

De la alevosía

(S. 16 de mayo de 1968)

Por JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
de Madrid y Director del Instituto de Criminología

SUMARIO: 1. Relación facticia.—2. Decisión del Tribunal *a quo*.—3. Impugnación de la Sentencia de la Audiencia.—4. Breve análisis de la Sentencia dictada por la Sala segunda del T. S.

1. *Relación facticia.*

Los hechos probados son los siguientes: “Probado y así se declara, que la procesada G. J. F., casada con F. P. F., con quien contrajo matrimonio el día 14 de enero de 1961 en C. y de cuya unión tiene dos hijos de cinco y un años de edad. El día 17 de septiembre, a las 13 horas, dio a luz un niño vivo y viable en la clínica maternal del Dr. M. S. M. en la B., instalada después del alumbramiento en la habitación núm. 10 de la clínica citada, la procesada sobre las 17 horas del día indicado, sacó al niño del moisés y comprimiéndole con la mano fuertemente la región cervical, le ocasionó la muerte deseada por la procesada. La procesada que tiene a su cargo dos hijos de cinco y un años de edad, cuyos medios de subsistencia son los que proceden del jornal que gana eventualmente en el campo, cuyo esposo se halla en el extranjero y en ignorado paradero, sin que conste que la remita fondos para contribuir a la subsistencia de la familia, y que dio a luz en ausencia de toda compañía familiar o afectiva, sufrió inmediatamente después del alumbramiento una grave crisis psíquica que no le privó totalmente de la lucidez mental y durante la cual ejecutó el hecho de autos.”

2. *Decisión del Tribunal “a quo”*

La Sala sentenciadora estimó que los hechos declarados y descritos con anterioridad eran legalmente constitutivos de un delito de parricidio previsto y sancionado en el art. 405 del Código penal y del que era criminalmente responsable en concepto de autor la procesada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal núm. 10 del art. 9 en relación con la circunstancia 8.ª del mismo precepto y dictó el pronunciamiento siguiente: condena a la autora del hecho como responsable de un delito de parricidio con la concurrencia de una circunstancia atenuante muy calificada también recogida a la pena de 10 años de prisión mayor con las accesorias de la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho

de sufragio durante la condena y al pago de las costas procesales, procediendo reclamar del Instructor la pieza de embargo y abonar a la procesada la prisión preventiva sufrida por esta causa.

3. *Impugnación de la sentencia de la Audiencia.*

A la vista de la citada sentencia, el Ministerio Fiscal formalizó recurso apoyándose en los motivos siguientes: a) Al amparo del núm. 1.º del artículo 948 de la LECrim., por entender que ha existido infracción por inaplicación de la circunstancia agravante núm. 1.º del art. 10 y por aplicación indebida del art. 59, inciso 2.º del mismo cuerpo punitivo. b) En el mismo amparo que en el anterior por infracción de la aplicación indebida de la regla 5.ª del art. 61 del Código penal por cuanto al ser el presente motivo corolario del anterior para aplicar la regla 5.ª del art. 61, es imprescindible que no concurren circunstancias agravantes alguna. c) Amparado como los anteriores por infracción indebida por inaplicación de la regla 3.ª del art. 61 del Código penal, puesto que concurriendo la circunstancia agravante de alevosía y habiendo apreciado la sentencia recurrida, la atenuante analógica del núm. 10 del artículo 9, la pena imponible al delito de parricidio puede ser corrida en toda su extensión y concretada según arbitrio judicial, pero siempre que no baje del tope mínimo.

Por el contrario, la defensa de la procesada impugnó el recurso y mantuvo, claro está, la confirmación de la sentencia

4. *Breve análisis de la sentencia dictada por la Sala 2.ª del T. S.*

La Sala de lo criminal del más Alto Tribunal de Justicia dicta una sentencia casando la del inferior, y utiliza al efecto los razonamientos siguientes: "que si la circunstancia agravante de alevosía, núm. 1.º del art. 10 del Código penal, requiere para existir de la necesaria presencia de los elementos que atañe a la objetividad del injusto y derivan del empleo por el agente de medios, modos o formas, que consigan, de un lado, el aseguramiento de la ejecución consumativa del delito, y, de otro, evitar el riesgo que pudiera provenir de la eventual defensa del ofendido, que se encuentra totalmente anulado en su capacidad de reacción ante el ataque, es comprensible que la tradicional doctrina de esta Sala, con reiteración suma y sin excepciones, haya venido entendiendo, que la muerte dada a un recién nacido —e incluso a niños de corta edad— es siempre alevosa por concurrir en ella las notas esenciales de tal circunstancia de agravación, puesto que al ser el agredido una criatura inermes, no puede notoriamente defenderse, no poner resistencia alguna por su debilidad fisiológica, que le lleva a depender absolutamente de otras personas para subsistir, logrando el delincuente un resultado seguro y sin riesgos, producto de su perversidad anímica y actuar cobarde, que acoge sin más este aseguramiento e indefensión, pues en tal supuesto, el actuar instrumental o modal exigido en el tipo, con el empleo de formas reales objetivas, está dado por la condición de la víctima y debe atenderse y valorarse la antijuricidad

del acto sobre la intención del agente en su tendencia ideal subjetiva, por ser lo trascendente el comportamiento material o la conducta en su dimensión dinámica, y con tal aludida propia utilitaria seguridad y ajena indefensión, que indudablemente existe, alojarse o no en la mente del autor, electivamente, en consecuencia íntima y personal, pues el efecto se produjo de manera A. F., en el más débil de los sujetos pasivos, con un comportamiento de tal condición en el obrar, y que a buen seguro lleva corrientemente la preordenación ideal buscada o aprovechada, pues de no ser niño, el hecho no se cometería las más de las veces”.

Como se verá la especulación gira en torno a dos ideas fundamentales: a) Carácter objetivo de la alevosía y la apreciación presuntiva de la misma, cuando se actúa en sujetos pasivos de tal índole debe ser estimada, de acuerdo con la doctrina reiteradísima de la jurisprudencia al respecto. b) La integración de elementos subjetivos en el comportamiento antijurídico, que da lugar a que se hable de una actitud psíquica que lastra la objetivación de la anti-juricidad.

Por lo que se refiere a la primera (a) quizás debiera, desde el punto de vista técnico-dogmático, diseñar la alevosía no por la objetividad del injusto, sino por ser *un elemento objetivo de la culpabilidad*. Las razones, pues, de la agravación de la alevosía, según nuestro modesto entender, entraña un resaltamiento más grave de la culpabilidad, aun cuando en este caso concreto está objetivada esa actitud o ese reproche de la persona en el propio contexto del legislador al decirnos “empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido”. En este caso concreto el legislador no ha dejado a la interpretación el contenido de la agravante, sino que, haciéndose eco de la tradición jurídica española, ha querido, llevado de su propósito politicocriminal, de describir de una manera exhaustiva la alevosía y de lo que de suyo intenta desde el punto de vista subjetivo el que se comporta dentro de su ámbito. En una palabra, ha plasmado, como se dice acertadamente en la sentencia, el modo con que debe realizarse el hecho subjetivo que de cierta manera no es otra cosa sino la expresión de una actitud “aleve”, “cobarde” de la persona que al poner en juego esos medios da a entender cuáles son sus posturas internas, porque con ello evita el riesgo que pudiera provenir de la defensa que hiciera la víctima.

El problema surge y adquiere cierta complicación si se prescinde de la Jurisprudencia y se entra a fondo en el *telos* del precepto. ¿Qué nos ha querido decir el legislador español al definirnos con tanta profusión y detalles la *sustancia* de la alevosía? ¿Cómo es posible que no se haya meditado como debiera respecto a la cuestión de la inherencia en determinados tipos o en el normal funcionamiento de la agravante? Y ya en formas concreta y directa: En este supuesto y en otros análogos en realidad, cabe preguntar, ¿debe presumirse la alevosía o no? O dicho de modo más claro: ¿Metódicamente la alevosía es *aplicable presuntivamente*, en situaciones en que está preconfigurada, como sucede en los parricidios de recién nacidos o de corta edad, o, por el contrario, exige inexorablemente una puesta en práctica, una dinámica

proyectada hacia la finalidad perseguida en que el individuo alevoso elija los *modos, medios o formas*? La respuesta es bien sencilla, nos decidimos por la afirmativa en contestación al último inciso de la pregunta.

La explicación de unas respuestas congruentes con el "hecho probado" y en referencia inmediata con la agravante o si ésta integra o está estañado al delito de parricidio, nos exigiría unos planteamientos excesivos para lo que son estas notas, breves comentarios. Por tanto, sólo tangencialmente vamos a tocar la problemática presente.

Si se sigue la corriente reiterada de la Jurisprudencia, esto es, la estimación de la alevosía en el supuesto actual, nos encontraremos con que:

a) Se da como presumida la alevosía. Existen, pues, estados en los cuales con sólo registrarlos se aprecia la alevosía. Aquí la agravante, por tanto, forma parte del dolo, de acuerdo con la interpretación aceptada —no por nosotros— de los párrafos 1.º y 2.º del art. 1 del Código penal vigente.

b) Contraviene la propia definición auténtica de la alevosía, puesto que basta con una reflexión polícticriminal para darnos cuenta que no conviene a la aplicación en estos términos.

c) Se llega a una distinción de parricidios agravados y generales. Los primeros serían todos aquellos en los cuales el sujeto pasivo es un infante, en tanto que los otros tendrían sujeto pasivo distinto. Separación fundada *estrictamente* en atención al sujeto pasivo, y la cual, por supuesto, contrasta con el mandato contenido en el art.º 405.

d) Además que esta interpretación que va contra el aforismo interpretativo *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* (art. 24 del Código penal), carece de asidero legal tanto en la circunstancia 1.ª del art.º 10 cuanto en el art.º 405.

e) Los comentaristas españoles más recientes —Quintano Ripollés y Rodríguez Devesa— silencian un problema de tan superlativa importancia práctica.

No cabe duda que tiene una cierta atracción polémica la tesis acabada de sugerir, puesto que la fundamenta la propia estructura del art.º 405. Nada quiere decir a este respecto la Jurisprudencia que tradicionalmente se ha venido formando cuando se trata de un sujeto pasivo de las condiciones reseñadas, puesto que lo que nos planteamos aquí es la lisa y llana interpretación del art.º 405 en referencia concreta con la circunstancia 1.ª del art.º 10. Si se piensa, siquiera sea de una manera breve, se caerá en la cuenta que la aplicación de la alevosía en estos casos no tiene el fundamento que debiera en la propia interpretación auténtica del hecho realizado con alevosía, puesto que nunca existirá *riesgo* en los casos citados; en tanto que el último inciso del párrafo 2.º de la circunstancia 1.ª del art.º 10 implica de suyo la simple lectura, la existencia de una condición o de un posible riesgo el cual es eliminado por el empleo de los medios, modos o formas en la ejecución; es decir, porque el medio elegido para la realización de matar va flechado de una manera directa y especialmente segura; con lo que dicho se está que queda completamente enervado el posible riesgo que uno pudiera tener frente a la víctima. Cabe, pues, preguntar ¿qué sucede en aquellas hipótesis delictivas de parricidio, como la presente

en que nunca puede existir riesgo alguno para la persona y por otro cualquier medio que se emplee va dirigido directamente a asegurar la muerte del mismo? Entendemos que la respuesta está ya implicada en la propia pregunta. En estos casos no cabe apreciar la alevosía. Por dos motivos fundamentales y que son los constitutivos, mejor todavía, los que la dan naturaleza y sentido a la alevosía: la elección de un medio, de un modo o de una forma que tienden directamente a asegurar el evento, de matar. En los casos del infante no es menester la elección del medio; cualquiera que se emplee puede ir derecho a realizar de una manera directa y segura la muerte del mismo. b) Tampoco cabe discurrir sobre el problema de que con la elección de ese medio se ha radiado el riesgo que pudiera provenir de la víctima, puesto que en estos casos no existe riesgo de ninguna forma ni cabe esperar defensa de la agresión por parte de la víctima. Es decir, que la Jurisprudencia ha aplicado la alevosía en estos casos, aunque una meditación *semántica*, puramente *semántica* de la interpretación auténtica, nos lleva a un resultado diverso: En los casos en que el sujeto pasivo es un recién nacido, o bien un infante de corta edad, como se dice en el razonamiento incisivo empleado por la Sala, ha estimado la alevosía, siendo así que un análisis gramatical nos desvela a la vez la razón incriminativa de esta agravante —como decíamos antes— y nos lleva a una conclusión distinta, cual es la que consiste en que en estos casos no tiene *sentido* la aplicación de la misma, puesto que la dinámica del *tempus* ejecutivo está de antemano prejuzgado en la dirección de que por la propia razón del sujeto pasivo y no por los puntos de apoyo que depara la agravante, el hecho delictivo de suyo, por su propia índole, siempre tiene que ser alevoso, dada la categoría de la persona sobre la que recae la acción material.

Sería muy interesante una meditación sobre estos extremos con objeto de no agigantar más la grave penalidad inscrita para el art.º 405, y que de esta suerte no se vea obligado a hacer uso el Tribunal sentenciador del párrafo 2.º del art.º 2, máxime cuando se trata de un delito corriente que ha sucedido, en esta relación facticia, en circunstancias excepcionales.

Por lo demás, el esquema técnico empleado en el razonamiento del “Considerando” transcrito es bien moderno. Se echa mano de un vocabulario consonante con el deparado por la moderna dogmática penal.

La segunda idea (b) que apuntamos se inscribe en la fuerza que entraña en la composición de esta agravante el requisito subjetivo. Aun cuando algún que otro comentarista español, no es ninguno de los acabados de señalar, yerra cuando considera que la alevosía es una circunstancia objetiva, y cuyo error radica en que el legislador ha *descrito objetivamente* un talante especial con el que se desencadena el suceso penal, sin embargo la Jurisprudencia, en una sentencia por demás interesante, en la que logramos la casación con inapreciación de la alevosía y, por consiguiente, su degradación de asesinato en homicidio (14-XI-1958), adoptó remarcadamente un punto de vista subjetivo, dando cabida a la tesis de continuo formulada por nosotros —siguiendo la inspiración del siempre recordado profesor R. Muñoz.

Ahora bien, que el subjetivismo que informa esta agravante aparece *también* en el injusto, dando lugar a lo que ahora se llama un “injusto

personal" está explícitamente expuesto en el "Considerando" reproducido, si bien por mi parte pienso sería preferible revestir esta impronta personal en el área de la reprochabilidad, ocupada por la culpabilidad, en cuya parcela habría de verse y ponderarse de la mejor manera el problema que presenta el último párrafo de la relación circunstanciada de los "hechos probados", en que se dice textualmente: "después del alumbramiento una grave crisis psíquica que no le privó totalmente de la lucidez mental y durante la cual ejecutó el hecho de autos".

La apreciación, pues, por parte de la Sala de una atenuante muy calificada al amparo de la analógica del número 10.º del art.º 9 y en referencia inmediata con la circunstancia 8.ª del mismo precepto halla aquí su fundamento. No hay duda que existe una plataforma fáctica que posibilita, dada la calificación y la sentencia dictada por el Tribunal "a quo" para apreciar la atenuante: "de obrar por estímulos tan poderosos que, naturalmente, haya producido arrebató u obcecación". En referencia directa, claro está, con la interpretación analógica que facilita la circunstancia 10.ª de este mismo precepto. Sobre todo, si no se olvida que, en fin de cuentas, en estos casos —como en la mayoría de los Códigos— el infanticidio es un tipo privilegiado, en atención a una situación criminológica excepcional, surgida, claro está, de unos momentos especiales deparados por el proceso *post-partum*.

El problema que suscita el último párrafo de los "hechos probados" en referencia con la alevosia carece de importancia en su planteamiento; no sólo porque ha sido desestimado por la Jurisprudencia y considera que es compatible el vicio parcial de la mente con la agravante de alevosia, sino porque en realidad la problemática de más envergadura y aliento consiste en plantear la tesis de si funciona en estos supuestos y dada la característica del sujeto pasivo la alevosia o, por el contrario, se trata de un elemento constitutivo del tipo. La respuesta por nuestra parte está a la vista. Y viene dictada estrictamente por la propia semántica, como decíamos antes, del contenido de la definición dada por el legislador en el párrafo 2.º de la circunstancia 1.ª del art.º 10 del Código penal. Conviene conocer más de cerca cuáles son las razones que han inducido a la decisión suprema adoptada por la Excma. Sala de nuestro más Alto Tribunal. Y aparte de las que se entrevén en el 3.º de los "Considerandos", literalmente reproducido, es digno de mención el 2.º de los "Considerandos", en donde se expone textualmente lo que sigue: "que al desconocer esta reiterada doctrina de esta Sala, la sentencia recurrida ha de modificarse, al no aplicar la agravante de alevosia referida, y por realizarlo indebidamente del artículo 59, párrafo 2.º del Código penal, toda vez que la procesada cometió el parricidio, previsto en el art.º 405 del Código penal, al dar intencionada y querida muerte a su hijo, a las cuatro horas de nacer en una clínica, comprimiéndole con la mano fuertemente la región cervical, y por lo mismo, de manera alevosa, según se consignó, sin que pueda admitirse el argumento que dicha resolución empera, para reclamar dicha circunstancia de mayor punibilidad, de "que es inherente al hecho mismo, ya que no al tipo penal abstracto", porque con él se desconoce radicalmente

lo dispuesto en el citado art.º 59, párrafo 2.º, que elimina de su función ordinaria las agravantes de tal manera inherentes al *delito*, que sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse, por lo que la inherencia ha de referirse al tipo “in abstracto” y no al hecho “in concreto”, pues, incluido expresamente aquel supuesto, se rechaza éste y el parricidio tanto puede tener como objeto a niños recién nacidos —caso típico del infanticidio— como a personas de condición adulta, por lo que no puede asegurarse que la privación de vida a un infante acabado de nacer o de corta edad sea consustancial con tal delito, ni que constituya uno de los elementos integrantes, sin el cual no tendría existencia el tipo legal, como ha venido exigiendo esta Sala en su doctrina interpretativa de la norma tan citada”.

Es indiscutible que el “Considerando” acabado de transcribir toca de lleno en el problema planteado por nosotros, y en cierto modo lo ha entrevistado con agudeza metódica, digna de encomio, puesto que observa dos planos en la consideración sobre el parricidio: uno, en *abstracto*, y otro, en *concreto*. Sin embargo, el razonamiento no ha llegado al resultado congruente con las premisas establecidas, puesto que nadie duda de que no es consustancial al delito de parricidio el que el sujeto pasivo revista las condiciones excepcionales de este caso, sino, antes al contrario, se dan mayor número de parricidios sobre los sujetos pasivos adultos.

Ahora bien, a mi modo de ver y salvando la inteligencia con que ha sido planteado el problema en el “Considerando” que comentamos, resulta que se entremezcla con ello un problema que nosotros hemos salvado en el comentario realizado en los párrafos anteriores, puesto que no se trata del planteamiento de la inherencia en el tipo del delito; en una palabra, sería discutible el planteamiento de si es aplicable o no el párrafo 2.º del art.º 59, en que textualmente dispone: “tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse”. Como decíamos antes, no se trata de un problema de inherencia o no con el tipo, sino de que la agravante de suyo por su propia naturaleza es inaplicable en estos casos concretos, porque no se dan, de una parte, la premisa lógica de la elección de los modos, medios o forma que tiendan directamente a asegurar la muerte; ni la dependencia lógica, especie de corolario de esta premisa, que es la de evitar el riesgo que pudiera venir por parte de la víctima. Estamos a presencia de la estimación de la agravante sin que se haya tenido en cuenta la bilateralidad de la misma, puesto que son dos las personas que intervienen en la relación o titularidad de esta agravante de alevosía. El sujeto que actúa de una manera alevosa, traidora, cobarde, que elige unos medios para cometer de una manera segura y directamente la muerte; y, de otro lado, la víctima, que no puede defenderse en razón a los medios elegidos por el sujeto activo. En el caso concreto que nos ocupa, la titularidad del sujeto activo y pasivo. Esa especie de relación, y que se traduce en una dinámica de un comportamiento activo, y por otra parte, de un comportamiento pasivo, que está condicionado por la actividad traidora o aleve, no sucede en el caso actual, ya que estamos a presencia de un

sujeto pasivo inimputable, en donde no puede defenderse, sea cual fueren los medios elegidos.

En consecuencia, no se trata, a mi modo de ver, dicho sea con los máximos respetos para los comentaristas españoles al respecto y la Jurisprudencia reiterada de la Excma Sala, de un problema de inherencia o no en el tipo penal, tanto en *abstracto* como en *concreto*; en ninguno de los dos casos puede hablarse de inherencia por el hecho de que estamos en una contemplación de la alevosía, formando parte de la culpabilidad de la persona, y con un carácter presuntivo, y cuya aplicación o no depende de una condición que está exclusivamente por fuera del concepto de la alevosía, cual es la del sujeto pasivo sobre el que recae la acción.

En cuanto a la consideración que hace la Sala estimando los restantes motivos de impugnación del Ministerio Fiscal y que son consecuencia insoslayable de la apreciación de la circunstancia agravante, carece de importancia traerlo a colación y a comentario.

Quizá la importancia de esta sentencia radica en que ha planteado, en toda su integridad, una buena parte de la problemática aplicativa del art.º 59, párrafo 2.º, en referencia con el 405 y con la circunstancia 1.ª del art.º 10. Y, sobre todo, porque ha suscitado un problema antiguo, que al cabo del tiempo y reeditando sobre el mismo, particularmente desde un punto de vista fáctico, hemos llegado a una conclusión interpretativa completamente distinta (1).

(1) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Escudero del Corral.