

El elemento psicológico en la alevosía

E. JIMÉNEZ ASEÑO

Abogado Fiscal de la Audiencia
de Madrid

SUMARIO: I. Concepto vulgar u ordinario.—II. Concepto técnico o jurídico. Propósito.—A) El derecho comparado.—B) Su evolución histórica nacional.—C) Exégesis del texto legal.—a) Comisión de un delito contra las personas.—b) Emplear medios, modos o formas ejecutoriamente eficaces.—1.º Casos de indefensión natural. — 2.º Casos de indefensión circunstancial u ocasional. — a) Ataques inadvertidos.—a') Aprovechándose de la situación de inconsciencia de la víctima.—b') Ejecutado por sorpresa.—c') Ejecutarlo mediante engaño.—b) Agresión inevitable aun inadvertida.—1') Agresión inevitable aun advertida, sin riña.—2') Idem con riña—c) Conciencia de la situación ventajosa.

I. CONCEPTO VULGAR U ORDINARIO

La alevosía no es una palabra privativa de los juristas, no obstante su empaque técnico y mucho menos de los penalistas, aunque sean éstos quienes la hayan estudiado con más cariño y la utilicen con mayor rigor didáctico o doctrinal. La alevosía se usa también por el vulgo—forma parte del *sermo vulgaris*—, con significado equivalente al de los juristas, ya que es del pueblo, una de cuyas grandes creaciones son los idiomas, de donde sustrae su esencia o significado moral. En este general sentido la alevosía se equipara, corrientemente, con la traición o la felonía y todo el mundo la usa cuando trata de condenar o denigrar a una persona o alguna de sus acciones o conducta calificándolas de solapada, taimada, pérfida, falsa, oscura, traidora, emboscada, felona... Posee, por tanto, un cariz genuino e inconfundible que no se agota en el acto, sino que logra caracterizar toda la conducta de un individuo, y adquirir la categoría definidora de un tipo humano, perfectamente determinado por su manera de ser o actuar. Es decir, imprime carácter.

Ordinariamente la alevosía se equipara con la traición y la perfidia y de este modo todo el que actúa alevosamente es un traidor, un pérfido o felón; persona de oscuros e insospechados resortes morales que encubre bajo la falsa apariencia de una conducta social, moralmente irrepachable.

Ha sido el sentido histórico tradicional quien lo ha sancionado

así, porque siendo sujeto de conducta solapada es poco de fiar, puesto que resulta peligroso para la alegre y confiada convivencia humana, fundada en leyes sociales que se basan en una franca y reciproca confianza de los unos, en la conducta de los otros, según el orden y medida normalmente aceptados. Mostrando falso respeto y amistad hacia los demás, el taimado o pérfido trae en la cara cosa distinta que en el corazón, según expresivamente dibujaron su psique los clásicos, y acecha, ocultamente, el momento propicio de hallarse desprevenida la víctima para caer sobre ella y dar el salto predatorio o vengativo que yacía, traídoramente, reservado en el fondo de su corazón.

De sujetos de esta especie está lleno el mundo, a pesar de la lucha, dura e incesante, que la buena moral mantiene contra ellos. Es un producto universal, no obstante su repulsa general, que se da en todos los tiempos y se cosechan en todas las clases sociales. El rufián o el taimado, de baja y abominable psicología, se cubre a veces, no sólo con la capa del vicio o la miseria, sino que se ampara, incluso, bajo el manto de la realeza. Ejemplo de ello nos lo ofrece la Historia, con más asiduidad de lo que sería deseable.

La nobleza y la bondad de corazón no es patrimonio exclusivo de ningún grupo social. Su trono está en el corazón y por ello sólo cabe, real y auténticamente referirlas a los individuos, y, por proyección de éstos, a la sociedad a que pertenecen.

La alevosía es el reverso de la franqueza, la lealtad y la nobleza de espíritu, valores sociales de primer grado que es preciso estimular. Representa la negación de las leyes más puras de la vieja y romántica caballería universal, aún no extintas. Los quijotes no son ni pueden ser traidores ni taimados; no conocen el crimen proditorio o alevé por premeditado y aunque no sea exigible un grado tal de virtuosismo moral al común de las personas, sí lo es un sentido de la vida inspirado en él, que es la base de la orientación legal.

Del propio modo que existen sujetos con almas sensibles a las nobles ondulaciones de la ética, la Historia nos ofrece también tristes ejemplos de almas colectivas con reacciones taimadas y sórdidas, con espíritus felones o amigos de la perfidia. Las Historias nacionales marcadas con el estigma deshonoroso de la alevosía o la traición, son sobradamente conocidas para ser citadas.

De Oriente a Occidente la escala de valores sociales, en este orden de cosas cultural, varía sensiblemente, si las aseveraciones de los sociólogos y viajeros no son falsas o equivocadas. Incluso dentro de las naciones se muestran ejemplos bien patentes de regiones o comarcas que poseen una mayor sensibilidad que otras para reaccionar frente a estas posturas espirituales.

Cuando Polonia cae víctima martirizada a la barbarie humana, por efecto del doble ataque combinado de la Rusia roja y la Alemania nazi, sigilosamente preparado y solapadamente puesto en práctica, se consume una victoriosa pero alevosa operación militar.

El ataque japonés a la base naval de Puerto Perla (Pearl Harbor) es, sin duda alguna, el más típico y condenable ejemplo de operación alevé verificada a traición y sobre seguro. Podrá la táctica militar justificada técnicamente, desposeyéndose de toda su tradición honoraria, que hizo de la lealtad y la nobleza de conducta la base de su código del honor; pero la conciencia moral del mundo entero, o al menos del occidental, la condenará sin remisión posible. Triste ejemplo de los tiempos el haber olvidado las viejas leyes de la moral internacional que exigían una declaración formal de guerra entre los pueblos civilizados, a imitación de los caballeros, para que, como éstos, pudieran acudir al campo del honor preparados y listos al combate, pertrechados de todos sus medios defensivos eliminando así la sorpresa del ataque y con ello la traición y la perfidia.

Ahora el ataque, la invasión y la depredación por sorpresa, a traición y sobre seguro, el ataque alevoso, constituye el desideratum de una política estratégica agresiva y mortífera que todo lo fia a la acción de los ataques bélicos concebidos en la mayor intimidad, organizados en la clandestinidad más rigurosa y ejecutados al amparo de la sorpresa y sin previo aviso, para caer sobre el enemigo desprevenido, eliminando el riesgo de errar el golpe y la justa represalia de la víctima, hecha prácticamente imposible por la bárbara devastación realizada. ¿Qué valor puede tener frente a esta realidad, tan dura y despiadada, la condena de la vieja moral y el derecho? Sólo en la lucha contra el criminal astuto y reptante cabe justificar la emboscada, el espionaje y la acción por sorpresa porque, al fin, se ejercita el derecho de la legítima defensa de la salud pública con iguales armas, suprema ley de la autoridad. ¿Estará cambiando también la moral internacional?

En definitiva la alevosía representa la manifestación evidente de una conciencia personal mal conformada socialmente; una tara moral de quien la padece, indicadora de la existencia de cierta perversidad peligrosa para la pacífica convivencia humana y, sobre todo, una conducta indigna de ser admitida en el seno de las relaciones con los demás semejantes, para los cuales siempre es un sujeto recusable y merecedor de la máxima repulsa legal, representada por la mayor gravedad de la pena imponible. La dignidad es, no cabe duda, un valor social que no sólo merece la tutela y defensa del derecho, sino su exaltación social hasta el grado máximo posible.

II. CONCEPTO TECNICO O JURIDICO: PROPOSITO

Tal vez sean nuestros juristas quienes hayan tratado con mayor atención y certeza esta circunstancia agravatoria de la responsabilidad humana y logrado un concepto más acalado de la misma, en relación con las fórmulas o definiciones forasteras. Contra la siste-

mática generalmente seguida, nuestro Código Penal alude a ella por partida doble; una vez como circunstancia genérica de agravación responsable (art. 10), y otra como circunstancia específica cualificativa del delito de asesinato. Ha sido, sin duda, esta repetición legal, una de las causas que han favorecido la concentración acuciosa de los penalistas, prácticos y teorizantes sobre ella, y logrado que forme, con la premeditación y la reincidencia, una trilogía de agravantes destacadas por el interés y cultivo técnico desarrollado sobre todas las demás. No es propósito nuestro el de verificar la plena exposición crítica de esta labor, sino solamente destacar, sobre todo lo que se dicho y escrito de la alevosía, la labor depuradora, seria y discretamente verificada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en éste, como en tantas instituciones legales, ha conseguido perfilar su sentido y alcance de un modo que no es posible ignorar si, en efecto, se pretende conocer el sentido íntimo de nuestra legalidad vigente. Solamente como el designio limitado de encuadrar la perspectiva de la orientación jurisprudencial en el cuadro general de la institución, hacemos una alusión esquemática a la alevosía en el derecho comparado y otra al derecho histórico nacional para así sustraer la consecuencia propia que tanta significación posee en su significado general y en el derecho vivo, actualmente en aplicación.

A) EL DERECHO COMPARADO

La nota más destacada del Derecho comparado la ofrece el hecho de que la alevosía, bajo las formas en que está admitida en cada legislación, constituye un motivo específico agravante de la responsabilidad humana. Se halla, por tanto, estimada como punible siempre y en grado superior al normal u ordinario. En general sirve para calificar el homicidio de asesinato e incluso, a veces, constituir la presunción jurídica normal en toda muerte humana, violentamente realizada. Por tanto, el problema que se suele plantear de *iure condendo* sobre su estimación penal (si debe ser castigada y si este castigo debe ser ordinario o agravado), se halla superado por opinión universal, expresa o implícita en sus derechos respectivos.

Contemplado el panorama legislativo internacional, se observa, en segundo término, que éste ofrece una imprecisión conceptual semejante a la que se acusa en el vulgar, aunque en su fondo está latente la idea de repulsa o condena moral y pública. Así, en tanto que el Código francés hace del «guet-apens», la emboscada, la nota típica del asesinato como comprensiva de la mente alevosa, es claro que ambas ideas no son exactamente concordantes. «El guet-apens» consiste en esperar más o menos tiempo, en uno o diversos lugares, a un individuo, sea para darle la muerte, sea para ejercer sobre él actos de violencia» (art. 298 del C. c. francés). La jurisprudencia ejerce, como es de suponer, una clara labor de correc-

ción y fijeza del concepto expuesto, en consonancia con el sentido humano de la emboscada.

El alemán no conoce, directamente al menos, la alevosía para calificar a una muerte de asesinato, sino que se fija en la premeditación, concepto paralelo, pero no igual al anterior, según lo ha visto nuestra jurisprudencia. Ninguno de los Códigos de este ciclo conoce la alevosía sustantivada (QUINTANO). La confusión es aún mayor en el «common law» inglés, tan empírico y casuístico, donde se habla de «maliciosa premeditación», y, asimismo, domina esta fórmula en los estados norteamericanos, en su mayoría.

El modelo italiano, tan doctrinario, no conoce el asesinato, manteniendo el tipo del homicidio cualificado circunstancialmente por un número, tal vez demasiado prolijo, de las mismas, entre las que se destacan la «premeditación» y la «utilización de un medio insidioso». Existen Códigos que, llevados de un noble espíritu de emulación y síntesis, como el del Brasil, han llegado a patrocinar una fórmula legal muy semejante a la italiana, a la que superan en número de circunstancias específicas gravatorias, con el deseo, nunca logrado, de agotar los supuestos reales de muerte agravada o de crímenes proditorios, y así decreta, como tal, el de «utilizar un procedimiento cruel, insidioso o de peligro común, emboscada o medio que imposibilite o dificulte la defensa del ofendido». En donde, como se ve, caben todas las nociones conocidas de la alevosía.

En resumen, el Derecho extranjero no conoce la alevosía en el sentido genuino que el nuestro. Este concepto lo refiere más bien a la premeditación o la emboscada. Conceptos similares, aunque no idénticos, y, por último, nuevas fórmulas, como la brasileña, permiten incluir en ellas el concepto de la misma sin violencia racional ni moral alguna.

B) SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA NACIONAL.

El proceso histórico, sufrido por alevosía en nuestro Derecho ha sido ejemplar. No parece que ningún otro haya captado como él la esencial de la agravante ni haya logrado depurar su idea con la justeza con que se ha verificado en él. Desde las Partidas del rey Sabio hasta el Código penal de 1870, en que la elaboración de la fórmula se detiene, la idea se transforma desde la originaria de traición hasta lograr una racionalización propia en fórmula que ya es clásica en nuestra legalidad.

En el viejo texto de don Alfonso se declara expresamente que «todo home que matase a otro a *trayción o aleve...* debe morir por ende según diximos de suso en el título de las trayciones» (ley XV, tít. VIII, Partida 7.^a).

Traición definieron en el título de referencia «tanto quiere decir como traer un hombre a otro; so semejanza de bien, a mal;

et es maldad que tira así la lealtad del corazón del home...». Y añade, cuando algunos de los yerros que se declaran hechos contra el rey o contra su señorío o contra procomunal de la tierra se llama propiamente traición, «et quando es fecha contra algún otros homes es llamada aleve, según fuero de España» (ley I, tit. II, Partida 7.^a). La ambivalencia entre traición y aleve o alevosía, que poseía en el Derecho viejo de la nación títulos tan nobles como los indicados, se mantiene en la Novísima Recopilación (ley II, tit. XXI, lib. XII), refiriéndose «al que mate a otro a traición o aleve y del que hiciere muerte segura», en donde se añade la última frase, que es como un tercer término en la definición; aclarándose que esto será «salvo aquella que fuere hecha en pelea, guerra o riña». Y esto porque hay contienda empeñada entre las partes y cada cual corre su riesgo propio, pudiendo perecer en ellas. El riesgo excluye la alevosía: es doctrina unánime entre los doctos y el vulgo.

El primer Código nacional de 1822 sanciona una fórmula expresiva y sintética, que, aun derogada, ha quedado en el ambiente judicial y se usa corrientemente, en gracia a su firmeza descriptiva, diciendo que es agravante penal el «ejecutar el hecho con alevosía», entendiéndose que existe la circunstancia «cuando se obra a traición o sobre seguro». Aquí ha desaparecido el modo aleve o alevoso como un tercer término de un género—traición, alevoso y sobre seguro—, según venía recibida de la traición, y ha pasado a convertirse en término genérico, del cual son como dos aspectos o especies, la traición y el obrar sobre seguro o la seguridad en el golpe. La alevosía ha logrado así un grado en la categoría ideal de los conceptos afines.

Esto no obstante, el sentido ético tradicional se mantiene en su esencia, inspirando la fórmula nueva que sólo ha pretendido sancionar un texto más breve y depurado que el viejo, «doctrina conforme con el sentimiento general de nuestra especie, que con tauta aversión mira al vil que, teniendo preparados todos los medios de dañar, se ensangrienta en su víctima desapercibida» (LA SERNA y MONTALVÁN). No debe, pues, confundirse el delito cometido a traición con el típico de «traición», aunque en el fondo éste envuelva aquel modo, en su mayor parte de las especies. La frase a traición es un modo adverbial que equivale a alevosamente faltando a la lealtad o confianza con engaño o cautela: *a tergo insidiosè dolose*, según observa PACINCO («por la espalda, insidiosa y dolosa»).

Sobre seguro, añaden los autores citados, significa de cualquier modo que se ejercite la muerte no siendo en pelea, guerra o riña, conforme con la ley recopilada, o sin riesgo ni peligro alguno de parte del agente. Es el sentido que preponderará en la definitiva concepción legal de la alevosía.

La fórmula vigente, sobre la misma, fué introducida por el Código de 1870, y debida, sin duda, a la pluma ágil de su autor,

señor Montero Ríos, y ofrece un estilo evidentemente racionalista o técnico (1). En ella el legislador ha pretendido captar el sentido ancestral o tradicional de la alevosía, tal como llegaba hasta él, a través de la consecuencia histórica, y al propio tiempo procurado canjear la fórmula vieja, por estimarla tal vez demasiado sintética, y no muy ajustada al rigor metodológico, no obstante su expresividad, por otra más en armonía con las exigencias del método y el legalismo penal imperante.

Posiblemente encontraban que la expresión antigua pecaba de demasiado espontánea y, por ello, expuesta a ser eludida por la falsa condescendencia o a ser ampliamente comprensiva con el espíritu vindicativo, y se procuró fijar más concretamente su alcance y significado. La redactó así: Son agravantes: 1.º *Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.*

No ha habido cambios, en texto, esenciales. El sentido ético o penal de la circunstancia queda intocado. Sólo se ha pretendido dotar de mayor rigor científico o lógico a la fórmula; así que cabe el que, naturalmente, se acuda a los antecedentes históricos para lograr captar el sentido oculto o confuso de alguna frase o de su propia significación criminal. Ya el Código de 1922 daba una relación explicativa de casos que aún conserva su valor interpretativo. Decía éste que obra alevosamente quien ataca a traición o sobre seguro, explicando seguidamente que tenía lugar «ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a otra persona..., ya llevándose la con engaño o perfidia o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquiera otro auxilio para facilitar el asesinato, ya empeñándola en riña o pelea provocada... con ventaja conocida, o ya usando cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo para el agresor o para quitar la defensa al acometido». Es decir, que en el fondo de toda la cuestión late la idea de que es alevoso todo ataque que elimina la posibilidad natural de ejercitar la propia y legítima defensa, sea cual fuere la causa de la misma, con lo cual se asegura su propia indemnidad el agresor. Es un duelo criminal en donde la igualdad de armas o defensas se halla nega-

(1) CAMARGO HERNÁNDEZ, que ha publicado, después de compuesto este trabajo, una notable monografía consagrada al mismo tema con el título de «La alevosía» (Ed. Bosch, Barcelona, 1953), del concienzudo estudio histórico que hace obviene que el proceso formativo de la circunstancia es el de su separación del delito de traición hasta llegar a su propio sentido, distinguiendo dos etapas: la primera que dura hasta la codificación; inicia la diferenciación en el Fuero Real dándose un paso más en «Las Partidas», donde se distingue la traición de la alevosía propia. La segunda logra su carácter típico de circunstancia penal agravatoria, lo que ocurre desde el Código Penal de 1822, el decano de los Códigos españoles.

da, en su propio favor, por el delincuente. La alevosía garantiza al autor del hecho una muerte o lesión segura, sin el riesgo posible de un daño o lesión para él. Es, por tanto, un ataque vil o indigno, por inhumano, y, por ello, con mayor reidat que el delito ordinario, perpetrado frente a frente o cara a cara, arrojando las consecuencias naturales de la reacción propia del ofendido. La conciencia moral universal ha otorgado ya su fallo en este sentido y la política criminal, adecuada a sus reacciones nobles, la ha recogido muy justamente como una circunstancia agravatoria de la responsabilidad. CAMARGO la define: «Hay alevosía cuando *intencionalmente* se busca o aprovecha por el culpable la indefensión de la víctima y el aseguramiento del hecho».

C) EXÉGESIS DEL TEXTO LEGAL.

Una exégesis del texto legal, actualmente en vigor, que fué formulada por el Código de Montero Ríos, permite descomponerle en los siguientes elementos constitutivos: a) Comisión de un delito contra las personas. b) Emplear medios, modos o formas ejecutoriamente eficaces: 1.º porque tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución, y 2.º porque no exista riesgo personal para el agresor procedente de la defensa que pudiera hacerle el ofendido. La jurisprudencia viene adicionando a los anteriores un tercer elemento de carácter subjetivo. c) Que el culpable tenga, al menos conciencia de su situación de privilegiada, el que, por no estar expresamente señalado en la ley, debe ser cuidadosamente examinado para evitar el riesgo de desvirtuar el propio carácter de la circunstancia.

a) *Comisión de un delito contra las personas.*—Esto es, un delito de muerte o lesiones, puesto que a éstos se reducen los calificados como tales en el Código actual, y que antes lo fueron de delitos contra la vida y la integridad corporal, por estimar que era éste el bien específicamente vulnerado por la acción delictiva. Delitos de sangre, en definitiva. Por esto se ha estimado que también alcanza al complejo de robo con homicidio, no obstante su desplazamiento del título de los delitos personales o de vida y su emplazamiento en los que van contra la propiedad ajena, en razón a que el homicidio es siempre homicidio, sea cualquiera el lugar en donde se halle colocado.

Sin embargo, dentro de estas infracciones cruentas cabe distinguir, en el sistema legal, dos clases de la misma: delitos simples de sangre o contra las personas, como el homicidio y delitos cualificados por la agravante: tal, el asesinato. En ellos los efectos represivos o penales tienen que ser diferentes, porque su categoría penal es diversa. Así, la gravedad de los últimos es incontestablemente mayor que la de los primeros, en razón a que sobre el elemento criminoso del simple—homicidio y lesiones—se une la forma ignominiosa de cometerlo, y así, dos cantidades de

positiva reidad tienen que arrojar necesariamente más gravedad que una sola. De esto resultará que nunca el juzgador, al sentenciar, podrá superar la estimación criminal que el legislador haya atribuido a las especies delictivas en su función, preeminente política, de castigar los delitos teniendo en cuenta los valores morales o sociales implicados en la infracción criminal y que han sido desconocidos o vulnerados por el culpable: el que juzgó idóneos o precisos para la convivencia pacífica de la sociedad.

Por tanto, si la política legislativa sobrestima el homicidio alévoso sobre el simple, nunca podrá el juez despreciar o sobreestimar esta marca y, por tanto, no sería justo que se castigase el homicidio simple con una agravante genérica como más grave que el cualificado legalmente con la propia agravante. Esta estimación judicial debe estar supeditada a la política, y éste será siempre un límite que el tribunal no puede ni debe sobrepasar.

La alevosía es una circunstancia modal, una forma de ejecución delictiva: por tanto, es compatible con todas aquellas otras circunstancias que representen situaciones espirituales o psíquicas del sujeto, estados de pasión que determinen la conciencia *sceleris* a obrar. No es, pues, un arrebato, ni ninguna obcecación, y, por tanto, es incompatible con estas atenuantes; ni un estado de déficit de la conciencia o de conciencia disminuída, por lo cual cabe que se dé con la embriaguez y con la enajenación mental incompleta, cabe que aun alevosamente se pretenda reivindicar la fama o el honor ofendido. En resumen, como no es circunstancia pasional, es compatible con todas las formas de esta especie.

La alevosía tampoco es un raciocinio serio y formal del pro y el contra del delito; no es un cálculo y, por tanto, es perfectamente compatible con la premeditación (SS. de 7 de julio de 1899; 2 de enero de 1931 y 2 de octubre de 1935), y lo es con toda otra circunstancia que no sea, en sí misma, un modo seguro de cometer el hecho y además elimine el riesgo de la reacción del ofendido.

b) *Emplear medios, modos o formas ejecutoriamente eficaces.*—La generalidad con que se halla expresada y, por tanto, concebida la realización delictiva, al decir medios, modos o formas, tiende a eliminar toda posibilidad de exclusión de alguno de ellos, ya que la cualidad de alevoso lo proporciona la situación o actuación del agresor. Esto es, «cómo» lo realiza, ya que es un concepto instrumental. Así, dice la ley, que esta cualidad reside en que «tienda a asegurar» el golpe y «eliminar el riesgo de la posible reacción del agredido». De este modo, real y verdaderamente la circunstancia se centra en el corazón del criminal y no en la eficacia o naturaleza del modo en sí mismo.

Tender a asegurar el golpe, o sea la ejecución del designio malvado, significa tendencia humana racional, y esto revela que es un elemento subjetivo, ya que implica conciencia de lograr un deseo, manifiesto en la forma de ejecutarlo utilizando medios idó-

neos para el logro del designio malvado, aunque, en definitiva, no lo consiga o se frustre. Por ello, la sentencia de 27 de octubre de 1934 declara «qué basta que tienda el culpable a matar o herir —dolo directo— y eliminar la natural oposición que había de hacer la víctima de haberle ofrecido alguna oportunidad para evitar su propia muerte». Este era el concepto tradicional de nuestras viejas leyes, que consideraron tal proceder como «muerte segura» u «obrar sobre seguro».

La fórmula del Código añade, además, la condición de que la tendencia a la ejecución ha de ser «sin riesgo para el agresor» de la defensa que proceda del agredido, o sea que hubiera podido proceder de no habérsele sorprendido inocentemente en el acto. Es decir, que además de traidor, ya que asegura el golpe, es cobarde, porque coloca a la víctima en trance de no poder ejercer su protección. Es una condición que elimina la legítima defensa, que la ley misma sanciona como derecho insobornable de toda persona. Con ello se revela incuestionablemente el carácter jurídico negativo de la circunstancia, como opuesta a la eximente legal defensiva indicada, porque se hace prácticamente inoperante. «Asesinos son llamados una manera que ha de homes desesperados e malos que matan a los homes a traición de manera que non se pueden de ellos guardar» (Partida 7.^a, tit. XXVII, ley 3.^a). El que no se pueda uno guardar de ellos, o sea defender, es la nota esencial que aún perdura en el Código de nuestros días, 1944.

Claro está que si bien estas dos condiciones son hipotéticamente concebibles separadas, prácticamente son de muy difícil divorcio, porque el que alevosamente asegura el golpe, elimina, a la vez, la reacción defensora de la víctima, y la traición y la cobardía se producen simultáneamente. La separación más parece elaboración de gabinete que producto espontáneo de la realidad.

La doctrina jurisprudencial ha venido fijando concretamente una serie de casos en que tales elementos se dan, que pueden ser ejemplarmente, expuestos, en orden de su progresiva complejidad, del modo siguiente:

1.º *Casos de indefensión natural*.—Son éstos, todos aquellos supuestos en que la víctima no podía materialmente defenderse, por sus condiciones manifiestas de inferioridad fisiológica o física. A ellas se refieren las resoluciones del Tribunal Supremo, en que viene reiteradamente declarando que es siempre alevosa la muerte de un niño (S. de 28 de marzo de 1916), contra la opinión teórica adversa, que erróneamente estima que concurre el abuso de superioridad. De igual modo que existe también la muerte de un niño si éste tiene dos años (S. de 7 de mayo de 1897), de cuatro años (S. de 18 de enero de 1893), de seis (S. de 20 de febrero de 1910) e incluso de catorce años (S. de 2 de marzo de 1889). Lo es si se mata o hiere a un anciano (S. de 26 de junio de 1884), si la avanzada edad de la víctima produce en la misma estado de indefensión (S. de 20 de noviembre de 1872) o un ciego (S. de

4 de julio de 1884), y el que priva de la vida a su tío carnal ciego y que se hallaba acostado (S. de 22 de febrero de 1950), o mata a un recién nacido (S. de 10 de junio de 1953) (2).

En cambio, como el sexo no arguye por sí solo indefensión material, hay que examinar cada caso de agresión a la mujer para juzgar si, en efecto, hubo o no ataque alevoso, «pues el simple hecho de serlo no produce por sí la alevosía» (S. de 9 de septiembre de 1886). En este sentido abundaba la sentencia de 13 de febrero de 1951, examinado un caso en que la víctima, por su sexo, se hallaba en condiciones de manifiesta inferioridad. Este supuesto de indefensión es la situación de hecho más clara e indiscutible de cobardía, y por ello la opinión docta, como la profana, la condena, sin remisión, unánimemente.

2.º *Casos de indefensión circunstancial u ocasional.*—En éstos cabe subdistinguir los supuestos de indefensión por inadvertencia del peligro, y aquellos otros que, aun advertidos por él mismo, no los pueden evitar.

a) *Ataques inadvertidos.*—Estos pueden darse a favor de la inconsciencia de la víctima, por engaño o por sorpresa.

a') *Aprovechándose de la situación de inconsciencia de la víctima.*—Se comprenden todos los casos en que el culpable se aprovecha de la circunstancia de hallarse privada de razón o sentido, accidental o permanentemente, como ocurre si estaba dormida o confiada o bien en uno de los estados crepusculares (Ss. 30 de julio de 1904 y 28 de octubre de 1889...) en su propia casa (S. de 8 de marzo de 1890) o en un departamento del tren (S. de 15 de diciembre de 1922), enfermo en su cama (S. de 14 de julio de 1896), herido por otro (S. 30 de noviembre de 1907), rendido moral y físicamente (S. de 27 de mayo de 1907), a una persona dormida (S. de 7 de mayo de 1953).

A todos estos supuestos se refería el Código de 1922 al decir que el ataque era alevoso «si se sorprendiese» dormida a la víctima... o privándola antes de la razón y de las fuerzas». La tradición y la realidad, están, pues, de acuerdo en la unánime condena de tan repugnante crimen.

b') *Ejecutado por sorpresa.*—El ataque por sorpresa, cogiendo a la víctima desprevenida, es incuestionablemente alevoso. El autor es traidor porque el golpe cae fulminante, como un rayo, sobre quien ni sospecha de la felonía, y, por tanto, le es imposible reaccionar y defenderse de él. El criminal sabe que nada puede temer de su ofendido porque antes de poder reponerse de la sorpresa que la agresión inesperada le produce, ya está muerto o herido. No existe otra posibilidad que la de perecer en la víctima y, para el criminal, debiera existir el propio convencimiento que

(2) En sentencia de 19-VI-953 se declara alevosa la conducta del autor por inducción del parricidio, porque indujo a su novia a ocasionar la muerte del hijo de ambos, recién nacido, que por esto es siempre muerte alevosa y porque alevosos fueron los medios que indicó y facilitó, cual el empleo de veneno.

será castigado correlativa e inexorablemente. Los Tribunales han de poseer el valor moral, firme e ineludible, de hacer realidad esta ley conmutativa de la justicia punitiva, que debe ser, al propio tiempo, retributiva.

A esta especie de agresión se refería ya el más viejo de nuestros Códigos—1822—al decir que es alevosa la «agresión que sorprende descuidado o desapercibido al perjudicado». Es también la figura más común en la práctica judicial y aquella que ha merecido más definiciones de la jurisprudencia, que viene incesantemente afirmando que ataque por sorpresa, rápido e inopinado, es alevoso.

Esta viene recogiendo la nota común de absoluta inadvertencia del peligro y declarando que existe ataque alevoso cuando el agredido estaba cavando o labrando el campo (S. de 26 de febrero de 1880) o lavando la ropa en una acequia y el agresor se le acercó sigilosamente dándole una puñalada por la espalda (S. de 4 de abril de 1896), o poniéndose los zapatos (S. de 3 de mayo de 1901), o agachado arreglando un pico (S. 18 de marzo de 1886), o liando un cigarrillo (S. de 3 de marzo de 1903), o comiendo tranquilamente en casa de un vecino (S. de 12 de agosto de 1901), o bailando en la casa del vecino también (S. de 9 de julio de 1874), con la condición natural en estos casos de que hubiera sorpresa en la agresión favorecida por los actos que realizaban.

Igualmente lo es, en tales condiciones si se agrede estando despachando en su tienda la víctima (S. de 2 de agosto de 1911). Cabe perfectamente acoger aquí la clásica emboscada o agresión encubierta, bajo esta forma sorprendente y así se declaró que es alevosa la agresión que se produce en una situación de oscuridad por faltar la luz (S. de 4 de octubre de 1908). Es de advertir que en muchos casos este modo se confunde con el engaño.

Las resoluciones, en este sector teórico, se multiplican ejemplar y expresivamente. Es alevosa la muerte y lo califica de asesinato cuando la agresión es mortal, rápida e inesperada en momentos en que la víctima se hallaba desprevenida y por completo desapercibida del acometimiento para lo cual ya llevaba el culpable preparada el arma. Y lo propio acontece sin intervalo de tiempo, en el mismo momento de darse cuenta de que su hermano había agredido a la víctima, súbitamente por la espalda, lo hizo también en forma rápida, aprovechándose de la impresión que necesariamente había de producirle el verse acometido por arma blanca por ambos lados (S. de 18 de diciembre de 1947).

«En la agresión de dos personas a una sola, de manera súbita, con navaja y un hacha, manejadas y descargadas sucesivamente por ambos agresores (S. de 26 de mayo de 1947) en quien concibe rápidamente la idea de venganza coge una escopeta, aprovechándose de la soledad del lugar, y al encontrarse la víctima, indefensa y desapercibida, le hace un disparo sobre la cara que le produce la muerte (S. de 3 de mayo de 1950)». «si la agresión, rá-

pida e inesperada, fué con piedras que ocultaba, aprovechándose de momentos en que sus víctimas se hallaban desprevenidas y de espaldas (S. de 3 de febrero de 1950), cuando saliendo de la cocina volvió cautelosamente armado con una navaja con la que realizó su propósito homicida en forma rápida e inesperada (S. de 25 de marzo de 1950), si la agresión fué efectuada de modo súbito cuando la víctima no la sospechaba ni podía defenderse y aprovechando el agresor estas ventajosas condiciones para asegurar sin riesgo propio la consumación de sus propósitos homicidas (S. de 23 de septiembre de 1950) y aprovechándose de cuantas situaciones de indefensión signifiquen garantía, siquiera probable para la persona del agresor traicionero (S. de 3 de febrero de 1951). Aún más expresivamente se declara (S. 10 de enero de 1921) que «la abierta hostilidad, ni el odio mutuo, ni la idea fija de luchar y matarse que, dominando sus ánimos, tuvieron agresor y agredido en alarma constante, en un vivir alerta y vigilante hasta hacer posible la traición del uno para el otro, fundan la circunstancia porque suponiendo esa tensión espiritual, la realidad evidenciar su intermitencia al menos, ya que el interfecto, a pesar de hallarse en un establecimiento público, donde lo mismo que él podía concurrir su enemigo le encontró tan desprevenido que éste y descuidado que pudo matarle, como lo mató, sin que llegase a aperebirse ni a sospechar siquiera la agresión de que iba a ser objeto.» Es decir, que se reveló una alevosía ocasional no buscada y pensada ya que surgió del momento del acto en cuya ocasión se aprovechaba el culpable de la situación de ventaja conocida y con la conciencia de que no existía el riesgo natural a la reacción posible del agredido y por ello la circunstancia surge espontáneamente y sin lugar a dudas. De donde se extrae, de acuerdo con vieja y dominante teoría penal conocida, la alevosía preparada o proditoria y la aprovechada y ocasional sólo diferenciadas en circunstancias accidentales ya que esencialmente una y otra se hallan unidas en la común y necesaria exigencia de las condiciones determinadas en la ley para que el ataque alevoso tenga lugar en el acto criminal.

c') *Ejecutarlo mediante engaño.*—El engaño significa una sugestión en quien lo padece porque toma por real lo que no es más que apariencia. Cualquier ardid usado para captarse la confianza de la víctima y sorprenderla en dicho estado que ha provocado el agente, produce la creencia en la simulación. Es una clara traición a la buena fe ajena, pues «muestra a los ojos otra cosa que la trae en el corazón». El criminal es, pues, un pérfido o taimado y una y otra es traición. Expresamente la cataloga entre los actos de alevosía el Código Penal de 1822 al decir que lo era llevándose con engaño o perfidia». También aquí existe seguridad en el golpe y eliminación del riesgo defensivo ya que inocentemente el agredido no pudo sospechar la asechazanda de que fué víctima. He aquí también implícita la emboscada del Código francés y la traición de otros Códigos europeos.

Igualmente la jurisprudencia rompe contra esta forma alevosa de matar o herir. Se da este supuesto en aquellos hechos de disfraz, como en el de la sentencia de 4 de febrero de 1936, pero se excluye si el disfraz no implica seguridad en el golpe; como si el enmascarado riñe con otro y sostiene la lucha sin ventaja alevosa conocida. Ninguno tiene la obligación de descubrirse para pelear. Pero, en cambio, existirá si el disfraz sirve u otorga facilidad y seguridad para agredir sin riesgo para sí (S. de 11 de febrero de 1884). Existe también engaño en la simulación de la amistad o disimulo de enemistad (S. de 26 de septiembre de 1876), así como en la «mise en scene» falta (S. 9 de julio de 1907) sugestivas, o en definitiva, traicionando la confianza que merecía la víctima del agresor (S. 21 de enero de 1879).

d') *Agresión inevitable aun advertida*.—Representa el último grado de las situaciones alevosas que son teóricamente concebibles. Su autor también se prevalece de la sorpresa para ganar posiciones tan favorables en la ejecución que, aun advertido o apercibido del ataque, la víctima se halla en condiciones tales de inactividad que no le es posible realmente defenderse. La defensa está de hecho prácticamente eliminada. Es un auténtico ataque por sorpresa en donde se destaca este nuevo elemento por meras razones de exposición metodológica y hacer más clara su comprensión. Todavía cabe distinguir, bajo este epígrafe, el ataque inevitable sin riña y el que se produce en riña, pero alevoso.

1') *Agresión inevitable, aun advertida, sin riña*.—Se emprenden aquí todos los ataques súbitos e inesperados dadas las condiciones en que aquél se produjo. El criminal actúa al amparo de la sorpresa, pero el agredido, aun dándose cuenta de la agresión, se encuentra en tales condiciones de situación que no le es posible evitar, porque toda reacción defensiva está anulada, y, por tanto, tiene que sucumbir inexorablemente a ella, aunque consciente de su muerte o lesión. Es el azar o fatalidad que el criminal representa voluntariamente, a quien ha de inmolarsé fatalmente, aunque horrorizado de la traición que estupefacto contempla la víctima viéndose sacrificado, inerme e indefenso a la traición, sólo vislumbrada en el umbral del martirio. Así mató Bruto a César.

Es tal vez la más trágica de las situaciones alevosas porque une a la criminalidad del ataque la perversa satisfacción de contemplar a la víctima despavorida por la sorpresa que le produjo su perfidia y perecer, aún no respuesta del espanto que ésta le produjo.

Si el riesgo defensivo es el punto clave, según la ley, para definir las agresiones humanas como alevosas es evidente que en estos casos el atacado no posee otra posibilidad que morir inexorablemente el ataque. Es una situación clara de responsabilidad criminal matizada por el hecho alevoso. Por ello se encontraba incluido en la relación del viejo y citado Código de 1822 al referirse a los ataques que «sorprenden indefensa» a la víctima, la privan

de «la fuerza de las armas o cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato».

Expresamente lo estableció también la sentencia de 12 de enero de 1934, diciendo que existe en una «agresión en forma rápida e inopinada que no permitió al agredido aperebirse de ello, porque tal manera de acometer no permite a la víctima darse cuenta de la agresión, ni defenderse, ni prevenirse a la defensa, ni poner en riesgo la persona del agresor». Ni aún existiendo actos provocativos si el agresor «no dió tiempo para prevenirse ni defenderse» (S. de 23 de abril de 1917 y 24 de diciembre de 1920...) y lo es el acometimiento repentino porque asegura su ejecución sin riesgo (S. 23 de abril de 1917, y 24 de diciembre de 1920) y lo es el acometimiento repentino porque asegura su ejecución sin riesgo (Ss. 19 de septiembre 1913 y 13 de febrero de 1929), aunque el agredido se diera cuenta de ella si no tuvo tiempo para aperebirse a la defensa (S. de 28 de enero de 1939) y en la agresión súbita e inesperada (S. de 18 de mayo de 1953).

Es articularmente expresiva la resolución que contempla el caso en que un subordinado administrativo que, sabedor de que el jefe sostenía relaciones íntimas con su esposa y le hacía además objeto de vejaciones constantes, fué muerto por aquél de dos disparos de pistola, en ocasión en que había sido recibido por dicho jefe y en tonos violentos le increpó y exigió explicaciones relacionadas con su deshonra, siendo expulsado, también violentamente por el jefe que se hallaba en pie, y avanzaba hacia el subordinado cuando éste le anunció que le iba a matar, disparando éste seguidamente (S. de 23 de junio de 1951). Se excluyó la alevosía en razón a que la situación de violencia provocada por el propio jefe, excluye toda imprevisión en la situación a que llegaron a situarse ambos, de la cual habría de nacer racionalmente la agresión.

2') *Agresión inevitable aun advertida y con riña.*—Cabe avanzar más por la vía de los supuestos reales y llegar a comprender, bajo el concepto de alevosas, las agresiones en las cuales se «empeña a la víctima en una riña o pelea con ventaja conocida... o usando cualquier otra artificio para cometer el delito con seguridad» (Código de 1922) si existe situación de riña, incluso enteramente aceptada, lo que supone igualdad de condiciones en los contendientes, y por ello se excluye ordinariamente la alevosía; pero si uno de éstos entra en ella en situación de desventaja no conocida para el otro, de tal suerte que garantiza el éxito de la agresión, la riña o el duelo será alevoso por traición. Piénsese en el match de boxeo en que uno esconde en el guante un instrumento vulnerable. Basta que se pueda discernir la evidencia de las dos condiciones características de la alevosía—seguridad en el golpe y eliminación del riesgo defensivo en la víctima—para que la circunstancia exista. Vida por vida, sangre por sangre, sería la fórmula de la justicia conmutativa en los duelos criminales y en cierto modo consti-

tuye el subtratum de la inspiración del Código. Todo acto que tienda a quebrantar esta situación de equilibrio en el riesgo reciproco alevoso por indigno y criminal.

La consecuencia o el criterio legal aparece bien claro. Toda agresión súbita o inesperada contra una persona que carezca de la posibilidad de reaccionar defendiéndose, es aleve. Resulta, por tanto, incorrecta la tesis de la posición que pretenda que el hecho de que una persona pueda estar prevenida, teóricamente fundada en que los contendientes no eran amigos, no es bastante para excluir la alevosía, sino que es preciso que exista el hecho real de la posibilidad en el acto de defenderse y evitar la agresión de cualquier modo en que ésta pudiera verificarse. Así no se precisa si incluso la víctima en lugar de defenderse huye (S. de 10 de junio de 1881). Y del propio modo no es posible la alevosía en las riñas o situaciones de violencia pariguales, porque esta realidad la excluye, ya que no hay sorpresa ni indefensión en el agente.

Así lo reconocen expresamente las sentencias de 26 de octubre de 1942 que la excluyen porque medió entre los actores conversación violenta (S. de 10 de diciembre de 1880), porque hubo cuestión (S. de 8 de febrero de 1872) porque hubo disputa...

c) *Conciencia de la situación ventajosa. Elemento psicológico.*—Ha sido la jurisprudencia la que ha destacado, sobre el concepto legal objetivo, esta nueva condición o elemento, aunque yacía implícito en el fondo de la misma como lo está en toda circunstancia. Representa teóricamente el *animus* elemento vitalizador del *corpus* en el que se manifiesta todo acto jurídico. Se refiere a aquellas situaciones en que no se estima la alevosía, aun existiendo, «agresión de frente, aunque súbita e inopinadamente llevada a cabo por una mujer ofuscada por las continuas burlas y desprecios de que era objeto en público por el ofendido autor de la deshonra, pues no aparece que *consciente e intencionadamente* se emplease este medio». Las frases subrayadas expresamente destacan el elemento subjetivo indicado que es preciso administrar con cuidado ya que la redacción objetivada de la fórmula legal no aparece indicada y se destaca la preponderancia que se concede legislativamente a la situación de hecho manifestada en ella, corroborante de la presunción de dolo o voluntariedad del párrafo 2.º del artículo 1.º del Código Penal, al decir que las acciones se presumen voluntarias a no ser que conste lo contrario. Y lo contrario es el *animus in oculi*. Así también la sentencia de 6 de enero de 1946. Este elemento no puede confundirse con la premeditación que caracteriza al crimen proditorio, como reflexión seria y sostenida sobre la conveniencia o inconveniencia del crimen, ni con la simple deliberación en la elección de los medios, modos o formas utilizados para realizarlo, sino que basta el simple aprovechamiento de los mismos de su uso voluntario y consciente y faltando la conciencia en el acto es innegable que no puede serle imputado al agente que lo realizase en estas condiciones. Pero en todo caso ésta, la pre-

sunción de dolo de la ley, y, por tanto, la prueba, debe recaer en la demostración de que no lo hubo (S. de 3 de mayo de 1950).

Se desvirtúa por ello el problema al decir en sentencia de 8 de julio de 1944 que no existió la alevosía en el hecho de que un hijo agrediera a su madre aprovechándose de estar sin conocimiento; pero después de haber sido golpeado por la misma y si es cierto que una vez en el suelo y desvanecida se aprovechó de esta situación y de su estado y sexo para producirle la muerte sin posible defensa, esta posterior acometida, sin solución de continuidad de la anterior y formando con ella un todo indivisible..., fué ineficaz para convalidar o dar nacimiento a la alevosía por estar afectada de un vicio de origen ya que el empleo de los medios, modos o formas tan favorables al culpable como adversos a la víctima, no tuvo realidad al principio de la agresión, sino más tarde, por lo que debió no estimarse como agravante. La verdad es que la desestimación de la circunstancia no se debe a que no existiera este requisito inicialmente, ya que esta condición de antecedentes no aparece por parte alguna en el texto legal y ésta puede nacer antes o continuamente a la agresión si se aprovecha de ella, sino que la alevosía no aparece en estos supuestos porque se carece de conciencia de la misma en el sujeto responsable y por ello no es estimable. Si los medios «no tendieron» directa y especialmente a asegurar la agresión, sin riesgo para el ofensor, la alevosía no existe real y verdaderamente.

En efecto, nadie puede negarse a admitir como justa la tesis de que no es de apreciarse si el ataque surge del impulso incoercible de una pelea, incluso de una discusión violenta y acalorada o arrastrado por el arrebatado vengador de una ofensa determinante del ataque a juzgar. En tales casos se ha reconocido siempre por los propios Tribunales de instancia y el Supremo, que la alevosía no existió ya que estas situaciones espirituales y las materiales en que aquéllas aparecen, aunque se dan las modalidades alevosas, se carece del *animus* alevoso, o sea, conciencia de la seguridad del golpe y de la propia indemnidad.

En la más reciente, de 7 de julio de 1953, el Tribunal Supremo, ante un hecho de agresión rápida e inesperada con una pistola, que fué disparada contra la víctima en ocasión en que se hallaba sentada tras de la mesa de su despacho, ajena por completo al ataque que le produjo la muerte, ha tenido ocasión de abordar el problema psicológico de la alevosía del modo siguiente: a) La Jurisprudencia—dice—ha hecho evolucionar el concepto de la agravante a fin de acomodarlo al de la ley en vigor, desde el concreto y preciso de nuestro derecho tradicional, que lo asentaba en la traición a particulares, y en el aseguramiento del delito, con un fondo subjetivo absoluto, a otro más conforme con la medida penal de la perversidad del agente, que la alevosía representa y sin perder el carácter de subjetividad que la informa, pueda permitir que se aprecie y admita ampliando la base de la traición inicial con

los de la cobardía y la cautela puestos al servicio de los delitos contra las personas, y en esta elasticidad de concepto, reputarla estimable cuando, según la ley vigente, los medios, modos o formas empleados en la ejecución del delito tiendan, es decir, sean reputados como idóneos para cumplir su finalidad alevosa, tanto si son buscados de propósito como si se aprovecha su presencia actual; pero no por ello puede entenderse que sea lícito prescindir de esta presencia y de aquel *propósito perverso* de utilizarlos que han de ajustarse a los elementos de hecho reconocidos como probados y sin que sea lícito tampoco establecerlos sobre supuestos que, aunque a las veces coincidentes, no figuran en la consideración conjunta de los hechos perseguidos, como *ambientados por la directriz consciente y voluntaria* de utilizarlos como representantes de una ventaja que no integró el designio delictivo y sólo representa en el proceso como una accidentalidad de la ejecución formal.

b) De los hechos declarados probados no se desprende elemento alguno que concreta y categóricamente tenga fuerza precisa para revelar el *propósito consciente y definido* del reo para asegurar su designio criminal..., cualesquiera que fueran las circunstancias de las posiciones del agresor y la víctima en el momento de producirse la agresión y la rapidez con que ésta se ejecutó..., no revelan un propósito de matar desenvuelto en el ambiente cobarde y ruín de toda acción alevosa..., sino que venían a constituir nuevos accidentes no buscados, no aprovechados del estado o situación reconocida; de una enemistad anterior, etc., etc.

Se puede, por tanto, concluir que la alevosía, en cuanto circunstancia agravante de la responsabilidad humana, es fundamentalmente subjetiva y consecuentemente su esencia criminológica se apoya en la conciencia del autor del crimen perpetrado. Habrá, pues, que demostrar en todo caso que se nos ofrezca a nuestra consideración de penalistas, si, en efecto, independientemente de la circunstancia mecánica de comisión del delito, la agresión estuvo animada del propósito, o al menos, se tuvo la conciencia superdolorosa de aprovecharse del beneficio o el privilegio alevoso. Esto es mostrar el elemento psicológico animador de la agravante que la doctrina legal viene revelando en sus decisiones soberanas.