



Universidad
de Alcalá

HOMICIDIO Y ASESINATO EN ESPAÑA. CASOS RELEVANTES

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D. ALBERTO AGUADO DEL SAZ

Dirigido por:

Dr. D. CARLOS GARCÍA VALDÉS

Dña. M. CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Alcalá de Henares, a 2 de junio de 2020.

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza en primer lugar una detallada pero breve explicación de los conceptos de homicidio y asesinato, sus tipos, sus circunstancias, y sus diferencias, para que el lector comprenda en qué consiste cada delito y sepa diferenciarlos. Posteriormente, haremos un breve análisis de casos relevantes, tanto de homicidio como de asesinato, ocurridos en España recientemente y que por un motivo u otro, poseen cierta relevancia.

PALABRAS CLAVE

Homicidio. Asesinato. Tipos de homicidio. Circunstancias. Homicidio doloso. Homicidio imprudente. Homicidio preterintencional. Homicidio consentido. Comisión por omisión. Alevosía. Ensañamiento. Precio. Promesa. Recompensa. Imprudencia. Garante. Jurisprudencia. Doctrina. Debate. Sentencia. Relevancia. Relevante. Caso. José Bretón. Gabriel Cruz. Asunta Basterra.

ABSTRACT

In the present work, a detailed but brief explanation of the concepts of homicide and murder, their types, their circumstances, and their differences is made first, so that the reader understands what each crime consists of and knows how to differentiate them. Subsequently, we will make a brief analysis of relevant cases, both homicide and murder, that occurred in Spain recently and that for one reason or another, have some relevance.

KEY WORDS

Homicide. Murder. Types of homicide. Circumstances. Homicide. Reckless Homicide Pre-intentional homicide Homicide consented. Default commission. Alevosía Salad. Price. Promise. Reward. Imprudence. Guarantor. Jurisprudence. Doctrine. Debate. Judgment. Relevance. Relevant. Case. José Breton. Gabriel Cruz. Asunta Basterra.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO II: EL HOMICIDIO	12
1-. CONCEPTO DE HOMICIDIO.....	13
2-. LA REGULACIÓN DEL HOMICIDIO EN ESPAÑA	15
3-. TIPOS DE HOMICIDIO.....	16
3.1-. El homicidio doloso	16
3.2-. El homicidio imprudente.....	19
3.3-. El homicidio preterintencional	23
3.4-. La comisión por omisión del homicidio.....	26
3.5-. El homicidio consentido.....	29
CAPÍTULO III: EL ASESINATO	33
1-. CONCEPTO DE ASESINATO	34
2-. LA REGULACIÓN DEL ASESINATO EN ESPAÑA.....	36
3-. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASESINATO.....	38
3.1-. La alevosía.....	38
3.2-. El ensañamiento	44
3.3-. El precio, la promesa y la recompensa.....	48
3.4-. El encubrimiento	50
CAPÍTULO IV: DIFERENCIAS ENTRE HOMICIDIO Y ASESINATO	52
1-. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS DELITOS	53
2-. EL ASESINATO COMO FORMA DE HOMICIDIO	54
3-. EL ASESINATO COMO DELITO AUTÓNOMO	57

CAPÍTULO V: CASOS RELEVANTES DE HOMICIDIO.....	60
1-. CASO PRIMERO: STS DE 29 DE ENERO DE 2015.....	61
1.1-. Hechos probados	61
1.2-. Fundamentos de derecho	62
1.3-. Fallo.....	62
2-. CASO SEGUNDO: STS DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009.....	63
2.1-. Hechos probados	63
2.2-. Fundamentos de derecho	64
2.3-. Fallo.....	65
3-. CASO TERCERO: STS DE 3 DE MARZO DE 2011.....	66
3.1-. Hechos probados	66
3.2-. Fundamentos de derecho	66
3.3-. Fallo.....	69
4-. CASO CUARTO: STS DE 3 DE JUNIO DE 2011.....	69
4.1-. Hechos probados	69
4.2-. Fundamentos de derecho	70
4.3-. Fallo.....	71
CAPÍTULO VI: CASOS RELEVANTES DE ASESINATO.....	72
1-. CASO BRETÓN	73
1.1-. Hechos probados	73
1.2-. Fundamentos de derecho	74
1.2.1-. SAP CO de 22 de julio de 2013	74
1.2.2-. STSJ AND de 5 de noviembre de 2013	76
1.2.3-. STS de 18 de julio de 2014	77
1.3-. Fallo.....	80
2-. CASO ASUNTA.....	80
2.1-. Hechos probados	80

2.2-	Fundamentos de derecho	81
2.2.1-	SAP C de 11 de noviembre de 2015	81
2.2.2-	STSJ GAL de 15 de marzo de 2016.....	82
2.2.3-	STS de 21 de noviembre de 2016.....	83
2.3-	Fallo.....	84
3-	CASO GABRIEL CRUZ	85
3.1-	Hechos probados	85
3.2-	Fundamentos de derecho	85
3.2.1-	SAP AL de 30 de septiembre de 2019	85
3.2.2-	STSJ AND de 5 de febrero de 2020.....	88
3.3-	Fallo.....	91
4-	CASO CUARTO: SAP M DE 30 DE JUNIO DE 2009	91
4.1-	Hechos probados	91
4.2-	Fundamentos de derecho	92
4.3-	Fallo.....	93
	CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES	95
	ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA	101
	ANEXO II: JURISPRUDENCIA.....	103

ABREVIATURAS

AP.....	Audiencia Provincial.
art.....	artículo.
arts.....	artículos.
CC.....	Código Civil.
Coord.....	coordinador.
Coords.....	coordinadores.
CP.....	Código Penal.
CPs.....	Códigos Penales.
Dir.....	director.
etc.....	etcétera.
Edit.....	editorial.
FJ.....	fundamento jurídico.
<i>Ibidem</i>	misma obra que la cita anterior pero distinta página.
<i>Idem</i>	misma obra que la cita anterior.
<i>op.cit</i>	obra citada.
pág.....	página.
págs.....	páginas.
SAP AL.....	Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería.
SAP BI.....	Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia.
SAP C.....	Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña.
SAP CO.....	Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba.
SAP GI.....	Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona.
SAP M.....	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

s.p.....sin publicar.
STS.....Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ AND.....Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
STSJ EXT.....Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.
STSJ GAL.....Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
TS.....Tribunal Supremo.
TSJ.....Tribunal Superior de Justicia.

CAPÍTULO I:
INTRODUCCIÓN

Causar la muerte de otra persona, ya sea voluntariamente o no, ha sido considerada desde el siglo XXII a.C. como una acción incorrecta y que debe ser penada por la Ley. Es por tanto uno de los delitos más antiguos, al ser recogido como tal desde épocas tan lejanas, y también uno de los más comunes. Sin embargo, existen determinados casos, que por un motivo u otro poseen cierta relevancia, y en el presente trabajo vamos a analizar algunos de los más recientes, y que su repercusión fue tal, que iniciaron una nueva línea jurisprudencial, al interpretar las leyes de una forma distinta a como se venían interpretando hasta entonces, dando respuesta a como se debería calificar una acción cuando la misma podía encuadrarse entre dos delitos diferentes, o incluso en algunos casos, ocasionando un cambio legislativo, con nuevos CPs en los que se penan acciones que anteriormente no estaban contempladas dentro de ningún tipo penal, siendo el objeto del presente trabajo, el estudio de alguno de estos casos.

Sin embargo, siendo conscientes de la confusión que existe entre la gente de la calle por diferencias ambos delitos, y del debate doctrinal y jurisprudencial que existe entre los juristas, sobre si se trata de dos delitos independientes o si el asesinato es simplemente una forma más de homicidio, no abordaremos el análisis jurisprudencial de manera inmediata.

Dado que nuestra intención es que cualquier lector, ya sea jurista o no, pueda entender perfectamente el trato que le dan Tribunales en sus Sentencias, y los comentarios y explicaciones sobre las misma que nosotros haremos posteriormente, hemos optado por hacer en primer lugar, una breve explicación teórica de ambos delitos, para posteriormente, realizar el análisis de algunos casos que se produjeron en España, y que poseen cierta relevancia.

La estructura que seguirá el presente trabajo por tanto, será la siguiente: en la primera parte, formada por los capítulos II y III, trataremos de definir de la forma más clara posible los conceptos de homicidio y asesinato, explicando en qué consiste cada uno de ellos, cómo están regulados, y cuáles son sus formas y circunstancias, haciendo una explicación teórica de ambos delitos y citando fragmentos de algunas Sentencias, para mostrar la aplicación práctica de la teoría aplicada.

Posteriormente, la segunda parte, dirigida por su contenido a aquellas personas que posean cierto conocimiento en Derecho, estará formada por el capítulo IV, en el que analizaremos cuáles son las diferencias entre ambos delitos, y veremos qué argumentos

utilizan ambos lados de la doctrina para justificar su posición acerca de si el asesinato es o no un delito independiente.

Dado el carácter y la finalidad informativa, e incluso didáctica, del presente trabajo, hemos realizado una breve selección de Sentencias, en las que se muestra de manera clara y sencilla, la aplicación práctica de la teoría explicada, dando prioridad a la claridad y sencillez de las mismas, en lugar de tener en cuenta el Tribunal o la fecha en el que fueron dictadas.

Finalmente, en la tercera parte, formada por los capítulos V y VI, abordaremos el objetivo principal de este trabajo, que es el análisis de 8 casos relevantes, tanto de homicidio como de asesinato ocurridos recientemente en España, y que son relevantes debido a su importancia jurídica, al dar una interpretación de las leyes diferente a la que se aplicaba hasta entonces, o bien debido a la gran repercusión mediática que alcanzaron y que en algunos casos, ocasionaron un cambio legislativo. En ambos capítulos seguiremos una misma estructura, primero haremos un breve resumen de los hechos considerados probados por los Tribunales a modo de introducción, posteriormente mostraremos un fragmento de la Sentencia correspondiente al caso en cuestión, para terminar realizando un breve comentario o explicación sobre por qué el Tribunal llegó a una conclusión u otra.

Para terminar, en el capítulo VII expondremos brevemente cuáles han sido las conclusiones a las que hemos llegado tras la elaboración del presente trabajo.

CAPÍTULO II:
EL HOMICIDIO

1-. CONCEPTO DE HOMICIDIO

La palabra homicidio procede del latín *homicidium*, formada a su vez por las palabras *homo*, “hombre”, y *caedere*, “matar” o “golpear”, por lo que su significado literal es “matar a un hombre”. Y es así como lo define el CP al decir “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio [...]*”. El delito de homicidio es pues, un delito consistente en matar a otra persona, por lo que el bien jurídico que protege es la vida humana. Es por tanto un delito de resultado, también llamados resultativos o de causación¹, ya que para que se produzca debe haber un resultado, que en este caso es la muerte del sujeto pasivo o víctima. También es un delito común, ya que no requiere cualificación del autor, es decir, el autor del delito puede ser cualquier persona, sin necesidad de que ostente una determinada condición, puesto o cargo.

Dado que la conducta típica del homicidio es matar a otro, cabe la utilización de cualquier medio o procedimiento, salvo los del art. 139 CP que darán lugar al asesinato. Además de los procedimientos físicos y violentos, el verbo matar acoge también los morales y psíquicos, como terror, fuertes impresiones, presión psicológica, etc.²

No está de más matizar, que la muerte debe ser causada a una persona, no se incluye causar la muerte a animales, cuyo supuesto recoge el art. 337.3 CP como delito contra la protección de la fauna; y además la víctima debe ser independiente. Según GARCÍA MARTÍN la vida independiente habría que considerarla cuando se da la completa salida o separación del feto del claustro materno, unido al criterio de autonomía vital, es decir, excluye del concepto a los fetos vivos expulsados pero inviábiles, sin posibilidad de adquisición de autonomía vital³.

En la STS de 29 de noviembre de 2001, el Magistrado PERFECTO ANDRÉS, formula un voto particular en este mismo sentido:

“Para que éste pueda llegar a ser considerado "otro" ha de ser perfectamente discernible de la madre. Y no lo es mientras depende

¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 158.

² COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), GONZALEZ RUS, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Edit. Dikinson, Madrid, 2005, pág. 76.

³ DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; GARCÍA MARTÍN, L.; y LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal. Parte especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 36.

orgánicamente en términos esenciales y se encuentra comprendido espacialmente dentro de ella, con la que su relación es tan estrecha que se hace imposible en la práctica actuar sobre el primero sin que la acción incida o se proyecte al mismo tiempo sobre la segunda. Pertenecer a la categoría "ser vivo" es, así, condición necesaria pero no suficiente para entrar en la de "otro" a los efectos de los arts. 138 y 157 Cpenal 1995. Un ser vivo en periodo de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como "otro" respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos. En él hay vida, podría decirse, incluso, que hay otra vida (biólogicamente hablando), pero no la vida de otro, por falta del mínimo de autonomía requerida para constituir una subjetividad."

Sin embargo, el resto de la jurisprudencia parece tener una opinión contradictoria, como podemos ver en la propia sentencia que contiene el voto particular, o en la STS de 22 de enero de 1999 en su FJ 1:

"El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto. Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una "persona", el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal."

Es importante diferenciar la vida independiente de la dependiente, puesto que es lo que indica cuándo nos encontramos ante un supuesto de homicidio y cuándo ante un supuesto de aborto⁴, aunque como hemos visto, hay más de un criterio al respecto.

⁴ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Edit. Edisofer, Madrid, 2015, pág. 26.

2-. LA REGULACIÓN DEL HOMICIDIO EN ESPAÑA

El homicidio se encuentra regulado en el actual CP de 2015, en los arts. 138, 141, 142 y 143.

El art. 138, en su apartado 1, establece para este delito una pena de prisión de 10 a 15 años. En su apartado 2, se nos remite al art. 140, aunque éste se refiera al asesinato⁵, para establecer la pena de prisión permanente revisable a aquellos casos de homicidio en los que concurra alguna de las circunstancias allí enumeradas, y que veremos en el siguiente capítulo.

El art. 141 pena la provocación, conspiración o proposición, tanto del homicidio como del asesinato, aplicando al homicidio la misma pena que establece el art. 138 reducida en uno o dos grados, es decir, pena de prisión de 5 a 10 años o de 2 años y 6 meses a 5 años, respectivamente.

A continuación, el art. 142 recoge el homicidio imprudente, estableciendo en este caso una pena de prisión de 1 a 4 años, para los supuestos de imprudencia grave, y de multa de 3 a 18 meses, para los supuestos de imprudencia menos grave. En los casos de imprudencia grave, cuando el homicidio se produzca por el uso de vehículos a motor o ciclomotor, o por el uso de un arma de fuego, se impondrá además una pena de privación del derecho a conducir, o al porte o tenencia de armas, de 1 a 6 años. Cuando el homicidio sea causado por imprudencia profesional se impondrá además una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, de 3 a 6 años.

En los casos de imprudencia menos grave, cuando el homicidio se produzca por el uso de vehículos a motor o ciclomotor, o por el uso de un arma de fuego, se impondrá además una pena de privación del derecho a conducir, o al porte o tenencia de armas, de 3 a 18 meses.

Por último, el art. 143 tipifica diferentes conductas relacionadas con el homicidio. En su punto primero establece una pena de prisión de 4 a 8 años para el supuesto de inducción al suicidio. Los puntos 2 y 3 recogen las penas a imponer a quien sea cooperador del inductor: el punto 2 establece una pena de prisión de 2 a 5 años para aquel que sea cooperador necesario, mientras que el punto 3 establece un a pena de

⁵ “Artículo 140

1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...]”

prisión de 6 a 10 años para los casos en los que la cooperación llegue a provocar la muerte de la víctima. Por su parte el punto 4, penaliza a aquellos que causen, o cooperen con actos necesarios y directos, la muerte de otra persona por petición de ésta, con las penas inferiores en 1 o 2 grados de los puntos anteriores, por lo que en caso de se trate de un cooperador necesario, las penas sería de 1 a 2 años de prisión, o de 6 meses a 1 año respectivamente, mientras que si los actos de cooperación llegan a producir la muerte de la víctima, las penas serían de 3 a 6 años o de 1 año y 6 meses a 3 años, respectivamente.

Como la mayoría de delitos, el homicidio es compatible con las atenuantes y agravantes genéricas recogidas en el CP en los arts. 21 y 22 respectivamente, y con la circunstancia mixta de parentesco del art. 23.

3-. TIPOS DE HOMICIDIO

3.1-. El homicidio doloso

El tipo básico parece recoger este tipo de homicidio, ya que en él no se menciona ningún elemento o conducta, como sí lo hace el homicidio imprudente. Como su propio nombre indica, el homicidio doloso es aquel que se comete con dolo. El dolo implica saber que se da muerte a una persona y querer hacerlo; esto es, el dolo requiere conocimiento y voluntad⁶.

El dolo por lo tanto implica dos requisitos, y además deben cumplirse ambos para poder alegar que existe dolo. El primero de ellos es el conocimiento, es decir, que el autor sea consciente en el momento de realizar la acción de que está matando a otra persona; y el segundo es la voluntad, que significa que el autor tiene la intención de matar a esa persona. El dolo con que se realiza la acción puede ser tanto directo como eventual.

El dolo directo puede ser a su vez de primer o de segundo grado. El dolo directo de primer grado es el dolo que se produce cuando la finalidad o el resultado que busca

⁶ BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Volumen I, 2ª edición, Edit. Iustel, Madrid, 2016, pág. 24.

el autor es la muerte de la víctima; mientras que el dolo directo de segundo grado, también denominado “dolo indirecto” por la doctrina, y “dolo de consecuencias necesarias” por la jurisprudencia⁷, según LUZÓN PEÑA se produce cuando el “*propósito que persigue el sujeto no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo (con sus diversas circunstancias y, en su caso, resultado), cuya producción por tanto, aunque no le guste también acepta.*”⁸. Significa por tanto, que el autor no desea la muerte de otra persona, sino otro resultado distinto, pero sabe que al actuar causará esa muerte no deseada, y aun así realiza la acción aceptándola.

El dolo eventual, por su parte, tiene lugar cuando al autor se le presenta la muerte como probable y actúa asumiéndola, lo que requiere que el autor sea consciente del riesgo elevado de producción del resultado que su acción conlleva. Es decir, el sujeto sabe que al actuar cabe la posibilidad de que cause una muerte que no desea causar, lo acepta y realiza la acción de todas formas.

En el homicidio doloso, el error “*in persona*” o “*in obiecto*” es irrelevante, siempre que se produzca la muerte de alguien indiferenciado, confundiéndolo con otro igualmente indiferenciado. Es decir, si el sujeto por error causa la muerte de una persona distinta de la que quería matar en realidad, este error, no afectará a la calificación típica del hecho, a no ser, que la persona a la que se le ha causado la muerte sea alguien cuyo homicidio esté penado de forma especial, como por ejemplo el Rey (art. 485.1 CP), o un Jefe de Estado extranjero (art. 605 CP).

Además, el error debe ser vencible, es decir, que se puede evitar, ya que el error invencible excluye el dolo⁹, porque no hay forma de que el autor sepa si la persona a la que va a matar es precisamente la que él quiere matar, o si por el contrario se trata de una persona distinta a la que no desea causarle la muerte.

⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., *op.cit.*, pág. 233.

⁸ *Ídem.*

⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo III, Volumen I, 2ª edición, Edit. Iustel, Madrid, 2016, pág. 17.

Pueden producirse también casos de error en el golpe, “*aberratio ictus*”, o de dolo general, “*dolus generalis*”. Para explicar ambos conceptos recurriremos a unos ejemplos para su mejor comprensión:

El error en el golpe se produciría cuando A quiere matar a B mediante un disparo, pero por circunstancias ajenas a él, como el mal estado del arma, el viento, o la mala visibilidad, provocan que finalmente acabe matando a C. En estos casos, una parte de la doctrina entiende que cabría apreciar un homicidio doloso en grado de tentativa en concurso con un homicidio imprudente; mientras que otra parte considera que se debería juzgar por un homicidio doloso consumado, ya que el autor quiso matar a otro, realizó conductas objetivamente idóneas para lograr su objetivo y, finalmente obtuvo el resultado buscado¹⁰.

El dolo general, sin embargo, se produciría cuando A dispara a B, y creyéndole muerto lo arroja por una ventana estando aún vivo, muriendo B por las lesiones de la caída. En estos casos, la doctrina defiende las dos posiciones explicadas en el párrafo anterior, sustituyendo el concurso ideal por el concurso real¹¹.

Dentro de este tipo o forma de homicidio, antes de la publicación del CP de 2015, algunos autores como ROMEO CASABONA¹², incluían a su vez un subtipo denominado “homicidio agravado”, distinto del asesinato y que parte de la doctrina, como veremos, denomina así.

El homicidio agravado, según estos autores, sería aquel homicidio cometido por una persona perteneciente a un grupo u organización criminal. Sin embargo, la doctrina que defiende la existencia de este subtipo de homicidio se divide en dos posiciones distintas en cuanto a cuándo estamos ante este supuesto. Por un lado, autores como SUAREZ-MIRA, entienden que no es necesario que el homicidio esté relacionado con las actividades del grupo, sino que es suficiente con que el autor pertenezca a un grupo u organización criminal en el momento de cometer el delito¹³.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 18.

¹¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *op.cit.*, pág. 245.

¹² ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 1ª edición, Edit. Comares, Granada, 2016, págs. 14 a 16.

¹³ GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 471.

Por otro lado, autores como FELIP I SABORIT, defienden la postura de que para estar ante este supuesto, el homicidio debe estar relacionado con la actividad criminal del grupo, y que si además el homicidio es constitutivo de un delito de atentado del art. 550 CP, el concurso de delitos debería hacerse a favor del homicidio, para reforzar la protección de autoridades y funcionarios, y en especial, la de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹⁴.

Sin embargo, desde la entrada en vigor del nuevo CP, este supuesto se encuentra recogido en el art. 140 junto con otros dos más, por lo que cualquier homicidio en el que concurra alguna de las circunstancias de este art. es considerado por la doctrina como un homicidio agravado.

3.2.- El homicidio imprudente

El homicidio imprudente se denomina así, porque el autor comete el delito debido a una imprudencia. El sujeto no quiere realizar el resultado, sino que éste se produce porque ejecuta una acción sin observar la norma de cuidado. La norma de cuidado, es, según LUZÓN PEÑA; “*el deber de cuidado o diligencia que se le impone a todos los ciudadanos en esa situación o en ese tipo de actuación, y que es capaz de cumplir el hombre inteligente y cuidadoso, que se comporta del modo jurídicamente ideal o esperado.*”¹⁵. Es decir, la forma de actuar que cualquier persona seguiría, o se espera que siga, en esa situación concreta o actuación. En la STS de 19 de enero de 2010, en su FJ 2, podemos encontrar una definición bastante similar:

“[...]la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológicos), y la imputación objetiva del resultado a la

¹⁴ SILVA SANCHEZ, J.M., (Dir.), FELIP I SABORIT, D., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, Edit. Atelier, Barcelona, 2015, pág. 34.

¹⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., *op.cit.*, pág. 283.

conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por éste sea el que se materialice en el resultado [...].”

Como podemos ver, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la imprudencia es la infracción de un deber de cuidado, buscado por el autor, y que es la causa directa del resultado que se ha producido.

En primer lugar, para hablar de homicidio imprudente es necesario que el resultado de muerte sea causado directamente por la actuación llevada a cabo de forma imprudente, si no, no estaríamos ante un homicidio¹⁶, (deber objetivo de cuidado). En segundo lugar, es necesario que el actuar imprudente sea querido por el sujeto, es decir, que el autor haya actuado imprudentemente de forma voluntaria y consciente, teniendo la posibilidad de actuar diligentemente, y sin desear la producción del resultado (deber subjetivo de cuidado)¹⁷.

La imprudencia con la que se lleva a cabo la acción puede ser grave, o menos grave. La calificación de la imprudencia viene determinada por la entidad de la infracción del deber objetivo de cuidado¹⁸, y del grado de previsibilidad del riesgo¹⁹, y serán los tribunales que juzguen el hecho, quienes determinen si la imprudencia cometida es grave o menos grave.

La imprudencia grave, es aquella que se identifica con la infracción de las normas de cuidado "más elementales", esto es, con la ausencia de las precauciones mínimas exigibles²⁰, es decir, consiste en la omisión del deber de cuidado, objetivo y subjetivo, exigible a las personas menos cuidadosas, equivaliendo al concepto de temeridad del CP de 1973²¹. La imprudencia menos grave, por su parte, es una novedad introducida en nuestro ordenamiento penal por el actual CP de 2015, por lo que son los tribunales los que deberán establecer las pautas de interpretación que permitan distinguir la imprudencia grave de la menos grave. Por el momento, podemos seguir la

¹⁶ BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 26.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, Tomo I, 1ª edición, Edit. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1993, pág. 34.

¹⁸ CALDERON CEREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Derecho penal*, Tomo II. Parte especial, 1ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 589.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.), *op.cit.*, pág. 19.

²⁰ BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 26.

²¹ CALDERON CEREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 589.

definición dada por BOIX REIG: “en tanto no haya resoluciones judiciales sobre este extremo, habrá que entender que la imprudencia menos grave será una conducta de gravedad intermedia entre la imprudencia grave y la leve, lo que podrá identificarse con la infracción de normas de cuidado no "elementales" que normalmente observaría el ciudadano en el ejercicio de la correspondiente actividad”²².

El TS no se ha pronunciado aún sobre esta cuestión, aunque sí lo han hecho otros Tribunales inferiores, como el TSJ de Extremadura, aunque no ofrecen una definición clara, como podemos ver en la STSJ EXT de 5 de julio de 2017, en el FJ 2:

“La demarcación de esta nueva categoría de imprudencia menos grave, un nuevo concepto jurídico indeterminado, y su relación con la grave, no es tarea fácil. Unos identifican la imprudencia menos grave como un tipo de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se desgajaría de esta última, nutriéndose de sus supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. Para otros, la nueva imprudencia menos grave se desgajaría de la grave, alimentándose de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el Derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa (art. 2.2 CP y disposición transitoria 1ª LO 1/2015) y la revisión consecutiva de condenas dictadas conforme a los arts. 142.1 y 152.1 CP (disposiciones transitorias 2ª y 3ª). Otros construyen la imprudencia menos grave como punto de intersección entre la grave y leve previas, de forma que comprendería los casos de mayor gravedad de la segunda y los más leves de la primera. Una última tesis tiende a identificar la nueva la nueva categoría con la imprudencia simple antirreglamentaria anterior al CP de 1995.

Pero, como señalara el Ministerio Público (en línea con el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala coordinador de seguridad vial), lo que parece indiscutible a la luz de la letra de los arts. 142 y 152 es que la imprudencia grave no ha alterado su ámbito de aplicación. Los arts. 142 y 152 no aluden a imprudencia más grave sino a la menos grave. Una más exigente figura de imprudencia grave bajo el empuje de la imprudencia menos grave carece de soporte en los nuevos arts. 142.1 y 152.1 que reiteran literalmente sin modificaciones el texto legal anterior, tanto en el tipo como en la pena (con la salvedad de la alternatividad punitiva del art. 152.1.1º). La imprudencia menos grave no puede ser entendida como una cláusula facultativa que permita convertir en menos grave lo que es imprudencia grave si los hechos son merecedores del reproche normativo de los arts. 142.1 y 152.1 CP.

Así concebidas imprudencia grave y menos grave, y atendiendo, no a la gravedad del resultado de la conducta imprudente, sino a la gravedad con que ha sido infringida la norma de cuidado, [...].”

Como podemos comprobar, la jurisprudencia no define qué es exactamente la imprudencia menos grave, por lo que por el momento, sólo podemos emplear las definiciones provisionales dadas por la doctrina.

²² BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 26.

La imprudencia también puede ser leve, que es la que se corresponde con la ausencia del deber de diligencia esperable de las personas precavidas o cuidadosas²³. Sin embargo, en la actualidad, con el nuevo CP la imprudencia leve está despenalizada, ya que en el CP de 1995 el homicidio por imprudencia leve estaba recogido en el art. 621.2 como falta, y penada con multa de 1 a 2 meses, pero el CP de 2015 despenaliza las faltas.

La imprudencia no es incompatible con la culpa concurrente de la víctima, ya que en materia penal, no cabe negar la existencia de culpa en el autor por el hecho de que, sobre el mismo hecho o actuación, concurra una pluralidad de comportamientos imprudentes²⁴. Esto significa que en la imprudencia puede concurrir tanto la culpa del autor como la de la víctima, que actúa imprudentemente.

La imprudencia puede verse agravada por tres circunstancias recogidas en el CP, que son: el uso de vehículos a motor o ciclomotores, el uso de armas de fuego, y la imprudencia profesional. Estos casos pueden ser encontrados en la doctrina tanto como homicidio imprudente agravado, o como homicidio por imprudencia agravada.

Definiremos solo la imprudencia profesional, ya que es la única que puede plantear problemas a la hora de comprenderla. La imprudencia profesional es aquella llevada a cabo por un profesional en el ejercicio de su profesión, y a causa de esta imprudencia en su actuar, acaba cometiendo un delito. La imprudencia profesional puede ser de dos tipos: negligencia profesional, que se produce por la infracción del deber de cuidado debido por la falta de atención del profesional a la hora de ejercer su profesión, transgrediendo los específicos deberes técnicos que debe cumplir el profesional en el desarrollo de su actividad; e imprudencia del profesional, que es aquella que tiene lugar por impericia del profesional, es decir, cuando éste carece de los conocimientos necesarios para desempeñar su actividad. Sin embargo, a pesar de esta distinción, a la hora de establecer la pena no existe ninguna diferencia entre ambas.

²³ CALDERON CERREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 589.

²⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.), *op.cit.*, pág. 19.

3.3-. El homicidio preterintencional

El homicidio preterintencional sólo ha sido recogido como tal en el CP de 1944 hasta su reforma en 1983. No aparece como figura en el resto de CPs, incluido el actual. Sin embargo, sí que ha sido recogido y tratado por la doctrina y por la jurisprudencia.

El homicidio preterintencional tiene lugar cuando el autor quiere provocar unas lesiones a la víctima, pero ésta termina muriendo a causa de dichas lesiones. Para saber si estamos ante un homicidio doloso o ante un homicidio preterintencional, debemos atender al dolo del autor. Si el dolo era sólo de lesionar, y a causa de estas lesiones la víctima fallece, estamos ante un homicidio preterintencional, ya que el resultado final no es el deseado por el sujeto. Por el contrario, si el dolo era de matar, y el autor pretendía matar a la víctima causándole varias lesiones, estamos ante un homicidio doloso. Es difícil determinar cuál era realmente la intención del autor, por lo que para ello debemos fijarnos en las circunstancias del hecho, como por ejemplo, la localización de las lesiones en el cuerpo de la víctima, si éstas se ocasionaron utilizando un objeto peligroso, o la fuerza o intensidad de los golpes. En caso de duda, habrá que atender al principio “*in dubio pro reo*”, y condenar a la pena más favorable²⁵.

En el caso de que el autor cause las lesiones con dolo eventual, aceptando que esas lesiones pueden producir la muerte de la víctima, y finalmente ésta se produce, estaríamos fuera del homicidio preterintencional, y sería un caso de homicidio doloso, ya que, como explicamos en el apartado 3.1 de este capítulo, se acepta el dolo eventual en el homicidio doloso.

La preterintencionalidad que existe en estos supuestos es una preterintencionalidad heterogénea, ya que el delito que se pretende cometer protege un bien jurídico (en este caso la integridad física) distinto del bien que protege el delito que finalmente acaba produciéndose (la vida humana)²⁶.

Puesto que en estos casos se producen dos delitos distintos, lesiones y homicidio, la mayoría de autores, como BOIX REIG²⁷ o LUZÓN PEÑA²⁸, defienden la

²⁵ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 13.

²⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *op.cit.*, pág. 310.

²⁷ BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 27.

teoría de juzgar estos hechos como unas lesiones dolosas en concurso ideal con un homicidio imprudente, mientras que otros se inclinan por juzgar únicamente por el homicidio imprudente. La jurisprudencia por su parte, aplica el concurso ideal de delitos, y en menor medida el concurso real.

Como ejemplo de la aplicación del concurso ideal entre lesiones dolosas con un homicidio imprudente, podemos ver el FJ 9 de la STS de 9 de febrero de 1984:

“[...] si bien dicho concurso ideal de delitos (lesiones dolosas como medio de cometer homicidio culposo) es de penar por separado como más favorable según disposición del artículo 71 y no concurriendo circunstancias en ninguno de los dos delitos, las penas imponibles podrían ser inferiores en su total a la única impuesta en la instancia -que es la de tres años de prisión menor-, no es menos cierto que, dado lo dispuesto por el artículo 61-4.a del Código reformado de mil novecientos ochenta y tres y lo establecido en el párrafo tercero del artículo 565 para la imprudencia temeraria, tipo de culpa aplicable a los procesados dada la evidente previsibilidad del evento mortal consecutivo a su acción gravemente vulnerable, atendidas todas las circunstancias del hecho, las dos penas a imponer en tal caso de concurso podrían ser, en su conjunto, iguales y aun superiores a la única impuesta en la sentencia recurrida, por lo que se está en el caso de pena justificada [...].”

Mientras que por el contrario, en la STS de 28 de marzo de 1984 desecha esta idea en el FJ 5 y emplea el concurso real:

“CONSIDERANDO que queda por fijar si el concurso de infracciones de que se trata es real o ideal, a cuyo respecto es preciso distinguir los dos supuestos que se cobijan bajo el artículo 71 del Código Penal, de modo que en tanto que el primero (que un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos) admite la concurrencia -obvia- de delitos de distinta índole culpable que ya admitió la jurisprudencia de antiguo (sentencias de 18 de junio de 1872, 2 de marzo de 1905, 9 de febrero de 1935), como es el caso típico de que un solo disparo produzca un homicidio doloso y lesiones culposas, o a la inversa; por el contrario, en el segundo supuesto de conexión ideológica de delito medio necesario para cometer otro, por muy objetivo que se conciba el nexo de necesidad, es también obvio que sobre tal vínculo debe proyectarse la voluntad del agente que pone en marcha el delito instrumental a fin de lograr el último resultado delictivo propuesto, hasta el punto de que en este aspecto subjetivo del psiquismo del culpable, refractario a la mera culpa en el delito-fin, ha visto la jurisprudencia la ratio del precepto en la modalidad de que se trata (sentencias de 12 de junio de 1978, 7 de abril de 1952, 8 de febrero de 1957, 13 de mayo de 1964 y 23 de octubre de 1965, entre otras); lo que aplicado a nuestro caso quiere decir que el concurso de lesiones dolosas con homicidio culposo, aun situados en la misma línea de ataque propio de la preterintencionalidad heterogénea a la que aquel concurso desplaza, repudia el concurso ideal o formal, debiendo subsumirse por tanto en la especie real prevista en el artículo 69; como del mismo modo, ha de estimarse concurso real entre falta y delito, cual es también nuestro caso, pues en tanto que los artículos 69 y 70 hablan de

²⁸ LUZÓN PEÑA, D.M., *op.cit.*, pág. 311.

"diversas infracciones», el artículo 71 habla sólo de "delitos» (lo que excluye las faltas), en cuyo sentido se pronunció también de antiguo la jurisprudencia (sentencias de 13 de mayo y 27 de septiembre de 1911), criterio confirmado más modernamente (sentencia de 2 de junio de 1970), sin desconocer las objeciones de un sector doctrinal a esta postura de exclusión de las faltas que se apoya para ello en el sentido omnicompreensivo del término "infracciones» utilizado por el artículo 71, al igual que en otros pasajes del Código, y sobre todo en que el artículo 601 no excluye de su dicción el repetido artículo 71, objeciones que si pueden tener eficacia cuando se trata de concurso entre faltas, es virtualmente inoperante cuando se trata de concurso entre falta y delito cuya punición separada siempre será más beneficiosa que la conjunta de absorción por aplicación de la pena asignada al delito en su grado máximo."

Llama la atención el hecho de que el mismo tribunal haya optado por dos soluciones distintas para casos similares teniendo en cuenta el poco tiempo transcurrido entre la publicación de una sentencia y otra.

Sin embargo, el concurso real ha seguido siendo utilizado en sentencias posteriores como por ejemplo la STS de 4 de febrero de 1991, en el FJ 2, en el que considera correcta la aplicación del concurso real:

"Desde tal plataforma fáctica es llano que los indicados motivos deben ser desestimados. Con arreglo a ella se está en presencia de la preterintencionalidad heterogénea por ruptura del título de imputación entre intención (dolosa) y resultado (culposo) operada por la doctrina jurisprudencial de esta Sala a partir de la reforma realizada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (sentencias, entre muchas, de 25 de septiembre de 1984 , 19 de diciembre de 1985 , 25 de junio de 1986 , 27 de noviembre de 1987 , 22 de marzo de 1988 , 11 de abril de 1989 y 19 de febrero de 1990). Que ello es correcto en este caso no ofrece dudas. Ciertamente es que no cabe identificar en manera alguna dolo con intención fuera de los supuestos de dolo directo de primer grado; pero no menos cierto es que tampoco cabe apreciar existente la categoría del dolo eventual, pues aun descartando la doctrina denominada del consentimiento, tampoco desde la conocida como teoría de la probabilidad cabría reputar existente aquél. Incluso la constatada ignorancia de la implantación de la prótesis en la víctima por parte del procesado podría (de haber sido él el recurrente y no la acusación particular) haber dado lugar a la no estimación de la culpa por ausencia de imputación objetiva del resultado."

El hecho de que el TS aplique ambos concursos nos lleva a la pregunta de cuál es el más correcto o cuál se debe aplicar, aunque parece ser que la respuesta es el concurso real, ya que es el más empleado.

3.4. La comisión por omisión del homicidio

Según ROMEO CASABONA²⁹, el verbo matar incluye tanto la acción como el resultado de muerte, por lo que es posible la modalidad omisiva del homicidio; a lo que GONZALEZ RUS³⁰ añade, que el homicidio es un tipo de resultado material, que únicamente se limita a prohibir la causación de la muerte, pero sin hacer ninguna especificación sobre la conducta que hay que realizar para causar esa muerte, por lo que cabe la comisión por omisión.

Un homicidio cometido por omisión sería aquel en el que la muerte de la víctima se produce por la omisión, es decir, la inactividad de una persona que de haber actuado habría evitado esa muerte.

El art. 11³¹ CP exige que para cometer un delito por omisión, la persona que realiza esa omisión, el omitente, debe ostentar una posición de garante. La posición de garante puede definirse como aquella posición que obliga al que la ostenta a actuar para evitar la muerte de otros.

La posición de garante puede ser otorgada por la Ley, un contrato, y por el actuar precedente:

Cuando el deber de garantía tiene origen legal, el deber de actuar le viene impuesto al sujeto por disposiciones jurídicas, cualquiera que sea su rango, y tanto si son de derecho público como de derecho privado, como los deberes de los padres respecto de los hijos; como si se trata de la regulación de ciertas actividades, como el tráfico rodado; o profesiones.

Cuando la posición de garante surge de un contrato, surge como consecuencia de obligaciones voluntariamente asumidas, mediante las que el sujeto se obliga a actuar ante una situación de peligro capaz de provocar la muerte de otra persona.

²⁹ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 20.

³⁰ COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), GONZALEZ RUS, J.J., *op.cit.*, pág. 79.

³¹ “Artículo 11

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

El supuesto que posee una mayor complejidad a la hora de determinar si existe o no posición de garante se presenta en los casos de actuar precedente o injerencia, en el que el omitente adquiere la posición de garante después de haber provocado una situación de peligro ilícito para la vida. Si tras crear esta situación de peligro no actúa para impedir que ese peligro se materialice en un resultado de muerte, se considerará responsable de un delito de homicidio. Este comportamiento precedente puede ser tanto activo como omisivo³², y puede ser doloso o imprudente³³.

Decimos que el actuar precedente plantea problemas a la hora de determinar si el omitente ostentaba o no la posición de garante, porque la omisión del deber de socorro, aun provocando el accidente y resultando muerta la víctima no es homicidio, sino ese delito específico³⁴. Según autores como GARCÍA VALDÉS³⁵ o ROMEO CASABONA³⁶, cabe el homicidio en comisión por omisión imprudente, en los casos en los que el garante incumple el deber objetivo de cuidado debido por su posición a la hora de vigilar la fuente de peligro a su cargo.

En cuanto a la definición de posición de garante que hemos visto anteriormente, a jurisprudencia por su parte, ha dado una definición de la posición de garante muy similar a la de la doctrina, como la que podemos encontrar en la STS de 2 de julio de 2009, en su FJ 15:

“Asimismo es necesario recordar en esta sede casacional que la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

[...] La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del

³² COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), GONZALEZ RUS, J.J., *op.cit.*, pág. 80.

³³ COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *op.cit.*, pág. 19.

³⁴ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 26.

³⁵ *Idem.*

³⁶ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 21.

resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal. Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

[...] El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.”

Como podemos ver, esta definición es igual a la que aporta la doctrina incluyendo el origen que puede tener la posición de garante.

No obstante, en la STS de 27 de octubre de 1997, en el FJ 4 el TS sostiene que el recurrente ocupaba una posición de garante a pesar de no tener ésta una de las fuentes citadas, y considera que un hijo que deja en situación de abandono durante meses a su madre enferma ocupaba una posición de garante:

“La omisión es causal cuando el hacer obligado hubiese evitado el resultado. En el caso actual, estimándose acreditado que fué "el círculo de deterioro físico" el que determinó el fallecimiento de la víctima, y que fué la conducta del recurrente, privando durante meses a su madre inmóvil de cualquier cuidado higiénico-sanitario, la que provocó dicho extremado deterioro físico, ha de estimarse concurrente la relación de causalidad. Es de destacar, por otro lado, que la propia parte recurrente, que cuestiona la concurrencia de relación de causalidad y dolo, no pone en duda que el acusado se encontraba en posición de garante.”

Justifica su decisión en la relación de causalidad, ya que la muerte de la víctima fue debido al deterioro de su estado de salud, y éste se produjo por la inactividad u omisión del recurrente. Por lo tanto, parece ser que es posible ostentar una posición de garante sin que el origen de ésta sea una de las tres fuentes que veremos a continuación.

La posición de garante es necesaria, como hemos dicho, ya que si el omitente no la ostenta, no responderá de un delito de homicidio por omisión, sino por un delito de omisión del deber de socorro, un delito específico recogido en los arts. 195 y 196 CP.

La pena correspondiente al homicidio cometido por omisión es la misma que le corresponde al homicidio doloso, ya que el art. 11 CP establece que la omisión se equipara a la acción.

3.5-. El homicidio consentido

El supuesto de homicidio consentido engloba aquellos casos en los que el autor causa la muerte de otra persona directamente con el consentimiento de la víctima e incluso a petición de la misma, el supuesto en el que se induce a la víctima a suicidarse, y el caso en el que se coopera con la víctima para que esta pueda llevar a cabo su suicidio.

En España, tanto el suicidio como su intento, son impunes para su autor. Por este motivo, técnicamente no se podría castigar la participación en él, por lo que la inducción, la cooperación, o la ejecución de la muerte deseada por la víctima se legislan de manera específica y extraordinaria en el CP, ya que según el aceptado principio de la accesoriedad mínima o limitada, estas conductas serían impunes, debido a que el autor, el suicida, no responde de su suicidio.

En los tres casos mencionados, inductor, cooperador, y ejecutor, las penas a imponer son inferiores a las que les corresponderían si fuesen partícipes en cualquier homicidio básico, por lo que se considera un tipo privilegiado.

Dentro del homicidio consentido existen cuatro conductas diferentes, dos de ellas en las que el suicida actúa contra sí mismo, otras dos en las que el autor ejecuta la voluntad del suicida:

En primer lugar, se recoge la inducción al suicidio. En este caso, es necesario que la víctima, el suicida, no tenga preconcebida con anterioridad a la intervención del actor la idea de causarse la muerte, sino que debe adquirirla debido a la inducción del actor, por lo que la inducción debe ser directa y eficaz. No caben por tanto, el apoyo o el refuerzo de la decisión de suicidarse, y sólo cabe la inducción al suicidio cuando la víctima adquiere la idea de suicidarse debido a la acción del inductor.. En el supuesto de la conducta al unísono de dos suicidas, se extiende excluido del tipo, pero en el caso de supervivencia de alguno de ellos existe una mutua inducción al suicidio que sí es punible.

La siguiente conducta es la cooperación necesaria al suicidio. Consiste en que el cooperador realiza cualquier acto que ayuda al suicida a quitarse la vida, pero no interviene directamente en su muerte. En el caso de la cooperación rige el principio del

art. 28b³⁷ CP, según el cual el cooperador que realiza actos sin los cuales no se habría podido efectuar el delito es considerado autor, y dado que el suicidio no está penado, la simple complicidad es impune. La cooperación puede consistir en facilitar medios al suicida para que pueda llevar a cabo el suicidio, consejos sobre el uso de armas o venenos, o cualquier ayuda sin la cual al suicida no le sería posible suicidarse. Para muchos autores, no intervenir para evitar un suicidio constituye un delito de omisión del deber de socorro, a los que algunos añaden, que si el cooperador ostenta una posición de garante sí respondería como cooperador necesario. En el caso de la cooperación al suicidio, no cabe la cooperación por omisión, puesto que como dispone la AP de Girona, la cooperación exige que haya dolo, mientras que en la omisión sólo hay conocimiento, tal y como se expone en la SAP GI de 23 de marzo de 2001:

“[...] que el suicidio sea impune no significa que no tenga un autor que es precisamente la propia suicida, pues ella es la que funcionalmente lo domina toda vez que puede interrumpir su acción de muerte en cualquier momento. El autor, esto es en este caso la suicida, realiza en la ejecución de su propia muerte que obviamente es dolosa, su propio plan. Luego, como la cooperación es precisamente la intervención en el plan que ha sido determinado por la autora ha de ser necesariamente una intervención activa y dolosa, pues implica por parte del que interviene configurar de una determinada manera el hecho de otro y evidentemente dicha intervención no es posible por la omisión de una acción determinada ya que precisamente la omisión es un no hacer, esto es, todo lo contrario de una acción. De ahí que, para no ser posible la intervención por omisión en un hecho ajeno, no pueda tampoco ser posible la cooperación por omisión en una acción. El que omite precisamente no hace nada, sino que deja que transcurra el curso causal, no interviene en el hecho ajeno.

Pero, hay además otra razón que fundamenta la imposibilidad de la participación por omisión en la acción y se refiere a la diferente estructura que tiene el dolo en la omisión. En la omisión, concepto esencialmente normativo, el dolo es un concepto jurídico que no tiene el mismo contenido que el dolo en la acción. Si en la acción es necesario que el sujeto sepa lo que está haciendo y quiera hacerlo, esto es, que es necesario un conocimiento y voluntad que se haga realidad mediante acciones objetivas o si se quiere un conocimiento y voluntad que se manifieste en un actuar real, en la omisión basta con que el sujeto tenga conciencia de lo que está pasando, esto es, del peligro, de su deber jurídico de actuar y de la conducta concreta que debe llevar a cabo que es precisamente la que omite. Luego, en la omisión al contrario que en la acción, no es necesario el elemento volitivo, éste se queda reducido a la mala voluntad del sujeto pero no se objetiva. Basta con el conocimiento. El dolo como exigencia, en la omisión queda reducido al mero conocimiento de la situación.

³⁷ “Artículo 28

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

Por ello, en la doctrina se suele hablar cuando se hace referencia al dolo en la omisión de un "cuasidolo".

En coherencia con lo expuesto anteriormente el propio tenor literal del art. 142.2 CP. excluye la posibilidad de la comisión por omisión del delito de cooperación al suicidio."

Por otra parte, la doctrina considera que, tanto en los caso de inducción como en los de cooperación necesaria, no cabe la tentativa, ya que la muerte del suicida es la condición objetiva de la punibilidad. Sin embargo, existen algunos Tribunales, como la AP de Bizkaia, que sí han aplicado el grado de tentativa a la inducción al suicidio, como podemos comprobar en la SAP BI de 23 de abril de 2009:

"En tercer lugar, es preciso abordar en debate sobre si el suicidio el elemento objetivo del tipo o una mera condición objetiva de penalidad lo que tendría evidentes consecuencias en cuanto a la posibilidad de formas imperfectas de ejecución y en cuanto al alcance del tipo subjetivo.

La doctrina, de forma mayoritaria, ha entendido que la muerte es una situación típica rechazando que el resultado sea una condición objetiva de punibilidad. Efectivamente, el resultado de muerte del suicidio es el resultado propio del tipo delictivo, configurado como el resultado material del mismo (Félix, Íñigo, Lázaro, entre otros,). Esta concepción tiene como primera consecuencia que el resultado de muerte ha de ser abarcado por el dolo, y como segunda consecuencia, la posibilidad de punición de la tentativa. De esta forma, si el resultado de muerte forma parte del tipo, su no producción afectará al proceso de consumación del delito, por lo que cabe la tentativa y será punible con la atenuación de la pena que corresponda. Si se considera, por el contrario, que es una condición objetiva de punibilidad, en el caso de no producción del resultado, se verá afectada la propia punibilidad del hecho, que no sería punible.

La aplicación de la doctrina mayoritaria al caso que nos ocupa, obedece, entre otras razones, a la necesidad de eludir interpretaciones aberrantes de las distintas modalidades del artículo 143 y a su delimitación penológica con las hipótesis de homicidio.

Como consecuencia de las premisas anteriores relativas a la determinación de los hechos probados y a la calificación jurídica de los mismos, debe considerarse a la acusada responsable en concepto de autora de un delito de inducción al suicidio en grado de tentativa, [...]."

Otra conducta es aquella en la que autor ejecuta la muerte del suicida, antiguamente denominada auxilio ejecutivo. En este supuesto, el suicida toma la decisión de poner fin a su vida y pide a otra persona que ejecute su suicidio. A diferencia de la inducción y de la cooperación necesaria, en este caso sí pueden darse formas imperfectas o inacabadas de ejecución, aunque varios autores consideran que,

como quien tiene el dominio del hecho es el suicida, convirtiéndole en cooperador-ejecutor. Sin embargo, esta solución es errónea para la mayoría de la doctrina, que considera que es punible puesto que lo contrario colisiona con la regulación de las automutilaciones, en las que se pena siempre al que actúa a petición de otro para lesionarle. Cabe además la tentativa, pues a pesar de que no se perfeccione la conducta estamos ante un delito de resultado.

La última conducta, consiste en realizar actos necesarios y directos para causar la muerte de la víctima, pero siempre a petición de esta, por lo que se le denomina eutanasia. En este supuesto la víctima no solo presta su consentimiento, sino que además es quien pide al actor que le produzca la muerte, lo que justifica la atenuación de la pena. Para que nos encontremos en esta conducta deben cumplirse dos requisitos sin que pueda faltar uno de ellos: el primero es que la víctima debe realizar una petición expresa, seria e inequívoca de que quiere morir; y la segunda es que la víctima padezca una enfermedad incurable que cause graves padecimientos permanentes e insoportables o que conducirá necesariamente a su muerte. En el caso de la eutanasia, ciertos métodos empleados para causar la muerte de la víctima, como el uso de venenos, no se tienen en cuenta y no cabe el asesinato, al ser un supuesto de regulación especial y preferente. Además, la circunstancia mixta de parentesco de be tenerse en cuenta como atenuante si el motivo del homicidio es indulgente. También es impune el suministro a la víctima de fármacos que acortan la vida pero que son necesarios para evitar el dolor, y también retirar los que la prolongan o suprimir los medios mecánicos que alargan la vida artificialmente³⁸.

³⁸ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., op.cit., págs. 29-31. Referencia válida para todo el apartado.

CAPÍTULO III:
EL ASESINATO

1-. CONCEPTO DE ASESINATO

La palabra asesino procede del árabe *hashshashin*, que significa "consumidores de hachís", y era el nombre con el que se conocía popularmente entre sus detractores a los nizaríes, los integrantes de una secta musulmana chiita, famosa por las actuaciones que llevaba a cabo en Oriente Medio entre los siglos X y XIII, y que consistían en quitar la vida a reyes, políticos y militares de alto rango; o en infiltrarse entre los ejércitos cristianos durante las Cruzadas y matar a sus integrantes; en ambos casos, siempre de forma que las víctimas no pudieran defenderse³⁹.

Es por ello, por lo que se empezó a denominar asesinato a esta forma de matar, y al que ya desde la República romana se le ha aplicado, junto con matar a cambio de algo, es decir, por precio, o matar mediante la utilización de venenos, una pena mayor que al resto de muertes.

Actualmente el CP define el asesinato de una forma parecida, indicando que asesinato es matar a otra persona de una determinada manera, forma o medio, al decir *"Será castigado [...] como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Con alevosía. 2ª Por precio, recompensa o promesa. 3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra."*

Por lo tanto, el asesinato es un delito consistente en matar a otra persona, utilizando para ello medios o formas, recogidas legalmente, y que hacen que esta acción merezca una pena mayor que el homicidio. Al igual que éste, se trata de un delito de resultado; común, ya que tampoco requiere cualificación del autor; y el sujeto pasivo también debe ser una víctima humana independiente.

Además de estas circunstancias, anteriormente se recogían otras como la premeditación, que ya fue suprimida por el CP de 1995, y causar la muerte mediante incendio o inundación, o utilizando venenos o explosivos, que actualmente se incluyen en la alevosía⁴⁰.

³⁹ MILLÁN TORRES, V., "La secta de los asesinos. Los legendarios guerreros de Alamut", *Historia Nacional Geographic*, nº 156, 2016, págs. 90-99.

⁴⁰ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 36.

En cuanto a las circunstancias, son elementos que cualifican el tipo, es decir, es necesario que concurran para que el hecho sea un asesinato y no un homicidio. Además es suficiente con que concurra una de ellas para la cualificación del delito⁴¹, no siendo necesario que concurran más de una, ni mucho menos todas, aunque por supuesto, cabe la posibilidad de que concurran más de una. El hecho de que todas ellas califiquen el tipo, hace que en los supuestos en los que concurran más de una, todas ellas actúen como circunstancias del tipo, sin que una de ellas cualifique el hecho y las demás sirvan como agravantes⁴², como ocurría con el CP anterior, sino que aquellas circunstancias que pueden actuar como agravantes, si concurren, son las genéricas o comunes del art. 22, y para las que se seguirán los arts. 65 y 66 a la hora de aplicarlas.

La jurisprudencia además, ha admitido que cabe el dolo eventual en el asesinato, tal y como podemos comprobar observando el FJ 3 de la STS de 10 de junio de 2014:

“Así en cuanto a la falta de intención de matar, hemos dicho en STS. 311/2014 de 16.4, 529/2012 de 11.7, 632/2011 de 28.6, el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25-3; 210/2007, de 15-3).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien

⁴¹ *Ibidem*, pág. 34.

⁴² *Idem*.

jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado"."

Así pues, en el asesinato, al igual que en el homicidio, puede concurrir tanto dolo directo como dolo eventual, ya que se considera suficiente el hecho de que el autor conozca que su acción pueda tener como resultado la muerte de otra persona, aunque esto no sea lo que desea.

El hecho de que ambos delitos sean delitos comunes; tengan una misma conducta típica, matar a otra persona; protejan el mismo bien jurídico, la vida humana independiente; y que la simple concurrencia de una circunstancia o no califique el hecho como un delito u otro, ha suscitado, como veremos en el capítulo IV, un debate entre la doctrina, e incluso entre la jurisprudencia, en el que una parte defiende la posición de que el asesinato es un delito autónomo o independiente, mientras que la otra parte lo considera una forma de homicidio.

2-. LA REGULACIÓN DEL ASESINATO EN ESPAÑA

El asesinato se encuentra regulado en el actual CP en los arts. 139, 140, 140 bis, y 141.

El art. 139 recoge las circunstancias que cualifican el tipo y establece en su apartado 1 una pena de 15 a 25 años de prisión, y en su apartado 2 indica que cuando concurren 2 o más circunstancias en el mismo hecho la pena a imponer será la misma que en el apartado 1 pero en su mitad superior, es decir, pena de prisión de 20 a 25 años.

Por su parte, el art. 140 establece la pena de prisión permanente revisable cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- Que la víctima sea menor de 16 años o sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

- Que el asesinato se cometa tras un delito contra la libertad sexual que el autor haya cometido sobre la víctima.
- Que el autor del asesinato pertenezca a un grupo u organización criminal en el momento de cometer el delito.

También impone esta misma pena a quien sea condenado por cometer más de 2 asesinatos. En este art. no se impone una pena mayor al supuesto de que concurran más de una circunstancia, ya que la prisión permanente revisable es la mayor pena establecida en el CP.

El art. 140 bis recoge la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada a los condenados por 1 o más delitos del Título en el que se encuentra, que es el Título I, y en el que se incluye, además del asesinato, el homicidio.

Por último, el art. 141 castiga la provocación, conspiración y proposición de estos delitos de la misma forma que se indicó en el capítulo anterior.

Al igual que el homicidio, el asesinato también es compatible con las atenuantes del art. 21, la circunstancia mixta de parentesco del art. 23, y las agravantes 2ª, 4ª, 7ª y 8ª del art. 22.

El CP no establece ningún tipo de asesinato, sin embargo, algunos autores, como ROMEO CASABONA⁴³ creen que sí existen 2 tipos de asesinato además del tipo básico: el asesinato agravado y el asesinato hiperagravado.

El asesinato agravado, también llamado “súper asesinato”⁴⁴, es aquél en el que concurren más de una de las circunstancias recogidas en el art. 139.1 CP. La justificación que aportan es que para el caso de que concurran 2 o más circunstancias no es posible acudir al régimen común de agravantes del art. 22, sino que el apartado 2 del art. 139 recoge la pena concreta a imponer, y no una regla especial de determinación de la pena.

⁴³ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords), *op.cit.*, págs. 32 y 33.

⁴⁴ AL-FAWAL PORTAL, M., *Análisis penal, psicopatológico y jurisprudencial sobre delitos contra la vida humana independiente perpetrados por sujetos afectados de trastornos mentales*, Tesis Doctoral (s.p.), Universitat Internacional de Catalunya, 2011, pág. 41.

El asesinato hiperagravado, por su parte, consiste en un asesinato en el que además de alguna de las circunstancias del art. 139.1 concurre también alguna del art. 140. Se basan en los mismos motivos del asesinato agravado, porque el art. 140 establece una pena concreta para ese supuesto y no permite recurrir al art. 22.

3-. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ASESINATO

3.1-. La alevosía

La definición de alevosía se encuentra recogida en el art. 22.1ª CP: “*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.*”

La alevosía es, por tanto, el uso de medios, modos o formas, por parte del autor, que generen la indefensión de la víctima, y eliminen los riesgos que pueda sufrir, asegurándose así, la ejecución del hecho delictivo. No es necesario que el autor busque los medios alevosos, sino que es suficiente con que los utilice de manera consciente y con la finalidad propia de esta circunstancia, e incluso se admite que el medio le haya sido proporcionado por un tercero⁴⁵, aunque hay autores como LANDECHO VELASCO, que entienden que la alevosía solo se da en los casos en los que ésta es buscada por el sujeto y no cuando la indefensión se dé de hecho, ya que esto atenta contra la definición legal de alevosía⁴⁶.

Tampoco es necesario que la utilización del medio o situación alevosos concurren en la ejecución del hecho desde el principio, sino que se admite que se incorporen durante el transcurso de la acción contra la víctima⁴⁷, de manera que es

⁴⁵ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 28.

⁴⁶ LANDECHO VELASCO, C.M.; y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 54.

⁴⁷ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 28.

posible que un hecho que comenzó siendo un homicidio, termine convirtiéndose en un asesinato, siempre y cuando los medios alevosos resulten determinantes en la causación de la muerte de la víctima, por lo que también es posible que lo que comience siendo un asesinato acabe como un simple homicidio⁴⁸. Éste tipo de alevosía se denomina “alevosía sobrevenida”⁴⁹, y además de la doctrina, también la admite la jurisprudencia, a pesar de que la Ley no se pronuncia sobre la misma, como podemos observar en la STS de 20 de junio de 2012 en su FJ 3:

“La jurisprudencia de esta Sala ha admitido una alevosía sobrevenida, que adquiere forma en el transcurso de una agresión en cuyo arranque, sin embargo, todavía el agresor no exterioriza su actitud ventajista. En efecto, dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, numerosos precedentes distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también se consideran alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, 13 de febrero ; 1214/2003, 24 de septiembre ; 949/2008, 27 de noviembre ; 965/2008, 26 de diciembre ; 25/2009, 22 de enero ; 93/2009, 29 de enero ; y 282/2009, 10 de febrero).

Es cierto que algunos de los precedentes de esta Sala vienen exigiendo alguna forma de interrupción en el ataque, que abra un paréntesis temporal que permita al procesado renovar el dolo de matar, ahora sí, con eliminación del riesgo que conlleva toda agresión a una persona con aptitud para defenderse (cfr. por todas, STS 44/2005, 11 de abril). Pero nunca hemos dicho que esa interrupción esté sometida a un requisito cronológico, fuera del cual la agravante haya de ser excluida. Lo importante, al fin y al cabo, no es tanto la duración de esa secuencia interruptiva, sino la verdadera existencia de un acto de aprovechamiento de la debilidad de la víctima. [...]”

Como vemos, tras una definición de lo que el Tribunal considera qué es alevosía sobrevenida, dice después, que como requisito para que se estime esta circunstancia debe producirse una interrupción en el ataque que permita al autor aprovecharse de una circunstancia alevosa que no existía al inicio del ataque.

⁴⁸ CALDERON CERREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 594.

⁴⁹ *Idem.*

Para que se estime la alevosía se debe suprimir completamente la posibilidad de defensa de la víctima, ya que el debilitamiento de la defensa de la víctima, sin provocar una total indefensión, no es alevosía, sino abuso de superioridad⁵⁰. En los casos de muerte de seres indefensos se apreciará la agravante de abuso de superioridad, estimándose la alevosía únicamente en la muerte de personas dormidas, cuando tal situación fuera creada o aprovechada deliberadamente por el autor para asegurar la ejecución⁵¹. Sin embargo, con el nuevo CP de 2015 parece que la visión del TS sobre la materia está cambiando, aunque no podemos decir que sea de forma definitiva, como podemos comprobar en la STS de 9 de junio de 2015, en el FJ 5, en el que aplica la alevosía y no el abuso de superioridad a la muerte de dos recién nacidos:

“Lo aducido, al amparo de lo que dispone el art. 849,1 Lecrim, es indebida aplicación del art. 139,1º Cpenal . De nuevo el recurrente opera por remisión a los anteriores motivos. Pero es que, además, lo hace perdiendo de vista que, al tratarse de un motivo de infracción de ley, solo podría servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción de los hechos probados en un precepto legal. Y lo cierto es que prescinde de estos, en los que consta que la acusada privó de la vida a dos recién nacidos, que se hallaban, por tanto, en la situación de máxima inermidad que cabe imaginar. Así, la calificación de asesinato por la concurrencia de la alevosía dada a cada uno de los hechos no puede ser más correcta ni más obvia.”

La jurisprudencia ha establecido cuatro elementos o requisitos que deben darse para poder apreciar la alevosía y es necesario que se den todos. Los requisitos son los siguientes:

- Requisito normativo: la alevosía solo puede darse, como indica el art. 22 CP, en los delitos contra las personas, como es el caso del asesinato, no siendo posible aplicarla a otros delitos.
- Requisito objetivo o instrumental⁵²: el autor debe realizar el hecho empleando medios, modos o formas, encaminados a evitar los riesgos que éste pueda sufrir y generando una total indefensión a la víctima, asegurando así la ejecución del hecho.

⁵⁰ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 35.

⁵¹ CALDERON CEREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 594.

⁵² BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 48.

- Requisito subjetivo: el autor debe ser consciente de que está utilizando esos medios, modos o formas; y debe utilizarlos habiéndolos buscado o aprovechándose de ellos, con la intención de asegurar la realización del hecho.
- Requisito teleológico: debe comprobarse y demostrarse que en el hecho en cuestión se produjo una situación de total indefensión de la víctima.

Podemos ver la enumeración y definición de estos requisitos en la STS de 2 de julio de 2009, en su FJ 5:

“De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, se exige, según refiere invariablemente la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala -vid SS. 155/2005 de 15.2 y 357/2005 de 22.3 -, los siguientes requisitos:

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión. Finalmente, es necesario que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS 1866/2002, de 7 noviembre).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la eliminación de la defensa (STS. 86/2004 de 28.1 y 363/2004 de 17.3), como señalábamos en la STS. 1890/2001 de 19.10, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).”

Como ya hemos dicho, deben cumplirse los cuatro requisitos, no siendo posible apreciar la alevosía en los casos en los que falte alguno de ellos, sin importar cuál.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, distinguen tres tipos distintos de alevosía, aunque esta distinción es meramente teórica, ya que en la práctica resulta indiferente cuál de ellos ha sido utilizado por el autor del hecho, ya que los tres tipos de alevosía están admitidos, y el hecho de utilizar un tipo u otro no altera la cualificación del hecho ni la pena a aplicar.

El primer tipo de alevosía es la alevosía proditoria, también llamada alevosía traicionera⁵³, y que consiste en atacar a la víctima tras acecharla, o tras tenderle una trampa, una emboscada, una celada, etc.

El segundo tipo es la alevosía sorpresiva, también conocida como súbita o inopinada⁵⁴, y consiste en atacar a la víctima mediante un ataque súbito imprevisto, atacar de forma repentina e inesperada sin el apercibimiento del sujeto pasivo, de manera que éste no pueda reaccionar ni evitar o eludir el ataque.

El último tipo es la alevosía de prevalimiento, o alevosía por desvalimiento⁵⁵, y es aquella en la que el autor se aprovecha de la situación de indefensión o desamparo, absoluto o muy acentuado, de la víctima, debido a que ésta está sentada o tumbada, dormida, bajo los efectos del alcohol o una droga, enferma, inválida, o por razón de su edad. La situación de indefensión o desamparo puede ser permanente, o bien puede ser ocasional o accidental⁵⁶. Los casos de indefensión por razón de la edad de la víctima pueden darse tanto si la edad de la víctima es muy corta como si es muy avanzada, y a causa de esto no puede defenderse, y se les suele aplicar, a pesar de las críticas⁵⁷, la circunstancia de alevosía en lugar del abuso de superioridad, aunque no se cumplan todos los requisitos establecidos por la jurisprudencia. Una sencilla definición de abuso de superioridad, que nos permite diferenciarlo de la alevosía, es que el abuso de superioridad son todas aquellas acciones que están encaminadas o que se realizan con el

⁵³ ABASOLO TELLEIRA, A.E., *El homicidio y los homicidas: Estudio descriptivo del homicidio en la provincia de Bizkaia (1992-2013). Características clínicas, médico-legales y jurídicas de los homicidas*, Tesis Doctoral (s.p.), Universidad del País Vasco, 2016, pág. 112.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ CALDERON CERESO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 594.

⁵⁶ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 35.

⁵⁷ ABASOLO TELLEIRA, A.E., *op.cit.*, pág. 112.

fin de debilitar a la víctima pero que no le generan indefensión⁵⁸, como sí lo hace la alevosía.

Estos tres tipos de alevosía se encuentran recogidos, entre otras, en la STS de 3 de mayo de 1988 (STS 1140/1988), en su FJ 6:

*“La doctrina de esta Sala, distingue hasta tres modalidades de alevosía: 1.º La proditoria caracterizada por la trampa, asechanza o emboscada. 2.º La súbita o inopinada, cuando el agente, desencadena el ataque ex improvisu, esto es de modo fulgurante y repentino, estando totalmente desprevenido él ofendido, el cual no espera aquella agresión a su integridad corporal, y por tanto impide toda preservación o el intento defensivo más elemental. 3.º La caracterizada por el aprovechamiento por parte del culpable de una especial situación del desvalimiento, como sucede cuando la víctima es un niño de corta edad, un anciano con debilidad orgánica patente, aquélla se halla privada * de razón o sentido, gravemente enfermo, durmiendo, o en estado de embriaguez, en fase comatosa, u otra situación similar - Tribunal Supremo, sentencias de 16 de mayo y 10 de diciembre de 1985, 14 de febrero de 1987, 21 de marzo de 1988.”*

Podemos ver que la jurisprudencia utiliza los mismos tipos de alevosía creados por la doctrina, aunque la diferencia entre un tipo de alevosía y otro es simplemente teórico, ya que no afecta a la pena a imponer.

En cuanto a la alevosía de prevalimiento que acabamos de explicar, a primera vista puede parecer que los ejemplos que hemos nombrado en los que la víctima está tumbada o sentada, puede parecer que esto no es suficiente para apreciar la alevosía porque la víctima no pueda defenderse al encontrarse en una de estas situaciones, sin embargo, se trata esta misma cuestión en la STS 3 de mayo de 1988 (STS 1136/1988), en el FJ 1:

“La circunstancia agravante de alevosía precisa para su existencia hechos concretos que la determinen, y de la relación de los que como probados aparecen en la sentencia recurrida no se desprende con la debida justificación que Cristóbal, al apuñalar y dar muerte a Luis Alberto , lo hiciese empleando modos o formas de ejecución que tendiesen directa y especialmente a asegurar la consecución de su criminal propósito sin riesgo para su persona de la defensa que pudiera hacer el interfecto, ya que las heridas ocasionadas a éste se realizaron en sitio público, y concurrido, y en el curso de una pelea entre los dos que iniciaron de pie y terminaron forcejeando en el suelo, durante la cual el procesado infirió las tres cuchilladas que segaron la vida de su víctima que pudo por ello darse cuenta y prevenirse de la agresión de que era objeto, lo que obsta a la posible estimación de esta causa cualificativa de agravación, caracterizada por el ataque súbito, inesperado y por sorpresa, que no consta

⁵⁸ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., op.cit., pág. 35.

ocurriese en este caso, por lo que el primero de los motivos del recurso planteado a nombre de la acusación particular debe desestimarse desde luego.”

Como podemos ver, el TS desestima la apreciación de alevosía en este caso porque la víctima se encontraba de pie y en un lugar público en el momento en el que fue atacada.

Junto a estos tres tipos de alevosía, la jurisprudencia por su parte ha reconocido la existencia de otro tipo denominado alevosía doméstica, también llamado alevosía convivencial o de convivencia. Ésta se caracteriza por la confianza que genera en la víctima el hecho de convivir con el autor, resultándole por tanto inverosímil la posibilidad de que pueda ser atacada, por lo que cuando el ataque se produce la víctima no puede defenderse porque no lo esperaba, siendo este tipo de alevosía muy similar a la alevosía sorpresiva que explicábamos antes.

Podemos ver una referencia a esta alevosía en el FJ 2 de la STS de 20 de enero de 2012:

“Es cierto que esta Sala ha admitido en ocasiones una modalidad especial de alevosía convivencial basada en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día.”

Como podemos ver al principio de la cita, es un tipo de alevosía reconocido sólo en ciertas ocasiones y no un tipo habitual como los otros tres tipos reconocidos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

3.2.- El ensañamiento

El art. 139.1.3ª CP define el ensañamiento como el aumento del dolor del ofendido de forma deliberada e inhumana. La doctrina y la jurisprudencia lo definen como aumentar el dolor o sufrimiento de la víctima de forma consciente e intencionada sin que estos daños sean necesarios para causarle la muerte. Se trata de ocasionar o

producir un daño extra o “males de lujo”⁵⁹ como lo denominan algunos autores, antes de matar a la víctima.

La víctima debe estar viva y consciente durante la producción del daño, ya que solo en estas condiciones puede experimentar dolor, por lo que no se considera ensañamiento el descuartizamiento del cadáver ni ninguna otra agresión sobre éste⁶⁰. El daño que experimenta debe ser físico, pues el art. 139 indica expresamente que debe tratarse de un aumento del “dolor”, lo que no incluye daños morales o psíquicos como ver producir lesiones o la muerte a un tercero⁶¹, lo que no excluye que el dolor físico vaya acompañado de daños morales.

El aumento del daño de la víctima debe ser ocasionado por el autor, siendo éste consciente de dicho daño adicional, y además hacerlo de forma intencionada (elemento subjetivo), es decir, que el autor busca deliberadamente ese aumento del dolor.

Por último, los daños ocasionados a la víctima no deben estar encaminados a producirle la muerte, sino a aumentar su sufrimiento, y deben ser objetivamente innecesarios (elemento objetivo), es decir, no basta con que el número de heridas producidas sea alto, sino que estas no sean necesarias para producirle la muerte. En el supuesto en el que sea necesario, debido a las características físicas de la víctima o por la defensa o resistencia que ésta opone, producir un gran número de heridas para conseguir la muerte, no se considerará ensañamiento por muy alto que sea el número de heridas. Tampoco se considera ensañamiento el caso en el que el autor provoca varias heridas cegado por odio, pasión u obcecación⁶².

Para que los tribunales estimen el ensañamiento, deben cumplirse estos tres requisitos al mismo tiempo, ya que si falta cualquiera de ellos no se considerará que existe ensañamiento. El ensañamiento debe ser previo a la causación de la muerte, pero tras ocasionar estos padecimientos innecesarios, se debe acabar con la vida de la

⁵⁹ LANDECHO VELASCO, C.M.; y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *op.cit.*, pág. 55.

⁶⁰ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 29.

⁶¹ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 37.

⁶² *Idem.*

víctima, ya que de no hacerlo estaríamos ante un delito de lesiones (arts. 147 a 156 ter CP).

La definición doctrinal del ensañamiento que acabamos de ver, es muy similar a la que ofrece la jurisprudencia en sus sentencias, como la que encontramos en la STS de 24 de septiembre de 2013, en el FJ 3:

“Centra su argumento en la agravación de ensañamiento. De acuerdo a nuestra jurisprudencia, la agravante de ensañamiento, definida como “... aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”. Su naturaleza no se identifica con la simple repetición de golpes sino con lo que, en gráfica expresión, se ha llamado la acción con maldad de lujo, esto es, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira el momento de acabar con la vida de cualquier persona (STS 600/2010, 16 de junio). Así en la STS 589/2004, 6 de mayo, declaramos procedente la aplicación de esta agravante para situaciones en las que la víctima se encuentra totalmente a merced de su agresor y éste, “... alarga innecesariamente su sufrimiento”. También en la STS 1232/2006, 5 de diciembre, en la que se afirma que la agravante de ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de la comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, como forma de ejecutar el delito de manera que la víctima experimente dolores o sufrimientos que antecedan a la muerte y que producen el desenlace final agónico. Se caracteriza por una cierta frialdad en la ejecución movido por el placer personal o por el odio a la persona agredida a la que se agrava su situación. De alguna manera se anuncia, antes de su muerte, que debe sufrir o haciéndole sufrir o experimentar un dolor añadido deliberadamente escogido. En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar la muerte y que produce sufrimientos físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiéndola sin dolores físicos a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico.”

A esto, la STS de 7 de mayo de 2013 añade en su FJ 4, que el ensañamiento tiene un elemento objetivo y un elemento subjetivo, e indica que la existencia de violencia de carácter desmedido no es suficiente para apreciar ensañamiento:

“El ensañamiento es un concepto jurídico precisado en la Ley que no coincide necesariamente con una concepción coloquial o, incluso gramatical, de la propia expresión, de modo que -decíamos en la STS. 775/2005 de 12.4 los Tribunales hemos de sujetarnos a los términos en los que el Legislador lo ha definido, para determinar si, en el caso concreto sometido a enjuiciamiento, concurre o no la referida circunstancia de agravación, bien entendido que el derecho penal español está sujeto al principio de legalidad, de forma que nadie puede ser condenado sino por una conducta tipificada por Ley, previa y cierta, norma jurídica que no podrá ser objeto de interpretación extensiva o aplicación analógica, en contra del reo.

Se requiere, pues, -precisan las SSTs. 357/2005 de 20.4; 713/2008 de 13.11 dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males

objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS 1553/2003 de 19.11, 775/2005 de 12.4 (LA LEY 13113/2005)). Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima (STS 147/2007 de 19.2).

Elemento subjetivo, considerado en la STS. 1042/2005 de 29.9 , como "un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor al sujeto pasivo", de modo que no se apreciará la agravante si no se da "la complacencia en la agresión" -por brutal o salvaje que haya sido la agresión- en la forma realizada con la finalidad de aumentar deliberadamente el dolor del ofendido" (STS 896/2006 de 14.9), y cuyo elemento "no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno", (STS 357/2005 de 20.4), con cita STS 2.526/2001 de 21.2002, que entendió que no implicaba la apreciación del ensañamiento vulneración del derecho a la presunción de inocencia en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a lo que el Jurado atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento.

Y también enfatizábamos en nuestra Sentencia nº 600/2010 de 16 de junio que: El carácter desmedido de la violencia, por más que ésta pueda calificarse, en su genuina significación gramatical, como desproporcionada, falta de medida o carente de término, no agota el contenido de la agravación prevista en el art. 22.5 del CP, que exige una dimensión subjetiva que, ni ha sido expresamente proclamada en el factum ni, por supuesto, puede deducirse de los elementos objetivos en él descritos."

Como podemos ver, no es suficiente con que haya una violencia desmesurada o una gran cantidad de heridas para apreciar ensañamiento, sino que para ello se deben causar padecimientos innecesarios para ocasionar la muerte a la víctima con la finalidad de aumentar su sufrimiento.

En cuanto al elemento subjetivo que hemos visto anteriormente, la jurisprudencia moderna es distinta respecto de la anterior, en cuanto que la antigua entendía que el elemento subjetivo era doble, y que el ensañamiento debía ser premeditado por el autor. Podemos ver este cambio jurisprudencial en la STS de 12 de abril de 2005, en su FJ 3:

"Es cierto que también a veces esta Sala habla de la necesidad de un ánimo frío, reflexivo y sereno en el autor, como una proyección concreta de este doble elemento subjetivo (deliberación e inhumanidad), decidiéndose en la S. 26.9.88, seguida por la de 17.3.89 "el ensañamiento ha de ser necesariamente frío, refinado y reflexivo, no encontrándose en la cólera que hiere o golpea

ciegamente y sin cesar", pero la más moderna jurisprudencia no exige esa frialdad de ánimo, SS. 276/2001 de 27.2 y 2404/2001 de 12.12 , pues el desvalor de la acción y del resultado que constituye el fundamento de este elemento del delito de asesinato, cuando va acompañado del otro requisito subjetivo, no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor del delito, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado. La mayor antijuricidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar en ese aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito. Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Hay quien deja que esos sentimientos afloren y puedan ser observados por otros. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento."

Por lo tanto, la jurisprudencia actual entiende el ensañamiento de la misma forma que acabamos de explicar.

3.3.- El precio, la promesa y la recompensa

Esta circunstancia consiste en que el autor realiza el hecho, es decir, mata a otra persona, a cambio de recibir algo por ello. Ese "algo" puede ser, según el CP un precio, una recompensa, o una promesa.

Por precio suele entenderse dinero, o cosa que lo valga; por recompensa se entiende retribución o remuneración con un servicio con contenido económico; y por promesa, el ofrecimiento de un precio o una recompensa que se entregará después de realizar la acción⁶³. Para que se estime esta circunstancia es suficiente con que concurra cualquiera de estos tres supuestos, sin ser necesario que concurra más de uno, incluido el caso de la promesa.

Esta circunstancia es la única de las cuatro que requiere la participación de dos personas: una que ofrece el precio, y otra que ejecuta la acción. Esto, junto con el "por" que aparece en el CP, conlleva a que el ofrecimiento debe ser previo a la muerte de la víctima, aunque se entregue después de ésta o a plazos. Sin embargo, el premio dinerario posterior, sin pactar e inesperado, no está admitido⁶⁴. El hecho de que el

⁶³ LANDECHO VELASCO, C.M.; y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *op.cit.*, pág. 55.

⁶⁴ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 36.

ofrecimiento deba ser previo, hace que sea posible aplicar esta circunstancia una vez cometido el delito aunque el autor no haya recibido aún la contraprestación⁶⁵.

Al igual que el precio, la recompensa y la promesa deben tener un contenido económico, es decir, deben poder ser valoradas económicamente, por lo que pueden consistir en un puesto de trabajo, ascenso, concesión de una licencia, o la firma de un contrato⁶⁶; pero no son admisibles otro tipo de recompensas no evaluables en dinero como recompensas honoríficas, o cargos políticos⁶⁷. El contenido sexual y la ambición dineraria del autor, como por ejemplo matar para conseguir una herencia, no se consideran precio⁶⁸, aunque sean las razones que impulsan al autor a cometer el delito, y en el segundo supuesto, se penalice el delito además de con la pena que le corresponda con la desheredación, según establece los arts. 853, 854 y 855 CC. Esto es debido a que el aumento de la pena por concurrir esta circunstancia es que el único móvil que lleva al autor a cometer el crimen es el ánimo de lucro, es decir el motivo desencadenante de la acción⁶⁹ es el precio.

Los medios, modos o formas de llevar a cabo la ejecución pueden ser cualquiera, ya que el CP no indica nada al respecto, de manera que la acción en sí, puede ser constitutiva de un delito de homicidio, convirtiéndose en un asesinato por el simple hecho de que exista un ofrecimiento previo, y que éste haya sido el móvil del autor.

En cuanto a la segunda persona que interviene, el inductor, la jurisprudencia como veremos, castiga por asesinato tanto al autor material del hecho como al que da el precio, cosa que ha sido muy criticada por autores como CALDERÓN CEREZO⁷⁰, al entender que es contrario a la literalidad de la Ley, ya que el CP habla de cometer el delito, dejando la pena para el que induce a cometerlo, en otro art. distinto, como vimos en el apartado anterior.

⁶⁵ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 29.

⁶⁶ BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 52.

⁶⁷ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 29.

⁶⁸ GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *op.cit.*, pág. 36.

⁶⁹ ABASOLO TELLEIRA, A.E., *op.cit.*, pág. 112.

⁷⁰ CALDERON CEREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 595.

En la STS de 7 de julio de 1983, en concreto a su FJ 1, podemos observar la como la jurisprudencia aplica esta circunstancia tal y como acabamos de explicar:

“[...]de acuerdo con la doctrina de esta Sala (sentencias 3-2-1977 , 15-12-1978 y 21-9-1982), puede decirse que la agravante de precio, recogida en el número 2.º del artículo 10 del Código Penal requiere para su existencia: a) En cuanto a la actividad, el recibir una merced de tipo económico para la ejecución del hecho; b) En cuanto a la culpabilidad, que la merced influya como causa motriz del delito, mediante el "pactum scaeleris» remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como el que recibe el precio, y con operatividad inductora en virtud de las proyecciones recíprocas que tiene la codelincuencia; c) en cuanto a la antijuricidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que se deja sentir ante la misma.”

Podemos ver que por un lado, el precio debe consistir en algo de tipo económico y además debe ser el único móvil que impulsa al autor a realizar la acción; y por otro lado, que la jurisprudencia admite que esta circunstancia le sea aplicada tanto al autor del hecho como a quien entrega el precio.

3.4-. El encubrimiento

Esta última circunstancia ha sido introducida en el tipo por el actual CP de 2015, ya que es el primer CP que la recoge, y en ella existen dos supuestos distintos: el encubrimiento propiamente dicho, y facilitar la comisión de otro delito.

En el primer caso, el autor mata a la víctima para evitar que ésta descubra que ha cometido o que va a cometer otro delito; o bien, si la víctima ya lo ha descubierto, para evitar que informe a terceras personas. El delito que se pretende encubrir puede haber sido cometido tanto por el autor del asesinato como por un tercero.

En el segundo supuesto, el autor va a cometer un delito, y para poder llevar a cabo la acción, o para que le resulte más fácil, mata a otra persona. El delito cuya comisión se quiere facilitar puede ser cometido tanto por el autor del asesinato como por un tercero, y la acción puede llevarse a cabo antes, al inicio, o durante la comisión del otro delito. No se debe confundir esta variante del encubrimiento con un homicidio doloso por dolo directo de segundo grado, ya que, al contrario de lo que explicamos en el capítulo II, en el encubrimiento la muerte de la víctima no se presenta como probable

durante la comisión de otro delito, sino que es buscada por el autor con la finalidad de facilitar la comisión de ese otro delito.

En ambos supuestos, el delito que se pretende encubrir o facilitar, puede ser cualquier otro, sin que sea necesario que se trate de otro asesinato u homicidio, ni siquiera que sea un delito contra las personas, ya que el CP no hace ninguna mención al respecto; y además no es necesario que el delito que se vaya a cometer se consuma, sino que es suficiente con iniciar actos ejecutivos⁷¹.

⁷¹ ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *op.cit.*, pág. 31. Referencia válida para todo el apartado.

CAPÍTULO IV:
DIFERENCIAS ENTRE HOMICIDIO Y ASESINATO

1-. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS DELITOS

Según lo explicado en los dos capítulos anteriores, podemos decir que la principal diferencia entre el homicidio y el asesinato es el dolo.

Como hemos visto, el homicidio puede ser imprudente, o incluso una acción que comenzó ocasionando unas lesiones puede acabar produciendo la muerte de la víctima. Sin embargo, en el asesinato todas las circunstancias que cualifican el tipo requieren que exista dolo por parte del autor para que concurra cualquiera de ellas.

El hecho de sea necesario el dolo en el asesinato conlleva a que un asesinato nunca pueda ser imprudente, ya que el dolo elimina la imprudencia, y ninguna de las circunstancias del delito puede llevarse a cabo de forma imprudente, ya sea grave o menos grave.

Otra forma de asesinato que tampoco puede darse, es la del asesinato preterintencional, ya que en este caso, las lesiones que terminan produciendo la muerte son producidas con ánimo de lesionar y no de matar. En el caso de que se causen lesiones a una persona con dolo o el ánimo de causarle la muerte, estaríamos ante un asesinato por la circunstancia de ensañamiento. La diferencia por tanto, entre homicidio preterintencional y asesinato por concurrir la circunstancia de ensañamiento, es el ánimo del autor, de manera que si el ánimo o dolo es de lesionar, estaremos ante un homicidio, mientras que en el asesinato es de matar. Además, para que se aplique al hecho la circunstancia de ensañamiento, como vimos, es necesario que las lesiones y padecimientos producidos a la víctima se le ocasionen de forma inhumana e innecesaria y con la intención de aumentar el sufrimiento de ésta, ya que de lo contrario, aunque el dolo del autor sea de matar, nos encontraríamos ante un homicidio doloso.

Tampoco cabe la comisión por omisión del asesinato. El único supuesto en el que cabría este tipo es aquél en el que el autor adquiere la posición de garante debido a su actuar precedente, y que tanto esa forma de actuar anteriormente como la omisión sean dolosas. Sin embargo, como ya explicamos, se admite que el actuar precedente sea tanto doloso como imprudente, y lo mismo ocurre con la omisión, ya que el homicidio puede ser de ambos tipos. Por tanto, solo cabe la comisión por omisión del homicidio.

El único tipo de homicidio que puede acercarse más al asesinato es el homicidio doloso, ya que en él, al igual que en asesinato, existe dolo de matar. La diferencia por

tanto, entre un delito y otro es la forma de realizar el hecho o el móvil que lleva a realizarlo. Si el motivo por el cual el autor lleva cabo la acción es encubrir otro delito, o recibir algo a cambio, estamos ante un delito de asesinato; mientras que si el móvil es cualquier otro, el delito será un homicidio. Lo mismo ocurre con la forma en la que el autor realiza la acción, si ésta se lleva a cabo de forma que a la víctima no le sea posible defenderse, o causándole padecimientos innecesarios para aumentar su sufrimiento, los hechos constituirían un delito de asesinato; por el contrario, si el autor emplea cualquier otra forma de realizar el hecho, nos encontraríamos ante un homicidio.

2-. EL ASESINATO COMO FORMA DE HOMICIDIO

Defendiendo el carácter dependiente, encontramos autores como COBO DEL ROSAL⁷², que argumentan que las circunstancias del art. 139 no son distintas a los agravantes comunes contenidos en el art. 22, y que difícilmente pueden ser elementos del tipo si son "intercambiables", en el sentido de que cuando concurren varias, una sirve para fundamentar la calificación de asesinato, y la otra, aun estando en el art. 139, automáticamente pasa a funcionar como agravante genérica, lo que dice poco en favor de su esencialidad en el asesinato y de su carácter de elemento estructural del tipo.

En cuanto al argumento anterior, existen autores⁷³ que incluso defienden la idea de que las circunstancias del asesinato no son más que reglas de penalidad propias, que aunque son objeto de tipificación específica, no ocultan la afinidad estructural del asesinato con el tipo básico del homicidio.

También, como ya hemos indicado en los anteriores capítulos, alegan que el asesinato no puede ser un delito autónomo del homicidio, cuando ambos defienden el mismo bien jurídico, por lo que son un mismo delito.

Además, otros autores añaden que la nueva rúbrica dada por el CP de 1995 al Título que recoge ambos delitos, "Del homicidio y sus formas", y que se mantiene en la

⁷² COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *op.cit.*, pág. 62.

⁷³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.), *op.cit.*, pág. 23.

actualidad, es una respuesta dada por el legislador a este debate, en favor de esta postura.

Existen autores, como SUAREZ-MIRA⁷⁴ o FELIP I SABORIT⁷⁵, que entienden que el asesinato no es siempre un delito autónomo o una forma de homicidio, sino que depende de la legislación del momento. Basan esta posición en el hecho de que anteriormente la doctrina mayoritaria entendía que el asesinato era un delito autónomo mientras que en la actualidad la posición más defendida es la contraria, y que este cambio se debe al cambio de legislación penal, sobre todo a la aprobación del CP de 1995. Según estos autores, los cambios legislativos que han tenido lugar con el paso del tiempo han ido vaciando de contenido el asesinato, de forma que ha perdido su identidad que lo separaba del homicidio y lo han convertido en una forma más de homicidio, cualificado por unas circunstancias que anteriormente eran circunstancias propias del tipo y que lo cualificaban como un delito independiente, pero que ahora no son más que meras agravantes genéricas o comunes para todos los delitos.

Otros autores como BURGOS PAVÓN⁷⁶ añaden que, aunque las circunstancias del asesinato cualifiquen y definan el delito dotándole de identidad propia, no dejan de ser circunstancias, es decir, elementos que se añaden a un hecho básico, que es la muerte de una persona; y que esta relación núcleo-circunstancia no sólo se da en el ámbito objetivo del delito, sino que se proyecta también en el elemento subjetivo, de tal forma que en su representación lo fundamental es la privación de la vida, a la que se incorpora la circunstancia o circunstancias cualificadoras del asesinato con la finalidad de un mayor aseguramiento del objetivo básico. Estos autores por tanto, entienden el asesinato como un homicidio que se ha llevado a cabo de una determinada forma que justifica un aumento de la pena respecto del homicidio doloso.

Por último, uno de los argumentos más recientes, es que los tribunales, en concreto el TS, ha tratado este debate en una de sus sentencias, decantándose finalmente

⁷⁴ SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Coord.), *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Ed. Civitas, Pamplona, 2011, pág. 65.

⁷⁵ SILVA SANCHEZ, J.M., (Dir.), FELIP I SABORIT, D., *op.cit.*, pág. 37.

⁷⁶ BURGOS PAVÓN, F., *Temas de derecho penal*, 2ª edición, Edit. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994, págs. 1-3 tema 25.

por esta tesis y rechazando la del delito autónomo, tal y como se expone en la STS de 31 de octubre de 2002, en el FJ 2:

“Los recurrentes apoyan su pretensión revisora de la sentencia, con los efectos derivados de la aplicación del art. 140 del Código Penal, en consideraciones referidas al principio de accesoriidad entre los partícipes en un delito y el autor del mismo, de manera que entre el autor del delito y los partícipes se establece un vínculo de accesoriidad en su responsabilidad penal. Esta construcción parte de considerar la autonomía del delito de asesinato respecto al homicidio, con la diferenciación de ambas figuras delictivas.

Si se asumiera esta posición, las agravaciones del art. 139 del Código penal, a partir de su inclusión en el tipo del asesinato, no serían meras circunstancias de agravación, sino que integrarían elementos del tipo del asesinato a las que no serían de aplicación las previsiones del art. 65 del Código penal en orden a la comunicabilidad de las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes. Se trataría de elementos del delito cuya concurrencia en la conducta determinaría una distinta tipicidad, más grave que la del homicidio, y que podría ser declarada no concurrente para uno de los partícipes, o de los coautores, por la vía del error.

Sin embargo, tras la entrada en vigor del nuevo Código penal es más adecuada la consideración del asesinato como delito dependiente del homicidio, como forma agravada del homicidio (Vid. rúbrica del Título I "Del homicidio y sus formas"), esto es de manera que aquél es un homicidio calificado por la concurrencia de determinadas agravantes previstas en el art.139 del Código penal. Desde esta consideración la argumentación de la acusación recurrente sobre la accesoriidad no es convincente.

Analizamos la cuestión desde la consideración del delito de asesinato como delito dependiente del homicidio. En este caso el delito cometido es un homicidio en el que concurre la agravante de alevosía, sin perjuicio de su ulterior examen, y la agravante de precio cuya concurrencia se cuestiona en este motivo. El hecho probado declara que la acusada Begoña, además de otras intervenciones que hemos subsumido en la cooperación necesaria, encarga la muerte de su marido por precio. En los términos empleados en el hecho probado: "la conversación evoluciona del propósito del robo a la proposición por parte de Begoña de que Ricardo de muerte a su marido por lo que conseguiría, además de sus favores sexuales, un reloj marca "Cartier" y 50 millones de pesetas. Ricardo, que conoce el manejo de las armas y tiene una pistola, acepta...". El resultado no llegó a producirse pese a la realización de todos los hechos que determinarían su producción.

La jurisprudencia de esta Sala, cuando ha abordado la naturaleza de la agravante de precio no ha mantenido un criterio uniforme. Así, mientras en algunas Sentencias ha afirmado la naturaleza bilateral de la agravación (STS. 13 de Noviembre de 1.998 y las que cita SSTS 7-7-1983, 25-4-1985, 21-10-1991 y 14-9-1992), en otras, (SSTS 25.1.1993, 10.3.1986, 5.11.1985, 25.5.76, 17.11.1973), se ha erradicado la apreciación de la agravante de "precio, recompensa o promesa" al inductor por respeto al principio "non bis in idem" pues cuando "la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del "non bis in idem" que impide penar dos veces la conducta".

Ese distinto tratamiento de la agravación se ha pretendido explicar desde la distinción entre el precio como agravante genérica y su consideración como elemento del tipo penal del asesinato, delito diferenciado del homicidio, criterio que, conforme hemos expuesto, no consideramos adecuado mantener tras la promulgación del nuevo Código penal.

Conformado el asesinato como forma del homicidio, hemos de comprobar la compatibilidad de la inducción y la agravante de precio.

Si para que sea aplicable la agravación de precio es preciso que éste motive el hecho del que lo recibe, es evidente que la agravación funciona como instrumento de la inducción. En otras palabras, hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor. Consiguientemente, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción. Apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica.

Una solución distinta afirmando el carácter bilateral de la agravación de precio, podría sustentarse si mantuviéramos que la agravación opera de forma objetiva y automática al inductor y al ejecutor, criterio que nunca ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala que, aún en los supuestos en los que afirmaba la bilateralidad, también mantuvo la necesidad de que "en la agravante de precio se compruebe que concurra la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulos que encierra".

En esta sentencia podemos ver cómo desde la publicación del CP de 1995 la opinión de los juristas empieza cambiar y a inclinarse por la opción de que el asesinato es una forma de homicidio, sobre todo, como podemos ver al principio de la cita, debido a la rúbrica del Título que contiene ambos delitos.

3-. EL ASESINATO COMO DELITO AUTÓNOMO

Como ya hemos adelantado en varias ocasiones en los dos capítulos anteriores, desde hace tiempo existe un debate doctrinal acerca de la naturaleza del asesinato. Por un lado, una parte de la doctrina defiende la postura de que el asesinato es un delito autónomo, en definitiva, es un delito más e independiente de los demás delitos; mientras que por otro lado, la otra parte de la doctrina defiende que el asesinato es una forma de homicidio, o lo que es lo mismo, que el asesinato no es un delito en sí, sino un tipo más de homicidio que se añadiría a los que ya hemos visto.

Antes de iniciar con el debate debemos indicar que en este caso no se trata meramente de una discusión doctrinal sin importancia, como lo eran por ejemplo los tipos de alevosía que vimos en el capítulo III, sino que la elección de una u otra posición tiene consecuencias prácticas: si optamos por la idea de que el asesinato es un delito autónomo, en el caso de que existan partícipes la acusación de asesinato se extenderá a todos ellos, siendo todos penados por asesinato, respetando, eso sí, las reglas de aplicación de las penas para partícipes. Sin embargo, si nos inclinamos por la teoría de que estamos ante una forma de homicidio, las circunstancias del asesinato se convertirán en meras agravantes por lo que entrarán en juego las reglas del art. 65 CP, de tal forma, que si los partícipes desconocen la concurrencia de las circunstancias del art. 139, sólo responderá por asesinato el autor del delito, respondiendo los partícipes por un delito de homicidio⁷⁷.

Dentro del debate acerca de si el asesinato es o no un delito autónomo, la parte de la doctrina que defiende ésta última postura, es decir, que el asesinato es un delito más, defiende su posición aportando para ello diferentes argumentos:

El primer argumento que encontramos es que el asesinato posee un *nomen iuris* propio⁷⁸, es decir, es un delito que posee una denominación propia en lugar de usar el nombre de otro delito y añadirle un adjetivo que lo califique o distinga del tipo principal, y que es típico de los delitos que son tipos o formas de otro delito general, como ocurre por ejemplo con el homicidio imprudente.

Otro argumento, propuesto por esta parte de la doctrina, es que el asesinato posee una identidad criminológica y social propia, y que es distinta a la del homicidio, además de un tratamiento penológico distinto y propio, es decir tiene una pena distinta y superior a la que le correspondería al homicidio en el que concurre una agravante genérica si aplicásemos las reglas de aplicación de las penas del art. 66.

También encontramos como argumento que las circunstancias del art. 139 son elementos básicos de la estructura del delito y no meras agravantes del homicidio, como muestra el hecho de que fundamenten, como hemos dicho, una pena distinta de la

⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de derecho penal parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, 1ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 47.

⁷⁸ COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *op.cit.*, pág. 61.

señalada para éste⁷⁹. Además, no todas las circunstancias del asesinato coinciden con las agravantes genéricas del art. 22, como es el caso del encubrimiento, e incluso la alevosía.

Los autores que defienden esta posición recurren también a argumentos históricos, ya que desde el primer CP de 1822, el asesinato ha tenido siempre el tratamiento de un delito autónomo e independiente del homicidio, a lo que se suma el hecho de que los CPs de 1870 y 1928 recogiesen el homicidio y el asesinato en Títulos distintos⁸⁰.

Para finalizar este capítulo, debemos añadir que frente a estas dos posiciones mayoritarias, existe una pequeña parte de la doctrina, y por lo tanto poco conocida y relevante, que se opone a ambas tesis, defendiendo la suya propia, considerando que el asesinato es un homicidio circunstanciado.

Según estos autores, como por ejemplo BOIX REIG⁸¹; el asesinato se encuentra en una posición intermedia entre las dos tesis mayoritarias: por un lado consideran que el asesinato no es ni puede tratarse como un delito absolutamente distinto e independiente del homicidio; y por otro, que las circunstancias recogidas en el art. 139 no son simples circunstancias genéricas de agravación del homicidio común. Los seguidores de esta teoría, defienden además, que en los casos en los que existan partícipes o cooperadores, a éstos se les debería condenar en todo caso por homicidio, no sólo cuando desconozcan la presencia de circunstancias, y sólo condenar por asesinato al autor o autores materiales, sin atender a lo dispuesto en el art. 65 CP.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ CALDERON CEREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *op.cit.*, pág. 592.

⁸¹ BOIX REIG, J. (Dir.), *op.cit.*, pág. 46.

CAPÍTULO V:
CASOS RELEVANTES DE HOMICIDIO

En este capítulo analizaremos algunos de los casos de homicidio ocurridos en España en los últimos años, que aunque no son casos reconocidos debido a su escasa o nula repercusión en los medios, sí tienen relevancia jurídica, al crear jurisprudencia que permite diferenciar entre homicidio y delito contra la seguridad vial, homicidio doloso de homicidio imprudente, y en dos de ellos, la aplicación de homicidio o de asesinato.

Como ya adelantamos en el Capítulo I, en primer lugar haremos un breve resumen de los hechos que los Tribunales consideraron como hechos probados, a continuación veremos un fragmento de la Sentencia en el que se califican los hechos como un delito u otro, y finalmente haremos un pequeño comentario sobre lo expuesto en la Sentencia y cuál es su fallo. En todos los casos, todos los nombres utilizados en las descripciones de los casos son nombre ficticios, para salvaguardar la intimidad de las víctimas.

1-. CASO PRIMERO: STS DE 29 DE ENERO DE 2015.

1.1-. Hechos probados

El TS mantiene como hechos probados los mismos que constan en la Sentencia dictada por la AP de Barcelona: Un hombre, José Pedro, se encontraba en el Puerto Olímpico de Barcelona junto con otros cuatro amigos. Cuando se marchaban, una vez se encontraban todos en el interior del vehículo de José Pedro, quien conducía, éste comenzó una discusión con sus compañeros con los que se había enfadado porque le dejaron sólo durante una pelea. Los comentarios de sus amigos hicieron que este se enfadara aún más, por lo que al salir del parking, en lugar de dirigirse a la salida del recinto se dirigió en dirección contraria, acelerando hasta lanzar el coche al mar, causando así, diversas lesiones leves a sus amigos.

Tras ser dictada la Sentencia, tanto el Ministerio Fiscal como la representación de José Pedro, interpusieron recurso de casación, y el TS al igual que lo hizo anteriormente la AP de Barcelona, se plantearon si la calificación correcta de los hechos es la de cuatro delitos de homicidio en grado de tentativa o si por el contrario es la de un

delito contra la seguridad del tráfico, puesto que las lesiones se produjeron dentro del ámbito de la circulación de vehículos a motor.

1.2.- Fundamentos de derecho

“En primer lugar, el requisito de acto de conducción como elemento del tipo penal del art. 381Cp. En su virtud, el autor debe utilizar el vehículo para un acto de circulación, utilizando una vía pública por regla general, si bien la conducta puede realizarse sobre vías que no tengan esa consideración. Lo relevante es la existencia de un acto de circulación. En el caso de nuestra casación, el autor no realiza propiamente un acto de conducción en el sentido antedicho, no pretende un traslado entre dos lugares. La acción se desarrolla en un espacio excluido de la circulación y el autor no realiza una conducta que se enmarca en la circulación, como acción de enlazar dos localizaciones, sino que quiere precipitar el coche al mar, no conducir a través de una vía pública reservada a la circulación de vehículos a motor. El acto de circulación aparece excluido en el hecho.

En segundo lugar, desde la perspectiva del bien jurídico hemos de proceder a la concreción del bien jurídico objeto de la agresión, si la vida o las condiciones de seguridad del tráfico. En el primer caso, si el autor realiza su acción contra personas concretas y determinadas sobre las que actúa, la tipificación se materializa en el delito contra la vida; si por el contrario, la acción va dirigida a atentar contra las condiciones de seguridad del tráfico, lo que supone un peligro para terceros usuarios de la vía pública en la que se conduce de forma temeraria, la subsunción procederá en el delito contra la seguridad del tráfico, en distintas modalidades típicas en función de la concreción del peligro. En el caso, el autor no compromete la seguridad del tráfico, sino la vida de sus amigos con los que está enfadado y realiza una conducta consistente en precipitar el vehículo al mar. No hay afectación de la seguridad del tráfico.

En tercer término, abordaremos la tipicidad subjetiva. En precedentes jurisprudenciales hemos declarado que "Si una persona crea, con su forma temeraria de conducir, un peligro concreto para la vida o integridad física de las personas y lo crea con consciente desprecio para estos bienes jurídicos, debe entenderse que se representa y admite la posibilidad de su lesión, puesto que las pone en peligro precisamente porque no los aprecia, representación y consentimiento que obliga a atribuirle, al menos, el dolo eventual y en tal caso el resultado representado y admitido le convierte en autor a título de dolo [...]."

1.3.- Fallo

Como podemos comprobar, la solución que da el TS para poder distinguir entre el homicidio y un delito contra la seguridad vial es principalmente atender a la intención del imputado. Si su intención es la de atentar contra una o varias personas concretas y

determinadas, se trata de un delito de homicidio, mientras que si lo que pretende es únicamente incumplir las normas de tráfico, será un delito contra la seguridad vial en sus diferentes modalidades, atendiendo a la gravedad de la acción, como poner en riesgo la vida de terceros o no. También hay que tener en cuenta, si acción se realiza dentro del ámbito de la conducción o no, y si la situación de peligro la crea de manera consciente o no.

La AP de Barcelona condenó en primer lugar a José Pedro por un delito contra la seguridad del tráfico al dar un resultado positivo en la prueba de alcoholemia, en concreto 0,63; a un delito de conducción temeraria; a cuatro faltas de lesiones; y al pago de las costas procesales y la responsabilidad civil. El TS sin embargo, sustituye la condena de las faltas de lesiones por cuatro delitos de homicidio en grado de tentativa con la atenuante muy cualificada de embriaguez, que también tuvo en cuenta la AP en el delito de conducción temeraria y en las faltas, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, confirmando el resto del fallo de la Sentencia de la AP.

2.- CASO SEGUNDO: STS DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009.

2.1.- Hechos probados

En esta Sentencia el TS reproduce los hechos probados seguidos por la AP de Cádiz en su Sentencia: Zaida y Cosme, quienes mantienen una relación sentimental desde hacía más de un año, deciden introducir en su relaciones sexuales a una tercera persona, eligiendo para ello a Sabina, debido a que sufre un retraso mental ligero y por tanto sería más fácil obtener su consentimiento. Tras esto, Cosme y Sabina continuaron manteniendo relaciones sexuales semanalmente, y durante estas, Cosme, quien era consumidor habitual de cocaína, heroína y metadona, proporcionó y enseñó a Sabina a consumir cocaína, motivo por el cual, ella desarrolló una adicción a dicha sustancia. Durante uno de sus encuentros, ambos consumieron a lo largo de todo un día, una cantidad indeterminada pero superior a los cinco gramos de cocaína y también alcohol, siendo parte de esta cantidad, en el caso de Sabina, inyectada por Cosme junto con metadona, lo que unido a las benzodiazepinas que tomaba debido a su enfermedad y que

Cosme sabía que tomaba, le produjeron un edema agudo de pulmón que le causó la muerte por parada respiratoria.

Tras ser dictada la Sentencia de la por la AP de Cádiz, la representación procesal de Cosme interpuso recurso de casación ante el TS, en el que se discute sobre si los hechos constituyen un homicidio imprudente o un homicidio doloso por dolo eventual.

2.2.- Fundamentos de derecho

“Con respecto a dicha muerte, se combate la aplicación del art. 138 del Código penal como delito de homicidio, a título de dolo eventual.

Los hechos probados nos dicen: "el día 27 de julio de 2006, Sabina acudió sobre las 18.30 horas al domicilio de Cosme , donde ambos consumieron una cantidad cercana a los dos gramos y medio de cocaína y varias cervezas, lo que continuaron haciendo en la mañana y la tarde del día siguiente, 28 de julio, consumiendo en total entre los dos por igual una cantidad de cocaína indeterminada superior a los tres gramos, llegando Cosme al menos en tres ocasiones a inyectar a Sabina cocaína y también metadona, ello pese a conocer que Sabina estaba en tratamiento médico con benzodiazepinas y conociendo que dicho consumo podía producirle la muerte. Sobre las 20.00 horas del día 28 de julio de 2006, Sabina falleció en el dormitorio de Cosme por parada respiratoria por edema agudo de pulmón reactivo a intoxicación por sustancias psicoactivas".

Estimaremos este apartado del motivo, pues aunque Cosme conocía el consumo añadido de benzodiazepinas con la inyección de cocaína, e incluso, aunque pudo representarse tal resultado de muerte, no puede deducirse del factum que, a pesar de ello, le era indiferente el resultado que pudiera producirse. Estamos en presencia de la llamada culpa consciente o con previsión, pues no existe ningún elemento de donde deducir que quisiera su muerte, ni le fuera indiferente la misma, continuando a pesar de todo con su acción. Ante ello, hemos de convenir que tal previsión no traspasa el umbral de la culpa consciente. En efecto, como nos dice la STS 19/2005, de 24 de enero, a diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Y aunque el autor se representa el peligro, confía que no se va a producir el resultado.

Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una

posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente dicho conocimiento le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar el resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso al agente que aquél no se va a producir (STS 1531/2001). Tanto en un caso como en otro, la caracterización del elemento culpabilístico no está en función de la voluntad sino del riesgo para lesionar el bien jurídico que lleva consigo la acción realizada que excede el límite de lo permitido y en función de su intensidad se dará el dolo eventual o la culpa consciente.

En este caso, no existen elementos ni en la estructura del factum ni en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida para llegar a declarar con rotundidad que el acusado conocía con certeza que la mezcla de tales sustancias era letal por sí misma, y que de todos modos, le fuera indiferente que el resultado no se produjera, pese al riesgo a que sometía a la víctima, por lo que la culpa consciente encaja más adecuadamente en el marco subjetivo de su acción. Obsérvese que el relato histórico de la recurrida describe el conocimiento pero no la decisión de continuar con su acción, sin importarle la causación o no del resultado. Este déficit impide la concurrencia del dolo eventual.

La calificación jurídica lo será en consecuencia dentro de los parámetros legales del art. 142.1 del Código penal, individualizándose la respuesta penal en la segunda sentencia que ha dictarse al efecto.”

2.3.- Fallo

Tras la lectura de este fragmento de la Sentencia, podemos ver que la solución por la que optó el TS es la de homicidio imprudente, puesto que aunque Cosme conocía que Sabina tomaba benzodiacepinas, no sabía si la combinación de estas con cocaína y metadona podía producir o no la intoxicación de los pulmones de Sabina; a lo que añade que, Cosme no buscaba el resultado de la muerte de Sabina, y que la acción de inyectarle cocaína fue consentida por la víctima, excluyendo todo ello la posibilidad de que concurra dolo eventual.

El TS en su fallo, anula la condena de la AP de homicidio doloso por dolo eventual sustituyéndola por un delito de homicidio imprudente, imponiéndole una pena de 2 de prisión, aunque mantiene las penas por los delitos de abuso sexual continuado y un delito contra la salud pública.

3-. CASO TERCERO: STS DE 3 DE MARZO DE 2011.

3.1-. Hechos probados

En esta ocasión, como es habitual el TS mantiene los hechos probados recogidos en la Sentencia dictada por la AP de Madrid: Aquilino mantuvo una relación sentimental con Esther durante casi dos años. Aquilino no aceptó que dicha relación finalizara y comenzó a presionar reiteradamente a Esther para retomar la relación amenazándola con suicidarse en caso contrario. Ante la negativa de Esther de continuar la relación con Aquilino, este adquirió un arma automática y munición y se dirigió al trabajo de Esther con la intención de acabar con la vida de esta, pero al comprobar de que en la zona se encontraba un vehículo policial huyó del lugar, y al percatarse la policía de su actitud le detuvo por un supuesto delito de homicidio en grado de tentativa aunque Aquilino afirmaba que lo que pretendía era suicidarse y antes quería despedirse de ella.

Tanto la representación de Aquilino como la de Esther, que se personó en el procedimiento como acusación particular, recurrieron en casación la Sentencia de la AP de Madrid ante el TS, que debate sobre si estamos ante un supuesto de homicidio en grado de tentativa o ante un supuesto de suicidio como manifiesta el imputado.

3.2-.Fundamentos de derecho

“1. - Niega el recurrente haber actuado con propósito de matar a quien había sido su pareja hasta pocos días antes, alegando que con el arma que portaba cuando fue detenido sólo pretendía suicidarse.

Esta Sala viene declarando reiteradamente que el ánimo de matar, a menos que el sujeto agente lo confiese, se ha de determinar recurriendo a la prueba de indicios, es decir a las deducciones y juicios de inferencia apoyados en su relación lógica con los datos indiciarios (SS. 14 de febrero de 2007, 26 de noviembre de 2008, 22 de diciembre de 2008). El único medio para hacer aflorar los propósitos ocultos del agente, exceptuada su propia confesión, es recurrir a un juicio inferencial que tome en consideración cuantas circunstancias giren alrededor de la conducta enjuiciada, anteriores, concomitantes o subsiguientes al hecho, para realizar ese razonamiento deductivo (SS 20 de febrero de 2002, 11 y 25 de noviembre de 2003).

En este caso, (en que no se inició la acción ejecutiva como luego se verá) la concurrencia del propósito de matar a su expareja y no el de suicidarse, se evidencia en el comportamiento desarrollado por el sujeto hasta el momento

de su detención por Agentes de Policía, que truncaron la ejecución del plan criminal ideado. En efecto: a) el recurrente había adquirido días antes una pistola ametralladora expresando que era para matarla cuando saliera de su trabajo; b) el día en que se le detuvo por la policía -que alertada por un tercero sobre las intenciones homicidas del acusado avisó a la víctima haciendo que no estuviera la hora de su salida laboral los Agentes le vieron dirigirse precisamente hacia el lugar de trabajo de su pareja y llegar a las inmediaciones; c) el recurrente al percatarse de la presencia policial se dio a la fuga intentando ocultar el arma que portaba, en un parque próximo; d) la policía le detuvo y el arma que llevaba era una pistola ametralladora cargada con cinco cartuchos del calibre 7.65 y lista para el disparo.

Tales datos objetivos permiten la inferencia lógica de que el recurrente había decidido acabar con la vida de su pareja, y a tal propósito dirigía sus pasos cuando fue detenido; única interpretación lógica del comportamiento observado al carecer de razonabilidad la explicación alternativa de que su plan era en realidad suicidarse: a) tal propósito serio no se corresponde con su anterior escenificación de un suicidio simulado, en la que tras anunciar su muerte próxima, sosteniendo con una mano el retrato de ella, y metiéndose en la boca con la otra una pistola, hizo que su asustada pareja saliera en busca de ayuda, efectuando entonces, y sólo entonces, un disparo; escena que resultó ser pura simulación teatral para la que el acusado usó una pistola de fogeo; b) por otra parte el arma que llevaba al ser detenido -una pistola ametralladora, con cinco cartuchos- no sugiere propósito suicida: para matarse no precisaba cinco cartuchos del calibre 7,65 mm. porque no resulta imaginable disparar contra sí cinco proyectiles ni siquiera en caso de no acertar con el primero y aún menos suicidarse con una ráfaga manteniendo pulsado el disparador en tiro automático; c) tampoco su intención de suicidio próximo se corresponde con emprender la fuga al ver a la policía, pues no pudo pensar que el despliegue policial obedeciera al un de evitar su propia muerte, y d) si su intención era causársela a sí mismo no se explica que hiciera creer, como delató el testigo protegido, que quería matar a su pareja y e) su presencia en las inmediaciones del centro de trabajo de ésta con aquel arma de guerra tampoco avala el propósito del suicidio ni siquiera con la ciertamente melodramática explicación de la cercanía de la tumba de su madre ante la que quería supuestamente "despedirse" antes de darse a sí mismo la muerte con la ametralladora.

En definitiva: la explicación de su propósito suicida a la tenencia de la pistola ametralladora no es razonable ni sería en los términos en que se hace ni resulta compatible con los datos objetivos concurrentes por los cuales la inferencia de que quería o se proponía acabar con la vida de su pareja se evidencia como la única deducción lógica posible.

2. - La intención de matar no basta por sí sola para integrar el delito de homicidio en grado de tentativa: es necesario que el sujeto haya iniciado su material ejecución con actos dotados de verdadero carácter ejecutivo, y no sólo de contenido preparatorio de una ejecución no iniciada aún.

A) Los actos preparatorios, impunes como regla general en nuestro Derecho, son los que asientan las condiciones previas de la ejecución de un delito planificado, y por ello deben ir más allá del mero planear interno, objetivando el hecho representado, pero sin llegar a comenzar la realización inmediata y típicamente relevante de la voluntad delictiva.

Los criterios doctrinales para la fijación de esta segunda línea divisoria, una vez abandonada la teoría puramente subjetiva que atiende a la opinión del sujeto acerca de su plan criminal, y la objetiva-formal que la sitúa en el

comienzo de la acción descrita en el tipo en sentido estricto, se apoyan en la llamada teoría objetivo material que propugna la utilización de criterios materiales para delimitar objetivamente el inicio del campo previo a la consumación que permite hablar ya de la acción típica en sentido amplio. En esa línea se considera que en la determinación de cuándo empieza el "campo previo" debe tomarse en cuenta el plan del autor pero valorándolo desde un criterio objetivo: bien la puesta en peligro inmediato del bien jurídico o bien la inmediatez temporal del acto ejecutado respecto a la plena realización de la conducta típica; criterio este segundo que es el principal por la mayor precisión que ofrece pero que puede ser complementado con el anterior para resolver los casos dudosos.

B) La doctrina de esta Sala ya expresó en su Sentencia 77/2007 de 7 de febrero, que "en la actualidad se sigue ampliamente la teoría individual objetiva. Toma como punto de partida la necesidad de combinar criterios objetivos (tanto formales -tipo- como materiales -proximidad del tipo-) y subjetivos o individuales (la representación del autor). No puede prescindirse de las representaciones del autor, pues en aquellos casos en que se trata de comportamiento exteriormente equívoco, solo la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con representaciones del autor, pues la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación. Así algún autor entiende que la exigencia de dar principio directamente a la realización del tipo significa que las acciones de la tentativa son sucesos que se encuentran situados inmediatez antes de la realización de un elemento del tipo. Es decir, lo decisivo es que el comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales".

C) En este caso el plan criminal del acusado era dar muerte con una pistola ametralladora a su pareja sentimental cuando saliera de su lugar de trabajo. Para lograr su propósito se dirigió con la pistola cargada hacia ese lugar. Pero cuando todavía no había llegado y se encontraba aún en las inmediaciones, se dio a la fuga siendo detenido por la policía que, alertada por un tercero y tras avisar a la víctima para que se marchara, le esperaba vigilando la zona. El plan quedó así abortado antes de dar comienzo la ejecución material del homicidio directamente por actos exteriores, al ser detenido cuando el acusado todavía estaba asentando las condiciones previas de su ejecución. Dirigirse hacia el lugar elegido para el homicidio planeado pero sin llegar aún al lugar donde suponía que estaba la víctima no es comienzo de la acción homicida contra ella, porque no tiene inmediatez ejecutiva respecto a la consumación. Su acción de caminar hacia el lugar no se sitúa inmediatez antes de la realización del tipo faltando todavía pasos intermedios esenciales para poder llegar a la acción de disparar sobre ella.

En conclusión: siendo los actos del acusado declarados probados respecto al delito de homicidio, actos preparatorios y no de parcial directa ejecución, no integran un delito de homicidio en grado de tentativa, por lo que procede su absolución por este delito."

3.3.- Fallo

El TS finalmente determina que se trata de un caso de homicidio en grado de tentativa y no de suicidio, basándose en las afirmaciones que el propio imputado había realizado días antes de que quería el arma para matar a su expareja y su forma de actuar es contraria a la que mostró en un intento de suicidio anterior; en que se dirigía al lugar de trabajo de Esther cuando fue detenido; que intentó huir al percatarse de la presencia de la policía sin que fuese posible que pensase que esta se encontraba allí para evitar su suicidio; y que el arma que portaba era automática y se encontraba cargada con cinco cartuchos y el selector en la posición de disparo automático.

Posteriormente, tras determinar que se trata de un caso de homicidio, el TS analiza los actos preparatorios que Aquilino llevó a cabo, llegando a la conclusión de que no integran un delito en grado de tentativa, pues dichos actos son meramente preparatorios y no de ejecución parcial directa, pues el imputado únicamente se dirigió al lugar de trabajo de la víctima portando un arma, faltando aun pasos esenciales para la realización de la acción.

Por todo esto, el TS anula la condena de 4 años de prisión que la AP de Madrid impuso a Aquilino, anulando también la condena por un delito de coacciones. Mantiene sin embargo, la pena de 5 años de prisión por un delito de tenencia ilícita de armas.

4.- CASO CUARTO: STS DE 3 DE JUNIO DE 2011.

4.1.- Hechos probados

La Sentencia del TS da por reproducidos los hechos considerados probados por la Sentencia dictada por la AP de Madrid: Pedro Antonio estaba casado con Lorena pero ella, días antes de que ocurrieran los hechos le comunicó su intención de poner fin a la relación. Por este motivo, una noche mientras ambos estaban en su cama, Pedro Antonio agarró a Lorena por la cintura e intentó cortarle el cuello con un cuchillo. Lorena se despertó y tras forcejear con el imputado consiguió salir corriendo, siendo perseguida por Pedro Antonio quien seguía intentando clavarle el cuchillo. En un nuevo

forcejeo y tras caer ambos al suelo, Lorena consiguió zafarse de Pedro Antonio y refugiarse en el cuarto de baño con su teléfono móvil y llamar al 112.

La acusación particular, ejercida por Lorena, interpuso ante el TS recurso de casación contra la Sentencia de la AP de Madrid, ya que la AP considera que los hechos constituyen un delito de homicidio en grado de tentativa mientras que la acusación particular considera que constituyen un delito de asesinato, también en grado de tentativa.

4.2.- Fundamentos de derecho

“Se alega, en defensa del motivo, que concurren los presupuestos necesarios para la apreciación de la alevosía, tanto de la alevosía proditoria como de alevosía por desvalimiento por lo que los hechos deber ser calificados de asesinato.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 926/2008, de 30 de diciembre, que la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de apreciar la circunstancia de alevosía cuando el ataque a la vida o integridad física del individuo se efectúa con aprovechamiento del desvalimiento o indefensión del ofendido, hallándose el mismo enfermo, durmiendo, embriagado, narcotizado o en situación semejante (Cfr. sentencias de 5 de marzo de 1.980, 31 de mayo de 1.983, 16 de mayo, 31 de octubre y 23 de diciembre de 1.985, 13 de junio de 1.986 y 30 de septiembre de 1.987, 24/10/90).

Y es asimismo doctrina de esta Sala que la esencia de la alevosía radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada (Cfr. Sentencia 713/2008, de 13 de noviembre) y que la consistente en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento supone que la víctima está indefensa por su propia condición (niños, ciegos, ancianos, o personas inválidas) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

El Tribunal de instancia rechaza la alevosía señalando que el acusado, al sujetar a la víctima con un brazo y una mano por la cintura, la despertó y pudo iniciar una acción de defensa a la agresión de su marido y ciertamente, por motivos que no responden a la lógica de una agresión que se pretende alevosa, el acusado provocó con su acción que la víctima se despertase y pudiese rechazar un ataque que hubiera podido acabar con su vida, como igualmente se defendió de reiteradas agresiones que perseguían ese mismo fin.

Por todo ello queda bien patente el ánimo homicida pero no puede apreciarse la agravante de alevosía que se postula por la acusación particular recurrente.”

4.3.- Fallo

El TS consideró que no se daban las condiciones para apreciar alevosía en los hechos, ni proditoria ni por desvalimiento, porque aunque reconoce que la acción en un principio puede parecer alevosa puesto que Pedro Antonio intentó matar a Lorena mientras esta estaba dormida, posteriormente el propio autor con su acción (la agarró por la cintura para sujetarla) despertó a la víctima, que pudo así defenderse en repetidas ocasiones de la agresión, entendiéndose por tanto que no había ánimo alevoso en la acción de Pedro Antonio, puesto que intentó llevar a cabo la acción de manera que era posible que Lorena se despertase y se defendiese, como así ocurrió.

El fallo de la Sentencia sin embargo, aunque mantiene una condena por un delito de homicidio en grado de tentativa como determinó la AP de Madrid, sustituye la pena de 5 años de prisión por la de 7 años y 5 meses, puesto que la AP incurrió en un error a la hora de valorar si la tentativa era acabada o inacabada, considerando la AP que la tentativa era inacabada y se debía reducir la condena en dos grados, mientras que el TS considera que es acaba y sólo se debe reducir en un grado.

CAPÍTULO VI:
CASOS RELEVANTES DE ASESINATO

En este capítulo, al igual que en el anterior con el homicidio, vamos a analizar el tratamiento del delito de asesinato por parte de la jurisprudencia, mostrando para ello fragmentos de sentencias y comentándolos brevemente.

Sin embargo, sí que existe una gran diferencia en este capítulo respecto del capítulo anterior, y es que, en el capítulo anterior todos los casos que expusimos tenían relevancia jurídica, puesto que eran casos que son desconocidos para la sociedad pero sí tienen importancia jurídica, puesto que dan una respuesta necesaria y jurídica a ciertos supuestos que por sus circunstancias son difíciles de calificar como un delito u otro; mientras que en presente capítulo sólo uno de los casos posee relevancia jurídica, siendo los demás casos relevantes debido a la gran repercusión mediática que los rodeó desde que se conocieron los hechos y se iniciaron las respectivas instrucciones de los casos hasta que se dictaron las Sentencias.

Siendo dos de ellos además, casos que llegaron hasta el TS, mostraremos fragmentos de las Sentencias dictadas en primera instancia por la AP respectiva, su recurso ante el TSJ correspondiente, y por último la resolución dada por el TS, por lo que el apartado en el que se muestran los fundamentos de derecho estará dividido en tres partes, una para cada Sentencia.

1. CASO BRETÓN

1.1. Hechos probados

El Caso Bretón, o Caso José Bretón, tuvo lugar a finales de 2011 en Córdoba, y toma su denominación del nombre del autor, José Bretón Gómez. La repercusión mediática comenzó cuando se denunció la desaparición de las víctimas, que finalizó cuando se encontraron sus cadáveres, y se inició la investigación de los hechos, que tuvo como resultado la imputación de los mismos a José Bretón.

Las 3 Sentencias que se muestran a continuación mantienen los mismos hechos probados: José Bretón y Ruth Ortiz estaban casados y fruto de ese matrimonio nacieron dos hijos, Ruth, que contaba 6 años de edad en el momento de su muerte, y José con tan

solo 2 años. A finales de 2011 Ruth le comunica a José su deseo de poner fin a su matrimonio y trasladarse a vivir con los menores a Huelva, motivo por el cual José decidió acabar con la vida de los menores a modo de venganza hacia su esposa. Para ello, trasladó a los menores a una finca propiedad de sus padres situada en un polígono industrial de Córdoba, suministrándoles durante el trayecto una cantidad indeterminada de pastillas de lorazepam y paroxetina, más conocidos por sus nombres comerciales de “orfidal” y “motivan” respectivamente, y que utilizan como tranquilizantes y antidepressivos, con la finalidad de dormirles completamente o incluso causarles la muerte.

Al llegar a la finca, José Bretón preparó en una zona de la finca sin visibilidad desde el exterior, una hoguera en la que colocó a los menores y que avivó con unos 250 kilogramos de leña y alrededor de 80 litros de gasoil, colocando además, una mesa metálica al lado de la hoguera con el fin de aumentar la temperatura de esta. Una vez desaparecieron por completo los cuerpos de los menores, José comenzó a llamar a algunos familiares para informarles de que había perdido a los niños y no los encontraba, comenzando a buscarlos y denunciando posteriormente la desaparición ante la policía, quien inició la búsqueda de los menores que finalizó con el hallazgo de la hoguera con algunos de sus restos óseos y la detención de José Bretón.

1.2-. Fundamentos de derecho

1.2.1-. SAP CO de 22 de julio de 2013

En la primera instancia, la AP de Córdoba determinó que los hechos eran constitutivos de un delito de asesinato al concurrir la circunstancia de alevosía por diversos motivos. En primer lugar porque adormeció a los menores con tranquilizantes con el fin de asegurar la acción; y en segundo lugar por la corta de edad de los menores y la mayor fuerza física del imputado, a lo que suma la condición de padre del José Bretón que disminuye aún más la capacidad de resistencia de los menores debido a la confianza de estos en el autor, ambos motivos constituyen una alevosía de prevalimiento:

“Con independencia de cómo matara efectivamente el acusado a sus hijos, desde el momento en que quemó sus cuerpos en la pira (que sería la

última y terrible posibilidad si todavía estaban vivos), lo que ha quedado patente a través de toda la prueba practicada es su intención de acabar con su vida ("animus necandi"), pues dicha cremación no puede tener otra finalidad ni otro posible resultado que la muerte de los niños. Y concluido que el acusado mató a sus hijos e incineró sus cuerpos, queda por determinar la tipificación de los hechos como asesinato (artículo 139 del Código Penal) y no como simple homicidio (artículo 138 del mismo Código), lo que se debe, con independencia del mecanismo causal de la muerte, a la apreciación por el jurado de elementos que configuran la alevosía, en concreto al expresar en su veredicto que adormeció a los niños mediante la administración de los tranquilizantes y, en todo caso, que para la ejecución material de sus actos se prevaleció de su mayor fortaleza física, su condición de padre y la consecuente confianza de los niños y su autoridad sobre ellos, sin que los mismos pudieran defenderse. La alevosía presenta al mismo tiempo un elemento normativo, un elemento ejecutivo, dinámico o instrumental y un elemento tendencial, también llamado culpabilístico por la jurisprudencia.

Normativamente tal circunstancia se proyecta en relación a los delitos contra las personas (artículo 22.1ª del Código Penal); ejecutivamente se conforma a través de los medios, modos y formas a que se refiere el mismo precepto; y tendencial, culpabilística o teleológicamente tales medios, modos y formas han de tender directa y especialmente a asegurar la ejecución y eliminar el riesgo que pueda provenir de la defensa del ofendido (por todas, Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002). Asimismo, en cuanto que la alevosía cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, la jurisprudencia ha resaltado su carácter mixto, subrayando que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta (Sentencias de 15 de febrero de 2005 y 25 de marzo de 2010).

Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 26 de septiembre de 2003 y 29 de noviembre de 2004). De las tres modalidades clásicas de la alevosía (Sentencia del mismo Alto Tribunal núm. 599/2012, de 11 de julio): a) proditoria o traicionera; b) súbita, inopinada o sorpresiva; y c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o por hallarse accidentalmente privadas de aptitud para defenderse (dormidas, drogadas o ebrias en la fase letárgica o comatosa), la concurrente en este caso sería la tercera. Respecto de la cual, tiene dicho el Tribunal Supremo - verbigracia, Sentencias de 29 de julio de 2004 y 30 de abril y 15 de noviembre de 2012-, que no es necesario que el autor elimine las posibilidades de defensa de la víctima, pues también se aplicará cuando aquél se aproveche de una clara situación de indefensión en que se encuentre la víctima al ejecutarse la agresión. De tal modo que la indefensión es apreciable siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor.

Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido, no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuenta. Por ello, y como ya se ha adelantado, aunque la circunstancia agravante de alevosía se integra siempre por un elemento subjetivo, toda vez que para su apreciación es precisa la simultánea coincidencia de la finalidad de asegurar la ejecución y la finalidad de evitar los riesgos que para la persona del agresor pudieran proceder de una eventual defensa del ofendido que potencialmente al menos debe admitirse como posible, el Tribunal Supremo en determinados supuestos viene admitiendo la posibilidad de una alevosía objetivada, como en el caso en que se cause la muerte a un niño [...].

Según esta abundantísima jurisprudencia, la muerte de un niño ha de ser tenida siempre por alevosa, por cuanto que la desproporción que la naturaleza determina en función del desarrollo físico de las personas, sitúa al infante en condiciones de una debilidad fisiológica que favorece la acción agresora que contra él se ejercita, dando con ello facilidad y seguridades para el éxito de su resultado y eliminando los riesgos de una defensa notoriamente imposible (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991, 29 de marzo de 1993 y 8 de marzo de 1994). Aplicando dicha doctrina jurisprudencial al caso, si además de la objetivación ya indicada, tenemos en cuenta que se trataba de dos niños de muy corta edad (seis y dos años), con lo que ello conlleva de desvalimiento físico y falta de posibilidad real de oposición a la actuación violenta de un adulto, y que el agresor fue su padre, del que no podían esperar tal ataque, es patente la situación de desvalimiento en la que se encontraron Ruth y José, que no pudieron oponer reacción defensiva alguna, asegurándose así el acusado la ejecución de la muerte de sus hijos sin riesgo alguno para su persona. Lo que integra plenamente la circunstancia de alevosía, cualificadora del delito como asesinato, a tenor del apartado 1º del artículo 139 del Código Penal.”

Finalmente la AP condenó a José Bretón por dos delitos de asesinato con la concurrencia en ambos de la agravante de parentesco, considerando la diferencia de edad entre autor y víctimas como alevosía y no como abuso de superioridad, tal y como indica la jurisprudencia del TS, como ya vimos anteriormente.

1.2.2-. STSJ AND de 5 de noviembre de 2013

Tras dictarse la Sentencia de la AP, tanto la representación de la acusación particular como la representación de la defensa, interpusieron recursos de apelación. Entre los motivos de recurso presentados por la defensa, se alega en uno de ellos que los hechos no constituyen dos delitos de asesinato como afirma la AP de Córdoba sino un único delito de asesinato con dos víctimas. Sin embargo el TSJ de Andalucía mantiene la calificación jurídica de la AP:

“En el primero de los motivos de apelación la defensa, rescatando una jurisprudencia completamente superada, sostiene que aun siendo ciertos los hechos declarados probados habría debido aplicarse la figura del concurso

ideal de delitos con las consecuencias más favorables desde el punto de la fijación de la pena (artículo 77 CP), pues se trataría de un sólo hecho delictivo con dos víctimas, como en el caso de un disparo que mata a dos personas. El motivo, que ni siquiera fue desarrollado en el acto de la vista de apelación (probablemente por ser consciente la defensa de su total inconsistencia) no puede prosperar, por dos razones. En primer lugar, porque la doctrina jurisprudencial actual es, como el propio recurrente reconoce, unánime en el sentido de considerar la existencia de un concurso real cuando con una única conducta se persigue la muerte de dos personas. Pero en segundo lugar, y sobre todo, porque conforme al relato de hechos probados, no hubo una sola conducta con dos víctimas, sino dos conductas, referidas cada una de ellas a cada una de las víctimas. José Bretón suministró tranquilizantes a Ruth, y los suministró a José. Puso en la hoguera el cuerpo de Ruth (sin vida o quizás inconsciente) y el cuerpo de José (sin vida o inconsciente). Pudo haber realizado la acción criminal con uno sólo de sus hijos, pero decidió hacerlo con los dos. Por seguir el ejemplo referido, en definitiva, no hizo un disparo, sino dos. No es comprensible que a la vista de los hechos se sostenga que hubo " un solo hecho " constitutivo de dos infracciones."

El TSJ desestima este motivo de recurso por dos razones, la primera es porque la jurisprudencia del TS indica que se debe aplicar el concurso real de delitos cuando con una única acción se persigue la muerte de dos personas; y la segunda es porque según los hechos probados el autor no realizó una conducta con dos víctimas, sino que realizó una conducta con cada víctima, puesto que suministró los tranquilizantes a una y luego a la otra, y posteriormente puso el cuerpo de una en la hoguera y a continuación el de la otra, pudiendo elegir hacerlo sólo con una de ellas, lo que da lugar a dos delitos de asesinato y no a uno con dos víctimas.

El TSJ desestima también el resto de motivos del recurso presentado por la defensa, y también el presentado por la acusación particular, y confirma el fallo de la Sentencia dictada por la AP.

1.2.3-. STS de 18 de julio de 2014

Tras notificarse la Sentencia del TSJ a las partes, la representación de José Bretón interpuso recurso de casación ante el TS, alegando entre otros motivos la indebida aplicación del art. 139 CP, que como vimos anteriormente es el que recoge el delito de asesinato. El motivo por el cual la defensa interpone un recurso de casación con este motivo de recurso se debe a que en la Sentencia del TSJ se aplica el art. 139 CP a pesar de que el Tribunal indica que no se puede saber cuál fue el mecanismo concreto utilizado por José Bretón para causar la muerte de los menores, y que lo aplica con independencia de como los matara, por lo que la defensa considera que se aplicó este

art. de manera irracional e ilógica, y sin tener en cuenta como se produjo la muerte de las víctimas, siguiendo únicamente conjeturas y elucubraciones subjetivas. El TS, no obstante, desestima el recurso:

“La defensa enfatiza la existencia de párrafos de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en los que se destaca, por ejemplo, que “...no podemos saber cuál fue el mecanismo concreto de la muerte”, o que “...con independencia de cómo matara efectivamente el acusado a sus hijos”. A raíz de esas expresiones, la defensa califica la conclusión sobre la concurrencia del animus necandi como el resultado de un juicio de inferencia que es “...irracional, ilógico y ayuno de cualquier sustento acerca de cómo se produjo el fallecimiento de Ruth y José, sin que, en modo alguno, tal vacío pueda llenarse con meras conjeturas o elucubraciones voluntaristas”. Ese juicio de inferencia es revisable en casación por la vía del art. 849.1 de la LECrim. El motivo no puede prosperar.

Es difícil negar la concurrencia del ánimo de matar cuando la sentencia proclama como probado lo siguiente [...] Es cierto que la vía de revisión de los juicios de inferencia que llevan a la prueba del tipo subjetivo –la defensa opta por la utilización del vocablo juicios de valor, en línea con la jurisprudencia más tradicional sobre este tema-, no siempre ha sido tratada con la suficiente uniformidad (cfr. SSTS 321/2012, 23 de abril; 1394/2009, 25 de enero y 4839/2007, 25 de junio, entre otras). Sea como fuere, ya entendamos la vía del art. 849.1 de la LECrim la opción más adecuada, ya situemos ésta en la alegación ordinaria de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que ninguna duda existe acerca de la racionalidad de esa inferencia. [...]

El juicio histórico sugiere una doble alternativa como causa eficiente de la muerte de los dos niños. Ya fuera como consecuencia de una ingesta excesiva de los medicamentos suministrados por el padre, ya como efecto de la combustión producida por las llamas, sostener que, en uno u otro caso, estuvo ausente el dolo de matar, es admisible como argumento defensivo, pero carece de la más mínima lógica. La línea discursiva de la defensa se basa en un sofisma: si no se ha podido practicar la autopsia de los cadáveres y la etiología que determinó la muerte de la víctima se describe de modo alternativo, no se puede afirmar el propósito de matar. Ello no es así. Ya se produjera la muerte como consecuencia de la ingesta de medicinas –el acusado es el padre de los menores y quien desencadena la situación de riesgo-, ya como efecto de la combustión de los cuerpos por la hoguera –José Bretón es quien enciende y alimenta el fuego-, el carácter doloso de la acción está fuera de duda.

No se quiebra el canon racional al que se ajusta nuestro sistema de valoración probatoria, cuando el Tribunal Superior de Justicia acepta la corrección de la inferencia sobre la existencia de dolo con el siguiente argumento: “...sostiene el recurrente en el tercer motivo que aun admitiendo la autoría de José Bretón de la muerte de sus hijos, no existe prueba alguna sobre el carácter doloso de la misma, debiéndosele entonces considerar, conforme al principio in dubio pro reo, como autor de un homicidio por imprudencia. Argumenta esta tesis basándose principalmente en que en el relato de hechos probados se

deja abierta la posibilidad de que los niños fallecieran por la administración de los tranquilizantes, siendo así que con respeto a la prueba practicada no puede descartarse que el acusado pretendiera únicamente "dar un susto a Ruth Ortiz y que no queriéndolo, los matara, y atribulado por tal resultado, los incinerara". (...) Ni las acusaciones ni la defensa, en efecto, propusieron de manera alternativa o subsidiaria la tesis del homicidio por imprudencia. Pero ello no es obstáculo procesal para que la defensa sostenga en segunda instancia que, aun no habiéndose aceptado la versión mantenida por el acusado (pérdida de los niños), los hechos objetivos probados (muerte mientras estaban en su compañía y posterior incineración) son compatibles con el homicidio imprudente. (...) Pero para la estimación del motivo no bastaría con demostrar que no es imposible que las cosas sucedieran del modo ahora sugerido (suministro excesivo de medicamentos sin intención de matar), sino que sería preciso convencer de que la inferencia de animus necandi carece de apoyo racional o es meramente voluntarista. Y lo cierto es que en el presente caso la hipótesis de que el acusado quisiera únicamente "dar un susto" a su ex-esposa se presenta como absolutamente artificiosa.

En primer lugar, porque en todo caso ha quedado probado que el suministro de los tranquilizantes en cantidad suficiente para causar la muerte fue voluntario y no accidental, por lo que, quisiera o no directamente la muerte de los niños, el hecho de exponerlos voluntariamente a un riesgo de muerte comporta dolo homicida.

En segundo lugar, porque no es en absoluto verosímil que se suministren tranquilizantes a hijos menores de edad con la sola finalidad de "asustar" a una madre que no se halla presente ni habría de enterarse hasta pasado algún tiempo. En efecto, si el plan hubiese sido ese, y hubiera salido conforme esperaba el acusado, habría debido sin duda alertar a los servicios de urgencias fingiendo un accidente, y habría debido exponerse a una inevitable investigación sobre su responsabilidad por tal hecho, justamente lo que quiso evitar a toda costa con la minuciosa labor de desaparición de los cadáveres.

En tercer lugar, porque por las características de la hoguera, tal y como resultó descrita en los hechos probados, requerían una preparación previa (acopio de madera y gasóleo, acondicionamiento del lugar y preparación de la pira), por lo que lo razonable es concluir que la muerte estaba pensada y preparada con anterioridad al día 8 de octubre de 2011, y no que a la vista de la muerte no querida de los hijos José Bretón decidiera quemarlos en una hoguera.

No es necesario incrementar el acopio de razones. La inferencia que más naturalmente fluye de los hechos objetivos que han resultado probados es la efectuada por el Jurado: José Bretón quiso y preparó la desaparición física de sus hijos con la finalidad de hacer sufrir a Ruth Ortiz y la esperanza de resultar impune por no encontrarse sus cadáveres”.

Tampoco ahora el precedente traído a colación -STS 1043/2012, 21 de noviembre- presenta los puntos de coincidencia que identifica la defensa. Ya hemos anotado supra -FJ 6º- la sustancial diferencia en el material incriminatorio manejado en uno y otro caso.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).”

El TS desestima el recurso manifestando tres razones según las cuales procede la aplicación del art. 139 CP. En primer lugar porque considera probado que el suministro de tranquilizantes a los menores fue un acto voluntario de José Bretón y no accidental; en segundo lugar porque no considera verosímil la explicación del acusado de que

suministró los tranquilizantes a sus hijos con la intención de asustar a la madre, puesto que esta no estaba presente; y por último, porque basándose en la descripción de la hoguera que consta en los hechos probados parece lógico y razonable pensar que la muerte fue planeada con anterioridad puesto que dicha hoguera requiere de preparación previa.

1.3.- Fallo

Como hemos visto, tanto el TSJ de Andalucía como el TS desestimaron los recursos que se interpusieron, por lo que finalmente se confirma el fallo de la Sentencia dictada por la AP de Córdoba, que condenó a José Bretón por dos delitos de asesinato con la concurrencia en ambos de la agravante de parentesco, a la pena de 20 años de prisión por cada uno de ellos, sumando en total 40 años de prisión. Le impuso además una pena de multa de 9 meses a razón de 10 euros diarios por un delito de simulación de delito, y también el pago de la responsabilidad civil, el importe del operativo de búsqueda, y las costas procesales, a las que debemos sumar las costas del recurso de casación impuestas por el TS.

2.- CASO ASUNTA

2.1.- Hechos probados

El Caso Asunta, también conocido como Caso Asunta Bastera, a diferencia del caso anterior no toma su denominación del nombre del autor sino del nombre de la víctima, Asunta Bastera Porto. Los hechos tuvieron lugar en septiembre de 2013 en la provincia de A Coruña, cuando Asunta contaba 12 años de edad, y al igual que el Caso Bretón, tuvo una gran repercusión mediática debido a que después de producirse los hechos los autores denunciaron la desaparición de la víctima. Este caso llegó hasta el TS en casación, y los hechos declarados probados por la AP de A Coruña y que son mantenidos por las otras dos instancias posteriores son: Alfonso Bastera Camporro y Rosario Porto Ortega, matrimonio divorciado, adoptaron durante su matrimonio a su

hija Asunta. Durante tres meses suministraron a Asunta distintas cantidades de lorazepam para comprobar el efecto que esta sustancia provocaba en Asunta, y posteriormente, en septiembre de 2013 le suministraron una dosis tóxica de lorazepam durante la comida, y aprovechando que Asunta se encontraba inconsciente, la trasladaron a una finca propiedad de Rosario Porto y allí la asfixiaron tapándole la boca y la nariz, atándole además las manos y los tobillos para asegurarse de que Asunta no se defendiese.

2.2.- Fundamentos de derecho

2.2.1.- SAP C de 11 de noviembre de 2015

La AP de A Coruña, y en concreto el jurado popular, calificaron los hechos como un delito de asesinato, al apreciar la circunstancia de alevosía en cuanto Asunta no se pudo defender debido al efecto del lorazepam que le habían suministrado sus padres con tal intención, unido a que se trataba de una agresión a una niña que además era su hija, siendo por tanto alevosía por desvalimiento, analizando además que se cumplen el resto de requisitos de la alevosía:

“Como hemos señalado el delito de asesinato se comete cuando se mata a otro concurriendo alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139 del Código Penal, entre las que se encuentra, la alevosía.

Tal y como establece la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril de 2015 "la jurisprudencia de esta Sala ha exigido para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008 de 18 de diciembre ; 25/2009 de 22 de enero ; 37/2009 de 22 de enero ; 172/2009 de 24 de febrero ; 371/2009 de 18 de marzo ; 854/2009 de 9 de julio ; 1180/2010 de 22 de diciembre ; 998/2012 de 10 de diciembre ; 1035/2012 de 20 de diciembre ó 838/2014 de 12 de diciembre). En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda

defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala ha distinguido en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha. La alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto. Y 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".

En el supuesto de autos, el Jurado ha considerado probado que la víctima, nacida el 30 de septiembre de 2000, no pudo defenderse de modo efectivo porque estaba bajo los efectos del medicamento que con ese fin se le había suministrado. Se trata de una agresión cometida contra una niña de 12 años y cuando la misma estaba sedada bajo los efectos del lorazepam que, previamente, le habían suministrado los acusados.

En tales circunstancias, resulta evidente que concurren todos los elementos exigidos por la jurisprudencia y que se acaban de examinar para apreciar la circunstancia de alevosía, en concreto, en su modalidad de alevosía por desvalimiento de la víctima y no sólo por tratarse de una niña, sino también por encontrarse gravemente intoxicada por el lorazepam y con su capacidades de defensa muy limitadas, tal y como han indicado los forenses del Instituto Nacional de Toxicología."

Finalmente, la AP condenó a Alfonso y a Rosario como coautores de un delito de asesinato al considerar que concurre la circunstancia de alevosía, que cualifica el delito, apreciando además la agravante de parentesco, e imponiéndoles a ambos las mismas penas.

2.2.2-. STSJ GAL de 15 de marzo de 2016

Una vez dictada la Sentencia de la AP, la representación procesal de cada uno de los acusados interpuso recurso de apelación ante el TSJ de Galicia. En el recurso presentado por la representación de Alfonso se alega como motivo de recurso, entre otros, que no concurre la circunstancia de alevosía que califica el asesinato y que se trata en realidad de la agravante de abuso de superioridad:

"El motivo vigésimo segundo del recurso de A.B., bajo el manto del artículo 846-bis-c)-b) de la Ley adjetiva, discute la circunstancia de alevosía, calificadora del asesinato (artículo 139.1ª del Código Penal), con la idea de rebajarla a mero abuso de superioridad porque, a su entender, la redacción del hecho probado que gira bajo nuestro ordinal 5º, y, en concreto, la frase "no pudo defenderse de modo efectivo" revela, en su interpretación, que no anuló por completo su capacidad de defensa.

No es necesario insistir en que, cuando menos, la modalidad alevosa de desvalimiento de la niña se impone por sí misma aunque sólo sea a la vista de los efectos descritos por los facultativos, causados por la intencionada administración en cantidad tóxica de la benzodiazepina y consistentes en

somnolencia, sedación y dificultades de deambulaci3n; en definitiva, una depresi3n generalizada del sistema nervioso central. Prueba de ello es que la v3ctima no presentaba se1ales de defensa.

Es tan conocida, abundante y uniforme la jurisprudencia que no hace falta citarla para justificar su concepto y aplicaci3n al caso.”

El TSJ sin embargo, desestima el recurso bas1ndose en los hechos considerados probados, en los que se indica que Asunta se encontraba bajo los efectos del lorazepam que le fue suministrado por su padres y que el cad1ver no presentaba se1ales que indicasen que se hab3a intentado defender, por lo que confirma la Sentencia dictad por la AP y les impone a dem1s el pago de las costas del recurso.

2.2.3-. STS de 21 de noviembre de 2016

Una vez notificada la Sentencia dictada por el TSJ de Galicia a las partes, se interpuso recurso de casaci3n por parte de ambas representaciones, en los que se vuelve alegar que la apreciaci3n de la alevos3a en los hechos es err3nea:

“El motivo n3mero vig3simo noveno, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. (corriente infracci3n de ley) estima indebidamente aplicada la cualificativa de alevos3a (art. 139.1º C.P .).

1. El recurrente pretende excluir la aplicaci3n de la alevos3a como circunstancia configurativa del asesinato, a tenor del apartado 14 del veredicto y en su consecuencia evitar la aplicaci3n del art. 139.1.1º C.P. reduci3ndose la pena en caso de mantenerse su condena.

2. En las p1ginas 7 y 8 del acta de votaci3n, los Jurados explican perfectamente por qu3 llegan a la conclusi3n de que la v3ctima "no pudo defenderse de modo efectivo" (objeto sometido a su consideraci3n). Se basan en los informes de la USC y del INT. Destacan adem1s, de forma determinante, las explicaciones que dieron los peritos Flori1n Severino y Carlota Vanesa del INT cuando declararon por videoconferencia el 20/10/2015 que "estari1 gravemente intoxicada y estar3an muy limitadas sus capacidades de defensa". Adem1s en el apartado cuarto los Jurados declararon probado que "le suministraron una cantidad de medicamento que conten3a lorazepam, necesariamente t3xico, para posteriormente, cuando hiciera efecto, asfixiarla".

Asimismo, en el acta referida, el Jurado consign3:

Apartado tercero: "... Igualmente, el Jurado por unanimidad encuentra al acusado Alfonso culpable del hecho delictivo de haber dado muerte a Asunta sin posibilidad de defenderse".

En definitiva, por unanimidad los jurados declararon que Asunta, de doce a1os de edad, no pudo defenderse de modo efectivo porque estaba bajo los efectos del medicamento que con ese fin se le hab3a suministrado. Ni por asomo se ofreci3 a los jurados la posibilidad de una muerte imprudente, que no estuvo nunca en los escritos de calificaci3n.

Resulta obvia la concurrencia de la circunstancia cualificadora de asesinato en este caso, la alevosía, porque la redacción resulta meridianamente clara: "sin posibilidad de defenderse" bastando a mayor abundamiento recordar a la defensa que fueron sus padres los que suministraron a la niña lorazepam en rango tóxico, eliminando así la posibilidad de defensa de la víctima.

No es necesario insistir en que, cuando menos, la modalidad alevosa de desvalimiento de la niña se impone por sí misma aunque sólo sea a la vista de los efectos descritos por los facultativos, causados por la intencionada administración en cantidad tóxica de la benzodiazepina y consistentes en somnolencia y sedación; en conclusión, se produjo una depresión generalizada del sistema nervioso central. Prueba de ello es que la víctima no presentaba señales de defensa.

La aplicación, por tanto, de la agravante de abuso de superioridad al homicidio, no resulta en modo alguno procedente.

El motivo ha de rechazarse."

No obstante, el TS, al igual que el TSJ de Galicia anteriormente, desestima el recurso basándose de nuevo en que los informes del Instituto Nacional de Toxicología y de la Universidad de Santiago de Compostela indican claramente que Asunta no pudo defenderse de manera efectiva porque se encontraba sedada debido a que sus padres le suministraron una alta dosis de lorazepam con este propósito.

2.3.- Fallo

El fallo de la Sentencia dictada por el TS confirma la Sentencia dictada por la AP de A Coruña, que condena a Alfonso y a Rosario a la pena de 18 años de prisión como coautores de un delito de asesinato en el que concurría además la agravante de parentesco. Les impuso también la pena de inhabilitación para ostentar y ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda, y acogimiento durante otros 18 años, y al pago de la mitad de las costas procesales a cada uno; y hay que añadir a esto la imposición del pago de las costas procesales de ambos recursos.

3-. CASO GABRIEL CRUZ

3.1-. Hechos probados

El Caso Gabriel Cruz, también conocido como Caso Gabriel, tuvo lugar en la provincia de Almería a principios de 2018. Nuevamente, este caso alcanzó una gran repercusión mediática debido a que la autora del mismo, denunció la desaparición de la víctima tras cometer el delito. Este caso se encuentra actualmente pendiente de ser resuelto en casación por el TS, por lo que sólo podemos analizar las Sentencias dictadas por la AP de Almería en primer lugar y por el TSJ de Andalucía posteriormente, ambas Sentencias mantienen los mismos hechos probados: Ana Julia Quezada Cruz mantenía una relación sentimental con Ángel David Cruz Sicilia, quien era padre de Gabriel Cruz Ramírez, hijo que nació fruto de una relación anterior. En febrero de 2018, mientras Ana Julia y Gabriel se encontraban solos en una casa situada en una finca de la provincia de Almería, la Ana Julia lanzó al Gabriel frente una pared o el suelo de la casa y acto seguido le tapó la boca y la nariz con sus manos hasta causarle la muerte por asfixia, y posteriormente enterró su cuerpo en la misma finca, fracturándole un brazo para que cupiese en la fosa. Tras esto, Ana Julia denunció la desaparición del menor junto con otros familiares de este, y fue detenida durante las labores de búsqueda mientras intentaba trasladar el cuerpo de Gabriel a otro lugar.

3.2-. Fundamentos de derecho

3.2.1-. SAP AL de 30 de septiembre de 2019

El proceso de este caso, al igual que el anterior, se tramitó mediante un procedimiento de tribunal de jurado, que al igual que la magistrada que presidía el mismo, calificaron los hechos como un delito de asesinato, al apreciar que en los mismos la circunstancia de alevosía, y en concreto de alevosía súbita, pues cuando Ana Julia lanzó a Gabriel contra el suelo o contra una pared lo hizo de forma repentina:

“Por lo que se refiere al delito de asesinato, indicar que el art. 139 del Código Penal, dispone, tras la modificación operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, que: "1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. [...]2.ª Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.”

Y el art. 140, con esa propia modificación legal establece: "1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1. " Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. [...]

Este delito precisa para su apreciación los siguientes elementos: a) Una conducta del sujeto activo del delito que vaya dirigida a privar de la vida a otra persona. b) Un resultado de muerte del sujeto pasivo de la acción. c) Una relación de causalidad entre acción y resultado, y d) Ánimo de matar en el sujeto activo -o "animus necandi" que concurre tanto en el supuesto de dolo directo como eventual, que, por tratarse de un fenómeno interno y de la propia conciencia del individuo, ha de valorarse y manifestarse por los actos que realice el culpable y por los medios empleados. Como signos de la voluntad de matar ha de atenderse a la naturaleza del arma empleada, la zona anatómica atacada y el potencial resultado letal de las lesiones infligidas. En definitiva han de tenerse en cuenta como datos más significativos de la voluntad de matar: a). Los antecedentes de hecho y las relaciones entre el autor y la víctima; b). La clase de arma, elemento o medio utilizado; c). La zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión; d). El número de golpes inferidos; e). Las palabras que acompañaron al ataque; f). Las condiciones de lugar y tiempo, así como las circunstancias conexas o concomitantes con la acción; g). La causa o motivación de la misma y h). La entidad y gravedad de las heridas causadas.

En lo atinente a la alevosía, que cualifica el homicidio en asesinato, genéricamente aparece descrita en el art. 22.1 del Código Penal, y específicamente está incluida en el art. 139.1 del mismo Texto Legal, concurre cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

Como dice la STS núm. 856/14 y reitera, la STS núm. 719/2016, de 27 de septiembre "En relación a la alevosía en SSTs. 703/2013 de 8.10 , 599/2012 de 11.7 y 632/2011 de 28.6, hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada."

En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación" (STS. 13.3.2000). Dicha sentencia, mencionando otras anteriores, refiere la concurrencia de los siguientes elementos (SSTs. 155/2005 de 15.2, 375/2005 de 22.3):

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas. b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la

utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquel. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo. d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS. 1866/2002 de 7.11).

[...]En el presente supuesto la muerte de Gabriel no es cuestionada por las partes, reconociéndola la acusada. Los miembros del Jurado consideran la existencia de una muerte alevosa por parte de Ana Julia y para ello, valoraron el conjunto probatorio que tuvo lugar ante ellos, las declaraciones de la propia acusada, testificales y los informes periciales realizados por los médicos forenses, que resultaron esclarecedores tras su ratificación en el acto del Juicio, permitiendo alcanzar la conclusión, en la forma y por la unanimidad que expresaron los Jurados, esto es que la muerte de Gabriel fue realizada con alevosía. La acusada y Ángel David, afirmaron y reconocieron mantener una relación sentimental análoga a la matrimonial, desde septiembre de 2017, relación cuya convivencia era compartida con el pequeño Gabriel cuando a éste, le correspondía estar con su padre. Gabriel ante la confianza que le dispensaba la acusada, persona íntimamente vinculada a su entorno familiar, así lo reconoció la acusada, decidió marcharse con Ana Julia a la finca sita en Níjar. Dicha finca estaba en un lugar alejado y deshabitado a 5 kilómetros de la casa de la abuela y a diversos kilómetros del núcleo urbano, así resulto acreditado en virtud de las declaraciones de miembros de la UOPJ, según indican los miembros del Jurado. [...]A todo ello hay que añadir que la acusada, por razones evidentes, era consciente de su superioridad respecto del niño, que tan solo pesaba 24 kilos y medía 1.30 metros, realidad que los miembros del Jurado consideran acreditada por el informe médico forense que así lo expone (fol. 503). En esta situación de confianza, alejado del núcleo urbano y tratándose de un niño de tan solo 8 años, Ana Julia, aprovechando la situación descrita, de forma totalmente repentina, súbita, y evidentemente intencionada, cogió a Gabriel y lo lanzó contra el suelo o pared [...] Acto seguido tras el impacto del niño, la acusada con sus propias manos le tapo la nariz y la boca con fuerza, hasta vencer su resistencia y provocar su fallecimiento.”

La AP de Almería condenó a Ana Julia por un delito de asesinato al concurrir la circunstancia de alevosía, en concreto alevosía súbita, que impidió que Gabriel se pudiese defender de manera efectiva, y al igual que en el Caso Bretón, aprecia la alevosía también por razón de la edad de la víctima, al indicar que Ana Julia se aprovechó de esta circunstancia. La condena además a la pena de 3 años y 9 meses de prisión por dos delitos de lesiones psíquicas causadas a Ángel David y a Patricia (madre de Gabriel), junto con la prohibición de aproximarse al primero a una distancia de 500 metros ni comunicarse con él durante 5 años.

3.2.2-. STSJ AND de 5 de febrero de 2020

Tras ser dictada la Sentencia, las representaciones de ambas partes interpusieron recurso de apelación ante el TSJ de Andalucía. La defensa alegaba que los hechos no constituían un delito de asesinato sino de homicidio imprudente, puesto que Ana Julia no causó la muerte de Gabriel de forma dolosa, además de haber tenido en cuenta la edad de Gabriel tanto para apreciar la alevosía como para aplicar el art. 140 CP; mientras que la acusación particular solicitaba la suspensión del juicio y la celebración de uno nuevo ante un tribunal profesional y no ante un tribunal del jurado:

“Especialmente delicado y complejo es, desde el punto de vista jurídico, el problema que suscita la denuncia efectuada por la defensa en su primer motivo de apelación. A juicio de la defensas, en definitiva, se ha aplicado indebidamente el artículo 140.1 CP, conducente a la pena de prisión permanente revisable, puesto que la circunstancia de la edad de la víctima (ocho años) ha sido considerada tanto para apreciar la alevosía (que convierte el homicidio doloso en asesinato) como para añadir el especial reproche de dicho artículo que justifica la pena máxima, lo que supondría infracción del principio de prohibición del non bis in ídem. Es decir, un mismo hecho o circunstancia no puede servir para pasar del homicidio al asesinato, y a continuación para pasar del asesinato normal al agravado.

[...]A) Desde el punto de vista de la declaración de hechos probados, es cierto que la afirmación de que la acusada lanzó a Gabriel contra el suelo en un primer momento" de forma intencionada, súbita y repentina", no está motivada en el veredicto, ni tampoco en la sentencia mediante la alusión a una prueba directa, puesto que sólo se menciona en uno y en otra la prueba pericial forense, siendo así que dicha prueba admitía que las heridas en la cabeza de la víctima tanto podían deberse a un empujón con caída al suelo o golpeo de la cabeza en una pared al estar desprevenido, como a la insistente presión que contra una superficie plana (pared o suelo) debió realizar la acusada al intentar asfixiar al menor pese a su movimiento y resistencia, que fue la hipótesis que con más convicción sostuvieron los peritos forenses. Con todo, al tratarse de dos posibilidades, el Jurado eligió la sugería un primer empujón repentino, y lo cierto es que sobre este particular la defensa no ha interpuesto recurso ni por vulneración de la presunción de inocencia (apartado e' del art. 846 bis c), ni por falta de motivación del veredicto (apartado a').

Debe precisarse que aunque no se hubiera partido de la existencia de un primer empujón repentino y sorpresivo, la apreciación de la alevosía no habría quedado huérfana de apoyo probatorio, si bien en la modalidad de alevosía por desvalimiento, así como de alevosía proditoria. En efecto, es hecho probado, y detalladamente motivado tanto en el veredicto al aprobar los puntos quinto, sexto y séptimo, la superioridad física de la acusada y el aprovechamiento de la confianza derivada de las relaciones cuasifamiliares entre ella y Gabriel, quien sin reservas la acompañó, siguiendo su petición, a un lugar apartado y alejado de otras construcciones habitadas, lo que convertía la simple superioridad física en una indefensión al neutralizar otros medios de defensa de la víctima que pudieran provenir de terceros.

En consecuencia, sobre la decisión del Jurado de que la muerte se produjo sin posibilidad de defensa y reacción por parte del menor, la Sala no

encuentra objeciones, por lo que la calificación de los hechos como asesinato, y no como homicidio, ha de quedar confirmada.

B) Estamos, pues, en presencia, de un asesinato (alevoso) del que ha sido víctima un menor de dieciséis años. Ello queda, en principio, subsumido, en lo dispuesto en el artículo 140.1 CP, que prevé para dicho supuesto la pena de prisión permanente revisable. La defensa, sin embargo, con invocación de la STS 716/2018, de 16 enero 2019, sostiene que dicho precepto no es aplicable en este caso puesto que comportaría infracción de la prohibición del non bis in ídem, es decir, de una doble agravación de una única circunstancia que sería el desvalimiento de la víctima de ocho años, que habría determinado tanto la calificación del hecho como asesinato (primera agravación), como la imposición de la prisión permanente revisable (segunda agravación).

[...]a) Por un lado, los argumentos de la sentencia mencionada por la defensa (STS 16 enero 2019) habrían de conducir sin duda a la inaplicabilidad del artículo 140.1 CP en este caso. [...]El Tribunal Supremo revocó la condena a prisión permanente revisable por entender que cuando la superioridad en el caso concreto es determinante de la alevosía, y el acusado ha aprovechado conscientemente esa ventaja, "la cualificante alevosía desplaza la hipercualificante de vulnerabilidad", sin que a ello pueda objetarse que además del desvalimiento hubo ataque sorpresivo, y ello porque" la situación de desvalimiento, o si se prefiere la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su enfermedad o discapacidad (...) integraba de modo inescindible, junto al ataque sorpresivo, la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía".

En el presente caso, con arreglo a tal argumento, tampoco podría escindirse la especial vulnerabilidad de Gabriel del resto de circunstancias que han determinado la apreciación de la alevosía, puesto que sin el dato de su edad de ocho años, el sólo hecho de buscar un lugar apartado y dar un empujón a la víctima (sin dejarlo semiinconsciente, pues ello fue expresamente descartado por la pericial forense a la que el Jurado dio crédito) no habría provocado una indefensión que permitiera a la acusada la agresión mortal, que consistió en asfixiarlo taponando nariz y boca durante el tiempo suficiente.

b) Por otro lado, la STS 367/2019, de 18 de julio, siguió un criterio radicalmente opuesto [...]. Para esta sentencia, la relación entre los artículos 139.1 (alevosía cualificadora del asesinato) y 140.1 (prisión permanente si la víctima es menor de dieciséis años) no es de bis in ídem, sino de bis in altera, y ello por cuanto ambos preceptos tendrían un fundamento autónomo: la alevosía responde al reproche propio de la forma de comisión delictiva (aprovechando el desvalimiento de la víctima), y el 140.1 CP (prisión permanente) respondería a la decisión política del legislador de considerar merecedor de una especial punición el hecho de tratarse de una víctima vulnerable. Añade la sentencia que no puede llegarse a una interpretación que "deje vacío de contenido en la práctica el artículo 140.1.1º CP, ni puede imaginarse un caso más claro en donde proceda la prisión permanente revisable que el legislador ha concebido para sancionar estos hechos. No aplicarla en este caso sería no aplicarla nunca con niños. Y es claro que la interpretación judicial no puede dejar sin efecto el sentido de la norma".

Es claro que, con arreglo al criterio de esta sentencia, incompatible con el expuesto en la sentencia anteriormente analizada, en el caso que ahora analizamos, el hecho de que la edad haya formado parte del factum que permitió apreciar la alevosía no sería óbice para la aplicación del artículo 140.1

c) Hemos dejado para analizar en tercer lugar la STS 520/2018, de 31 octubre, pese a ser la primera que se dictó, por cuanto entendemos que, aunque -como veremos- no nos suministra un criterio directamente aplicable al caso que enjuiciamos, sí ofrece un marco de consideraciones que nos permite centrar con precisión el problema sobre el que tenemos que pronunciarnos. [...]Dicha sentencia hace dos afirmaciones que esta Sala no puede sino suscribir:

- Que " en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1º, pues la condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del bis in ídem".

- Que, en cambio, " cuando el ataque se concreta en una modalidad alevosa totalmente independiente de la condición de la víctima, su avanzada edad o su enfermedad o discapacidad, pueden operar con nueva agravación a través del art. 140.1.1".

En el presente caso, no estamos ni en un supuesto, ni en otro. No habría bastado con la edad (ocho años) para calificar su asfixia como una muerte alevosa, sino más bien como un homicidio con abuso de superioridad derivado de la diferente fuerza y envergadura de la agresora y la víctima, que la ponía en clara ventaja, pero no ocasionaría, por ese sólo hecho, una total indefensión a la víctima. Pero tampoco habría bastado con los demás elementos considerados para apreciar alevosía sorpresiva o, sobre todo, proditoria (aprovechar la confianza cuasifamiliar para llevar a Gabriel, con intención de matarlo, donde no pudiera pedir ni recibir ningún tipo de ayuda de terceros), si no añadimos la circunstancia de la edad. Si la víctima hubiese sido una persona de similar complejión física a Ana Julia, no podría decirse que el hecho de estar en lugar aislado y propinarle un primer empujón situaba a la víctima en una situación de total indefensión, a merced de la misma. En definitiva, la acusada, por un lado, aprovechó la inferioridad física de la víctima, y por otro lado preparó un modo de ejecución de su plan criminal que neutralizaba la eventual defensa natural de un niño de ocho años, que suele consistir en su permanencia en un entorno seguro por la protección de terceras personas.

[...]A juicio de la Sala, para estos supuestos, sí es pertinente aludir al diferente fundamento de punición de la alevosía y de la especial vulnerabilidad de la víctima. El legislador, como expresión de la voluntad popular, además de reprochar la forma cobarde/alevosa de ejecución de la agresión, tiene potestad para otorgar una especial protección penal a víctimas por circunstancias de vulnerabilidad objetivables y cognoscibles por el agresor, como sin duda es la corta edad. Ningún límite constitucional tiene el legislador para considerar penalmente más grave matar a un niño que matar a un adulto, igual que no la tiene para agravar la condena cuando la víctima es una mujer y el agresor un hombre como expresión de una situación de dominio (que no puede identificarse automáticamente con superioridad física, sin más). Si la alevosía proviene únicamente de tratarse de un niño (por absoluto desvalimiento, como es el caso de los bebés), es cierto que tal circunstancia no puede provocar la doble agravación, pues quien quiere matar a un bebé no puede elegir una forma de hacerlo no alevosa. La prohibición del bis in ídem prevalecería, en ese caso, frente a la existencia de un doble fundamento de la agravación. Pero ello sí es posible, entendemos, cuando el dolo del agresor abarca un plus idóneo para convertir el mero abuso de superioridad (como el existente entre la acusada y su víctima en este caso) en una total indefensión, y por tanto en alevosía. El ataque

es alevoso porque neutralizó las (escasas) defensas de la víctima; y entra en juego el 140.1, por voluntad del legislador, porque la muerte alevosa recayó sobre un menor de ocho años de edad. Ciertamente que la edad no se puede calificar como circunstancia inescindible del resto, para apreciar alevosía, como hemos dicho; pero al haber algo más, puede entrar en juego el diferente y autónomo fundamento del artículo 139.1 y del 140.1, sin infracción, entendemos, del principio de prohibición del non bis in ídem.”

El TSJ entendió como vemos, que en este caso no se vulnera el principio *non bis in ídem* puesto que la aplicación de la alevosía no está basada únicamente en la edad de Gabriel, sino también en la forma de causarle la muerte aprovechándose además del abuso de confianza, al ser la autora un “cuasifamiliar” de la víctima.

3.3.- Fallo

El TSJ confirmó en parte la condena impuesta por la AP a Ana Julia, de prisión permanente revisable por un delito de asesinato con la agravante de parentesco, convirtiéndose así en la primera mujer en ser condenada a esta pena desde que fue establecida por el CP de 2015. El TSJ sin embargo, absuelve a Ana Julia de los dos delitos de lesiones psicológicas a los padres de Gabriel, por lo que establece que sólo debe abonar tres quintas partes de las costas de la primera instancia. Tras notificarse la Sentencia, la representación de Ana Julia anunció que interpondría recurso de casación frente a la misma ante el TS, dicho recurso se encuentra pendiente de resolución.

4.- CASO CUARTO: SAP M DE 30 DE JUNIO DE 2009

4.1.- Hechos probados

Este supuesto es el único de los que analizaremos en este capítulo que no es relevante debido a que tuvo una gran repercusión mediática, sino que su relevancia es jurídica, puesto que da una respuesta que permite diferenciar cuando nos encontramos ante un delito de asesinato y cuando ante un delito de aborto que ya vimos brevemente en el capítulo II respecto del homicidio. Al igual que ocurría en el capítulo anterior, el nombre de la autora de este caso es ficticio. Tanto el jurado como la AP de Madrid consideran como hechos probados que Estíbaliz, mientras estaba embarazada y en

avanzado estado de gestación, ingirió cuatro comprimidos de misoprostol, más conocido como “Cycotec”, con la intención de provocarse el aborto a sí misma. La medicación no produjo el efecto deseado y en lugar de provocarle el aborto lo que provocó fue el adelanto del parto, del que nació una niña cuya autopsia demostró posteriormente que nació viva y que respiraba por sus propios pulmones. Tras el parto, Estíbaliz le produjo un traumatismo craneoencefálico a la niña con el fin de causarle la muerte y posteriormente ocultó el cadáver en un armario.

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como un delito de asesinato, mientras que la defensa por su parte, los calificó como un delito de aborto, aunque reconocía la concurrencia de la agravante de parentesco que solicitaba la Fiscalía.

4.2.- Fundamentos de derecho

“Los hechos que el Tribunal de Jurado ha declarado probados son constitutivos de un delito de asesinato previsto en el art.139-1 del CP. El debate principal en este juicio, sobre el que los Jurados han tenido que deliberar y tomar su decisión, se ha centrado en la calificación alternativa de los hechos juzgados, bien como delito de asesinato, bien como delito de homicidio imprudente previsto en el art.142-1 del CP y la decisión del Tribunal ha sido rotunda, pues sus miembros han considerado probados de forma unánime los hechos integrantes del tipo penal del asesinato.

La motivación fáctica del veredicto es extensa y detallada y representa la valoración de la prueba practicada ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento de estos hechos, por lo que se va a reproducir fielmente.

Así, los miembros de Jurado han basado su veredicto en primer lugar en la declaración de la acusada Estíbaliz, quien manifestó que el día anterior a los hechos, el 9-4-2.007, había ingerido cuatro pastillas de CYTOTEC y se había introducido otras cuatro pastillas por la vagina con el fin de provocarse un aborto.

Basándose en el informe pericial de los médicos forenses Dres. José Ramón y Luis Francisco, autores de la autopsia de la recién nacida, el tribunal de Jurado considera probado que las pastillas de CYTOTEC provocaron, no el efecto deseado (el embarazo de la acusada se hallaba muy avanzado), sino el adelantamiento del parto, del que nació una niña viva, como demostraron la autopsia y el examen de anatomopatología de los pulmones de la niña, que estaban expandidos.

Los miembros del Jurado consideran demostrado que la acusada siempre tuvo intención de deshacerse del bebé y así lo deducen de la declaración de la propia acusada, que procuraba ocultar su embarazo, dato corroborado por las declaraciones de testigos [...]

La intención de acabar con la vida de la recién nacida, la halla el Tribunal de Jurado en el hecho probado de que la acusada no pidió ayuda a nadie después de alumbrar a la niña en el cuarto de baño; hecho que consideran probado partiendo de los testimonios de los moradores del piso antes citados.

[...]El Tribunal de Jurado además considera probado que la acusada ejecutó la acción homicida, provocando en la recién nacida un traumatismo craneo encefálico que determinó su muerte y así lo estiman con la base del informe de autopsia sobre el que informaron los médicos forenses en el acto del juicio, cualquiera que fuera el mecanismo que consideraron compatible los Dres. José Ramón y Luis Francisco, esto es, bien arrojando con fuerza a la niña contra el suelo, bien golpeando su cabeza con algún objeto contundente.

Efectivamente, en los hechos que el Tribunal de Jurado ha considerado probados se hallan todos los elementos del delito de asesinato previsto en el art.139-1 del CP : a) una acción del sujeto activo que conduce a la destrucción de una vida humana; b) la relación causal entre esa conducta y el resultado (la muerte) y c) la existencia de un "animus necandi", o ánimo de matar de una manera específica, que cualifica el delito y que en este caso es de una forma alevosa.

La concurrencia de la alevosía en los actos que acabaron con la vida de la niña no ha sido objeto de discusión en el juicio; esto es, si la muerte de la recién nacida fue producida de forma intencional, necesariamente concurría la alevosía.

La alevosía es definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que tienen como fin asegurar la realización del delito para que no haya riesgo, respecto del sujeto activo del hecho, que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido. Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

[...]La alevosía está siempre implícita en la acción de matar a un recién nacido, como tiene declarado la Sala 2ª del TS desde sentencias como es la de 2-4-1.993 hasta otras más recientes como las de 28-12-2.000, 2-2-2.004, 2-4-2.004 o 24-10-2.008, pues supone el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento."

4.3-. Fallo

Tanto el jurado como la magistrada presidenta de la AP, consideraron los hechos constitutivos de un delito de asesinato al apreciar que concurre la circunstancia de alevosía, en el hecho de que Estíbaliz se aprovechó de que la víctima era un bebé recién nacido que no podía defenderse para llevar a cabo la acción, siendo por tanto una situación de alevosía de prevalimiento. No estamos, por tanto, ante un supuesto de aborto, ya que no se causó la muerte de un feto, sino la de un bebé ya separado del

claustró materno, vivo y con autonomía vital, aunque el parto se haya adelantado a causa del intento de aborto.

Estíbaliz fue condenada a la pena de 17 años y 6 meses de prisión como autora de un delito de asesinato con la agravante de parentesco, y al pago de las costas. Como Estíbaliz es de nacionalidad boliviana, se acordó su expulsión del territorio nacional una vez hubiese cumplido tres cuartas partes de la condena, con la prohibición de regresar a España en un plazo de 10 años a contar desde el momento de su expulsión.

CAPÍTULO VII:
CONCLUSIONES

Para terminar, en este capítulo vamos a enumerar y explicar cuáles han sido las conclusiones a las que hemos llegado durante la elaboración de este trabajo y tras la finalización del mismo, dirigidas sobre todo al debate que analizamos en el capítulo IV:

PRIMERA. Existen delitos como el parricidio o el infanticidio que históricamente han aparecido regulados en los sucesivos CPs que se han publicado, y que aparecían como delitos independientes tanto del homicidio como del asesinato, teniendo incluso su propio capítulo dentro del CP. Estos delitos desaparecieron de la legislación con la publicación del CP de 1995 y tampoco se encuentran recogidos en el CP de 2015.

Sin embargo, el asesinato ha aparecido como un delito autónomo en la legislación desde la publicación del primer CP de 1822 hasta el actual de 2015, lo que hace pensar que no se trata únicamente de un concepto, sino de un delito autónomo y diferente del homicidio, ya que de lo contrario, habría desaparecido también, y no sólo no ha desaparecido, sino que se han endurecido sus penas con la introducción de la prisión permanente revisable, y se han ampliado sus circunstancias cualificativas.

SEGUNDA. El hecho de que sea suficiente la concurrencia de una sola de las circunstancias del art. 139 para cualificar el hecho como asesinato, no hace que en los casos en los que concurran más de una circunstancia, la primera cualifique el hecho y las demás actúen como agravantes, sino que todas lo cualifican como asesinato.

Esto deja sin contenido uno de los argumentos que utiliza la doctrina para justificar la idea del asesinato como forma de homicidio, tal y como vimos.

TERCERA. El asesinato ha tenido y tiene unas reglas de penalidad propias, y que son distintas a las reglas de aplicación de las penas establecidas en los arts. 65 y 66 CP para el resto de delitos, como indica el hecho de que tenga una pena propia y que además es superior a la que le correspondería si aplicásemos las reglas comunes, tanto para un delito el que concurre un agravante, como si concurre más de uno.

El que a un delito se le apliquen unas reglas de penalidad distintas a las comunes para el resto de delitos, parece más lógico que se de en un delito autónomo que en una simple forma de otro delito.

CUARTA. Desde la publicación del CP de 2015, el asesinato posee sus propias agravantes, recogidas como vimos en el art. 140, que sólo le son aplicables a él, no pudiendo aplicarse al resto de delitos recogidos en el CP.

El hecho de que el asesinato tenga agravantes propias, nos hace pensar que nos encontramos ante un delito autónomo, ya que no nos parece lógico que una forma de un delito tenga sus propias agravantes, sobre todo si tenemos en cuenta que ningún otro delito del CP, ya sea autónomo o dependiente de otro delito, posee agravantes que solo le sean aplicables a él.

QUINTA. La rúbrica del Título que contiene tanto el homicidio como el asesinato, “Del homicidio y sus formas”, que se incluyó en el CP de 1995 y que se mantiene en el actual, no puede ser tenida como la respuesta del legislador al debate doctrinal en favor de la tesis del asesinato como forma de homicidio, ya que anteriormente, aunque la rúbrica era “Delitos contra las personas”, el capítulo que contenía a ambos delitos únicamente hacía referencia al homicidio y no al asesinato, al llamarse “Del homicidio”, tal y como podemos comprobar por ejemplo en los CPs de 1944 o 1973.

La posición que adopta la doctrina mayoritaria en la actualidad es la del asesinato como forma de homicidio, y esto es debido en gran parte a este cambio de rubrica. Sin embargo, antes de la publicación del CP de 1995 la doctrina mayoritaria apostaba por la tesis contraria, la del asesinato como delito autónomo, a pesar de que el capítulo en el que ambos estaban recogidos sólo hiciese referencia al homicidio, por lo que tampoco nos parece válido el argumento del cambio de rúbrica para justificar este cambio de posición doctrinal.

SEXTA. Como ya vimos anteriormente, existen autores que entienden que existe un homicidio agravado, distinto del asesinato, en los casos en los que el autor

pertenecía a un grupo u organización criminal. La idea de un homicidio agravado distinto del asesinato cobra mayor fuerza con la publicación del CP de 2015, que pena el homicidio con la pena de prisión permanente revisable en determinados casos.

El hecho de que ya exista un homicidio agravado, que además está recogido por la Ley y no es sólo una tesis doctrinal como la de que el asesinato es un homicidio agravado, apoya la idea del asesinato como delito autónomo, al no poder ser el asesinato un homicidio agravado cuando ya existe el tipo de homicidio agravado y que es distinto a él.

A esto hay que añadir el hecho de que a su vez existan dos tipos agravados de asesinato, de tal forma que si aceptásemos la tesis de que el asesinato es un homicidio agravado, el asesinato agravado sería una forma de asesinato que al mismo tiempo es una forma de homicidio.

No parece lógico que una forma de un delito tenga a su vez otras dos formas más como vimos, algo que parece más propio de delitos autónomos, y no de formas dependientes de otros delitos.

SÉPTIMA. Otro de los argumentos utilizados por la doctrina para defender la tesis del asesinato como forma de homicidio es la de que las circunstancias que cualifican el tipo no son más que meras agravantes genéricas, por lo que el asesinato sería en realidad un homicidio agravado.

Sin embargo, esta teoría no sería válida si tenemos en cuenta que no todas las circunstancias del asesinato coinciden con las agravantes del art. 22 CP. Por un lado la circunstancia del encubrimiento es exclusiva del asesinato, no siendo aplicable a ningún otro delito del CP; y por otro lado podemos entender que el ensañamiento que recoge el art. 139 CP es distinto del que recoge el art. 22 CP, al indicar éste último las palabras “sufrimiento” y “padecimientos innecesarios para la comisión del delito”, en las que cabe, además de los padecimientos físicos, padecimientos psíquicos o morales, mientras que el art. 139 CP emplea únicamente la palabra “dolor”, en la que sólo caben los padecimientos físicos. Esto hace que el ensañamiento de un art. sea distinto al del otro.

Además, podemos encontrar autores, aunque no jurisprudencia, que entienden que la circunstancia de alevosía del asesinato es distinta a la alevosía común, de manera

que la alevosía del art. 22 CP es aquella en la que el autor busca la indefensión de la víctima para evitar que ésta le pueda causar algún daño al defenderse; mientras que la del art. 139 CP se produce cuando el autor busca la indefensión de la víctima para asegurar la ejecución del hecho; por lo que debemos desechar también este argumento.

OCTAVA. En el caso de admitir el asesinato como forma de homicidio, como explicamos antes, en el supuesto de que haya partícipes se debería seguir lo dispuesto en el art. 65 CP, según el cual les correspondería una pena por homicidio en aquellos casos que desconociesen la existencia de alguna de las circunstancias del art. 139 CP, y sólo respondería por asesinato el autor de los hechos.

De esta forma, varias personas implicadas en un mismo hecho acabarían respondiendo por delitos distintos, cuando parece más justo que aquellos que intervienen en un delito respondan todos ellos por el mismo, en lugar de penar por homicidio a aquellos que han participado en un asesinato, y más aún cuando la jurisprudencia ha admitido, como vimos, que algunas circunstancias como la del precio se le pueden aplicar tanto al autor como al inductor.

NOVENA. Aunque la jurisprudencia se haya pronunciado sobre este debate apoyando la tesis del asesinato como homicidio agravado, la sensación que nos trasmite la lectura de la sentencia en la que lo hace, es que el TS adopta esta posición para justificar la pena impuesta anteriormente por otro tribunal, y basándose además, en el argumento del cambio de rúbrica, que como ya hemos comentado, no nos parece del todo acertado, y aprovechando que en los hechos que se están enjuiciando, ambas circunstancias coinciden con las agravantes comunes del art. 22 CP.

Por todo esto, podemos decir que tras la elaboración del presente trabajo, hemos llegado a dos conclusiones principales: la primera de ellas, es que consideramos más acertada la posición del asesinato como delito autónomo, frente a la del asesinato como forma de homicidio, ya que esta última está basada, en nuestra opinión, en argumentos erróneos como hemos indicado en los párrafos anteriores; y la segunda, es que en cada supuesto se debe determinar con la mayor exactitud posible cuáles fueron los hechos y

cómo y cuándo ocurrieron, y una vez estén claros los hechos, se deben analizar prestando mucha atención a las circunstancias en las que se desarrollaron, puesto que como hemos visto a lo largo de los dos últimos capítulos de este trabajo, cualquier mínimo detalle puede ser determinante a la hora de calificarlos como un delito u otro, ya que en ocasiones, la calificación puede depender de un hecho que en un principio puede parecer irrelevante jurídicamente.

ANEXO I: BIBLIOGRAFÍA

ABASOLO TELLEIRA, A.E., *El homicidio y los homicidas: Estudio descriptivo del homicidio en la provincia de Bizkaia (1992-2013). Características clínicas, médico-legales y jurídicas de los homicidas*, Tesis Doctoral (s.p.), Universidad del País Vasco, 2016.

AL-FAWAL PORTAL, M., *Análisis penal, psicopatológico y jurisprudencial sobre delitos contra la vida humana independiente perpetrados por sujetos afectados de trastornos mentales*, Tesis Doctoral (s.p.), Universitat Internacional de Catalunya, 2011.

BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, Volumen I, 2ª edición, Edit. Iustel, Madrid, 2016.

BURGOS PAVÓN, F., *Temas de derecho penal*, 2ª edición, Edit. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1994.

CALDERON CEREZO, A.; y CHOCLAN MONTALVO, J.A., *Derecho penal*, Tomo II. Parte especial, 1ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, Tomo I, 1ª edición, Edit. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1993.

COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), GONZALEZ RUS, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Edit. Dikinson, Madrid, 2005.

CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *Manual de derecho penal parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1, 1ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; GARCÍA MARTÍN, L.; y LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal. Parte especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA VALDÉS, C.; MESTRE DELGADO, E.; y FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Edit. Edisofer, Madrid, 2015.

GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LANDECHO VELASCO, C.M.; y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3ª edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MILLÁN TORRES, V., “La secta de los asesinos. Los legendarios guerreros de Alamut”, *Historia National Geographic*, nº 156, 2016.

ROMEO CASABONA, C.M.; SOLA RECHE, E.; y BOLDOVA PASAMAR, M.A. (Coords.), *Derecho penal. Parte especial*, 1ª edición, Edit. Comares, Granada, 2016.

SILVA SANCHEZ, J.M., (Dir.), FELIP I SABORIT, D., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 4ª edición, Edit. Atelier, Barcelona, 2015.

SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (Coord.), *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 6ª edición, Ed. Civitas, Pamplona, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo III, Volumen I, 2ª edición, Edit. Iustel, Madrid, 2016.

ANEXO II: JURISPRUDENCIA

STS 1090/1983 de 7 de julio.....	Roj: STS 211/1983.
STS 188/1984 de 9 de febrero.....	Roj: STS 1708/1984.
STS 470/1984 de 28 de marzo.....	Roj: STS 1397/1984.
STS 1136/1988 de 3 de mayo.....	Roj: STS 13442/1988.
STS 1140/1988 de 3 de mayo.....	Roj: STS 14162/1988.
STS 434/1991 de 4 de febrero.....	Roj: STS 13973/1991.
STS 1286/1997 de 27 de octubre.....	Roj: STS 6374/1997.
STS 726/1999 de 22 de enero.....	Roj: STS 241/1999.
STS 2252/2001 de 29 de noviembre.....	Roj: STS 9375/2001.
STS 1813/2002 de 31 de octubre.....	Roj: STS 7251/2002.
STS 775/2005 de 12 de abril.....	Roj: STS 2170/2005.
STS 716/2009 de 2 julio.....	Roj: STS 4629/2009.
STS 1335/2009 de 1 de diciembre.....	Roj: STS 8260/2009.
STS 88/2010 de 19 de enero.....	Roj: STS 665/2010.
STS 214/2011 de 3 de marzo.....	Roj: STS 1859/2011.
STS 557/2011 de 3 de junio.....	Roj: STS 3793/2011.
STS 16/2012 de 20 de enero.....	Roj: STS 409/2012.
STS 527/2012 de 20 de junio.....	Roj: STS 4691/2012.
STS 395/2013 de 7 de mayo.....	Roj: STS 2604/2013.
STS 691/2013 de 24 de septiembre.....	Roj: STS 4764/2013.
STS 455/2014 de 10 de junio.....	Roj: STS 2432/2014.
STS 587/2014 de 18 de julio.....	Roj: STS 3086/2014.
STS 717/2014 de 29 de enero de 2015.....	Roj: STS 818/2015.

STS 335/2015 de 9 de junio.....Roj: STS 2341/2015.
STS 875/2016 de 21 de noviembre.....Roj: STS 4973/2016.
STSJ AND 35/2013 de 5 de noviembre.....Roj: STSJ AND 13960/2013.
STSJ EXT 4/2017 de 5 de julio.....Roj: STSJ EXT 857/2017.
STSJ GAL 2/2016 de 15 de marzo.....Roj: STSJ GAL 1522/2016.
STSJ AND 26/2020 de 5 de febrero.....Roj: STSJ AND 1/2020.
SAP GI 184/2001 de 23 de marzo.....Roj: SAP GI 571/2001.
SAP BI 28/2009 de 23 de abril.....Roj: SAP BI 223/2009.
SAP M 92/2009 de 30 de junio.....Roj: SAP M 6804/2009.
SAP CO 56/2013 de 22 de julio.....Roj: SAP CO 732/2013.
SAP C 365/2015 de 11 de noviembre.....Roj: SAP C 2934/2015.
SAP AL 379/2019 de 30 de septiembre.....Roj: SAP AL 599/2019.

*NOTA: los números de referencia de todas las sentencias que aparecen aquí enumeradas corresponden al buscador de jurisprudencia CENDOJ, el buscador oficial del Consejo General del Poder Judicial.