

¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial

A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS: 2022:2351)

Mercedes Alonso Álamo
Universidad de Valladolid

ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. ¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-r1, pp. 1-13.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-r1.pdf>

RESUMEN: Se realiza un estudio crítico de la doctrina jurisprudencial que afirma que la muerte de un niño es siempre alevosa. Tal doctrina se mantiene incluso después de introducirse en el año 2015 la circunstancia agravante específica de ser la víctima menor de dieciséis años (artículo 140.1.1.^ª del Código Penal). La sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022: 2351) reafirma esta posición. Se examina si dicha doctrina es producto de una interpretación que traspasa los límites de la definición del artículo 22.1.^ª CP, yendo más allá de lo que admite la interpretación extensiva adentrándose en la analogía prohibida. A efectos de apreciar o no la alevosía, se propone un tratamiento penal diferenciado de la menor edad de dieciséis años, dependiendo de si la víctima es un niño incapaz de defenderse o es un menor con capacidad de ofrecer resistencia al autor. Se analiza también la compatibilidad de la alevosía con la agravante del artículo 140.1.1.^ª CP.

PALABRAS CLAVE: Alevosía, menores, homicidio, asesinato, interpretación extensiva, analogía prohibida.

TITLE: Is the death of a child always treacherous? A critique to a persistent jurisprudential doctrine. On the STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351

ABSTRACT: Critical study of the jurisprudential doctrine that affirms that the death of a child is always treacherous. This doctrine is maintained even after the specific aggravating circumstance of being the victim under sixteen years of age was introduced in 2015 (article 140.1.1st). The Judgment of the Plenary of the Second Chamber of the TS (STS 585/2022, of June 14, ECLI:ES:TS:2022:2351) reaffirms this position. We examine whether such a doctrine is the product of an interpretation that goes beyond the limits of the definition of article 22.1st of the penal code, going beyond what an extensive interpretation admits, delving into a prohibited analogy. In order to assess treachery or not, we propose a differentiated criminal treatment of the minor under the age of sixteen, depending on whether the victim is a child incapable of defending himself or a minor with some capacity to resist the perpetrator. We also analyze the compatibility of treachery with the aggravating circumstance of article 140.1.1st of the penal code.

KEYWORDS: Treachery, minors, homicide, murder, extensive interpretation, prohibited analogy.

Fecha de recepción: 15 enero 2023

Fecha de publicación en RECPC: 7 marzo 2023

Contacto: mercedesaa@uva.es

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición auténtica de alevosía versus interpretación jurisprudencial. 3. La salida que proporciona el artículo 140.1.1.ª del Código Penal. 4. La resistencia jurisprudencial a modificar el concepto de alevosía y la discusión sobre la compatibilidad de la alevosía con la agravante de que la víctima sea menor de dieciséis años. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Matar a un niño es un crimen horrendo que conmueve y genera con razón una enorme repulsa social. Desde esta óptica se puede entender la vieja doctrina jurisprudencial que se plasma en la fórmula lapidaria, repetida en numerosas sentencias, “la muerte de un niño es siempre alevosa”. Y se puede entender pues se sigue de ello que la muerte de un niño constituye siempre asesinato y que a su autor se le puede imponer la pena más grave con que cuente el sistema penal.

Pero la muerte de un menor no siempre cumple con los requisitos de la alevosía tal como esta circunstancia es definida en el artículo 22.1.ª del Código Penal español. No la cumple cuando es un recién nacido o un niño incapaz de defenderse. De la polémica, que ha enfrentado desde hace tiempo a doctrina y jurisprudencia¹ y que se ha reavivado a raíz de la modificación en el año 2015 de la regulación de los delitos contra la vida, nos ocupamos en las páginas que siguen. Vamos a sostener que la doctrina jurisprudencial según la cual la muerte de un niño es siempre alevosa ha sido y es rechazable a la luz de la definición auténtica de la alevosía, y que si se quiere calificar el hecho de asesinato ello pasa por una modificación de la regulación legal de la alevosía o por incorporar expresamente la muerte de personas naturalmente indefensas, como recién nacidos o niños, al elenco de las circunstancias configuradoras del asesinato.

2. Definición auténtica de alevosía *versus* interpretación jurisprudencial

El artículo 22. 1.ª CP establece: “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”. Se trata de una agravante fundada en la indefensión de la víctima, que incrementa el desvalor de acción y que requiere la presencia de elementos objetivos, subjetivos y normativos que el intérprete no puede desconocer. Siendo una norma de interpretación, le sucede lo que a toda norma de interpretación: que a su vez está necesitada de interpretación. Objetivamente requiere una forma o modo de ejecución que tienda a asegurar una

¹ Amplia información sobre las posiciones doctrinales y jurisprudenciales enfrentadas, en MATEOS BUSTAMANTE, J. (2021), *La alevosía: análisis jurídico y de política legislativa de la circunstancia del artículo 22. 1 del Código Penal*, Madrid, pp. 310 y ss.

ejecución sin riesgos para la persona del autor derivados de la defensa que pudiera proceder del ofendido. Subjetivamente requiere que el autor tienda asimismo al aseguramiento de la ejecución sin tales riesgos para su persona. Normativamente requiere que se trate de un delito contra las personas².

Importa fijar la atención en la dimensión objetivo final y en la dimensión subjetivo final a efectos de determinar si tales elementos se cumplen o no cuando se da muerte a un niño de corta edad que por su propia naturaleza es incapaz de defenderse.

Desde la perspectiva objetiva, encuentran cabida en la alevosía una amplia gama de comportamientos objetivamente apropiados para producir una ejecución sin riesgos procedentes de la víctima, ya acechándola hasta sorprenderla desprevenida, ya realizando un ataque súbito, repentino o fulgurante, ya aprovechando la situación de indefensión o desvalimiento en que se halla.

Desde la perspectiva subjetiva, se requiere un específico ánimo o elemento tendencial. Acecho, ataque súbito o aprovechamiento de la indefensión han de estar informados por el ánimo del autor de asegurar una ejecución sin riesgo.

Ambos aspectos, y en particular el aspecto subjetivo, hacen que sea sumamente problemática la apreciación de la alevosía cuando la acción recae sobre sujetos incapaces de defenderse, como recién nacidos, niños de corta edad o personas tetrapléjicas. Por muy repugnantes que nos parezcan estos hechos, por mucho que entandamos que el derecho penal debe reaccionar frente a ellos con la más grave de sus penas, si, por la naturaleza de las cosas, la tendencia al aseguramiento es una tendencia de caricatura mal puede sostenerse que la ejecución es aleve. Así lo entendió la discordante STS de 26 de abril de 1991, con cita de la asimismo discordante STS 1738/1989, de 9 de marzo, al afirmar que en la definición de la alevosía es un elemento indispensable la finalidad a la que responde y que el recién nacido nunca puede intentar defensa ni tampoco huir, y que la realización del delito está asegurada por la misma naturaleza del sujeto pasivo, cualquiera que fuere el medio empleado. Y así se afirma también en el Voto Particular a la reciente Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351): para que concurra la alevosía y los hechos puedan ser calificados de asesinato “la muerte dolosa habrá tenido que producirse en condiciones en las que quepa identificar que el ataque se desarrolló de forma que su autor buscara o aprovechara dicha situación, con el designio de evitar cualquier defensa que pudiera proceder del ofendido. Una cosa es que la víctima, por su propia condición o naturaleza (supuestos del artículo 140.1.1), no sea capaz de articular defensa eficaz alguna (en cuyo caso, la agravación de la pena puede estar justificada, pero no la aplicación de la alevosía); y otra, distinta, que el autor del delito aproveche la situación de quien, aunque en otras circunstancias podría hacerlo, carece, en estas, escogidas o aprovechadas

² Sobre tales elementos, por todos, MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 181 y ss.

por su agresor, de toda posibilidad de defensa eficaz (ataque propiamente alevoso)”.

Pero no es esta sino otra la doctrina jurisprudencial absolutamente dominante, “arraigada” como se suele afirmar en las sentencias antes y después de la reforma de 2015.

La tesis del Tribunal Supremo de que la muerte de un niño es siempre alevosa solo puede sustentarse, a nuestro juicio, si se parte de un concepto de alevosía distinto del contenido en el artículo 22.1.^a CP. Dicha tesis conduce a aceptar que el concepto de alevosía a efectos del delito de asesinato (artículo 139.1.1.^a CP) no es el mismo que proporciona la definición auténtica que da el artículo 22.1.^a CP. Es decir, obliga a sostener que hay dos conceptos de alevosía coexistiendo en el Código Penal, como dos corazones latiendo en el mismo pecho.

No es esto, sin embargo, lo que se mantiene en la doctrina jurisprudencial. Lo sorprendente y paradójico es que el Tribunal Supremo en sus sentencias formula un concepto de alevosía y desgrana sus elementos o requisitos en consonancia con lo que el artículo 22 CP dispone, pero a la vez, y esto es lo paradójico, al diferenciar entre distintas formas o clases de alevosía reconduce automáticamente la muerte de un niño a la llamada alevosía por desvalimiento, olvidándose del elemento subjetivo en abierta discordancia con los presupuestos previamente acogidos. Veámoslo.

Los requisitos de la alevosía son sintetizados en la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351), como en numerosas sentencias anteriores, de la siguiente manera: “a) Un elemento normativo en cuanto que esta circunstancia sólo puede proyectarse a los delitos contra las personas; b) 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) Un elemento subjetivo consistente en 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 y d) 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”.

Importa destacar la referencia al elemento subjetivo y a que el autor abarque con su dolo no solo la peligrosidad de la forma de comisión sino también la de su tendencia a asegurar la ejecución e impedir la defensa del ofendido. En relación con el elemento subjetivo, más adelante insiste la misma sentencia en que “la circunstancia

agravante de alevosía se aplica 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, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación”. Es de destacar cómo, tras la referencia al elemento finalista o intencional de eliminar el riesgo, este se transmuta de manera sutil en inexistencia de probabilidades de defensa por parte del ofendido.

Ante tal conversión, la pregunta es obligada: ¿Es que basta con la inexistencia de probabilidades de defensa por parte del ofendido? ¿Dónde queda el específico elemento subjetivo de la agravante cuando la víctima, un recién nacido, por ejemplo, es de por sí incapaz de defenderse?

Por otra parte, ¿qué decir del requisito cuarto reclamado por la jurisprudencia, el llamado elemento teleológico “que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión”? ¿En verdad, hay que comprobar que se ha producido esta situación de indefensión cuando la víctima es un recién nacido?

Para tratar de entender la línea argumental de la jurisprudencia puede ser interesante examinar la diferenciación, presente en la mencionada sentencia pero que se encuentra en otras muchas, entre clases o formas de alevosía: la alevosía por emboscada o acechanza, la súbita o sorpresiva en la que podría tener cabida la alevosía convivencial, y la alevosía por desvalimiento. Pues es a esta última modalidad, a la de la alevosía por desvalimiento, a la que se reconduce de forma automática la muerte de un niño.

El desvalimiento concurre efectivamente en el recién nacido o en el niño indefenso, pero ¿concurre en tal caso el plus de la intención de asegurar una ejecución sin el riesgo que pudiera proceder de la defensa del ofendido? ¿Puede el autor ejecutar el hecho de otra manera? Evidentemente, no. Por tanto, no queda más que la afirmación apriorística y arraigada de que la muerte de un niño es siempre alevosa, y esta afirmación se erige en premisa mayor de un razonamiento que se nos muestra viciado de raíz, en su punto de partida. Pues no responde a lo que dice la ley.

La afirmación de que la muerte de un niño es siempre alevosa no por repetida y reiterada en el tiempo deja de poder ser considerada como el resultado de una interpretación que va más allá de la ley, incluso de lo que pudiera ser razonable en el marco de una interpretación extensiva. Es entendible, incluso loable, que se quiera imponer a quien mata a un niño la más dura pena con que cuente el sistema penal. Pero ello no puede hacerse atribuyéndose el intérprete una tarea reservada al legislador.

Atendiendo a la definición legal de alevosía y a los requisitos de la misma que el propio Tribunal Supremo reconoce, se hace necesario modificar la vieja doctrina jurisprudencial y mantener un tratamiento penal diversificado de la edad a efectos de apreciación o no de la alevosía. Esta es nuestra propuesta³:

- Si el menor es un niño incapaz de defenderse su muerte nunca puede ser alevosa.
- Si se trata de un menor con capacidad de ofrecer resistencia al autor (por ejemplo, si está próximo a los dieciséis años o tiene un desarrollo físico que hace que sea capaz de defenderse) estaría abierta la puerta a la aplicación de la alevosía y, por ende, a la calificación de asesinato: en aquellos casos en que el autor predispone los medios o se aprovecha de la situación para asegurarse la ejecución sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido.

La distinción propuesta no implica rechazar la modalidad de alevosía por desvalimiento. El durmiente se halla desvalido y quien aprovecha el desvalimiento de la víctima y le asesta el golpe letal sin posibilidad de defensa -lo que no siempre constituye un ataque súbito- se asegura una ejecución que es alevosa. Lo que nos parece insostenible es afirmar mecánica o automáticamente la alevosía en cualquier situación de desvalimiento, prescindiendo de la exigencia del elemento subjetivo.

3. La salida que proporciona el artículo 140.1.1.^a del Código Penal

El Código Penal, al introducir en la reforma de 2015 la agravante específica del homicidio y del asesinato de que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, abrió una puerta a que los tribunales abandonaran la vieja doctrina de que la muerte de un niño es siempre alevosa. No se necesitaba, en verdad, pues bastaba con estar a los requisitos legales de la alevosía tal como el propio Tribunal Supremo los viene entendiendo. Pero la introducción de una agravante especial de menor edad en el homicidio y el asesinato en el nuevo artículo 140.1.1.^a CP (“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”) era una novedad legislativa que podía haber dado pie a un cambio de orientación⁴. La nueva circunstancia venía a tomar en cuenta la vulnerabilidad de la víctima otorgando protección especial a personas vulnerables por diferentes causas, en atención al injusto del hecho, en concreto, al mayor desvalor de resultado pues al ataque a la vida se adhiere el ataque a personas vulnerables en sí.

Desde luego, la reforma de 2015 del sistema de los delitos contra la vida dista mucho, por múltiples razones, de ser encomiable. Pero centrándonos en la cuestión que aquí nos ocupa, si se hubiera perseguido calificar de asesinato la muerte de un

³ La sostuvimos ya en ALONSO ÁLAMO, M. (2015), “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por LO 1/ 2015”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 117, pp. 20 y ss.

⁴ Como manteníamos en ALONSO ÁLAMO, 2015, p. 20.

niño y apreciar adicionalmente la nueva agravante -atendiendo al mayor desvalor de acción que incorpora aquella y al mayor desvalor de resultado que incorpora esta- a efectos de aplicar a hechos tan graves la nueva pena de prisión permanente revisable, lo procedente hubiera sido modificar la definición de la alevosía del artículo 22.1.^a CP prescindiendo legislativamente del elemento tendencial. Pero esto no se hizo. Con la ley en la mano, lo que hallamos tras la reforma son razones, adicionales a la de la propia definición de la alevosía, en favor de abandonar la doctrina de que la muerte de un niño es siempre alevosa. Por lo siguiente:

De un lado, la menor edad de dieciséis años, al estar ahora específicamente prevista, acarreará una pena más grave, ya en relación con el homicidio, ya en relación con el asesinato. Es cierto que por sí misma esta agravante no eleva el homicidio a asesinato y, por tanto, no pone la acción en el resbaladero de la prisión permanente revisable. Pero es que la ley no lo ha planteado así, pues, con la ley en la mano, vemos que la menor edad de dieciséis años de la víctima no ha sido prevista como una de las circunstancias configuradoras del asesinato y que si la víctima es un recién nacido o un niño de corta edad no puede concurrir la alevosía. Sin embargo, al menos se contempla ahora la agravación del homicidio en aquellos casos en que la víctima es menor pero no cabe apreciar la alevosía, bien porque es un menor incapaz de defenderse, bien porque siendo capaz de defenderse -el menor de quince años, por ejemplo- no concurren los requisitos de la alevosía (lo que no excluye que pudiera concurrir asesinato alevoso si el menor, por su desarrollo, fuera capaz de defenderse, y concurrieran los diferentes requisitos de la alevosía).

Pero hay más. La tesis de que la muerte de un niño es siempre alevosa vacía de contenido, en alta medida, la previsión del artículo 140.1.1.^a CP en relación con el tipo del homicidio. En aquellos casos en que la víctima es un recién nacido o un niño incapaz de defenderse, la apreciación de la alevosía atrae de inmediato la calificación del hecho como asesinato y, por consiguiente, la circunstancia agravante deviene de imposible aplicación en el delito de homicidio.

Ciertamente, es posible reconocer un espacio en el que el simple homicidio pueda verse agravado por la menor edad de dieciséis años de la víctima: allí donde la víctima, por su edad y/o desarrollo, tenga capacidad de defenderse pero no concorra una ejecución alevosa porque el autor no emplee medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarse una ejecución sin los riesgos que para su persona pudieran proceder de la defensa del ofendido. Así lo ha visto con acierto la STS 80/2017, de 10 de febrero (ECLI:ES:2017:455) que, con el propósito de dar al homicidio agravado por razón de la víctima su propio espacio, se refiere al homicidio de un adolescente de quince años capaz ya de desplegar su propia defensa. Sin embargo, en la sentencia se sostiene que cuando la víctima es un niño de corta edad hay siempre alevosía y por ende asesinato. Y es esto último, o sea el punto de partida de toda la discusión, lo que no podemos compartir. A nuestro entender, la muerte de un

adolescente de quince años capaz de defenderse puede en efecto ser o no alevosa, y dar lugar a un asesinato o a un homicidio, en función de que concurran o no los elementos de la alevosía. Lo que, a nuestro modo de ver, no puede darse en ningún caso es la concurrencia de alevosía en la muerte de un niño a todas luces incapaz de defenderse.

La solución que mantenemos puede ser sorprendente si atendemos al contenido de desvalor de los hechos considerados. Que se pueda afirmar el asesinato alevoso si la víctima es capaz de defenderse y no se pueda afirmar si es una persona absolutamente indefensa parece que pugna con el sentido común, con la gravedad del hecho de matar a un niño de corta edad, también con la idea de justicia. Puede tener razón la jurisprudencia cuando afirma -y así lo recuerda la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351)- que la muerte de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad asesinado mientras duerme. Pero la cuestión es si puede el intérprete corregir los desajustes valorativos de la regulación legal o más bien, como pensamos, debe evidenciarlos y formular las oportunas propuestas de cara a una reforma legislativa.

4. La resistencia jurisprudencial a modificar el concepto de alevosía y la discusión sobre la compatibilidad de la alevosía con la agravante de que la víctima sea menor de dieciséis años

Tras la reforma de 2015, el Tribunal Supremo ha seguido manteniendo la doctrina de que la muerte de un niño es siempre alevosa. Al tiempo que esta posición ha permanecido inamovible han surgido discrepancias en el Tribunal Supremo acerca de la compatibilidad o no de la alevosía con la nueva agravante de ser la víctima menor de dieciséis años. La Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351), así lo reconoce abiertamente: la Sala Segunda “no ha variado el concepto de alevosía”. A la vez, la citada sentencia advierte de la existencia de dos posiciones distintas en la doctrina del Tribunal acerca de “la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad y la hipercualificación del artículo 140.1.1. CP”.

a) La primera posición, siguiendo la mencionada sentencia, es la de aquellas sentencias que aprecian la alevosía y solo la alevosía. Por tanto, rechazan la aplicación de la agravante específica del artículo 140.1.1.^a CP considerando que “las condiciones de la víctima ya habrían sido tomadas en consideración para calificar el hecho como asesinato y, de apreciarse de nuevo, se produciría una violación del principio *non bis in idem*”. Es decir, apreciada la alevosía, no puede tomarse en cuenta la edad o la vulnerabilidad sin menoscabar el principio *non bis in idem*.

La referida sentencia considera que, afirmada la alevosía, se entiende de preferente aplicación el asesinato alevoso frente al homicidio agravado por las

circunstancias de la víctima, de acuerdo con las reglas sobre el tratamiento del concurso aparente de normas penales. Desde luego, si hay alevosía hay asesinato, un tipo de preferente aplicación respecto del homicidio agravado. Pero el problema a resolver es si, además, en el asesinato alevoso procede apreciar la agravante específica de menor edad y, con ello, imponer la prisión permanente revisable. Es entonces cuando cobra especial importancia la cuestión de la compatibilidad de la alevosía con la nueva circunstancia especial.

La línea jurisprudencial mencionada parte del reconocimiento de la alevosía incluso si se trata de la muerte de un niño de corta edad incapaz de defenderse, y luego sostiene la incompatibilidad de la alevosía con la agravante de menor edad de dieciséis años, por lo que procede apreciar en tales casos asesinato sin agravar.

Sin embargo, a veces se mantiene una posición diversificadora dentro de esta línea jurisprudencial. La STS 80/2017, de 10 de febrero (ECLI:ES:2017:455), parte reconociendo la arraigada doctrina jurisprudencial de que la muerte de un niño es siempre alevosa y rechaza que la nueva regulación de los artículos 138 a 140 CP arrastre a un cambio en la interpretación. Más aún, afirma que la solución al problema de deslinde de la alevosía y la circunstancia de ser la víctima menor de dieciséis años “no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles”. Afirmada la alevosía, propone un tratamiento penal de la cuestión de la compatibilidad de ambas circunstancias, diversificado en función de la capacidad defensiva del menor: “Cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1.ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138.1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1.ª (por ser la víctima un menor)”. Pero “La muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1.ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP)”⁵.

b) La segunda posición jurisprudencial parte asimismo del reconocimiento de la alevosía incluso si se trata de la muerte de un niño de corta edad incapaz de defenderse, pero difiere de la anterior tendencia en que considera compatible en todo caso la alevosía con la agravante de ser la víctima menor de dieciséis años.

En favor de la compatibilidad se alega que son dos agravaciones diferentes, con diferente fundamento jurídico, y que la aplicación conjunta no vulnera el principio

⁵ En los mismos términos, STS 462/2021, de 27 de mayo, ECLI:ES:TS:2021:2172.

non bis in ídem. En esta dirección, la STS 814/2020, de 5 de mayo, citada por la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351), sostiene que “el legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección”, y añade: “la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme”... “porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso”.

Es cuestionable que el fundamento jurídico de la nueva circunstancia de ser la víctima menor de dieciséis años resida prioritariamente en el mayor desvalor de acción. En otro pasaje la sentencia se refiere a la “mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana” que se suma al mayor desvalor de acción del medio ejecutivo alevoso; y habla también en relación con los menores de un tratamiento agravado “acorde con su mayor antijuridicidad”. La doctrina jurisprudencial parece apuntar a que la naturaleza jurídica de la nueva agravante reside en el mayor desvalor de acción y a que es diferente de la de la alevosía, viendo en ello un apoyo para sostener la compatibilidad de ambas circunstancias. La Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351) hace suya esta posición y aprecia asesinato agravado, insistiendo en el mayor desvalor de acción y en un plus de antijuridicidad y aplicando la prisión permanente revisable en un caso en que la víctima es un menor de dos años y seis meses.

A nuestro modo de ver, el fundamento de ambas circunstancias está próximo, aunque no es coincidente. La alevosía se fundamenta en la indefensión de la víctima. La circunstancia de ser la víctima menor de dieciséis años se fundamenta en la indefensión y vulnerabilidad, una vulnerabilidad que se presume *iuris et de iure*. Pero la naturaleza jurídica de ambas circunstancias es diferente. La ejecución aleve incrementa el desvalor de acción, tanto el desvalor objetivo final como el desvalor subjetivo final⁶. La muerte de un menor de dieciséis años agrava también por razones de injusto, pero en atención al mayor desvalor de resultado al añadirse al ataque a la vida el ataque al interés a la especial protección que merecen personas en situación de vulnerabilidad. Y esto se tiene en cuenta legislativamente para agravar tanto el homicidio como el asesinato.

Si se reconoce a ambas circunstancias su propio espacio y su diferente naturaleza jurídica, habrá supuestos en que ambas circunstancias puedan concurrir. Por ejemplo, cabría admitir la compatibilidad cuando se acecha a un menor de quince años con capacidad defensiva hasta sorprenderle y matarle evitando toda posible defensa por su parte. Más allá de estos casos, la compatibilidad no puede ser admitida. Cuando

⁶ Al respecto, MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 168 y ss.

se trata de la muerte de niños indefensos, no hay alevosía y por tanto no se plantea el problema de la compatibilidad. Pero si, como hace la doctrina jurisprudencial dominante, se afirma en tales casos la alevosía, lo procedente sería considerarla incompatible con la atenuante de ser la víctima menor de dieciséis años. La vulnerabilidad se ha tenido ya en cuenta para apreciar la alevosía (pese a que en rigor no concurre plenamente el desvalor de acción de la alevosía) y tenerla en cuenta nuevamente para apreciar la agravante especial vulneraría el principio *non bis in idem*.

El Voto Particular a la Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS (STS 585/2022, de 14 de junio, ECLI:ES:TS:2022:2351) apunta en esta dirección. Los firmantes del voto particular se oponen a que se siga manteniendo la doctrina de que la muerte de un niño es siempre alevosa y argumentan en contra de dicha doctrina: “A nuestro juicio la reforma propiciada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso la voluntad decidida del legislador de corregir una línea de interpretación asumida por esta Sala según la cual la causación de la muerte a una persona en condiciones de vulnerabilidad que, por esencia, la inhabilitaban para el ejercicio de cualquier defensa eficaz, integraba, por sí misma, la tipicidad del asesinato por alevosía. De acuerdo con el artículo 22 .1 CP, concurre la 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 asegurar el resultado sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Resulta, cuando menos, paradójico así que pueda reprocharse al sujeto activo del delito el empleo de "medios, modos o formas encaminados, directa y especialmente, a asegurar la ejecución, evitando el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa del ofendido", cuando se afirma, al mismo tiempo, que éste, el ofendido, se encuentra *per se* inhabilitado para el ejercicio de cualquier defensa eficaz”.

Ahora bien, afirmado esto, y tras argumentar en contra de la existencia de alevosía cuando la víctima es por naturaleza incapaz de defenderse, los firmantes del voto particular entienden que, de apreciarse la alevosía como hace la sentencia de la que discrepan, no cabe apreciar también la agravación del artículo 140.1.1.ª pues se produciría, afirman, “una doble valoración peyorativa de un mismo y solo hecho (la condición de la víctima) que, por una parte, ha servido para configurar el asesinato (139.1, alevosía) y, por otra, para agravarlo (artículo 140.1.1.ª). Se trata, creemos, del mismo hecho, del mismo sujeto activo y también del mismo fundamento, vulnerándose así la prohibición del *ne bis in idem*, no proclamada expresamente en nuestro texto constitucional, pero que, como su máximo intérprete ha explicado repetidamente, resulta ineludible consecuencia de los principios de legalidad y proporcionalidad”.

A nuestro juicio, el tratamiento penal diferenciado de la menor edad, que proponemos, a efectos de apreciar o no la alevosía, posibilita asimismo un tratamiento penal diferenciado de la cuestión de la compatibilidad de la alevosía y la agravante

de ser la víctima menor de dieciséis años. En atención a la diferente naturaleza jurídica de ambas circunstancias, la compatibilidad sería posible, pero solo si la víctima es un menor con capacidad defensiva y concurren los requisitos de la alevosía.

Esta solución puede llevar a desajustes valorativos que pugnan con la idea de justicia, como que se pueda castigar más duramente la muerte de un menor con capacidad de defenderse que la muerte de un recién nacido o de un niño. Pero es la solución que, a nuestro modo de ver, ofrece la ley y la que importa evidenciar para que se corrija *de lege ferenda*.

5. Conclusiones

La alevosía y la agravante de ser la víctima menor de dieciséis años tienen espacios propios. La alevosía se fundamenta en la indefensión de la víctima y gira en torno a la especial forma de ejecución. La ejecución aleve incrementa el desvalor de acción del injusto del hecho, el desvalor objetivo-final y el desvalor subjetivo-final. La agravante específica de ser la víctima menor de dieciséis años se fundamenta en la vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, una víctima que puede estar o no indefensa. Tal agravante incrementa el desvalor de resultado al añadirse al ataque a la vida el ataque al interés a la especial protección de personas vulnerables.

Es hora de abandonar la arraigada doctrina jurisprudencial según la cual la muerte de un niño es siempre alevosa. En la muerte de un niño de corta edad incapaz de defenderse no se cumplen plenamente ni la *ratio* agravatoria de la alevosía ni los elementos que exige la definición legal del artículo 22. 1.^a CP, en particular, no puede cumplirse el elemento tendencial.

En consecuencia, respecto de las víctimas menores de dieciséis años procede un tratamiento diferenciador:

- Si el menor, por estar próximo a los dieciséis años o por su desarrollo físico, es capaz de oponer resistencia y defenderse puede haber alevosía si se cumplen todos los elementos de la agravante. En tal caso, la alevosía será compatible con la agravante de ser la víctima menor de dieciséis años, pues la vulnerabilidad se presume respecto de todos los menores de dicha edad con una presunción *iuris et de iure*, otorgándoseles así una especial protección penal. Hay que tener en cuenta que el desarrollo físico y la capacidad defensiva puede coexistir con un desarrollo evolutivo psicológico o mental propio de la menor edad y que, en todo caso, los límites legales de edad responden a razones de seguridad jurídica y de practicabilidad.

- Si el menor es un recién nacido o un niño incapaz de defenderse no concurre alevosía y solo podrá apreciarse la circunstancia del artículo 140.1.1.^a en relación con el homicidio, pues la modalidad de alevosía por desvalimiento no puede establecerse prescindiendo de los elementos requeridos por la regulación legal. En todo caso, si se sostiene que sí hay alevosía por desvalimiento no debería

apreciarse cumulativamente la circunstancia del artículo 140.1.1.^a CP en tales casos.

Si se quiere dar una protección más plena a los niños de corta edad reconduciendo su muerte al tipo del asesinato, ello pasa por la reforma legislativa de la actual regulación de la alevosía⁷, o por incorporar estos supuestos al elenco de circunstancias configuradoras del asesinato. De lo contrario, se produce la quiebra de la seguridad jurídica y de la vigencia del principio de legalidad. Por mucho que se trate de una doctrina arraigada, la doctrina de que la muerte de un niño es siempre alevosa no por repetida es más conforme con la regulación, ni con el tenor literal ni con la *ratio* o *telos* de la agravante del artículo 22.1.^a CP. Por mucho que se puedan invocar razones de justicia material en atención a la gravedad y a la repulsa generalizada que tales hechos producen, la interpretación teleológica no puede sobrepasar lo que marca la ley sin correr el riesgo de desbordar los límites de la interpretación extensiva y deslizarse hacia la analogía prohibida.

⁷ Una posible vía de solución es, como con acierto propone Mateos Bustamante, que en la actual fórmula del artículo 22.1.^a del Código Penal donde dice “sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido” se pase a decir “sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido o de terceros”. Se trataría de abrir las puertas de la alevosía al aseguramiento de la ejecución frente a la defensa que pudiera proceder de terceros, no solo de la propia víctima; así, por ejemplo, cabría apreciar la alevosía en el caso de quien espera a que la madre abandone la habitación para proceder a matar al recién nacido evitando la defensa que aquella pudiera hacer. Vid. MATEOS BUSTAMANTE, 2021, pp. 178 y ss., 329 y ss., y 338.