al Anteproyecto (...) *op. cit.*, p. 12; que solicita una reforma que agilice el sistema judicial y consiga descongestionar ciertos órganos judiciales sobrecargados de trabajo.

12 CGPJ, Informe al Anteproyecto (...) *op. cit.*, pp. 9-12.

13 Precisamente los casos en los que la víctima fue un menor han sido los que mayor seguimiento público han recibido antes y después de la reforma, y de ellos partieron las peticiones sociales de introducir la prisión permanente revisable. Por ejemplo, el caso “Mari

forma de traducir los supuestos *deseos de la sociedad* en un mayor contenido de injusto o de culpabilidad. Es más, si tomásemos en consideración la justificación del legislador, esta nos llevaría a afirmar que no hay requisito ni objetivo ni subjetivo que el autor o su conducta deba cumplir para aplicar la nueva circunstancia, pues bastaría con probar que la víctima realmente es menor de 16 años con, por ejemplo, su partida de nacimiento; o aportar un informe médico que acredite que padece una determinada enfermedad, sintomatología o discapacidad<sup>14</sup>. Este automatismo en la aplicación de la agravante se traduciría, por tanto, en el castigo a un tipo de autor peligroso y despreciable: aquel que mata a personas vulnerables; es decir, conduciría a un derecho penal de autor<sup>15</sup>.

### 3. El aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima como fundamento de la nueva circunstancia cualificante

#### 3.1. El solapamiento con la alevosía: discrepancias entre doctrina y jurisprudencia

Gran parte de la doctrina considera que el fundamento de la nueva circunstancia cualificante se encuentra en el aprovechamiento por parte del autor de la vulnerabilidad de la víctima, facilitando así la comisión del hecho<sup>16</sup>. La defensa de esta posición se basa, en primer

lugar, en que las agravantes referentes a la minoría de edad y a la vulnerabilidad se han apoyado por regla general en que el autor se aprovecha de esa vulnerabilidad para facilitar la comisión del delito. En segundo lugar, en que este fundamento tiene un perfecto encaje en la teoría del delito, pues la agravante se vincula al mayor contenido de injusto: concretamente con un mayor desvalor de acción, al albergar la conducta del autor una mayor peligrosidad *ex ante*. Y, en tercer lugar, en que esta interpretación armoniza bien con la recurrente crítica de parte de la doctrina a la interpretación extensiva del concepto de alevosía por parte del TS<sup>17</sup>.

Por todos es conocido que el TS define la alevosía como una circunstancia mixta, en la que predomina el aspecto objetivo y en la que la conducta del autor tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa de la víctima. Esa eliminación de la defensa puede derivarse de la manera en que se realiza la agresión, distinguiendo el TS entre alevosía *proditoria*, *sorpresiva* y *doméstica*<sup>18</sup>. O a consecuencia de la particular situación de la víctima, añadiendo el Tribunal la denominada alevosía *de desvalimiento*, que consiste en el aprovechamiento por el autor de la especial situación de desamparo que concurre en la víctima y que es producto de su edad, ya sea por su ancianidad o corta edad (incluyéndose menores de entre 0 a 4 años<sup>19</sup>), por su grave enfermedad o invalidez; o por encontrarse la víctima accidentalmente privada de aptitud para defenderse (por estar

---

Luz" o el caso "Diana Quer" o el de "Marta del Castillo". En todos ellos, además de haber tenido un gran seguimiento mediático, los padres de las menores recogieron firmas para solicitar o la introducción o el mantenimiento de la prisión permanente.

14 En el caso de víctimas especialmente vulnerables por edad, enfermedad o discapacidad sería necesario añadir una lista de criterios para fijar qué síntomas, enfermedades o qué grado de discapacidad serían suficientes o necesarias para considerar a una persona "especialmente vulnerable". Sin embargo, considero que este tipo de clasificaciones pueden suscitar otros problemas: etiquetamiento de la víctima, problemas de diagnóstico, ...

15 CUENCA GARCÍA, M. J. "Problemas interpretativos (...)" *op. cit.*, pp. 130-131, apunta que en los Proyecto de 1992 y 1994 Díez Ripollés y Arias Eibe se opusieron a la introducir en la definición de alevosía el siguiente supuesto: "*cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa*". El motivo fue precisamente el automatismo con que la agravante sería aplicada y la instauración de una responsabilidad penal objetiva.

16 Propone otra interpretación ALONSO ÁLAMO, M. "La reforma del homicidio doloso (...)" *op. cit.*, pp. 19 y 20, quien explica que la muerte de un menor de 16 años no afecta sólo al bien jurídico "vida", sino también al principio de "igualdad real", por lo que la conducta del autor produciría un resultado disvalioso adicional. Por tanto, el fundamento de la nueva agravante residiría en un mayor desvalor de resultado.

17 En este sentido, CUENCA GARCÍA, M. J. "Problemas interpretativos (...)" *op. cit.*, pp. 133, 135 y 137; MUÑOZ CONDE, F. *De-recho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 54-55; MUÑOZ RUIZ, J. *Delitos contra la vida y la integridad física*. En: MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 356; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. "Personas especialmente vulnerables (...)" *op. cit.*, pp. 162-163. También es interesante la lectura de la sentencia del TS número 80/2017, de 10 de febrero (FJ 3º), en la que, en un caso en el que no era aplicable la nueva regulación del delito de homicidio y asesinato, la defensa propone de forma muy inteligente la aplicación retroactiva (*in bonam partem*) de la supuesta "nueva interpretación" de la alevosía, intentando evitar que se calificara el hecho como asesinato. Como era de esperar, el TS desestimó el motivo del recurso.

18 La alevosía *proditoria* es equivalente a la traición o acechanza, emboscada o insidia. La alevosía *sorpresiva*, *súbita* o *inopinada*, es aquella en la que el autor despliega su actuar aprovechándose de la confianza o de la imprevisibilidad de su conducta. Y la alevosía *convivencial* o *doméstica*, se basa en la relación de confianza proveniente de la convivencia y que genera una relajación de los recursos defensivo de la víctima respecto al ataque de la persona con la que convive día a día.

19 Algunos ejemplos: TS sentencia 596/2006, de 28 abril; sentencia 321/2004, de 11 marzo; 332/1997, de 17 marzo; sentencia 698/1993, de 29 marzo. Extendiéndolo en algunos casos hasta los 9 años (STS 529/1994, de 8 marzo).

esta dormida, drogada o ebria en fase letárgica)<sup>20</sup>. Esta última modalidad es la que genera controversia, pues gran parte de la doctrina considera que el TS realiza una interpretación que va más allá del concepto legal de alevosía, vulnerando el principio de legalidad<sup>21</sup>.

En efecto, el art. 22.1 del CP indica que para que concurra alevosía, el culpable debe cometer el hecho “empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar[lo], sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. Según el texto de la ley, la alevosía requerirá: (1) la utilización de un medio, modo o forma que asegure la comisión del hecho; (2) que concurra un elemento de tendencia por el que el autor seleccione los medios y tenga la finalidad de asegurar la comisión del hecho y eliminar la defensa de la víctima; y (3) que se eliminen totalmente las posibilidades de defensa de la víctima. En virtud de esto, en la modalidad de alevosía *de desvalimiento* el autor ni utiliza un medio, modo o forma<sup>22</sup>, ni concurre tal elemento tendencial, ni se elimina la capacidad de defensa previa, pues el sujeto no posee ninguna. Así pues, cuando se da muerte a una persona totalmente indefensa por sus características consustanciales el autor solo se aprovecha de las circunstancias dadas<sup>23/24</sup>. Par-

tiendo de esta interpretación, cierta parte de la doctrina concluye que en este caso no podrá apreciarse alevosía, sino abuso de superioridad (art. 22.2). De esta forma, la doctrina distingue entre aquella conducta del autor que va dirigida activamente a provocar la indefensión de la víctima (alevosía) y aquellas circunstancias que ya vienen dadas y de las que el autor únicamente se aprovecha (abuso de superioridad)<sup>25</sup>.

Si aplicamos lo expuesto a la nueva regulación de los delitos de homicidio y asesinato podemos concluir que, de mantenerse la interpretación extensiva de alevosía y de aceptarse que este es el fundamento de la nueva circunstancia, la actual regulación conduciría indefectiblemente a supuestos de *bis in idem*<sup>26</sup>, pues con base únicamente en la edad del menor o su especial vulnerabilidad consustancial, el hecho podría calificarse como homicidio agravado (art. 138.2, a), como asesinato alevoso (art. 139.1) o como asesinato cualificado (art. 140.1. 1º).

Por el contrario, de aceptarse la interpretación doctrinal restrictiva se evitarían al menos algunos de los problemas que suscita la nueva regulación, pues la nueva circunstancia agravante sería una modalidad de abuso de superioridad elevada a circunstancia específica. Así pues, la alevosía y la agravante del art. 140.1. 1º res-

20 A favor de esta interpretación: TS sentencia 1031/2003, de 8 septiembre; sentencia 879/2005, de 4 de julio; sentencia 1252/2009, de 13 noviembre; sentencia 1284/2009, de 10 diciembre; sentencia 527/2012, de 20 junio. En contra: TS sentencia de 9 de marzo de 1989.

21 A favor de una interpretación restrictiva de alevosía: Cfr. ALONSO ÁLAMO, M. “La reforma del homicidio doloso (...)” *op. cit.*, p. 36; CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47-48; CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 218; CUENCA GARCÍA, M. J. “Problemas interpretativos (...)” *op. cit.*, p. 129; DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 335-338; GRACIA MARTÍN, L./JORGE VIZUETA, F. *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código penal: doctrina y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 124-125; MAQUEDA ABREU, M. L./LAURENZO COPELLO, L. *El Derecho Penal en Casos. Parte General Teoría y Práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 307-308; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Teppetro, 2016, pp. 650-651; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 523; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 58; QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuter-Aranzadi, 2016, pp. 305-306 y 974-976. Con matices: Ferrer Sama en CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*. Barcelona: Bosch, 1953, pp. 66-67.

22 Como sí ocurre en las otras formas de alevosía (*sorpresiva* o *proditoria*) en la que el sujeto sí interpone el modo, forma o método que elimina la posible defensa de la víctima. Por ejemplo, el que espera a que la víctima esté desprevenida y la ataca por la espalda, acercándose con sigilo; o utiliza veneno para provocar la muerte.

23 De esta interpretación pueden derivarse otros problemas, como la deriva hacia una interpretación excesivamente restrictiva de alevosía que dejaría fuera todos los casos en los que el culpable no ha provocado o buscado la indefensión. Sin embargo, la explicación de estos problemas no es objeto de este trabajo, por lo que para más información remito a la lectura de GÓMEZ RIVERO, C. “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal”. *Revista de derecho y proceso penal*, nº 4, 2000, pp. 35-59.

24 Cabe aludir al supuesto en el que el autor elige a su víctima de entre varias, seleccionando a la totalmente indefensa precisamente por sus características. En este caso, Morales Prats en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). *Comentarios (...) op. cit.*, p. 53, señala que el elemento tendencial podría estar presente; y GÓMEZ RIVERO, C. “Presupuestos y límites (...)” *op. cit.*, p. 44, señala que el autor elegiría entre varias opciones y no solo se aprovecharía de la situación.

25 El TS concluye que la diferencia entre la alevosía y el abuso de superioridad es de carácter cuantitativo, es decir, no se basa en la forma de comisión, sino en la eliminación o no de las capacidades defensivas. Según la jurisprudencia, el abuso de superioridad es la “hermana menor” de la alevosía, aplicándose el abuso de superioridad a casos en los que la indefensión es meramente parcial y la alevosía a los supuestos en los que la indefensión es total. Efectivamente el abuso de superioridad se aplicaría a casos en los que existe un desequilibrio de fuerzas entre víctima-agresor.

26 Algo que ya fue advertido por el CGPJ, que en su Informe al Anteproyecto (...) *op. cit.*, p. 152, en el que indicó la tendencia a *non bis in idem* de la nueva regulación del asesinato.

ponderían a situaciones parecidas, pero diferentes. Por un lado, la alevosía se aplicaría a los casos en los que la indefensión es producida activamente por el autor. Y, por otro lado, la nueva agravante sería un tipo de abuso de superioridad en el que el autor se aprovecha de las circunstancias existente. De esta manera, entre ambas circunstancias existiría únicamente solapamiento en el fundamento de la agravación, es decir, la indefensión de la víctima.

### 3.2. Consecuencias de la propuesta interpretativa de parte de la doctrina

Si bien es cierto que la propuesta interpretativa de parte de la doctrina solventa los problemas de solapamiento con la alevosía, su aceptación presenta otros inconvenientes derivados del criterio objetivo de la edad por debajo de la cual se aplicará la agravante y por el hecho de que esta tenga efectos tanto en el homicidio como en el asesinato, surgiendo problemas de proporcionalidad de la pena.

Así, en primer lugar, el hecho de que el legislador haya fijado la edad de 16 años como criterio objetivo para la aplicación de la agravante dificulta en ciertos casos relacionar esta circunstancia con el fundamento antes indicado. Efectivamente, la capacidad de defensa durante los 16 primeros años de vida es muy diversa, pues el menor va adquiriendo capacidades defensivas de forma gradual, no siendo posible comparar la imposibilidad de autoprotección de un recién nacido con las habilidades defensivas que puede desplegar un adolescente de 15 años. Es evidente que la interpretación basada en el aprovechamiento de la indefensión sería válida para el primer supuesto, pero no en el segundo, en el que el menor podría ser totalmente capaz de defenderse o no existir desequilibrio alguno de fuerzas por provenir el ataque de, por ejemplo, una persona de su misma edad y/o complejión física. En estos casos la nueva circunstancia podría no llegar a aplicarse, pues el autor no se estaría aprovechando de la indefensión de la víctima y la eliminación o debilitamiento de la defensa requeriría un plus por parte del autor que podría ser calificado como alevosía, descartando la aplicación de la nueva agravante. En conclusión, en los casos en los que el menor tiene cierta capacidad defensiva, la nueva circunstancia podría llegar a no aplicarse nunca.

En segundo lugar, dado que la nueva circunstancia agrava tanto el delito de homicidio como el de asesinato, se suscita la pregunta de si la alevosía y la nueva cir-

cunstancia tienen el mismo contenido de injusto. Como sabemos, habitualmente se ha denominado al abuso de superioridad la “hermana menor” de la alevosía debido a que aquella respondía a supuestos en los que la indefensión de la víctima era meramente parcial (es decir, un desequilibrio de fuerzas). Sin embargo, dado que, de asumir esta interpretación, la nueva agravante respondería a casos de total indefensión, es necesario poner en tela de juicio esta afirmación. Además, en función de la respuesta que se dé, tendrá o no sentido la ubicación de esta circunstancia como agravante del homicidio o como cualificante del asesinato y la pena será o no proporcional a la gravedad del hecho o a la estructura de los propios delitos contra la vida.

En efecto, el delito de homicidio agravado (art. 138.2, a) da lugar a la imposición de una pena de prisión de 15 años y un día a 22 años y 6 meses, mientras que la concurrencia de alevosía determina que el hecho se califique como asesinato (art. 139.1), imponiéndose una pena de 15 a 25 años de prisión. Pero es que además, la concurrencia de cualquiera de las otras circunstancias definitorias del asesinato (es decir: precio, promesa o recompensa; ensañamiento; o para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra) junto con la nueva agravante daría lugar a la imposición de la prisión permanente revisable (art. 140.1.1º); y en cambio, la concurrencia de alevosía junto con cualquiera de esas otras circunstancias daría lugar a una pena de prisión de 20 a 25 años (art. 139.2)<sup>27</sup>. Si la respuesta a la pregunta antes planteada es que ambas circunstancias son equivalentes en cuanto a la gravedad, no se entiende por qué la concurrencia de alevosía produce un salto en la calificación del hecho, que no se da en caso de concurrir la nueva agravante. O por qué hay un salto cualitativo en la pena aplicable cuando la circunstancia del art. 140.1. 1º concurre junto con una de las circunstancias definitorias del asesinato.

Pero es que, a pesar de lo anterior, concluir que la nueva agravante es una modalidad de abuso de superioridad de menor o mayor gravedad que la alevosía también plantea problemas. Por un lado, si admitimos que la alevosía tiene mayor contenido de injusto<sup>28</sup>, se suscita el mismo problema de proporcionalidad de la pena en los casos en los que concurren estas con alguna de las otras circunstancias definitorias del asesinato. Efectivamente, no tendría sentido castigar con prisión permanente revisable la concurrencia de, por ejemplo, ensañamiento y la nueva circunstancia cualificante; y en cambio, cuando el ensañamiento concurre con

27 Esta incongruencia ya fue advertida por PEÑARANDA RAMOS, E. Las nuevas modalidades (...) *op. cit.*, p. 39.

28 Esta afirmación podría incluso tener una explicación aceptable basada en que la conducta alevosa tendría un mayor desvalor de acción porque el autor busca e interpone voluntaria y activamente algo que provoca que la comisión del hecho sea más fácil para él o que evita la defensa de la víctima. Mientras que la agravante del art. 140.1. 1º se basaría en el simple aprovechamiento de la circunstancia con la que el autor se encuentra.

alevosía (supuestamente mayor gravedad que la circunstancia del art. 140.1. 1º), la pena correspondiente sería de prisión de 20 a 25 años. Por otro lado, si admitimos que la nueva circunstancia tiene mayor contenido de injusto, cabría preguntarse por qué la concurrencia de alevosía supone calificar el hecho como asesinato y se aplique una pena de hasta 25 años de prisión, pero de concurrir la nueva agravante, el hecho se calificaría como homicidio y el límite máximo de la pena sería de 22 años y 6 meses de prisión; o si la diferencia de gravedad entre ambas circunstancias justifica el salto cualitativo de una pena de prisión determinada (prisión de 20 a 25 años, art. 139.2) a una pena de prisión indeterminada (prisión permanente revisable, art. 140.1. 1º)<sup>29</sup>.

Las objeciones suscitadas demuestran, a mi parecer, que la interpretación planteada suscita dudas respecto a la relación de gravedad existente entre ambas circunstancias, por lo que, de aceptarse esta, lo más prudente sería proponer que esta nueva circunstancia agravara el homicidio (en caso de considerar que la nueva circunstancia tiene un menor contenido de injusto que la alevosía) o el asesinato (en caso contrario), pero en ningún caso ambas a la vez.

En conclusión, teniendo presente la actual regulación, y aún considerando el fundamento de la vulnerabilidad de la víctima el más adecuado para dar sentido a la nueva circunstancia agravante, este presenta serias dudas de proporcionalidad.

#### 4. Evolución jurisprudencial: de la incompatibilidad parcial a la completa compatibilidad

El TS ha sido muy crítico tanto con la decisión de introducir la nueva prisión permanente revisable, así como con la técnica legislativa utilizada en la reforma de los delitos contra la vida humana independiente, sobre los que sostiene que ha habido una falta de sistematización en la elección y formulación de las nuevas agravantes<sup>30</sup>. Estos dos hechos son las principales causas de la caótica situación en la que nos encontramos.

Centrándonos ya en la circunstancia agravante que aquí nos ocupa, los problemas de solapamiento que suscita con la alevosía y el abuso de superioridad, así como la forma en la que está redactada, han dificultado la aplicación uniforme de la agravante, ocasionando problemas de seguridad jurídica. Es más, en estos 5

años y en los pocos casos en los que el Tribunal se ha pronunciado sobre el asunto<sup>31</sup>, la interpretación de la agravante ha variado<sup>32</sup>. Si bien todas las resoluciones del TS están de acuerdo en que el fundamento de esta agravante parece atender a la especial protección de los menores de 16 o personas especialmente vulnerables por su edad, enfermedad o discapacidad, más que al mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas; la solución al solapamiento con las otras dos agravantes ha pasado de una parcial incompatibilidad con la alevosía y total incompatibilidad con el abuso de superioridad, a una completa compatibilidad entre las tres circunstancias agravantes.

La resolución en la que el TS explica de forma más clara la primera de las posturas es la sentencia 716/2018, de 16 de enero. En ella, el Tribunal presenta las diferencias existentes entre alevosía, abuso de superioridad y la nueva agravante del art. 140.1.1º. Según el Tribunal, las dos primeras son circunstancias homogéneas en las que el autor conoce las circunstancias de vulnerabilidad de la víctima y se aprovecha de ese conocimiento para llevar a cabo el hecho. Sin embargo, ese elemento subjetivo no es necesario que concorra en la nueva agravante, pues según el TS, del texto de la ley solo se desprende la exigencia de que el autor conozca que la víctima es menor de 16 años o especialmente vulnerable. Esta simpleza del elemento subjetivo llama la atención del tribunal, quien explica que el mero conocimiento de la edad o vulnerabilidad es difícilmente escindible del aprovechamiento de ese conocimiento para la comisión del hecho. Y además, teniendo en cuenta las penas aplicables en caso de concurrir la nueva circunstancias agravante, el tribunal concluye que es contradictorio que no se exija el aprovechamiento de esa vulnerabilidad para una más fácil realización del delito, pues este es de más amplio espectro que el mero conocimiento de esa vulnerabilidad y además es elemento necesario para estimar la agravante de abuso de superioridad, que ni es circunstancia definitoria del asesinato, ni lo agrava. En resumen, el tribunal se sorprende de que los requisitos para la apreciación de la nueva circunstancia sean menos rigurosos que para apreciar una circunstancia cuyas consecuencias penológicas son de menor gravedad.

29 También aluden a este problema de proporcionalidad de la pena: CUENCA GARCÍA, M. J. "Problemas interpretativos (...) op. cit., pp. 138-139; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. "Personas especialmente vulnerables (...) op. cit., pp. 158-159.

30 TS 716/2018, de 16 de enero (FJ 4º).

31 A octubre de 2020, el TS se ha pronunciado en 7 ocasiones sobre el posible solapamiento: sentencia 520/2018, de 31 octubre; sentencia 700/2018, de 9 enero; sentencia 716/2018, de 16 enero; sentencia 339/2019, de 03 de julio; sentencia 367/2019, de 18 julio; sentencia 814/2020, de 5 de mayo de 2020; sentencia 180/2020, de 19 de mayo. También podríamos añadir la sentencia 80/2017, de 10 de febrero, cuyos hechos fueron previos a la entrada en vigor de la reforma, pero en la que el tribunal tuvo que pronunciarse sobre la misma.

32 El cambio de criterio ha sido tal, que el TSJ de Andalucía en la sentencia número 26/2020, de 5 de febrero, ha calificado las sentencias del TS como "contradictorias y difícilmente compatibles entre sí" (FJ 6º).

Dicho lo anterior, el TS resuelve el puzzle interpretativo y concluye que en aquellos casos en los que el autor conozca que la víctima es menor de 16 años o especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad y además se aproveche de la ventaja que conoce le otorga esa vulnerabilidad, el hecho será calificado como alevoso (si en el caso concreto esa vulnerabilidad imposibilita la defensa de la víctima) o de abuso de superioridad (si simplemente disminuye la capacidad defensiva), y que ambas circunstancias abarcan e incluso sobrepasan la mera situación literal de vulnerabilidad, por lo que la aplicación conjunta de las agravantes es imposible. Así pues, *“la cualificante alevosía desplaza la hipercualificante vulnerabilidad; y lógica y obviamente, esta hipercualificación de la vulnerabilidad en cuanto elemento típico, desplaza la agravante genérica del abuso de superioridad”*<sup>33</sup>.

Dado que el TS incluye en el concepto de alevosía *de desvalimiento* todos aquellos casos en los que un menor, un anciano o una persona especial vulnerable se encuentran totalmente indefensos por sus circunstancias consustanciales, es evidente que gran parte de los casos que podrían encajar en la nueva agravante se calificarán como alevosos. Sin embargo, el Tribunal indica que se pueden imaginar casos en los que, a pesar de que la víctima sea menor de 16 años o especialmente vulnerable, no concorra alevosía. Se refiere el tribunal a aquellos supuestos en los que el menor o el vulnerable tienen cierta capacidad defensiva. En estos casos es donde la nueva agravante tiene su campo de acción.

Explicado todo lo anterior podemos concluir, y así lo hace el propio TS, que:

- a) Se calificará como homicidio agravado (138.2, a) aquellos casos en los que la víctima, aún siendo menor de 16 años o especialmente vulnerable, aún posea cierta capacidad defensiva y esta no haya sido eliminada por el autor del hecho a través de una conducta alevosa.

Esta es la argumentación empleada en la sentencia de la AP de Castellón número 187/2019, de 17 de mayo, en la que una anciana de 81 años sorprende a un ladrón en su casa. Ante la presencia de la anciana el ladrón le propina varios golpes, pero la mujer intenta defenderse forcejeando con el intruso. Lamentablemente la anciana termina siendo asfixiada por el ladrón. En este caso, la AP entendió que la anciana era una persona especialmente vulnerable por la edad, pero mantenía aún cierta capacidad defensiva, por lo que el hecho no podía ser calificado como alevoso, concluyendo el Tribunal que el hecho debía ser calificado como homicidio agravado (art. 138.2, a).

- b) La muerte de un menor de 16 años o persona especialmente vulnerable que, por sus características consustanciales se encuentre completamente indefensa, se calificará como asesinato alevoso por concurrir alevosía *de desvalimiento* según consolidada doctrina jurisprudencial. Según el TS, en estos casos se aprecia un concurso de normas entre homicidio agravado por ser la víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable y asesinato alevoso, resolviéndose el concurso por aplicación de la regla de especialidad y alternatividad, calificándose por tanto como asesinato alevoso.

- c) Si en la muerte de la víctima concurre otra de las modalidades alevosas diferente a la *de desvalimiento* la conducta podrá calificarse como asesinato agravado por concurrir en la víctima las características de la agravante del art. 140.1. 1º y no haber sido estas tomadas en cuenta para la apreciación de la alevosía.

Este es el criterio aplicado en las sentencias del TS número 520/2018, de 31 de octubre, en la que un familiar estrangula a su tía abuela de 88 años con un cable eléctrico mientras esta esperaba que le trajera el desayuno sentada en una mecedora; y en la sentencia número 700/2018, de 9 de enero, en la que se intenta provocar la muerte de una familia, compuesta por un niño de 3 años y sus padres, mediante el envenenamiento de la comida. En ambos casos se describen hechos que serían calificados de alevosos independientemente de la edad o vulnerabilidad de la víctima. En el primero, por acometer el hecho de forma sorpresiva e inesperada mientras la víctima se encontraba totalmente desprevenida; y en el segundo caso por el uso de veneno, que permite al autor actuar a distancia y evitar la reacción defensiva de la víctima, independientemente de la edad o vulnerabilidad de esta.

- d) Si en la muerte de la víctima concurre otra de las modalidades de alevosía diferente a la *de desvalimiento*, pero para su apreciación se ha tenido en cuenta la edad o las circunstancias de vulnerabilidad de la víctima, la conducta deberá calificarse como asesinato alevoso. No podrá aplicarse además la agravante del art. 140.1. 1º porque se incurriría en un *bis in idem* al volver a tomar en consideración las circunstancias de la víctima para la aplicación de esta agravante.

El TS añade que esta solución seguiría siendo la misma aunque se escindiera la alevosía *de desvalimiento* del resto de modalidades, considerándola, por ejemplo, un abuso de superioridad o un tipo alevoso específico

recogido en el art. 140.1.1º. Volviendo nuevamente a hacer hincapié en el elemento subjetivo, el tribunal indica que para apreciar la circunstancia cualificante el autor solo debería conocer las circunstancias de vulnerabilidad de la víctima, y que ese conocimiento ya habría sido ponderado, valorado y sancionado con la apreciación de la alevosía (ya fuera esta *proditoria* o *sorpresiva*), pues el autor además de conocer la vulnerabilidad de la víctima, se aprovecha de esa circunstancia para llevar a cabo el hecho. Y si el autor desconocía la situación de vulnerabilidad, la nueva circunstancia cualificante no podría ser aplicable.

Esta es la argumentación aplicada en la sentencia del TS número 716/2018, de 16 de enero, en la que el autor accede a la vivienda de la víctima portando un cuchillo, empujándola de forma sorpresiva y conociendo que esta sufría graves problemas de movilidad, alteración en el habla y capacidad de reacción a estímulos lenta y torpe. Como indica el tribunal: *“Un simple empujón aunque sorpresivo, no determina la situación de indefensión aunque el autor porte un cuchillo, si no media a la vez una enorme inestabilidad de la víctima y facilidad para caerse al suelo”* (FJ 7º). Por tanto, en este caso la imposibilidad de defensa es producto de la conjunción de un ataque sorpresivo y de las características de vulnerabilidad de la víctima, lo que determina la imposibilidad de aplicar la circunstancia del art. 140.1.1º.

Pese a la aparente coherencia de esta interpretación, el Tribunal Supremo se percató de que la misma da lugar a que los casos para los cuales el legislador parece haber creado esta agravante queden fuera de su ámbito de aplicación, pues la muerte de las víctimas totalmente indefensas por sus características consustanciales sería calificada siempre como asesinato alevoso, no pudiendo aplicarles nunca la nueva circunstancia. Además, esto lleva a una total incongruencia respecto a la proporcionalidad de la pena, pues no tiene sentido que la muerte del menor totalmente desvalido se castigue con una pena de prisión de 15 a 25 años y, en cambio, la muerte de un menor de 16 años cuyas capacidades defensivas se han eliminado a través de una de las modalidades de alevosía, se castigue con prisión permanente revisable. De igual modo, el TS se da cuenta de que será complicado aplicar la nueva agravante en los casos en los que la calificación como asesinato se base en otras modalidades alevosas, pues como bien indica en la sentencia número 716/2018, no es infrecuente *“la*

*conjunción del ataque sorpresivo con la especial vulnerabilidad o desvalidamiento de la víctima, donde solo se explica la indefensión a partir de ambos factores”* (FJ 5º). Esto provoca que el TS intente matizar y finalmente cambie por completo su interpretación.

La sentencia número 367/2019, de 18 de julio, es la primera en la que se aprecia ese giro interpretativo<sup>34</sup>. Los hechos probados son los siguientes: mientras una madre y su hija, de 17 meses, dormían en la casa del autor, este entra en el dormitorio y pone su mano encima de la menor. Esto despierta a la madre, que le retira la mano que se encontraba sobre la menor, momento en el que el hombre comienza a agredir físicamente a la madre, amenazándola con matarla e intentando tirarla por la ventana del balcón sin conseguirlo. En esta situación, la menor se despertó y se acercó hasta donde estaba su madre, aprovechando el autor *“que la menor pesaba solo 11 kilogramos y media 84 centímetros para cogerla y, con la intención de matarla, de manera sorpresiva y sin que ésta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana”*.

Analizando los hechos, cabría pensar que el caso podría calificarse como un asesinato alevoso, concurriendo las modalidades de *desvalidamiento* y *sorpresiva*, pues la menor tenía solo 17 meses y sus características físicas y la situación en la que se encontraba su madre, hacían imposible que pudiera defenderse del autor. Sin embargo, el TS fundamenta su decisión de una forma un tanto caótica y en la que deja entrever ese intento de variar su interpretación previa, pues en un primer momento acepta que en el caso concurre una alevosía de *desvalidamiento*, pero después parece indicar que la sorpresa en el ataque es lo que determina la calificación del hecho como alevoso, para finalmente utilizar la edad de la víctima como fundamento de la aplicación de la nueva circunstancia. Por su gran relevancia, considero oportuno destacar aquí algunos párrafos del FJ 6º de esta resolución judicial, pues su contenido muestra claramente la indecisión y falta de transparencia en la fundamentación del TS:

*“En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor; (...). De manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues*

34 Cabe destacar que, cronológicamente, esta es la primera sentencia en la que el TS se enfrenta a un caso en el que la víctima es una niña de muy corta edad (17 meses) y que, de haberse producido antes de la reforma, habría sido posiblemente calificado como asesinato concurriendo alevosía de *desvalidamiento*.

Si bien es cierto que previamente el tribunal tuvo que resolver un caso en el que un padre mató a su hijo de 11 años en una pista forestal y con una pala; el recurso de la defensa no dio pie a pronunciarse sobre la aplicación de la circunstancia cualificante del asesinato (TS sentencia 339/2019, de 3 de julio). Además, el hecho de que la víctima tuviera 11 años descartaba la aplicación de alevosía de *desvalidamiento* por la edad de la víctima.

*se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción”.*

*“En efecto, (...), el ataque fue sorpresivo. El acusado no anunció su propósito (...), no hubo prolegómenos o actos previos de los que deducir tal reacción inesperada (golpes sobre la menor, o persecución de la misma, etc.); sin más, en medio de la agresión en varias fases que sufrió la madre, el bebé se puso al alcance de Luis Miguel y éste la defenestró en un gesto súbito, inesperado e imprevisto. Por tanto, concurre, además, la denominada alevosía sorpresiva”.*

*“El Ministerio Fiscal en esta instancia casacional argumenta que, en realidad, existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y por consecuencia de ello, no nos llamamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Nosotros consideramos también que concurre un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable”.*

*“De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría”.*

Con estas afirmaciones el TS escinde las diversas modalidades de alevosía, algo que había sido completamente rechazado en la sentencia 716/2018<sup>35</sup>, y acepta que en el caso de autos concurre alevosía sorpresiva y de desvalimiento, pero que esta última, al no confluir con la primera, puede fundamentar la aplicación de la nueva circunstancia, no existiendo en ese caso *bis in idem* pues no se ha tomado en consideración la edad de la víctima para fundamentar el ataque sorpresivo. Además, para cimentar su posición, el TS nuevamente indica que el fundamento de la prisión permanente revisable

radica es la especial protección de los menores de 16 años o especialmente vulnerables, más que en sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a la reacción defensiva de la víctima, concluyendo que no aplicar la prisión permanente revisable a este caso, sería no aplicarla nunca con niños, dejando vacío de contenido el art. 140.1. 1<sup>o</sup><sup>36</sup>.

El siguiente recurso en el que el TS se pronuncia sobre la aplicación de la nueva circunstancia tiene como objeto el famoso caso ocurrido en Pioz, en el que una familia compuesta de 4 miembros, una niña de 3 años y 10 meses, un niño de 18 meses y sus padres, fueron asesinados por su sobrino. En lo que a nosotros interesa, este caso destaca porque el iter procesal muestra claramente los problemas interpretativos que suscita la agravante y porque el TS deja clara la compatibilidad entre la nueva agravante y la alevosía de desvalimiento<sup>37</sup>.

En relación con el iter procesal, cabe destacar la variación en la calificación de los hechos. En primera instancia, la AP<sup>38</sup> califica la muerte de los dos menores como asesinatos en los que concurre ensañamiento (por haber matado el autor a la madre de los pequeños en su presencia con el solo objetivo de causarles mayor dolor) y alevosía de desvalimiento (pues efectivamente, ambos se encontraban completamente indefensos por sus características consustanciales). Sin embargo, la AP aplica la nueva agravante en base a un supuesto concurso de normas entre el asesinato agravado por concurrir varias de las circunstancias definitorias (139.2) y el asesinato cualificado por concurrir la circunstancia del art. 140.1. 1<sup>o</sup>, solucionando el concurso a través de la regla de alternatividad (art. 8.4), calificando el hecho como un asesinato en el que concurre ensañamiento y la nueva circunstancia agravante.

Sin embargo, en el recurso de apelación ante el TSJ<sup>39</sup> se estima el recurso presentado por la defensa y concluye que ni es posible apreciar ensañamiento, ni la nueva circunstancia resulta aplicable al caso. Precisamente basa su argumentación en la primera de las interpretaciones del TS, citando las sentencias 80/2017 y 716/2018, concluyendo que la muerte de un ser desva-

35 TS sentencia 716/2018, de 16 de enero, FJ<sup>o</sup> 7: “Tampoco resulta posible escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que sorpresiva y proditoria cualifican el asesinato y la de desvalimiento lo hipercualifica; el sustrato fáctico y el injusto de ésta ya habría sido ponderado al estimar aquellas. De otra parte, la reforma no ha introducido modificación en la definición de la alevosía, donde procurarse y aprovecharse de la situación de indefensión de la víctima, integra su esencia”.

36 En palabras del TS: “ni puede llevarse a efecto una interpretación que, como ya hemos dicho, deje vacío de contenido en la práctica del art. 140.1.1<sup>o</sup> del Código Penal, ni puede imaginarse un caso más claro en donde proceda la prisión permanente revisable que el legislador ha concebido para sancionar estos hechos. No aplicarla en este caso, sería no aplicarla nunca con niños. Y es claro que la interpretación judicial no puede dejar sin efecto el sentido de la norma” (FJ 6<sup>o</sup>).

37 Este caso destaca también por aplicar otros preceptos legales derivados de la reforma, como la agravante recogida en el art. 140.2 o la explicación de la denominada alevosía doméstica o la constante crítica del TS a la técnica legislativa. Por todo ello, esta sentencia sería digna de una lectura y análisis en profundidad.

38 AP de Guadalajara sentencia 3/2018, de 15 de noviembre.

39 TSJ de Castilla la Mancha sentencia 16/2019, de 13 de junio.

lido que suponga por sí sola alevosía deberá calificarse como asesinato alevoso (139.1. 1º). Además, corrige el ficticio concurso de normas que planteó la AP, pues concluye que, aún si en el caso concurría ensañamiento, la calificación del hecho sería la de asesinato agravado por concurrir más de una de las circunstancias definitorias del asesinato. Y ello porque, en primer lugar, rigen el principio de especialidad, por lo que concurriendo varias de las circunstancias definitorias del asesinato, deberá aplicarse el primer escalón de agravación, es decir, el art. 139.2. En segundo lugar, porque el asesinato atiende a la estructura de tipos mixto alternativo, no siendo posible escindir una de las circunstancias definitorias para utilizarla a modo de agravante. En tercer lugar, por los escalones de cualificación existentes, que abocan a agotar los escalones de cualificación inferiores (139.2) para aplicar los superiores (140). Y en último lugar, y en concreta relación con la circunstancia agravante analizada, “*porque la especial situación de vulnerabilidad (...) no conlleva por sí sola la situación de indefensión y por ende, no abarca todo el injusto de alevosía*” (FJ 10º).

Finalmente, el TS concluye que el hecho debe calificarse como un asesinato alevoso (concurriendo alevosía de desvalimiento) y cualificado por ser las víctimas menores de 16 años. Tras realizar un repaso a las sentencias más importantes sobre la materia (precisamente las tres señaladas aquí para explicar la evolución de la interpretación), el Tribunal concluye indicando que, aunque en el caso la indefensión de los dos menores es producto de su edad, la circunstancia del art. 140.1. 1º puede aplicarse de forma conjunta a la alevosía de desvalimiento no suponiendo un *bis in idem*, pues el fundamento jurídico de ambas circunstancias es diferente. La nueva circunstancia agravante “*es resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental*” (FJ 10º), y esto, va más allá de la protección que dispensa la alevosía, centrada en que el autor se prevale de la imposibilidad de defensa de la víctima. Y justifica esta interpretación en base a dos premisas. En primer lugar, no todas las formas de desvalimiento se encuentran recogidas en el art. 140.1.1º (por ejemplo, los casos de personas dormidas, embriagada o narcotizadas), sino que el legislador ha elegido de entre todas ellas, aquellas que estima que merecen mayor protección. Y, en segundo lugar, considera el tribunal que no existe ningún obstáculo que impida el tratamiento agravado de la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa, pues este tratamiento agrava-

do será acorde a la mayor antijuricidad de la conducta. Así pues, el Tribunal concluye que “*La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia. De hecho, constituye una técnica legislativa —no exenta de crítica, es cierto— pero que está bien presente en otros pasajes del Código Penal*” (FJ 10º).

Explicado todo lo anterior, cabe concluir que, según la última interpretación del TS, la nueva circunstancia del art. 140.1. 1º recoge una decisión política criminal del legislador, y que a través de ella la muerte de un menor de 16 o la de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad será siempre más grave que la muerte de cualquier otra persona.

### 5. Una propuesta interpretativa y dos propuestas de *lege ferenda*

Como hemos visto, la nueva circunstancia cualificante presenta serios problemas interpretativos. Independientemente de si aceptamos la propuesta de la doctrina o de la jurisprudencia, siempre aparecen dudas y ciertas incoherencias que nos hacen preguntarnos cuál puede ser la solución más acertada.

Si bien podría llegar a admitirse como válida la primera de las interpretaciones del TS, la falta de explicación del fundamento político criminal al que se refiere hace desechar esta opción. En efecto, el TS alude a la selección de un grupo de personas a las que el legislador quiere dispensar una mayor protección. Aunque la utilización de este tipo de fundamentación podría ser legítima, considero que esta debería ir acompañada de una explicación clara y acorde a la realidad criminológica del país (esto es, por ejemplo, a un creciente aumento del número de casos), sobre todo teniendo en cuenta la gravedad de la pena aplicable al responsable del hecho. Con esto no quiero decir que matar a un menor de 16 años o a una persona especialmente vulnerable no sea un delito grave que merece la mayor de las penas al destruir el bien jurídico más preciado, la vida humana. Sin embargo, cabe preguntarse por qué la muerte de este grupo de personas es más grave que la muerte de cualquier otra, máxime cuando nos encontramos ante un bien jurídico que, aunque ponderable<sup>40</sup>, es difícilmente graduable, pues creo que nadie defendería que la vida de un menor de 16 años o de una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad es más (o menos) valiosa que la de cualquier otra persona<sup>41</sup>. Por tanto, la mayor punición de la

40 Véanse por ejemplo los casos de estado de necesidad.

41 También hace alusión a la imposibilidad de valorar más una vida que otra SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. “Personas especialmente vulnerables (...)” *op. cit.*, p. 159.

muerte de un ser humano debería justificarse, al menos, en aspectos relacionados con un mayor contenido de injusto o con la lesión o puesta en peligro de otras vidas o bienes jurídicos especialmente relevantes<sup>42</sup>. Ya que en este concreto caso ni hay varias vidas en juego, ni varios bienes jurídicos afectados, la única solución que resta es el fundamento basado en un mayor contenido de injusto, esto es el propuesto por la doctrina.

Sin embargo, la interpretación doctrinal presenta ciertas incoherencias que hacen necesario matizar y concretar el fundamento de la nueva agravante. Por ello considero que la nueva circunstancia del art. 140.1. 1º debería interpretarse de tal forma que ni deje vacío de contenido partes de la agravante, ni suponga una aplicación extensiva de la prisión permanente revisable. Tomando esto en consideración, concluyo que la nueva circunstancia debería aplicarse en aquellos supuestos en los que el autor se aproveche de la total o parcial indefensión consustancial de la víctima para facilitar la comisión del delito. Mientras que la alevosía solo se aplicaría en caso de que el autor interponga un medio, modo o forma (es decir, alevosía activa) que provoque la total indefensión de la víctima. Si asumimos esta interpretación, la alevosía y la nueva agravante serían circunstancias homogéneas, cuya única diferencia se circunscribiría al *modus operandi* y a que la nueva agravante también responde a casos de parcial indefensión<sup>43</sup>.

Junto a la mera definición y distinción de las dos agravantes, caben añadir tres matices. En primer lugar, se aplicará la nueva circunstancia en todos los casos en los que el autor no solo conoce, sino que también se aprovecha de la indefensión total o parcial. Por tanto, el elemento subjetivo de la nueva agravante requerirá el conocimiento de la indefensión y el aprovechamiento de ese conocimiento para facilitar la consecución del delito.

En segundo lugar, en ningún caso la nueva circunstancia será compatible con la alevosía, no pudiendo aplicarse nunca de forma conjunta. La interposición de un medio alevoso para la eliminación la escasa capacidad defensiva del parcialmente indefenso supondrá siempre la calificación del hecho como asesinato<sup>44</sup>. Por su parte, en caso de que el autor utilice medios, modos o formas alevosas contra una víctima totalmente indefensa, nos encontraremos

ante un concurso de normas entre homicidio agravado (muerte aprovechándose de la total indefensión de la víctima (138.2) y asesinato (muerte utilizando un medio alevoso (139.1) que se resolverá mediante la aplicación de la regla de especialidad y alternatividad, abarcando con ello todo el desvalor de la acción<sup>45</sup>.

Por último, la calificación del hecho como asesinato cualificado (art. 140.1. 1º) y la aplicación de la prisión permanente revisable solo será posible cuando concurra alguna de las circunstancias definitorias del asesinato diferente a la alevosía y la nueva circunstancia cualificante, pero solo cuando el autor se aproveche de la total indefensión de la víctima. Aceptar la imposición de la prisión permanente revisable en supuestos en los que la víctima aún tiene capacidad defensiva (de menor gravedad que la alevosía), supondría aplicar una pena completamente desproporcionada al desvalor de acción. Si la concurrencia de alevosía junto con otra de las circunstancias definitorias del asesinato no lleva aparejada la máxima pena de nuestro Código penal, menos sentido aún tendría que los supuestos de aprovechamiento de la parcial indefensión (cuyo contenido de injusto es supuestamente menor) se castigaran con prisión permanente revisable.

En relación con la pena aplicable al homicidio agravado y al asesinato alevoso, es evidente que el juez deberá tomar en consideración el grado de indefensión de la víctima para concretar la pena, no pudiendo castigar igual supuestos de parcial indefensión y total indefensión. Puesto que existe un solapamiento entre los marcos penales de ambos delitos, quizá podría ser positivo que los jueces reservaran la pena más cercana al límite inferior del marco penal del homicidio agravado (es decir, 15 años y 1 día de prisión) para los casos en los que el aprovechamiento de la indefensión parcial de la víctima supusiera un menor contenido de injusto<sup>46</sup>. No se desconoce que esta propuesta puede plantear nuevos problemas, por ejemplo: la inaplicación del límite inferior de la pena del asesinato cuando este sea alevoso; o la extensión de su inaplicación a todos los casos de asesinato; o la sumisión del resto de circunstancias definitorias del asesinato a la alevosía, considerando esta última como la grave de todas ellas.

42 En sentido parecido, el Proyecto Alternativo alemán de 1970, citado por SANZ MORÁN, A. J. "Presupuestos para la reforma (...)" *op. cit.*, p. 807.

43 Respecto a la parcial indefensión de la víctima hemos de aclarar que será igualmente necesario una valoración de la *especial vulnerabilidad* de la víctima, de lo que surge la pregunta de si una persona *especialmente vulnerable* puede ser al mismo tiempo solo parcialmente indefenso. Personalmente considero que no, pues el adjetivo *especial* añadido por el legislador da a entender que la vulnerabilidad deberá ser singular, es decir, mayor que la mera vulnerabilidad.

44 Por ejemplo, atacar por la espalda a un adolescente con cierta capacidad defensiva.

45 Por ejemplo, disparar con un arma de fuego a un bebe de pocos meses, utilizar veneno para matar al anciano que se encuentra bajo su cuidado...

46 No se desconoce que esta propuesta puede plantear nuevos problemas, por ejemplo: la inaplicación del límite inferior de la pena de asesinato en este tipo de casos, o el aparente desconocimiento de las otras circunstancias que definen el asesinato y su sumisión a la alevosía que sería quizá considerada la circunstancia más grave de todas ellas.

Explicado lo anterior, no se puede obviar los problemas que plantea la propuesta interpretativa, pues siguen existiendo discordancias penológicas y siguen sin tener sentido los escalones de agravación. Por este motivo, la mejor opción sería la derogación de esta nueva circunstancia agravante. No obstante, si el legislador insistiera en mantenerla, considero que debería modificar, al menos, el marco penal abstracto del homicidio agravado, haciendo que este se solapara solo en parte con el del asesinato, e incluir la nueva circunstancia entre las recogidas en el art. 139.2 (eliminándola, por otra parte, del art. 140.1)<sup>47</sup>. O mejor aún, si considerara eliminar la referencia a una edad concreta o se interpretara restrictivamente la agravante solo aplicándola a casos de víctimas totalmente indefensas, se podría apoyar la interpretación doctrinal de alevosía e incluir la nueva agravante entre las circunstancias definitorias del asesinato.

### Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M. *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?* Madrid: Iustel, 2016.
- ALONSO ÁLAMO, M. Circunstancias del delito e inseguridad jurídica. En: DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (dir.). *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 41-69.
- “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/2015”. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 117 (III), época II, diciembre 2015, pp. 5-49.
- ALTÉS MARTÍ, M. A. *La alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del N.º 1 del Art. 10 del Código Penal)*. Valencia: Universidad de Valencia, 1982.
- ARIAS EIBE, M. J. “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2005.
- CADENA SERRANO, F. G. Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015. [Consulta: 1/12/2018] Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia\\_CADENA\\_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740)
- CÁMARA ARROYO, S. “La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)”. *La Ley Penal*, n.º 116, 2015. [Consulta: 08/09/2020] Disponible en: <https://www.smarteca.es/>
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C. *La alevosía*. Barcelona: Bosch, 1953.
- CASTELLÓ FOZ, M. “Hipercualificación del asesinato por razón del sujeto pasivo y alevosía. Vulneración del principio “non bis in idem”. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia”. *Diario La Ley*, n.º 9659, 2020. [Consulta: 08/09/2020] Disponible en: <https://www.smarteca.es/>
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2013. [Consulta: 08/09/2020] Disponible en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)
- CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2015.
- CUENCA GARCÍA, M. J. “Problemas interpretativos y de “non bis in idem” suscitados por la reforma de 2015 en el delito de asesinato”. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, pp. 115-150.
- DE SOUZA ALMEIDA, D. “Prensa, redes sociales y formación de la opinión pública: una introducción para la comprensión del populismo penal mediático”. *Revista Penal*, n.º 45, 2019, pp. 194-213.
- DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, M. “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (El Proyecto de Reforma del Código Penal de 20 de septiembre de 2013)”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 33 (enero-marzo), 2014, pp. 127-164.

47 Considero que el art. 140 debería ser eliminado por completo, pues el resto de las circunstancias recogidas en el precepto presentan iguales o peores problemas interpretativos. Esta propuesta daría lugar a la feliz eliminación de la tan polémica prisión permanente revisable. Sin embargo, si el legislador decidiera no renunciar a ella, podría quizá incluirla como respuesta al asesinato cualificado (art. 139.2) junto con una pena de carácter determinado. De esta forma, el juez podría tener la opción de aplicar la nueva pena a los casos en los que concurrían todas o gran parte de las circunstancias definitorias del asesinato.

- DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho Penal Español. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- FELIP I SABORIT, D. El homicidio y sus formas. En: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Atelier, 2015.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, G. “Régimen de hipercualificación del delito de asesinato en el derecho español contemporáneo”. *Revista Misión Jurídica*, 12, nº 16, 2019, pp. 163-195.  
– “Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable”. *Revista Penal*, nº 44, 2019, pp. 42-60.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. “Prisión permanente revisable: alevosía, minoría de edad y vulnerabilidad”. *Práctica penal: cuaderno jurídico*, nº 97, 2019, pp. 12-31.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, Madrid: 8 de enero de 2013. [Consulta: 08/09/2020] Disponible en: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)
- GÓMEZ MARTÍN, V. Del homicidio y sus formas. En: CORCOY BIDASOLA, M./MIR PUIG, S. (dirs.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 493-503.
- GÓMEZ RIVERO, C. “Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal”. *Revista de derecho y proceso penal*, nº 4, 2000, pp. 35-59.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- GRACIA MARTÍN, L./JORGE VIZUETA, F. *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código penal: doctrina y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre los delitos de homicidio y asesinato”. *La ley penal*, nº 50, 2008. [Consulta: 08/09/2020] Disponible en: [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)  
– *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Colex, 2015.
- LUZÓN PEÑA, D. M. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M. L./LAURENZO COPELLO, L. *El Derecho Penal en Casos. Parte General Teoría y Práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A. *El delito de asesinato: Análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2017.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Tepeport, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.  
– *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- MUÑOZ RUIZ, J. Delitos contra la vida y la integridad física. En: MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 335-373.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. “Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales”. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 4, 2016, pp. 153-202.  
– “La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas”. *Teoría & Derecho*, nº 24, 2018, pp. 92-114.
- PEÑARANDA RAMOS, E. Delitos de asesinato: Arts. 139, 140 y 140 bis CP. En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 485-509.  
– *Estudios sobre el delito de asesinato*. Montevideo: D de F, 2014.  
– Las nuevas modalidades de los delitos de homicidio y asesinato introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código penal. En: VVAA. *Modificaciones sustantivas en Derecho penal y el Estatuto de la víctima*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2017, pp. 13-45.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuter-Aranzadi, 2016.  
– *Compendio de la parte especial del Derecho penal*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- ROSAL BLASCO, B. “Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el proyecto de Código Penal de 1992”. *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, nº 7, 1992, pp. 133-146.  
– Del homicidio y sus formas (I) (II). En: MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 1-47.

- SANZ MORÁN, A. J. “Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 48, 1995, pp. 783-848.
- “La última reforma penal los delitos contra la vida humana como paradigma”. *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 38, 2015, pp. 15-18.
  - La reforma de los delitos contra la vida. En: VVAA. *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Octavio de Toledo y Ubieta*. Madrid: Universidad de Madrid, 2016, pp. 821-838.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente”. *Revista penal*, n.º 43, 2019, pp. 156-171.
- SERRANO MAÍLLO, A. “Elementos de autor en el asesinato”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 14, 1999, pp. 413-444.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.). En: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 465-486.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (dir.). *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Navarra: Thomson Reuters, 2018.
- TORÍO LÓPEZ, A. “El concepto individual de culpabilidad”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 38, mes 2, 1985, pp. 285-302.
- VENTURA PÜSCHEL, A. Y JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, F. Delitos contra la vida humana independiente: homicidio y asesinato (artículos 138, 139, 140 y 140 bis). En: QUINTERO OLIVARES, G. *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2015.
- VVAA. *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2016.
- VVAA. Manifiesto de Catedráticos Penalistas en rechazo a la Reforma Penal, [Consulta: 29/09/2020] Disponible en:  
[http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public\\_files/documentos/manifiesto\\_catedraticos\\_en\\_rechazo\\_a\\_la\\_reforma\\_penal.pdf](http://nosomosdelito.net/sites/default/files/public_files/documentos/manifiesto_catedraticos_en_rechazo_a_la_reforma_penal.pdf)
- Resoluciones judiciales**
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 80/2017, de 10 febrero.
- Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 4ª), sentencia n.º 42/2017, de 14 de julio.
- Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 2ª), sentencia n.º 68/2017, de 17 noviembre.
- Audiencia Provincial de A Coruña (sección 1ª), sentencia n.º 484/2018, de 16 octubre.
- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 1ª), sentencia n.º 100/2018, de 21 marzo.
- Audiencia Provincial de Madrid (sección 16ª), sentencia n.º 237/2018, de 28 marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 520/2018, de 31 octubre.
- Audiencia Provincial de Guadalajara (sección 1ª), sentencia n.º 3/2018, de 15 noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 700/2018, de 9 enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 716/2018, de 16 enero.
- Audiencia Provincial de Castellón (sección 1ª), sentencia n.º 187/2019, de 17 de mayo
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala de los civil y penal), sentencia n.º 16/2019, de 13 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 339/2019, de 3 de julio de 2019.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 367/2019, de 18 julio.
- Audiencia Provincial de Almería, sentencia 379/2019, de 30 de septiembre.
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), n.º 66/2019, de 25 de noviembre.
- Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 4ª), sentencia n.º 79/2019, de 23 de diciembre.
- Tribunal Superior de Justicia Andalucía (Granada) (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), sentencia n.º 26/2020, de 5 de febrero de 2020.
- Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sentencia n.º 42/2020, de 14 febrero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 814/2020, de 5 de mayo de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1ª), sentencia n.º 30/2020, de 18 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª), sentencia n.º 180/2020, de 19 de mayo.
- Audiencia Provincial de Valencia, sentencia n.º 260/2020, de 22 junio.