

43

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

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

# Revista

Diciembre 2018

43

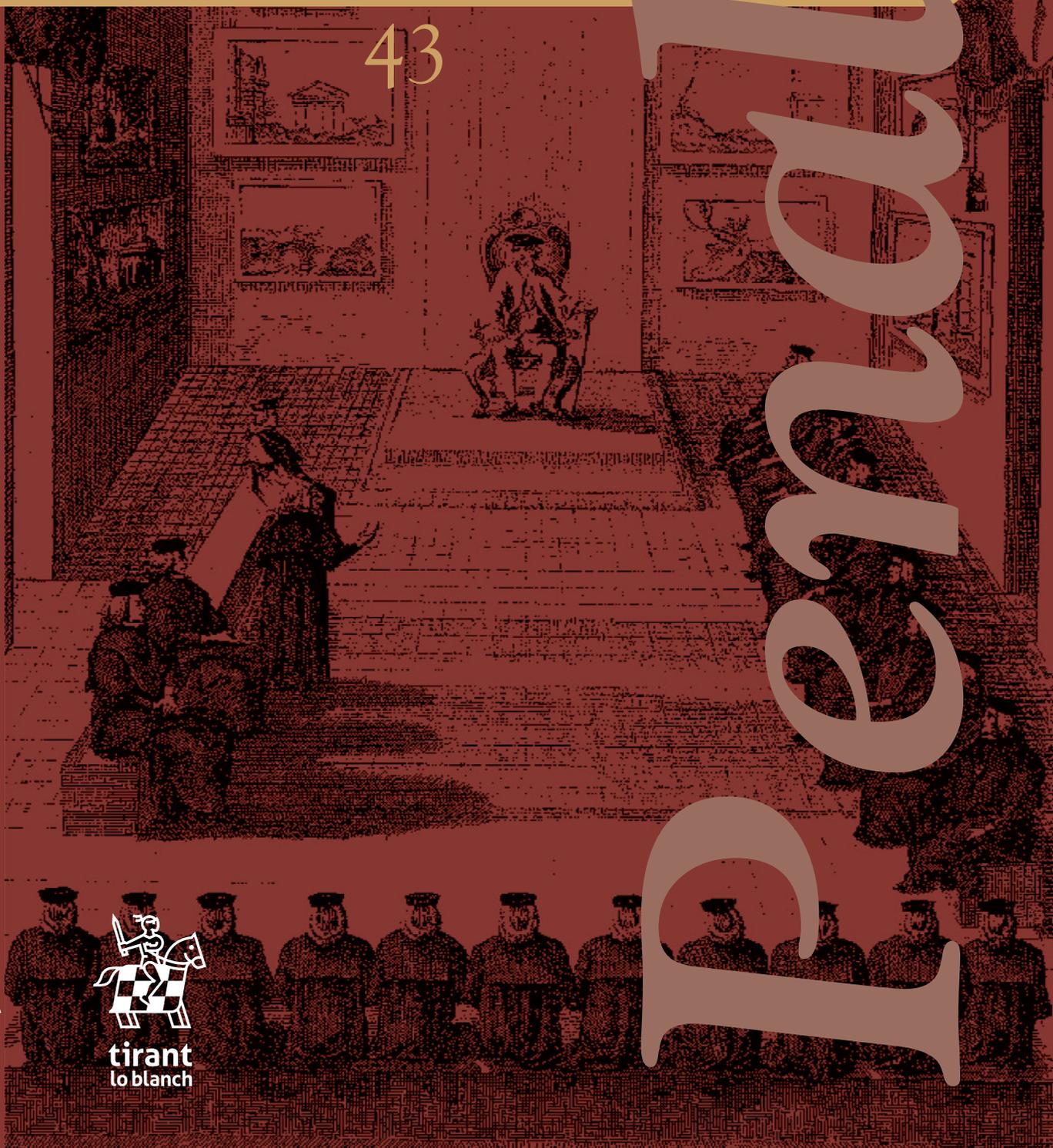
Revista Penal

Diciembre 2018



tirant  
lo blanch

# Penal



# Revista Penal

Número 43

## Sumario

---

### Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* ..... 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* ..... 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* ..... 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* ..... 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* ..... 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* ..... 204

**Sistemas penales comparados:** Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

**Jurisprudencia:** La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde ..... 290

\* 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



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	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Monica Roncati (Italia)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
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.: 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  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
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>



## Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente

José Luis Serrano González de Murillo

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

### Ficha técnica

**Autor:** José Luis Serrano González de Murillo

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Extremadura

**Código ORCID:** 0000-0003-2414-8774

**Title:** Especially vulnerable people and defenceless people in crimes against independent human life

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La concurrencia de varias circunstancias que agravan la muerte dolosa. 3. Fundamento de agravación de la muerte de víctimas vulnerables. 4. Límites en la consideración de la especial vulnerabilidad, en particular en los delitos contra la vida. 5. Delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la indefensión y la especial vulnerabilidad. A) Fin del aprovechamiento de la indefensión absoluta como alevosía. B) La jurisprudencia: indefensión absoluta como alevosía “de aprovechamiento” y especial vulnerabilidad como indefensión relativa compatible con la alevosía “activa”. 6. Evaluación de la línea jurisprudencial. 7. ¿Qué nos depara el futuro?

**Summary:** I. Introduction. 2. The concurrence of several circumstances that aggravate the intentional death. 3. Rationale for aggravating the death of vulnerable victims. 4. Limits in the consideration of special vulnerability, particularly in crimes against life. 5. Delimitation of the respective areas of application of defencelessness and special vulnerability. A) End of the use of absolute helplessness as treachery. B) Jurisprudence: absolute defencelessness as “exploitation” and special vulnerability as relative helplessness compatible with “active” treachery. SAW. 6. Evaluation of the jurisprudential line. 7. What does the future hold?

**Resumen:** La actual regulación de la muerte dolosa en el Código penal español prevé la pena de prisión permanente para los casos de acumulación de circunstancias caracterizadoras y específicas del asesinato. En particular resulta problemática la convergencia de la circunstancia de alevosía (extendida por la jurisprudencia desde el aseguramiento de la ejecución a los casos de ejecución segura debida a indefensión absoluta de la víctima) y la de especial vulnerabilidad, puesto que coincide la razón de ser de ambas y por tanto apreciarlas conjuntamente vulnera la prohibición de doble valoración. Examinada la tesis jurisprudencial sobre esta concurrencia, que admite en algunos casos la simultaneidad de ambas, se propone como solución *de lege ferenda* reservar la circunstancia de especial vulnerabilidad para los casos de indefensión absoluta, que dejarían de incluirse en el ámbito de la alevosía.

**Palabras clave:** Asesinato, homicidio agravado, alevosía, aseguramiento de la ejecución, especial vulnerabilidad, concurrencia de agravantes

**Abstract:** The current regulation of intentional death in the Spanish Penal Code punishes with life sentence cases of accumulation of characterizing and specific circumstances of murder. It is particularly problematic the concurrence of the circumstances of treachery —extended by the case law from the assurance of execution to secure execution due to absolute defencelessness of the victim— and of special vulnerability. The *raison d’être* of both is the same and therefore to appreciate them jointly would violate the prohibition of double valuation of any aggravating element. Having examined the courts opinions on this concurrence, which admits in some cases the simultaneity of both, we propose, as *de lege ferenda* solution, to reserve the circumstance of special vulnerability for cases of absolute defencelessness, which thus would no longer be included in the scope of treachery.

**Key words:** Murder, aggravated homicide, treachery, assurance of execution, special vulnerability, simultaneity of aggravating circumstances

**Rec:** 9-10-2018 **Fav:** 12-11-2018

## 1. Introducción

La reforma del CP de 2015 ha introducido para los delitos de asesinato y de homicidio doloso la circunstancia agravante de la especial vulnerabilidad de la víctima, respectivamente en los arts. 140.1.1º y 138.2.a. A su concurrencia se vinculan unas consecuencias jurídicas de gran entidad: en el asesinato, determina la aplicación de la prisión permanente revisable; en el homicidio, la de la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico, que aumenta así a la prisión comprendida entre 15 y 22 años y medio, es decir, un marco penal con límite superior por encima incluso del correspondiente al asesinato antes de la reforma.

La nueva circunstancia se hace consistir en que el sujeto pasivo sea menor de 16 años, o bien “especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad”. Al acotarla en tales términos, la ley se aparta del concepto de vulnerabilidad ya vigente para otros bienes jurídicos personalísimos, como la salud, pero sobre todo genera problemas en su conexión con alguna de las circunstancias caracterizadoras del asesinato, singularmente con la alevosía tal como ha venido concibiéndola la jurisprudencia, que la extendía asimismo a la ejecución de la muerte dolosa de persona *per se* indefensa; es decir, asimismo vulnerable. Ante la previsible coincidencia de ámbitos de aplicación, no parece ofrecerse ninguna solución satisfactoria, y en cambio se abre el riesgo de la apreciación simultánea de la alevosía debida a indefensión absoluta y la especial vulnerabilidad, con la posible infracción del principio *ne bis in idem*, como en efecto ha ocurrido en la práctica.

El contexto de este problema se sitúa en la nueva regulación de los delitos contra la vida que se marcó como uno de los objetivos del proceso de reforma culminado en 2015, donde para el asesinato se perseguía prever una serie de circunstancias de agravación que dieran lugar a la nueva pena de prisión potencialmente perpetua<sup>1</sup>. Ante la heterogeneidad e imposibilidad de encontrar una idea informadora

unitaria para todos ellas, cabe sospechar que estas modificaciones estuvieron en realidad sometidas a la meta principal, la de introducir la prisión permanente revisable. Como gráficamente expresara Peñaranda Ramos, la decisión de prever esta nueva pena es anterior a la de a qué delitos aplicarla<sup>2</sup>, ya que inicialmente se la destinaba al asesinato/homicidio terrorista, que atenta contra la vida humana y la existencia del Estado simultáneamente, y posteriormente también a asesinatos agravados, además de a la muerte de Jefes de Estado, y en relación con el genocidio y los delitos de lesa humanidad. Finalmente, en la plasmación del propósito legislativo de castigar con la máxima pena los crímenes particularmente execrables, se han seguido planteamientos populistas que conducen a consagrar legalmente instintos emotivos de venganza<sup>3</sup> por aquellos crímenes que se juzgan especialmente odiosos o reveladores de especial perversidad; y posteriormente, por lo que respecta al delito de asesinato, en buena parte dependiendo de casos que han conmovido recientemente a la opinión pública, se han seleccionado determinados supuestos estimados merecedores de tamaña agravación.

Ya en el curso del proceso legislativo, debido a la crítica contenida en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2013, de reforma del CP, se estimó razonable extender al homicidio esas agravantes que en el asesinato determinan la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, con el razonable argumento de que carecía de sentido que determinadas circunstancias sólo pudieran agravar el hecho de matar si además concurrían las notas caracterizadoras del asesinato, y no en su ausencia, ya que en uno y otro caso se trata de muerte dolosa. Con todo, la traslación al homicidio sólo se produce en un 75 %, puesto que de las cuatro circunstancias agravatorias previstas en uno y otro delito, sólo tres de ellas coinciden y la cuarta diverge; estando, por tanto, los casos de no coincidencia expuestos a la crítica inicial.

Las comunes a asesinato y homicidio obedecen simplemente a una idea excesivamente vaga: se trata de muertes que suscitan una reacción emotiva e irracional de repulsa<sup>4</sup>, lo que conduce a imponer una pena des-

1 Al respecto ampliamente, Arroyo Zapatero / Lascraín Sánchez / Pérez Manzano (eds.), *Contra la cadena perpetua*, 2016, accesible en la URL: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/9671>

2 Peñaranda Ramos, “Los delitos de homicidio y asesinato tras la reforma de 2015 del Código penal”, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 1258.

3 Morales Prats, en Quintero Olivares / Morales Prats, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., 2016, p. 62.

4 Lo que también cabría afirmar de la mayoría de las circunstancias caracterizadoras del asesinato. La reacción de repulsa, naturalmente, puede considerarse extensible sucesivamente a nuevas manifestaciones de delitos execrables, como en el debate de enero/

proporcionada. Y entre ellas se encuentra la agravante de especial vulnerabilidad de la víctima, que remite a la idea de indefensión ligada a una de las tradicionales circunstancias caracterizadoras del asesinato, la de alevosía.

Para estudiar la relación entre estas dos circunstancias se examinará en primer lugar el complejo sistema de agravantes de posible concurrencia en los delitos dolosos contra la vida independiente y los efectos de la concurrencia de varias de ellas (II); para continuar con el fundamento de agravación de los delitos sobre víctimas vulnerables, en los delitos contra bienes jurídicos individuales y en concreto en la muerte dolosa (III), así como su alcance y límites (IV); con la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la alevosía y de la especial vulnerabilidad, analizando las diversas posibilidades que se abren y en particular los criterios seguidos por los tribunales (V), y con la crítica de la línea jurisprudencial que empieza a esbozarse (VI); para concluir extrayendo conclusiones que podrían orientar a la jurisprudencia y al legislador futuro (VII).

### 2. La concurrencia de varias circunstancias que agravan la muerte dolosa

Desde una perspectiva general, llama en seguida la atención la incongruencia básica existente en el sistema de las circunstancias agravantes de la muerte dolosa, singularmente en la estructura de los asesinatos “multicircunstancia”. Esta se deriva del pecado original que se acaba de describir: se trataba de imponer la cadena perpetua a determinados asesinatos mediante la acumulación de dos géneros de circunstancias agravantes, y para conseguir tal objetivo no se siguió criterio entendible de agrupación ni se anticiparon las consecuencias de las posibilidades combinatorias de una y otra categoría. Dicha incongruencia, que va a revelarse si se opta por la compatibilidad entre las dos circunstancias objeto de estudio, se debe además a los distintos efectos que despliegan las dos categorías de agravantes previstas.

Desde la reforma de 2015, como es sabido, las circunstancias descritas en el art. 139.1 determinan que la muerte dolosa se califique de asesinato, no de mero homicidio, por lo que suelen denominarse “circunstancias caracterizadoras”; mientras que, presupuestos los elementos del delito de asesinato, incluida pues al menos una circunstancia caracterizadora, cualquiera de las del art. 140 (llamémoslas “agravantes específicas”) propicia la aplicación de la pena de prisión permanente.

Este intrincado e injustificado sistema, que comprende circunstancias de dos categorías, con respectivos

efectos distintos, llevaba preprogramados los problemas que se derivarían de la combinación de varias de ellas; problemas cuya solución, sin embargo, no se ha anticipado en la ley. Así, sorprende que dos circunstancias caracterizadoras simultáneas *pesen* menos que la acumulación de una caracterizadora y una agravante específica, siendo así que las caracterizadoras deberían ser consideradas más graves puesto que determinan el salto cualitativo a asesinato, y que a veces resulta difícil distinguir una y otra categoría. Ello ocurre con la alternativa de calificación entre la circunstancia caracterizadora de matar para evitar que se descubra otro delito y la agravante de matar inmediatamente después de un delito contra la libertad sexual del autor sobre la víctima, ya que, supuesta otra circunstancia caracterizadora más, la primera opción implicará una “mera” exacerbación de la pena de prisión (art. 139.2), mientras que la segunda entraña inexorablemente la prisión permanente revisable (art. 140.1). Y así ocurre en la cuestión que nos ocupa, la de la relación entre alevosía y especial vulnerabilidad. En ambos supuestos, la combinación de circunstancia caracterizadora y agravante específica arroja un resultado más grave que la combinación de dos circunstancias caracterizadoras (o que dos específicas).

Entonces, ¿acaso las agravantes específicas preponderan sobre las caracterizadoras? ¿Deben ser por ello de aplicación preferente, en virtud del criterio de alternatividad? La dificultad de fondo es que resulta prácticamente imposible fundamentar la superior gravedad de las circunstancias agravantes específicas que comparten asesinato y homicidio con respecto a las caracterizadoras del asesinato enumeradas en el art. 139. Más bien, al contrario, deberían estimarse preponderantes las caracterizadoras.

Ello se pone de manifiesto, en primer lugar, si se consideran aisladamente unas y otras. Así, en ausencia de otra circunstancia caracterizadora adicional del asesinato, la muerte dolosa más agravante específica da lugar “meramente” a homicidio agravado del art. 138.2, mientras que la muerte más una circunstancia caracterizadora constituye ya asesinato del art. 139, castigado con un marco penal con límite superior más grave. En segundo lugar, la eficacia agravatoria de una y otra categoría se evidencia al acumular varias homogéneas; en efecto, la acumulación de dos circunstancias agravantes específicas simplemente agravará la pena en el marco del homicidio agravado (máximo, prisión de 22 años y medio), y en cambio la conjunción de dos circunstancias caracterizadoras determina, aparte de la calificación de asesinato, la aplicación automática de la mitad superior del marco penal del asesinato (máximo,

25 años). Y en tercer lugar, dada una muerte dolosa más una o varias circunstancias específicas, es la concurrencia de una única circunstancia caracterizadora la que determina la diferencia crucial entre aplicar una pena de prisión por homicidio agravado o la máxima pena privativa de libertad de nuestro ordenamiento.

Por todas estas razones, y aun sin entrar en el mayor o menor fundamento de unas y otras circunstancias, o en si está justificado el encuadramiento de cada una en su respectiva categoría o en que existan dos categorías distintas, lo cierto es que las caracterizadoras presentan superior entidad que las agravantes específicas.

Se produce, sin embargo, la paradoja siguiente: mientras que, aisladamente consideradas, una circunstancia caracterizadora supera, en cuanto a la gravedad de sus efectos, a una agravante, en cambio puestas en combinación se genera entre ellas una incomprensible “sinergia” que determina que una caracterizadora más una agravante despliegue un superior efecto agravatorio que la acumulación de dos caracterizadoras; incluso que la acumulación de dos específicas. ¿Qué extraña aritmética valorativa es ésta?

Pues es la que conduce a que la muerte en que se asegura la ejecución sobre una persona especialmente vulnerable pueda dar lugar a la aplicación de la máxima pena, si se consideran conceptualmente compatibles las dos perspectivas de agravación.

### 3. Fundamento de agravación de la muerte de víctimas vulnerables

Ahora bien, esa posibilidad de acumular las dos circunstancias estudiadas depende en buena medida del fundamento de una y otra.

No resulta fácil encontrar el fundamento de la agravación de la pena en el caso de las víctimas especialmente vulnerables si éste se busca en su eventual superior injusto o culpabilidad. Así, se ha señalado que matar dolosamente a un menor de 16 años supone por lo general, salvo casos excepcionales, una situación de superioridad del autor y de indefensión al menos parcial de la víctima, que fundamenta un mayor merecimiento de pena<sup>5</sup>. Pero con esto no se está ofreciendo aún una fundamentación, sino una mera explicación. ¿A qué obedece el mayor merecimiento de pena? ¿O será simplemente una mayor necesidad de pena?

Desde luego, no puede considerarse que en estos casos concurra un superior injusto, debido a que el objeto del bien jurídico poseyera mayor valor, o a que la lesión fuera más intensa. En efecto, el Derecho confiere a todas las vidas el mismo valor. No hay vidas más valiosas que otras, y la de una niña, una persona con una grave enfermedad o discapacidad, o un anciano achacoso no

es más valiosa que una persona joven o madura, de manera que tampoco su muerte es más grave.

Tampoco cabe hallar una mayor culpabilidad en el ataque a un ser vulnerable. El eventual mayor reproche no encontraría más apoyo que la consideración del sujeto activo como perverso, cobarde, canalla o malvado, por el hecho de dirigir el ataque hacia una víctima indefensa en mayor o menor grado, pero deducir de ahí una penalidad superior implicaría incurrir en un Derecho penal de autor. De la roxiniana “racionalidad del delincuente medio” se deriva que este optará por emplear el mínimo esfuerzo y aprovechar la máxima facilidad de ejecución, lo que supone la existencia de menos obstáculos a la realización.

Más bien habría que situar el fundamento de agravación en la punibilidad, en razones de la mayor necesidad de protección. Pero el objeto del bien jurídico no presenta una mayor necesidad de protección porque sea más valioso, lo que ya hemos señalado que no es el caso, sino porque el reverso de la indefensión es la mayor facilidad de comisión del delito debida a la dificultad de defenderse por parte de la víctima. Resulta lógico, pues, desde la perspectiva político-criminal, que la especial facilidad para atentar contra el objeto del bien jurídico, sobre todo en caso de bienes jurídicos personalísimos y de gran valor, se tenga en cuenta como factor agravatorio de la pena, puesto que esa mayor facilidad para cometer el delito reclama una mayor pena que contrapesa la mayor tentación hacia el delito que supone esa superior facilidad. Por razones probatorias, tal facilidad se describe en términos predominantemente objetivos, a fin de que no dependa de la evaluación del autor sobre ella, sino solo de que conozca la base fáctica de la indefensión.

Dado este fundamento, se explica aquí que el aspecto subjetivo, como en toda agravante pero aún más intensamente, requiera el conocimiento del aspecto objetivo de la circunstancia: de la edad superior a los 16 años, o de la especial vulnerabilidad derivada de las causas que se indican, y en caso de ignorancia la circunstancia no podría apreciarse, en virtud de lo dispuesto para el error (ignorancia) en el art. 14.2 CP. En el primer caso, el conocimiento suficiente se basará casi siempre en la edad que la víctima represente, y en el segundo bastará con el conocimiento de las bases objetivas de la indefensión personal de la víctima. Puesto que en la práctica la mayor parte de los casos se encuadran en la violencia machista o doméstica, como se deriva del examen de la jurisprudencia (*cf. infra* V.b), es difícil que falte este aspecto subjetivo donde la víctima y sus circunstancias son perfectamente conocidas por el autor.

Por su parte, en cuanto a la alevosía, la jurisprudencia ha situado su razón de ser desde la perspectiva del

mayor injusto y/o de su superior culpabilidad de la ejecución a traición y sobre seguro. Mayor injusto dado que la conducta encierra una mayor peligrosidad para la sociedad, en tanto que se trata de conductas en que no hay riesgo para quien delinque. Superior culpabilidad, porque la forma de ejecución revela un “ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero”<sup>6</sup>. Sin embargo, por las razones arriba indicadas, cabe dudar también del superior injusto o culpabilidad de la ejecución alevosa. Más bien, concurre en esta circunstancia una mayor necesidad de pena que contrarreste la ejecución sobre seguro, razón por la cual no cabe encontrar distinta fundamentación a las circunstancias de alevosía y de especial vulnerabilidad. Entre ambas solo cabe hallar diferencia de grado.

#### 4. Límites en la consideración de la especial vulnerabilidad, en particular en los delitos contra la vida

Ahora bien, de que la imposibilidad o menor capacidad de defenderse la víctima y la consiguiente mayor facilidad de comisión aconseje compensarlas elevando la conminación penal, ¿se desprende que debe preverse con carácter general agravación de la pena en presencia de una vulnerabilidad especial?

De ningún modo. Frente a qué delitos ha de agravarse la pena en estas circunstancias, y en ellos con qué alcance, es una cuestión de política legislativa, que en lo que respecta a bienes jurídicos individuales ha de tener en cuenta la especial necesidad de protección en el sentido descrito, equilibrada con el principio de intervención mínima.

Esta tensión se pone de manifiesto, p. ej. en el ámbito de los delitos contra el patrimonio, cuando la propia reforma de 2015 excluye de la excusa absolutoria de parentesco los supuestos de vulnerabilidad de la víctima, si bien requiriendo para la punibilidad, con buen criterio, el abuso de tal condición. Dada la índole de estos delitos, la vulnerabilidad se limita legalmente a razones de edad (acertadamente y a diferencia de en los delitos contra la vida, sin acotamiento objetivo) y de discapacidad. En la misma tendencia se inscribe la agravación para el hurto del art. 235.6<sup>a</sup>, que alude a la situación de desamparo de la víctima, o a un peligro general “que haya debilitado la defensa del ofendido...”<sup>7</sup>; o, en el ámbito de un bien jurídico colectivo, para el acaparamiento en el art. 281.2: “...si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas”; pero no en cambio en el delito de robo con violencia o intimidación, o en la estafa o la apropiación indebida (en la que en 2015, por el contrario, se suprime la agravación para los supuestos de depósito miserable), donde considerar la vulnera-

bilidad frente a los respectivos medios comisivos tendría incluso más sentido.

Aceptada en términos dialécticos la premisa de que la vulnerabilidad especial de la víctima reclama una superior protección, cabe discutir el acotamiento concreto de esa vulnerabilidad en función del respectivo bien jurídico protegido, y es esperable cierto nivel, siquiera mínimo, de coherencia en el trazado de los límites; pero esta expectativa lleva a la decepción.

Así, en los delitos de muerte dolosa, resulta criticable que aparentemente se equipare la vulnerabilidad total con la parcial, la nula capacidad de defenderse con la solo escasa capacidad, sobre todo al allanar las diferencias entre todos los menores de 16 años, estableciendo el límite superior en términos puramente objetivos. Porque no es lo mismo decidir matar a un niño de meses, o de siete años, que a uno preadolescente, que puede ser bastante fornido. Y además sin dar relevancia a la correlación de fuerzas, es decir, también la fuerza física del autor o autora, o los medios de que se sirve, o las circunstancias en las que actúa. Piénsese en el ataque de un individuo relativamente enclenque, sin armas, a un joven de 15 años. O en el de una joven de 18 años contra un robusto adolescente.

Recuérdese cómo la voluntad del menor de 16 años carece de validez jurídica en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, es decir, a ese menor se le considera especialmente vulnerable en el terreno sexual debido a su inmadurez; ahora bien, se le deja de considerar especialmente protegible si está descartado el riesgo de manipulación de la inmadurez de la víctima por parte del sujeto activo, y entonces sí se le da validez al consentimiento de aquella y se excluye la responsabilidad penal de éste: “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”. No se describe una vulnerabilidad absoluta, *erga omnes*, sino relativa, frente a quien realmente se es vulnerable.

Otro tanto cabría señalar acerca de las demás circunstancias determinantes de la vulnerabilidad, ya que, al igual que la víctima, el autor puede tener también muy mermada su fuerza física debido a “edad, enfermedad o discapacidad”. Piénsese en la muerte de un residente en un geriátrico a manos de otro interno, o de un discapacitado por parte de otro. Sin embargo, tal como está configurada esta modalidad, en términos tan amplios, acogería incluso supuestos como los señalados, donde ni siquiera concurriría la agravante genérica de abuso de superioridad dentro del marco penal del tipo básico de homicidio. Obviamente hay que corregir

6 Cfr. por todas STS 7 de abril de 2016. Resumen de las tesis relativas al fundamento de la alevosía en Camargo Hernández, *La alevosía*, 1952, pp. 40 ss.

7 “...o facilitado la comisión impune del delito”. Que se equipare la vulnerabilidad de la víctima con la facilidad de eludir la persecución, refuerza la idea de que en ambos supuestos se trata de compensar la facilidad ejecutiva.

esta posibilidad mediante una interpretación restrictiva que atienda a la vulnerabilidad de la víctima no medida en términos absolutos, sino relativamente a las fuerzas y medios del autor.

Con respecto a esta vulnerabilidad “por razón de edad, enfermedad o discapacidad”, la ley simplemente requiere que sea “especial”, de cierta intensidad, lo que incluiría situaciones tanto permanentes como transitorias, basadas en elementos físicos o psicológicos, y sin necesidad de haber buscado la situación<sup>8</sup>. La referencia a la edad ha de entenderse hecha a la avanzada edad, puesto que la otra posibilidad, la corta edad, ya está abarcada por la alusión alternativa a los menores de 16 años.

Se plantea aquí un problema de delimitación con la agravante genérica del art. 22.4º: “Cometer el delito... por razones de... la enfermedad que padezca [la víctima] o su discapacidad.” Por el principio de especialidad, este precepto será de aplicación preferente si precisamente se ha *elegido* a la víctima por su enfermedad o discapacidad, ya que esta situación resulta más específica que el hecho de que simplemente *presente* esa condición: sólo en algunos casos en que la víctima es vulnerable por enfermedad o discapacidad se la habrá elegido por su idiosincrasia; en otros, no. Pero ocurre que paradójicamente el efecto de una agravante genérica es muy inferior en cuanto a la pena aplicable que el de la agravante específica de homicidio o asesinato. Así y todo, recuérdese que debe huirse del *bis in idem* (no cabe apreciar ambas) y que el principio de alternativa, que apuntaría a aplicar la agravante específica, sólo operaría en defecto de los demás principios, y aquí resulta preferente el de especialidad.

Por otra parte, en ninguno de los casos se requiere específicamente la ausencia de terceros que puedan socorrer a la víctima. Pero de todos modos ha de estimarse que la agravación no se refiere solo a determinadas condiciones personales de la víctima, que se concretan en déficits en su defensa, sino a una situación de desvalimiento *efectivo* en la situación en que se encuentre. Por tanto, en presencia de terceros dispuestos a ayudar y capaces de hacerlo, o de medios de defensa efectivos, como armas o perros de presa, deberá excluirse la aplicación de la agravante. La vulnerabilidad debe entenderse, como se ha indicado *supra*, en relación con los medios del autor y además en la situación concreta.

Asimismo, en ninguna de las modalidades de especial vulnerabilidad, debida tanto a edad como a las otras causas enumeradas, se especifica si la vulnerabilidad debe ser total, o cabe también la parcial; o sólo la

parcial, quedando excluida la absoluta. Claramente en la modalidad por edad *no sólo* se incluye la indefensión total; lo que, en cambio, cabe dudar es si está incluida la propia indefensión total<sup>9</sup>. En el resto de opciones sólo se requiere que la vulnerabilidad sea “especial”, es decir, de cierta consideración. Pero ¿qué significa en concreto “especial”? A partir de un tenor literal tan amplio, queda sujeto a interpretación si la circunstancia abarca tanto al bebé como a la joven mayor de 15 años, tanto a la persona absolutamente imposibilitada para moverse y pedir ayuda como a la anciana a la que queda cierta capacidad defensiva. Y de la respuesta a esta pregunta depende, como se desarrollará *infra* V, la relación con la circunstancia de alevosía. Ante todo, ha de censurarse que se haya dispensado el mismo tratamiento a uno y otro grupo de supuestos.

Desde la perspectiva más amplia de los delitos contra bienes personalísimos, el más extendido de los factores de vulnerabilidad es el de la corta edad. Pero la fijación del límite etario superior varía de delito a delito, sin que se ofrezca justificación racional de tal diferencia, incluso entre bienes jurídicos muy afines y frente a formas de ataque muy similares. Una posible explicación sería tan trivial como que en cada caso el límite se ha establecido en distintas reformas del CP, centradas en delitos concretos, con ausencia de visión sistemática, al haberse legislado —en expresión tópica— “a golpe de telediario”.

Así, resulta difícil de entender que en dos tipos dolosos, vinculables por una relación de progresión, como el homicidio doloso, con sus distintas variantes, y las lesiones, coincidiendo sustancialmente la conducta típica de la que defenderse, el límite de la vulnerabilidad se sitúe respectivamente en los 16 y en los 12 años (art. 148.3º). ¿Por qué se sigue siendo especialmente vulnerable ante la muerte dolosa a partir de los 12 años, pero se deja de serlo ya ante las lesiones? Y ¿por qué para las lesiones constituye sólo una agravante *facultativa*, pero es obligatoria para el homicidio y sus formas?

Por cierto, también con respecto las lesiones cabe plantearse la concurrencia entre la especial vulnerabilidad (de alcance más limitado y distinto que en los delitos contra la vida, pues en las lesiones sólo se refiere a la edad y a la incapacidad, art. 148.3º) y la alevosía (art. 148.2º) en caso de víctima absolutamente indefensa. Pero en este caso los efectos de esta concurrencia serían más limitados, ya que el hecho de que a la alevosía se sume la vulnerabilidad, si es que cabe apreciarlas simultáneamente, no da lugar a un marco penal superior.

8 Sierra López, “Homicidio y asesinato: las modificaciones previsats en las últimas reformas legislativas: el Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 33 (2014), p. 137.

9 De hecho, según la jurisprudencia, la indefensión total debida a escasa edad (niños de hasta cuatro años) queda asignada a la alevosía.

Frente a la detención ilegal y el secuestro, en cambio, estando expuesto un bien jurídico de menor valor que la vida, se estima necesario proteger especialmente no sólo hasta los 16 años, sino hasta la mayoría de edad, hasta los 18, y mediante un tipo obligatoriamente agravado, el del art. 165; también para la desaparición forzada (art. 166.2.a). En cambio, no se ha considerado oportuno introducir agravación similar para los demás delitos contra la libertad, como coacciones o amenazas, pese a la evidente mayor facilidad de doblegar la voluntad de los menores.

En los delitos del ámbito sexual, la distinta protección que se dispensa en razón de la edad presenta una superior trascendencia, ya que en particular se establece un umbral etario por debajo del cual, dándose por supuesta la incapacidad para consentir en la actividad sexual y por tanto que el consentimiento fáctico nunca sería verdaderamente libre en términos valorativos, incluso se modifica el bien jurídico protegido, que pasa a ser la indemnidad sexual (el derecho a no sufrir experiencias traumáticas en este ámbito de la vida), en lugar de la libertad sexual, protegiéndolo mediante penas más graves. Pero el límite ha oscilado, en función de las distintas reformas, entre los 12, los 13 y, en el Derecho vigente, los 16 años. Y ello con numerosas excepciones, como el límite de 18 años para el “estupro”, la inducción a la prostitución, las conductas sexuales provocadoras y la utilización en espectáculos exhibicionistas y pornográficos<sup>10</sup>.

Dentro de los delitos contra la *libertad* sexual, por tanto con víctima mayor de 16 años, se prevé para los de agresión sexual la agravante de “especial vulnerabilidad”, si bien con ámbito más amplio que para la muerte dolosa, puesto que se basa en “edad, enfermedad, discapacidad...” (hasta aquí coincidencia), “...o situación”. Precisamente en los delitos más cercanos a los contra la vida, dado que requieren empleo de violencia o intimidación. No se entiende por qué en la reforma de 2015 no se ha equiparado plenamente la agravación para uno y otro género de delitos. Repárese en la absoluta vulnerabilidad de personas dormidas, desvanecidas, drogadas, o que acaban de sufrir un accidente o se encuentran atrapadas, etc. En cambio, en los delitos sexuales, la agravante ha quedado en buena medida privada de contenido, al extraerse de las agresiones sexuales, en la reforma de 2010 los atentados contra la libertad sexual cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante drogas, incorporándolas a los abusos sexuales (art. 181.2), donde por inherencia

no les sería de aplicación la circunstancia de hallarse drogada la víctima.

Aparte de estas excepciones, se puede apreciar coincidencia con el límite de edad que rige para los delitos contra la vida, y puesto que ambos casos se introdujeron en la reforma de 2015, ello reforzaría la sospecha de que los límites dependen del capricho, de las cambiantes valoraciones del legislador en cada uno de sus “arranques” reformadores.

En suma: falta una visión sistemática a este respecto en la política legislativa, no obstante la magnitud de las consecuencias jurídicas asociadas al factor de la especial vulnerabilidad de la víctima.

### 5. Delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación de la indefensión y la especial vulnerabilidad

Una vez delimitado el alcance de la circunstancia de especial vulnerabilidad, e inscrito en el contexto de los delitos contra bienes personalísimos, se abordará su eventual compatibilidad con otra agravante afín, la alevosía, que también despliega trascendentes consecuencias jurídicas en los delitos de muerte dolosa.

La ley, desde el CP de 1870, define la agravante *genérica* de alevosía como la comisión de cualquier delito contra las personas “empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla”, sin el riesgo que para la persona del ejecutor “pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido” (art. 22.1º). Pero si el “delito contra las personas” consiste en la muerte dolosa, la virtualidad de la alevosía es muy superior, puesto que no se limita a agravar la pena dentro del marco del homicidio, sino que lo caracteriza como asesinato, conminado con un marco penal propio y superior.

A pesar de que la eficacia jurídica tan drástica de esta agravante debería haber llevado a una interpretación restrictiva, y de que el tenor literal apunta sólo a la disposición activa de la ejecución que neutralice la posibilidad de defensa, sin embargo la jurisprudencia del TS venía optando por una interpretación extensiva, apreciando la alevosía también en el caso de víctimas totalmente indefensas, aun cuando no se tratase de una indefensión creada por el autor, sino presente, bien en la propia condición de la víctima “elegida”, bien en sus circunstancias accidentales. Esta interpretación extensiva la funda en el mayor desvalor de acción que halla el TS en tomar por objetivo a una víctima “constitucionalmente indefensa” de modo total, lo que valorativamente equivaldría a generar la indefensión<sup>11</sup>; sin consi-

<sup>10</sup> De “baile de edades” hablan Álvarez García / Ventura Püschel, en Quintero Olivares (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 322.

<sup>11</sup> Últimamente, SsTS de 15 de noviembre de 2012, 8 de octubre de 2013 o 5 de marzo de 2014. Se incluye entre los seres absolutamente desamaparados a los niños de corta edad (desde recién nacidos a como máximo cuatro años), ancianos debilitados, en-

derar que este criterio supone desbordar la definición legal de la circunstancia y adentrarse en la analogía prohibida.

Con la reforma de 2015 de los delitos contra la vida, como subraya Morales Prats<sup>12</sup>, al configurar en el nuevo art. 140.1.1º una cláusula de agravación transversal a homicidio y asesinato, basada en la especial vulnerabilidad, no se ha tenido en cuenta que una de las modalidades de asesinato ya contenía en su estructura la alevosía, que venía siendo interpretada como comprensiva de la indefensión total. Es decir, que tanto la alevosía por desvalimiento como la nueva agravante se solapan, al responder al mismo fundamento: el agravamiento del homicidio doloso en que se aprovecha que la víctima está imposibilitada de defenderse.

Dejando al margen los supuestos de indefensión “accidental” o coyuntural (dormidos, desvanecidos, drogados...), cuya muerte viene considerando alevosa la jurisprudencia, pero que no quedan abarcados por la nueva agravante de especial vulnerabilidad (al respecto, *infra*), la situación creada generó una gran incoherencia, sea cual sea la posibilidad de aplicación por la que se opte, lo que a su vez dependía de si la jurisprudencia del TS modificaría o no su identificación de la indefensión total como alevosía, lo que ponía en entredicho la seguridad jurídica.

En efecto, ante la nueva regulación de las circunstancias agravantes específicas de homicidio doloso y asesinato, caben varias posibilidades de delimitación de los efectos de la especial vulnerabilidad y de la indefensión absoluta, que conviene analizar.

#### A) Fin del aprovechamiento de la indefensión absoluta como alevosía

En primer lugar, es razonable entender que la previsión de la nueva circunstancia de vulnerabilidad da cuenta —en exclusiva— de la indefensión total y por tanto debe poner fin a la interpretación jurisprudencial de la indefensión absoluta como alevosía.

De este modo, la reforma acogería el criterio, dominante en la doctrina y opuesto al jurisprudencial, de que en la alevosía la imposibilidad de defensa ha de haberse creado activamente por el autor, no bastando con el aprovechamiento de la imposibilidad de defenderse la víctima<sup>13</sup>. La nueva regulación, al introducir la circuns-

tancia de especial vulnerabilidad, proporcionaría una ocasión inmejorable para poner fin a una línea jurisprudencial constantemente sometida a discusión por las dudas que plantea desde la perspectiva del principio de legalidad<sup>14</sup>, pasando a incluir en el nuevo homicidio agravado estos casos para los que ya la doctrina venía preconizando calificar como homicidio con la circunstancia genérica de abuso de superioridad.

En efecto, aprovechar la indefensión absoluta, conatural a la víctima, puede que —como sostiene el TS— resulte valorativamente análogo a provocar esa indefensión, pero desde luego no cabe subsumirlo en el tenor literal de la definición de alevosía, sin forzarlo, puesto que ante un ser connaturalmente indefenso no se va a garantizar la ejecución empleando “medios, modos o formas”, sin el riesgo personal “que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido” (art. 22.1º), tratándose como se trata de una situación en que de antemano no se corre ningún riesgo derivado porque no hay posibilidad previa de defensa del ofendido. Ni se emplean medios determinados para conseguir el objetivo de la indefensión, ni se neutraliza defensa alguna: justo los dos aspectos de la definición legal de alevosía. Y nunca, en las múltiples iniciativas de reforma, ha aprovechado el legislador para modificar los requisitos de la alevosía, con la finalidad de acoger tan dudosa interpretación jurisprudencial, de donde se deduce que no es esa su voluntad.

Pero incluso resulta discutible que, como en ocasiones argumenta el TS, el sujeto activo “seleccione” o “elija” de algún modo a la víctima indefensa<sup>15</sup>, como si primero decidiera en abstracto matar y sólo después se decantara por una víctima cuyas condiciones físicas y psíquicas garantizan una ejecución sobre seguro, descartando otras con capacidad de defensa: ¿acaso el —o la— infanticida selecciona, de entre varias posibles, unas indefensas y otras no, a la víctima? En realidad, ocurre que el autor nunca se ha planteado matar a ninguna otra víctima distinta a la que, por el motivo que sea, se dirige su ejecución; que para poner en práctica su propósito homicida sobre la víctima X no puede hacerlo de otro modo que con la idiosincrasia o las circunstancias en que encuentra a X. El abuelo infanticida no elige las circunstancias de la nieta recién nacida para facilitar la ejecución, ni tiene disponible posibilidad al-

fermos graves, inválidos, así como a estados transitorios como personas dormidas, drogadas o totalmente ebrias (fase letárgica o comatosa).

12 Morales Prats, *Comentarios*, p. 42.

13 Así, Sierra López, *op. cit.*, p. 156.

14 Peñaranda Ramos, *op. cit.*, p. 1265; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 2015, p. 30. Y, sin embargo, nuestro TS —como suele decirse— no desaprovecha ninguna ocasión de perder una oportunidad; en este caso, sigue en sus trece de incluir a la indefensión absoluta como tercera clase de alevosía, junto a la proditoria y a la sorpresiva.

15 En tal sentido, p. ej. STS de 9 de junio de 2015.

guna de matarla sin que esté indefensa<sup>16</sup>. Por eso no cabe afirmar que se esté *aprovechando* de ello, o que *eluda* posibilidad de defensa alguna. El autor no tiene elección; si quiere matar, no tiene más remedio que hacerlo con la víctima tal como es. Tampoco en los demás supuestos de indefensión por características personales (niños de corta edad o ancianos muy débiles). Como ya indicaba Ferrer Sama<sup>17</sup>, sólo habrá alevosía con respecto a un niño de corta edad cuando, pudiendo el sujeto elegir entre la muerte del menor o de otra persona para lograr su propósito (extratípico), ha optado por el niño precisamente porque no puede defenderse, como sí lo haría el adulto que constituye la alternativa. Si no hay elección, no hay aprovechamiento.

Y, como se señaló *supra* IV, en el caso de vulnerabilidad por enfermedad o discapacidad, el hecho de que se haya elegido a la víctima precisamente por su condición, conduciría más bien a la aplicación de otro precepto más específico y de penalidad inferior: la agravante genérica 4ª del art. 22, que tendría en cuenta el factor discriminatorio contra persona de esa condición. Aquí, si hay elección, tampoco sería aplicable la alevosía

En realidad, lo que inconscientemente el TS está equiparando es la perversidad o cobardía del que mata a una persona fácil de matar a la del que dispone la muerte para ejecutarla a traición, sobre seguro, cerrando los ojos al estricto tenor literal del precepto.

La tesis que pretende superar a la jurisprudencia tradicional propugna que la ley, eliminando esta modalidad artificiosa de alevosía por indefensión absoluta, abarca con la expresión “menor de 16 años” incluso a un recién nacido, y con la de “especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad” incluye a ancianos que no pueden valerse por sí mismos y enfermos o impedidos también totalmente dependientes.

Consiguientemente, si se trata de una muerte dolosa sin ninguna de las demás circunstancias del asesinato, estaríamos ante un homicidio agravado (art. 138.2.a). Y si, en cambio, concurre alguna circunstancia del asesinato, se trataría de un asesinato castigado con prisión permanente (art. 140.1.1º). Entonces, en presencia de otra circunstancia caracterizadora del asesinato (p. ej., ensañamiento o precio) la apreciación de la nueva circunstancia de vulnerabilidad empeoraría las consecuencias jurídicas para el autor, con respecto a la situación anterior a la reforma, en la que, al apreciarse alevosía, simplemente se aplicaría la mitad superior del marco penal del asesinato, no la prisión permanente.

Mientras que sin otra circunstancia, el nuevo marco penal de homicidio agravado resultaría ligeramente más beneficioso, sólo en cuanto al límite superior (22 años y medio, frente a los 25 años en el asesinato).

Se llegaría así a lo incoherente de que la ausencia o presencia de alguna otra circunstancia del asesinato determina, respectivamente, que la vulnerabilidad de la víctima opere atenuando o agravando la pena con respecto a la situación anterior. En el caso de que atenúe, se estaría frustrando lo que parece ser idea informadora de la reforma de 2015 en los delitos contra la vida: agravar la pena sistemáticamente en los supuestos de agravantes específicas en el marco del llamado populismo punitivo. Resultaría difícil de explicar ante los padres de un niño dolosamente muerto, y ante los medios de comunicación, que aquello que la jurisprudencia venía calificando de asesinato quedara “rebajado” ahora a homicidio agravado, debido a la incompetencia del legislador, que pretendiendo agravar la pena para la muerte de seres indefensos, en realidad la ha reducido. Bien es verdad que muy poco, y sobre todo al cambiar la calificación de asesinato a homicidio agravado.

Pero caben aún otros argumentos en contra de incluir toda indefensión absoluta en el art. 140.1.1º. En primer lugar, quedan supuestos de indefensión absoluta no incluidos en la nueva agravante. Como *supra* IV se indicó, la especial vulnerabilidad no abarca todos los supuestos, ni incluye una cláusula general de cierre (el tipo “o cualquier otra”), sino que responde a causas tasadas y en concreto deja sin mencionar la vulnerabilidad debida no tanto a enfermedad como a la situación, como cuando la víctima está drogada, inconsciente, dormida, herida o atrapada e inmóvil a consecuencia de un accidente, etc. Estos casos aún podrían mantenerse en el ámbito de la alevosía por indefensión absoluta, y no se entendería que recibieran distinto tratamiento que los demás casos “trasladados” a la especial vulnerabilidad.

Por otra parte, si el art. 140.1.1º incluye la indefensión absoluta, como sobre todo se deduce de los casos de edad que puede abarcar hasta los 16 años, la nueva circunstancia comprendería también supuestos de indefensión sólo parcial, valorativamente distintos, previendo las mismas consecuencia jurídicas para todos ellos. Se estaría equiparando la muerte de un bebé a la de un adolescente, o la de persona mayor a la de una tetrapléjica.

Esta es, sin embargo, la tesis que plantea una de las partes en el supuesto del que se ocupó la STS de 10

16 Cuando estaba tipificado el delito privilegiado de infanticidio en el CP, la doctrina expresaba esta idea indicando que la alevosía no se apreciaba por su inherencia al delito. Igualmente con respecto al aborto. Ninguna de las dos figuras delictivas se concibe sin que la víctima sea un ser indefenso. Cfr. Camargo Hernández, *op. cit.*, pp. 60 s. Puesto que hoy existe un delito de matar a víctimas especialmente vulnerables (el homicidio agravado, cuando menos), cabría señalar igualmente que a tal delito agravado le es inherente la indefensión.

17 *Comentarios al Código penal*, t. I, 1946, pp. 350 ss.

de febrero de 2017, en que una madre había asfixiado a su nena mientras la amamantaba, tapándole las vías respiratorias y oprimiéndole el tórax<sup>18</sup>. Sostuvo la defensa que la reforma de 2015 —en su interpretación, ley posterior más favorable— habría introducido una reinterpretación “auténtica” de la alevosía merced a la nueva agravante de especial vulnerabilidad prevista para homicidio y asesinato, acogiendo la interpretación mayoritaria en la doctrina, y descartando la alevosía, por tanto, en los supuestos de indefensión absoluta *per se*, en que ni se elige específicamente entre varias a la víctima desamparada, ni cabe hablar de garantizar la falta de resistencia de ésta por el modo de ataque (p. ej., distrayendo a quienes podrían defenderla); pues sólo así cabría establecer que se ha generado la indefensión, y no meramente que se la ha aprovechado.

Sin embargo, en la mencionada sentencia, el TS ha venido a descartar expresamente esta posibilidad, como se expondrá más ampliamente *infra* b.

*B) La jurisprudencia: indefensión absoluta como alevosía “de aprovechamiento” y especial vulnerabilidad como indefensión relativa compatible con la alevosía “activa”*

Por otra parte, cabía considerar que, de mantenerse la jurisprudencia que aprecia alevosía en los seres absolutamente indefensos, indefensión absoluta y especial vulnerabilidad constituyen ámbitos mutuamente excluyentes, tangentes, sin área de solapamiento. De manera que la especial vulnerabilidad vendría meramente a sustituir a la antigua indefensión relativa o circunstancia de abuso de superioridad, mientras que sería de preferente aplicación la alevosía en los supuestos de indefensión absoluta. Con respecto a la indefensión total dada, la indefensión parcial sólo sería de aplicación subsidiaria, puesto que apreciar ambas infringiría el *ne bis in idem*<sup>19</sup>.

Por tanto, si concurre indefensión total, se calificaría de asesinato alevoso sin más. Si especial vulnerabilidad (es decir, indefensión), homicidio agravado. Y si especial vulnerabilidad, en presencia de otra circunstancia del asesinato, se impondría la pena de prisión permanente. Pero en esta interpretación cabe, incluso, concebir la circunstancia caracterizadora de alevosía como compatible en algunos casos con la agravante especí-

fica, aquellos en que la especial vulnerabilidad concurre con las modalidades genuinas de alevosía, distintas a la indefensión absoluta, es decir, la proditoria y la sorpresiva. De manera que en estos casos sería posible la aplicación simultánea de ambas, dándose lugar a la imposición de la prisión permanente revisable.

El principal inconveniente desde la perspectiva de la proporcionalidad, es que entonces se produciría el contrasentido de que el asesinato (caracterizado además por circunstancia distinta a alevosía, p. ej. ensañamiento) de un niño de corta edad o anciano, enfermo o impedido *totalmente* dependiente, constituiría meramente un asesinato con dos circunstancias caracterizadoras (castigado con prisión de 20 a 25 años), como también los casos en que al resto de personas especialmente vulnerables se le anula totalmente la defensa potencial en el sentido de la alevosía<sup>20</sup>. Mientras que ese mismo asesinato de persona *sólo relativamente* indefensa daría lugar a la prisión permanente, aun tratándose de una conducta que encuentra menor facilidad de comisión que en el supuesto anterior. En cambio, en ausencia de esa otra circunstancia caracterizadora (ensañamiento), la muerte de persona absolutamente indefensa constituiría asesinato (prisión de 20 a 25 años), mientras que la de persona relativamente indefensa “solo” homicidio agravado (prisión de 15 a 22 años y medio), lo que constituye una práctica equiparación valorativa de todo punto rechazable<sup>21</sup>.

Pero obsérvese de todos modos cómo la presencia de otra circunstancia caracterizadora, no relacionada en absoluto con el desvalimiento, determina que sea más o menos grave matar a alguien absolutamente indefenso que a alguien sólo relativamente vulnerable. La incoherencia es evidente.

Tal es, sin embargo, la tesis que ha mantenido la STS de 10 de febrero de 2017, mencionada *supra*, en que declara un ámbito de aplicación específico de la alevosía en los casos de indefensión absoluta, y de la especial vulnerabilidad para aquellos casos en que no se dé indefensión absoluta, pero sí donde concorra la alevosía por otras causas (llamémoslo aseguramiento “activo”). En esta resolución, el TS alaba lo enjundioso de la argumentación de la defensa (*cf.* *supra* a) pero sigue la del Ministerio Fiscal<sup>22</sup>. Reconoce el alto tribunal los problemas de delimitación entre la alevosía

18 Cometido antes de la entrada en vigor de la reforma y en que por tanto la acusación no llegaba a plantear la aplicación del art. 140 en cuanto pudiera constituir ley más desfavorable. Si la defensa alude a este precepto es para reclamar su aplicación retroactiva, como ley más favorable, que restringe el ámbito de la alevosía, justo a lo que apuntaba su estrategia.

19 Así, Álvarez García / Ventura Püschel, *op. cit.*, pp. 322 s.; Morales Prats, *op. cit.*, p. 62.

20 Morales Prats, *op. cit.*, p. 63.

21 Así Álvarez García / Ventura Püschel, *op. cit.*, p. 323.

22 Entre otras razones por la irretroactividad de la ley más desfavorable, dado que el homicidio agravado propuesto por la defensa está castigado con mayor pena que el asesinato anterior a la reforma de 2015. Este argumento ya no sería aplicable si los hechos se hu-

y la circunstancia del art. 140.1.1º, pero se opone frontalmente a cercenar del ámbito de la alevosía la modalidad de desvalimiento absoluto; es decir, se opone a modificar su jurisprudencia asentada, “indiscutida e indiscutible”<sup>23</sup>, refiriéndose en particular a numerosos casos de niños de corta edad, “en que se aprovecha una situación de indefensión, cuyo origen es indiferente”. Y estableciendo el modo de compatibilizarlas: “Una gran parte de los supuestos en que la víctima es menor de edad o especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente”, pues de lo contrario, razona, no quedaría espacio alguno para el nuevo homicidio agravado por la especial vulnerabilidad<sup>24</sup>. Su espacio es precisamente allí donde, pese a ser la víctima especialmente vulnerable, no se dé indefensión absoluta. Ej.: Muerte por la espalda de un adolescente capaz de desplegar ya su propia defensa, o de un menor absolutamente indefenso al que se espera a atacar a que esté solo, sin las personas que podrían revertir esa situación de indefensión (aun reconociendo los problemas con el tenor literal de la circunstancia, que se refiere sólo a la defensa que pudiera provenir del ofendido, no de terceros).

En suma, si se da indefensión absoluta, habrá de apreciarse alevosía y no además especial vulnerabilidad, porque lo impide ya el *ne bis in idem*, y ello sin necesidad de replantear el ámbito de la alevosía. Aquí se calificará de asesinato alevoso, no de homicidio agravado por la vulnerabilidad, según la sentencia en aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad. Pero si sólo se da la especial vulnerabilidad (menor de 16 años, si bien no absolutamente indefenso), sí es compatible la circunstancia del art. 140.1.1º con las demás formas de alevosía (proditoria y sorpresiva).

Al extraer del ámbito del art. 140.1.1º los casos de indefensión absoluta, el TS está en realidad asignando a la especial vulnerabilidad<sup>25</sup> en buena parte el espacio de la antigua agravante genérica de abuso de superioridad, es decir, el del desvalimiento no absoluto; y está afirmando simultáneamente su compatibilidad con las

modalidades de alevosía activa. Al decidir en este sentido, se aparta de la jurisprudencia mantenida hasta la reforma, en que se venía considerando que el abuso de superioridad era incompatible con la alevosía, y resultaba absorbido por ésta<sup>26</sup>. E indirectamente recorta el terreno del abuso de superioridad.

Ahora bien, si la alevosía por indefensión absoluta desplaza a la especial vulnerabilidad, ha de fundamentarse en virtud de qué principio del concurso de leyes. En la mencionada sentencia se alude conjuntamente a las reglas de especialidad y alternatividad. Para aplicar el principio de especialidad en un caso de un menor absolutamente indefenso, obviamente, se está dando por supuesto el concepto de alevosía que defiende el TS, comprensivo de la indefensión absoluta. Pero entonces en estos supuestos no hay especialidad, dado que no existe solapamiento o intersección entre alevosía y art. 140.1.1º, que se aplicaría a los casos de indefensión sólo relativa. O se es absolutamente indefenso, o sólo especialmente vulnerable pero no totalmente indefenso. Y de lo arbitrario de aplicar la especialidad en este sentido da idea que en la doctrina también se ha apuntado a la especialidad, pero en sentido inverso: considerando norma más específica a la especial vulnerabilidad<sup>27</sup>. Al fin y al cabo, ¿quién es más especialmente vulnerable que el totalmente indefenso?

En cuanto al principio de alternatividad, tampoco sería aplicable, dada la inexistencia de solapamiento indicada en el esquema de solución jurisprudencial, además de que si ya fuera aplicable la especialidad, la alternatividad quedaría descartada, pues sólo vendría en consideración subsidiariamente con respecto a los otros tres criterios del concurso de normas (“en defecto de los criterios anteriores”, art. 8.4º). La aplicación de la alternatividad requeriría que ninguno de los dos preceptos, homicidio agravado o asesinato alevoso, constituyera ley especial y que en su virtud resultaría preferente el precepto que prevé superior pena, es decir, el asesinato alevoso<sup>28</sup>.

---

bieran cometido bajo la vigencia de la reforma de 2015, que eleva el límite superior del marco penal del asesinato hasta superar en dos años y medio el del nuevo homicidio agravado.

23 Con el calificativo de “indiscutible” aplicado a su propio criterio, dejándose llevar por el ardor retórico, el TS parece situarse en la posición de Dios decretando en el Sinaí. “Indiscutida” tampoco puede considerársela, cuando nunca la ha admitido la doctrina. En realidad, se trata sólo de jurisprudencia *constante*.

24 Este problema sólo aparecería si se parte de la premisa jurisprudencial de la indefensión absoluta como alevosía. En cambio, partiendo de la tesis de la defensa, de que la nueva circunstancia de especial vulnerabilidad comprende a la indefensión absoluta, lo que ocurre es que queda reducido el ámbito asignado jurisprudencialmente hasta ahora a la alevosía, pero la nueva circunstancia sí tiene su propio ámbito de aplicación.

25 Se trataría de una vulnerabilidad especial, *ma non tanto*; o sea, no tan especial que llegue a ser absoluta.

26 Así, Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 31, dada la similitud de la alevosía con esta agravante de abuso de superioridad.

27 Gómez Martín, “Del homicidio y sus formas”, en Corcoy Bidasolo / Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, p. 501. Siempre que, naturalmente, el TS se aparte de su identificación tradicional de indefensión total con alevosía.

28 Suárez-Mira Rodríguez, en González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 479.

De la tesis del TS se deduce que de la especial vulnerabilidad del art. 140.1.1º quedan excluidos los supuestos de indefensión *absoluta*, de los que simplemente se aprovecha el autor, y “cuyo origen es indiferente”: es decir, que no ha tenido que ser producida por él. Pero también lo ha podido ser. Ha de entenderse que también cuando “se elige” una víctima totalmente indefensa, o cuando se aparta la posible defensa que pudieran prestar terceros, resultaría de aplicación preferente la alevosía sobre la especial vulnerabilidad.

En efecto, ante un niño de corta edad carece de sentido apreciar alevosía fundada en su indefensión *absoluta* y además la especial vulnerabilidad. De lo contrario, en los supuestos de **infanticidio**, en que se da muerte a un recién nacido, en lugar del antiguo tipo privilegiado en función de la menor culpabilidad (y puesto que desde la entrada en vigor del actual CP se aprecia aquí siempre la alevosía por indefensión absoluta de la víctima), habría que imponer la prisión permanente revisable si se tuviera en cuenta aparte la especial vulnerabilidad.

Con respecto a una niña de corta edad, así lo ha entendido la SAP Madrid de 28 de marzo de 2018, en un supuesto de tentativa de asesinato en que la madre agarra a su hija de 2 años, se sienta en el alféizar de la ventana, y está a punto de arrojarla con ella al vacío, lo que habría ocurrido de no habérselo impedido los agentes de policía. Con buen criterio, en el fallo se indica que “por aplicación del principio *non bis in idem*, no es posible calificar la tentativa de ocasionar la muerte a una menor de tan corta edad, dos años, como alevosa, tal y como lo viene entendiendo el TS, y además utilizar esa misma circunstancia de la edad de la víctima que determina la agravante específica del asesinato hiperggravado del art. 140.1.1º del CP. (...) Por lo tanto, para no incurrir en infracción del mencionado principio *non bis in idem*, solo puede considerarse que estamos ante la figura de la tentativa del asesinato básico del art. 139.1.1ª, al perpetrarse el hecho con alevosía, siendo pacífica la Jurisprudencia que aprecia la concurrencia de alevosía por desvalimiento cuando el ofendido es un niño de corta edad, en este caso de dos años.”

Sigue esta línea jurisprudencial asimismo la SAP Madrid de 18 de diciembre de 2017, que versa sobre la muerte dolosa de un padre, absolutamente indefenso

debido a su edad y a las secuelas de una intervención quirúrgica, donde se aprecia “meramente” asesinato alevoso, si bien con exención por enfermedad mental del autor no se llega a individualizar la pena, es decir, no se alude expresamente al desplazamiento de la especial vulnerabilidad por la circunstancia caracterizadora de la alevosía.

Así pues, en ausencia de indefensión absoluta (alevosía por desvalimiento) y de las otras modalidades de alevosía, para la praxis judicial la especial vulnerabilidad sólo concurriría como agravante específica del tipo básico de homicidio, “heredando” parte del ámbito de aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad<sup>29</sup>.

Ahora bien, los supuestos realmente problemáticos son aquellos en que se da sólo una indefensión *relativa* que, mediante la actuación preordenada del autor, se convierte en absoluta. En términos de las normas penales anteriores a 2015, se convierte un contexto de “mero” abuso de superioridad en otro de muerte alevosa. Así, Suárez-Mira, anticipando la tesis que mantendría luego el TS, apunta que, a diferencia de lo que ocurre con un bebé, si la víctima es un joven de edad cercana a los 16 años ya no se produce desplazamiento del desvalimiento por la alevosía, dado que puede darse alevosía “apreciada por motivo distinto de la muy corta edad”<sup>30</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de atacar por la espalda, o noquear para después rematarlo, a un joven menor de 16 años o a un anciano achacososo, o de apartar a quienes podrían acudir en su defensa, o a su perro *rottweiler*; o si se lleva a cabo la sedación de una hija de alrededor de 12 años y posteriormente se la ata de pies y manos, para finalmente acabar con su vida mediante asfixia<sup>31</sup>; por no mencionar los tradicionales medios alevosos, como el veneno o el explosivo.

Resulta palmario el riesgo de que la circunstancia de especial vulnerabilidad se aprecie automáticamente, sin verificar su eventual redundancia con el desvalimiento integrante de una de las modalidades de alevosía. Riesgo que da lugar, por la suma de una circunstancia caracterizadora del asesinato con una agravante específica, a la aplicación de la prisión permanente revisable. Como así ha ocurrido en los dos únicos fallos firmes en que hasta ahora se ha impuesto la prisión permanente revisable<sup>32</sup>.

29 Ya lo preveía Peñaranda Ramos, *op. cit.*, p. 1269, en particular para el primer supuesto, los menores de 16 años, si bien aventurando que un criterio análogo se desarrollaría para los otros casos de especial vulnerabilidad, entendiendo que se referirán a allí donde ésta disminuye las posibilidades de defensa, pero no las elimina por completo.

30 Suárez-Mira Rodríguez, *op. cit.*, pp. 479 s.

31 De un supuesto así se ocupa la STS de 21 de noviembre de 2016, referida a un supuesto muy aireado por los medios de comunicación, si bien acaecido unos años antes de la reforma del CP de 2015.

32 Aparte de la condena por la Audiencia Provincial de Álava de septiembre de 2018, aún no firme al momento de cerrar este artículo, relativa al asesinato de una niña de 17 meses, que murió defenestrada. Desconozco cómo se fundamenta en ella la condena a prisión permanente.

El primero, la SAP Pontevedra de 14 de julio de 2017, relativo al parricidio de Moaña. En los hechos probados consta que el padre de las dos víctimas, de 4 y 9 años (por tanto, personas especialmente vulnerables), se aseguró de la ejecución (alevosía) impidiendo todo acceso a la fin

ca de los hechos, o huida de ella, poniendo música a todo volumen para no ser oído, sedando a las niñas con potentes tranquilizantes y acabando con sus vidas mediante profundos cortes en el cuello con una sierra radial eléctrica y, en uno de los casos, además con un cuchillo. La circunstancia de ser las dos víctimas menores de 16 años, y la eventual incompatibilidad de esa especial vulnerabilidad con la alevosía ni siquiera son objeto de discusión. Se impone la pena de prisión permanente, solicitada por las acusaciones, y con la que mostró conformidad el acusado.

Del segundo caso, el del denominado “carnicero” de Icod, se ocupó la SAP Tenerife de 21 de marzo de 2018. En esta resolución judicial tampoco se plantea el problema de la eventual incompatibilidad entre la indefensión absoluta que se crea y la indefensión relativa previa de la víctima elegida, sino que en la muerte dolosa se aprecia directa y conjuntamente alevosía y especial vulnerabilidad. En esta causa, la víctima es un anciano, con movilidad reducida a causa de un ictus anterior, al que, según abre la puerta al autor, éste le propina un golpe por sorpresa, que lo hace caer al suelo, donde queda a su merced y le quita la vida concurriendo además ensañamiento. Hay que suponer que se trataba de una persona vulnerable, pero con un resto de capacidad defensiva, lo que hasta la reforma de 2015 habría dado lugar a la agravante genérica de abuso de superioridad dentro del marco penal del homicidio, circunstancia que se consideraba incompatible con la alevosía que eventualmente concurría, y que sería de preferente aplicación. Pero en la referida sentencia, como consecuencia de la apreciación conjunta, se impone la condena de prisión permanente revisable.

En la SAP Alicante de 25 de octubre de 2017 (STSJ Valencia de 31 de enero de 2018) también se estima la concurrencia simultánea de alevosía y especial vulnerabilidad, si bien sólo se impone la pena inferior en grado a la prisión permanente por la aplicación de la atenuante muy cualificada de confesión. Se trataba de la muerte dolosa de una anciana de 88 años, tía abuela del autor, “deteriorada por la edad y las dolencias propias de la misma”, que estaba sentada en una mecedora, esperando el desayuno, cuando el sujeto la estranguló con el cable de una lámpara.

En otro supuesto se trataba de calificar conductas de asesinato alevoso en grado de tentativa: el de la SAP Zaragoza de 13 de abril de 2018, donde, dado el asesinato alevoso sobre persona especialmente vulnerable, si no se acuerda la máxima condena es solo debido a que la ejecución se queda en grado de tentativa acabada. La víctima tenía un “déficit intelectual severo del 80 % que le impide comunicarse con normalidad y también tiene reducida la capacidad de movimiento, hasta el punto de que por el Juzgado de 1ª instancia fue declarada su incapacidad total y permanente para regir su persona y bienes”, estando internado habitualmente en un centro especial. Tras matar a la esposa del autor y madre de esta segunda víctima con una maza de albañil, aquel atacó sorpresivamente a éste. Ello, “y dada la situación de inferioridad física en que se encontraba E., le impidió defenderse. E. es una persona especialmente vulnerable.”<sup>33</sup> Aquí, pues, a la indefensión relativa se añade el factor *sorpresa*, que podría fundamentar la alevosía “activa”.

En el de SAP Castellón de 12 de febrero de 2018, se condena a un padre que, tras asesinar con alevosía proditoria a su pareja, intenta matar con arma blanca a sus hijos, una niña de 10 años (a la que previamente había asegurado que no ocurría nada, y que se hallaba adormilada y “totalmente desprevenida”) y un niño de 13 años (al que también había asegurado que no pasaba nada). Parece que se aprecia con respecto a los menores la alevosía en su modalidad sorpresiva, más bien que la alevosía debida al desvalimiento presumible por su edad, razón por la que no se plantea la eventual incompatibilidad con el art. 140.1.1º. Como consecuencia de reconocerse la concurrencia de esta última agravante, se evidencia la infracción del principio de proporcionalidad inherente a que cada una de las dos *tentativas* de asesinato reciba penalidad superior (25 años y un día respectivamente) que el asesinato *consumado* de la esposa (20 años y un día).

En los supuestos anteriores, de haberse tratado de niños de pocos meses, o de anciano o discapacitado en silla de ruedas, por tanto de personas absolutamente indefensas, sólo se habría podido apreciar alevosía y no además la agravación de especial vulnerabilidad<sup>34</sup>, siempre según la línea jurisprudencial del TS.

### 6. Evaluación de la línea jurisprudencial

*De lege lata*, la tesis jurisprudencial probablemente no sea la peor de las posibilidades interpretativas en el

33 La condición de especial vulnerabilidad la había apreciado el jurado, que hubo de pronunciarse por cuanto que había sido aducida en las calificaciones de fiscalía, no en cambio por la acusación particular, ni por la defensa, que por lo demás se conformó con los hechos probados.

34 En tal sentido, Suárez-Mira Rodríguez, *op. cit.*, p. 479, con respecto a la muerte dolosa de un bebé.

actual sistema de circunstancias del asesinato en dos niveles, aun cuando presente aspectos incongruentes.

En efecto, en ella es loable que, dada la indefensión absoluta y considerando a ésta como constitutiva de alevosía, se establezca que apreciar además especial vulnerabilidad supondría incurrir en el *ne bis in idem* prohibido. Puesto que a la indefensión absoluta le es inherente la máxima facilidad de comisión, en tanto que la víctima no tiene ninguna posibilidad de defenderse carecería de sentido agravar de nuevo porque sea especialmente vulnerable. Por ejemplo, si está profundamente dormida o en estado comatoso, y por tanto imposibilitada por completo de defenderse, en nada incrementa tal facilidad máxima de comisión el hecho de que sea un bebé o un niño de 15 años (especial vulnerabilidad en su grado máximo y mínimo, respectivamente), en lugar de una robusta campeona de artes marciales (máxima capacidad abstracta de defensa, si bien desactivada completamente en las circunstancias dadas). Y una vez apreciada la alevosía por indefensión, nada aportaría que además se actuara traidoramente o por sorpresa.

Más discutible es que al ámbito que entonces se le deja a la vulnerabilidad (la que no llega a indefensión absoluta) quepa acumular la eventual alevosía proditoria o sorpresiva, como también sostiene.

En realidad, la jurisprudencia no se plantea que la de especial vulnerabilidad pueda ser una circunstancia redundante con respecto a la de alevosía; y debiera hacerle. Porque la vulnerabilidad simplemente facilita la muerte alevosa. Si lo que se considera que aporta un injusto adicional en la alevosía es el asegurar la ejecución, carece de sentido agravar además por la facilidad inicial de ese aseguramiento. Resulta absurdo agravar el castigo por hacer más fácil la ejecución de la muerte y volverlo a agravar por obrar sobre una víctima en que *es más fácil facilitar* la ejecución. En efecto, la *ratio* de agravar la ejecución alevosa reside en la neutralización de la capacidad de defensa para asegurar la muerte. Si se agrava el castigo por suprimir la capacidad defensiva disponible, no puede tenerse además en cuenta, para volver a agravar, que en ciertos casos resulta más fácil neutralizar a la víctima porque ésta tiene sólo una capacidad de defenderse mínimamente. Agravar por neutralizar y porque resultaba más fácil.

Y hay una contradicción básica en la postura jurisprudencial de que al absolutamente desvalido no se le pueda considerar ya especialmente desvalido. Porque si el fundamento de la especial vulnerabilidad reside

en que resulta más fácil facilitar la ejecución, cuanto más vulnerable se es, tanto más se dará la razón de ser de la agravante de vulnerabilidad, y así progresivamente hasta que la vulnerabilidad llegue a ser absoluta. Sin embargo, al final de esa escala el TS entiende que donde no hay ya ninguna capacidad de defenderse, decae esta circunstancia y entra en juego la alevosía. Es decir, donde más razón habría para apreciar la especialidad vulnerabilidad es justo donde ya no cabe apreciarla. Pero la consecuencia más trascendente de esta conversión de la vulnerabilidad suma en alevosía es que esta modalidad de alevosía por indefensión no recibe ningún plus por la eventual alevosía proditoria o sorpresiva que simultáneamente se dé, es decir, no se suman sus respectivos efectos agravatorios; mientras que la vulnerabilidad especial que no llega a indefensión absoluta sí la aprecia al TS simultáneamente con la especial vulnerabilidad, acumula sus respectivos efectos agravatorios y aplica la prisión permanente. ¡A pesar de que aquí se da en *menor* medida la facilidad de ejecución, justo la razón por la que se agravan una y otra circunstancia, la penalidad resulta muy superior a cuando se da la *máxima* facilidad!

Piénsese en dos supuestos: en el A, se mata a un niño de meses que da sus primeros pasos (absolutamente indefenso, según el TS) por la espalda, para asegurarse de que no se aleje; en el B, a una niña de 6 años. En el caso A, el TS apreciaría sólo asesinato alevoso, puesto que se trata de un ser constitucionalmente indefenso, con respecto al cual la ejecución proditoria nada añade: no deja de tratarse de alevosía; mientras que en el B, asesinato alevoso proditorio sobre persona especialmente vulnerable, castigado con prisión permanente<sup>35</sup>.

Esta idea queda puesta de manifiesto en los hechos sobre los que recayó la STS de 31 de enero de 2018, en la que, por concurrir *ab initio* el desvalimiento absoluto, se podía haber puesto a prueba la compatibilidad entre alevosía y especial vulnerabilidad, de no haber sido porque los hechos encausados son anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2015. En esta resolución judicial, se califica de asesinato por alevosía “sorpresiva” y “de desvalimiento” el ataque inesperado a una anciana de 88 años, a la que por ello se la considera “especialmente vulnerable por sus condiciones físicas”, que se encontraba “acostada, confiada en el sosiego del domicilio familiar”, a la que se aturde con un golpe inicial, y posteriormente se la asfixia<sup>36</sup>.

El supuesto ilustra perfectamente cómo, antes de la reforma, al calificar la alevosía simultáneamente como

35 Y un ejemplo real: en la madrugada del 25 de septiembre de 2018, un padre mata a sus dos hijas de 3 y 6 años en su domicilio, en Castellón; ¿por qué calificar de distinto modo cada una de las muertes, en razón de que sólo la hija menor se considerara absolutamente indefensa? Cfr. <https://www.hoy.es/sociedad/hombre-mata-hijas-20180925083944-ntrc.html>

36 O la SAP de León, de 10 de mayo de 2018, que se ocupa de un supuesto similar, en que se mata a golpes a una anciana de 90 años, dormida, que vivía sola, para robar en su domicilio.

sorpresiva y de desvalimiento absoluto, no por ello se deja de apreciar una única circunstancia de alevosía, como no podría ser de otra manera; no se habla de alevosía reforzada, ni mucho menos de la concurrencia de dos circunstancias caracterizadoras del asesinato que dieran lugar a aplicar su marco penal agravado.

En la interpretación jurisprudencial posterior a la reforma de 2015, habría que distinguir: con desvalimiento absoluto, se apreciará alevosía “por partida doble” (fundada en la sorpresa y el desvalimiento absoluto), que naturalmente se refunde en una única alevosía, y por tanto: tipo básico de asesinato. En cambio, con desvalimiento sólo relativo, alevosía sorpresiva más agravante primera del art. 140.1 (prisión permanente). Se daría el contrasentido valorativo de que matar por sorpresa a quien no podía defenderse en absoluto estaría menos castigado que matar por sorpresa a quien contaba con una capacidad de defensa reducida. Bien es verdad que en el primer caso el factor sorpresa no añade mayor facilidad a la ejecución, pero aun así no se entiende que sea de peor condición quien mata a traición a una víctima totalmente indefensa que quien lo hace con otra sólo parcialmente indefensa.

Por último, *de lege lata* al margen de los supuestos de indefensión absoluta afines al ámbito del art. 140.1.1º (edad, enfermedad o discapacidad), quedan otros a los que no afectaría la necesidad de deslindar la alevosía por indefensión absoluta con la especial vulnerabilidad, puesto que no aparecen mencionadas en la delimitación casuística de esta. Se trata de los sujetos pasivos dormidos, desvanecidos o drogados, es decir, en situación de indefensión absoluta, pero no basada en las características personales intrínsecas de la víctima, sino en su situación, en su contexto. Sólo el supuesto de “enfermedad” podría generar algunos problemas de delimitación, puesto que constituye una situación. Pero de las posibles situaciones es la única mencionada.

### 7. ¿Qué nos depara el futuro?

El modo de resolver la concurrencia entre las calificaciones de especial vulnerabilidad y alevosía dependerá de que se mantenga o no a la larga la línea jurisprudencial que incluye los supuestos de indefensión absoluta en la alevosía. De que no se va a abandonar, hay indicios<sup>37</sup> y ya un pronunciamiento inequívoco, la STS de 10 de febrero de 2017 (*cf. supra* V.b). Más arriba se acaban de exponer los argumentos que evidencian lo incongruente de esta tesis.

Si efectivamente se mantiene, como ya pronosticara el Informe del CGPJ sobre la reforma proyectada, buena parte de los supuestos de especial vulnerabilidad terminarán asignados a la alevosía, en concreto los de indefensión absoluta, en que el crimen recae sobre seres “constitucionalmente indefensos”. En relación con estos supuestos, la reforma habría fracasado al establecer nuevos efectos jurídicos (respectivamente, agravación del homicidio o asesinato con prisión permanente), por no haber tenido en cuenta que ya se encontraban resueltos jurisprudencialmente y conceptuados como asesinato por alevosía. La especial vulnerabilidad quedará entonces relegada a los supuestos de indefensión relativa, pese a que el tenor literal no distingue unos de otros, y pese a que el adjetivo “especial” apunta a que no basta cualquier clase de indefensión. Precisamente por su literalidad, habrá que inclinarse *de lege lata* por una interpretación muy restrictiva. De todos modos, esta interpretación “residual” de la especial vulnerabilidad admite su compatibilidad con la alevosía proditoria y la sorpresiva y abre la vía a aplicar la prisión permanente revisable sobre la base de dos circunstancias relacionadas ambas con la facilidad de ejecución. Esta es la consecuencia más grave.

En cambio, si, como parece improbable, se pusiera fin a la inclusión jurisprudencial de la indefensión absoluta en la alevosía, la especial vulnerabilidad dará lugar a la circunstancia agravante, bien del homicidio, bien del asesinato (si concurre alguna de las circunstancias caracterizadoras de éste). Subsistirá entonces el problema de que la especial vulnerabilidad incluye tanto la indefensión absoluta como la relativa, es decir, supuestos tan heterogéneos como la muerte de un niño o de una adolescente, asociando las mismas consecuencias punitivas a casos donde ningún obstáculo se opone a la muerte dolosa que a aquellos otros en que simplemente se da una disminución de las posibilidades de defensa de la víctima.

En el texto se ha tratado de exponer que resulta difícil introducir algo de racionalidad en el conjunto —que no sistema— de circunstancias caracterizadoras y agravantes específicas en el asesinato, producto de la reforma de 2015. Aun así, en el proceso legislativo al menos se podría haber optado por aprender de la experiencia en la aplicación de las normas y aprovechar la ocasión para poner fin a la jurisprudencia sobre la alevosía que, sobrepasando la interpretación extensiva, incurre en la analogía prohibida al equiparar al aseguramiento de la ejecución el mero aprovechamiento de la indefen-

37 En varias sentencias posteriores a la reforma de 2015 (SsTS de 14 de julio de 2016, 31 de enero, 17 de abril, 25 de abril y 17, 23 y 24 de mayo de 2018), al recapitular sobre su doctrina de la alevosía, el TS sigue reconociendo como tercer género, junto a la proditoria y a la sorpresiva, a la “alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente”. También SsTS 6 de junio y 19 de junio de 2018.

sión absoluta. Si se trataba de establecer para la especial vulnerabilidad efectos agravantes tan draconianos como los que se finalmente han prosperado, el legislador debería haber sido consciente de la controversia doctrinal y jurisprudencial en torno a la distinción entre la indefensión total y la relativa, y haber optado por restringir la agravación tan cualificada a los supuestos de indefensión absoluta, aquellos en que la víctima está totalmente imposibilitada para su defensa. Pues resulta desproporcionado prever tamaña agravación para la indefensión sólo relativa. Con esta corrección. Que cabe sugerir *de lege ferenda*, a la vez se habría evitado la tentación del *bis in idem* con la alevosía, que ha subsistido e inmediatamente se ha manifestado en la práctica judicial, como se puso de manifiesto *supra* (V.b).

Pero para conseguir tal objetivo, la norma debería concebirse de otro modo. Un precepto así no podría fijar un límite etario tan elevado como los 16 años, sino que debería suprimirlo, puesto que con la alusión a la vulnerabilidad “por razón de edad” ya existente, se daría cuenta indistintamente de la indefensión absoluta debida a la edad tanto tierna como decrepita, dejando a la jurisprudencia la determinación exacta caso por caso, guiada por la exigencia de que la vulnerabilidad tenga que ser “especial”. Y deberían agotarse en la enumeración todos los supuestos de vulnerabilidad absoluta, tanto los actualmente incluidos, como los relativos a la situación de la víctima con que se encuentra el autor (p. ej., personas dormidas, en coma, accidentadas...), con una cláusula residual final: “... o cualquier otra circunstancia”.

Con la limitación del art. 140.1.1º a la indefensión absoluta quedaría resuelto el problema que el equilibrio de fuerzas entre víctima y autor plantea en la regulación actual. Asimismo, debería establecerse el requisito de que el desvalimiento fuera efectivo *en concreto*, lo que descartaría los supuestos en que cabe la defensa por parte de terceros.

Así acotada la especial vulnerabilidad, partir de entonces se reservaría la alevosía para su genuino ámbito de aplicación: los casos de aseguramiento *activo* de la imposibilidad de defensa, excluyendo los del *aprovechamiento* de las circunstancias que meramente se presentan. De manera que en el supuesto de seres absolutamente indefensos *per se*, únicamente cabría alevosía si a una víctima con estas características se la priva, por la actuación del autor, de la asistencia de otras personas, como p. ej. librándose con subterfugios del cuidador<sup>38</sup>. Y la indefensión situacional (persona drogada) también podría dar lugar a alevosía, pero siempre que se preordenase esta situación para ejecutar sobre seguro, p. ej., drogando a la víctima. Porque en todos estos casos se dispone activamente el modo de ejecución para asegurar su éxito. Por su parte, los casos de indefensión relativa, finalmente, seguirían constituyendo el campo de aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad, no compatible con la alevosía.

Cuestión distinta sería si debería replantearse la naturaleza de agravante específica de la especial vulnerabilidad, y teniendo en cuenta su afinidad con la alevosía “activa” más bien conceptualarla como circunstancia *caracterizadora* del asesinato.

38 Paralelamente habría que suprimir el requisito de la alevosía, relativo a que la defensa que se neutraliza ha de ser “por parte del ofendido”. Pues carece de sentido distinguir según de quién pueda provenir la defensa: lo decisivo ha de ser el neutralizarla.