

---

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

---

PENAL

ALFONSO SERRANO GÓMEZ\*

---

\* Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED.

## SUMARIO

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2.<sup>a</sup>) DE 20 DE ABRIL DE 1991.
2. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRATO EXCMO. SR. D. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1991, RECAÍDA EN EL RECURSO N.º 383/90-P.

## PENAL

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2.<sup>a</sup>) DE 20 DE ABRIL DE 1991

Se recoge a continuación la Sentencia de 20 de abril de 1991 por el interés que tiene en materia de alevosía, pues incluso se formula un voto particular sobre este tema por uno de los Magistrados.

### *Hechos probados*

Miguel, Claudio, junto con Juan, que efectuaría laboras de vigilancia, decidieron perpetrar un robo en un local, penetrando en su interior Miguel y Claudio a través de una ventana —único acceso no protegido con rejas o persiana metálica— que conducía a los servicios del citado bar, poniendo en marcha el funcionamiento del emisor del dispositivo de alarma de rayos infrarrojos. Este dispositivo de alarma —que únicamente sonaba en el domicilio del propietario y no en el bar— había sido instalado debido a los numerosos robos sufridos en el establecimiento —dos de ellos denunciados sin resultado, y al menos otros ocho, no denunciados— lo que había provocado en Antonio, su dueño, una idea obsesiva de autodefensa, con clara alteración de su ánimo, al sentirse desprotegido y víctima de una situación injusta. Al sonar la alarma mediante el

receptor, en el domicilio de Antonio, éste y su hijo, cogiendo cada uno su escopeta de caza, ambas de 12 mm, se acercan al bar, en el vehículo marca Dyane-6, deteniéndose a distancia para no ser detectados por los ladrones, cargan las armas, apostándose Antonio a la izquierda de la ventana citada y su hijo Pablo, por indicación de aquél, en el lado contrario. Y cuando Miguel, que había visto el vehículo, sale por la ventana, situada a un metro ochenta del suelo, Antonio, notablemente perturbado en sus facultades intelectuales y volitivas por la situación referida, agravada por la tensión emocional propia del momento y del nuevo ataque patrimonial de que estaba siendo objeto, le dispara un tiro alcanzándole en el costado izquierdo, con siete de las nueve postas, cuando se encontraba entre cuatro y ocho metros de distancia de aquél, al que ocasiona gravísimas heridas que determinaron su posterior fallecimiento en el traslado al centro sanitario.

Miguel, quedó tendido en la acera al lado de la tapa de registro del alcantarillado. Casi a la vez que el primero, irreflexivamente y sin dirección definida, dispara su escopeta Pablo; inmediatamente después y alertado por los disparos, Claudio, se asomó a la misma ventana, momento en que Antonio que seguía afectado por la situación anímica ya referida, le dispara a la cabeza, no alcanzándole.

Minutos más tarde, padre e hijo, abren la puerta de entrada, cerrada hasta entonces como los demás accesos, salvo la ventana, tratando entonces Claudio de salir corriendo, momento en que Antonio, que había agotado sus cartuchos le dice a su hijo Pablo: «mátalo»; y al no hacerlo su hijo, el propio Antonio le propina un golpe en la cabeza con la culata de su arma, que se rompe, ocasionándole lesiones en cuya curación invierte siete días, curando sin defecto físico ni deformidad, lesión que no le impidió escapar, continuando la carrera, y reuniéndose poco después con Juan, quien habiéndose percatado de la presencia de Antonio con el arma, había escapado previamente sin avisar a sus compañeros.

Al acercarse Pablo al herido Miguel y ante una contestación de éste, que considera despectiva, le golpea con la culata de su arma en la cara, ocasionándole la pérdida del incisivo superior central izquierdo, y arrancamiento del central derecho.

Más tarde, ocurridos los hechos relatados, llega Antonio, portando su rifle calibre 22, marca «ANSTCHUTZ», núm. 122.137, del que su padre Antonio, pero no él, poseía licencia y guía de pertenencia, llevando el arma descargada y sin la correspondiente munición.

El fallecido Miguel, había nacido el día 4 de abril de 1959, era adicto a la heroína, y convivía con Isabel, con quien había tenido dos hijos: Miguel Angel (nacido el 24 de enero de 1980) y Alejandro (nacido el día 27 de marzo de 1988).

2. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Antonio, como autor de un delito de asesinato, de un delito de homicidio frustrado y de una falta de lesiones, con la concurrencia de la *atenuante muy cualificada de obcecación*, a las penas: diez años y un día de prisión mayor, por el delito de asesinato con suspensión de cargo público y de los derechos de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena; a la pena de diez días de arresto menor, por la falta, y al pago de un tercio de las costas procesales, incluidas las del acusador particular, y a que por vía de indemnización satisfaga a Isabel la suma de un millón de pesetas y dos millones a cada uno de los dos hijos, Miguel Angel y Alejandro, y a Claudio en la cantidad de veinticinco mil pesetas. Abonándose al condenado el tiempo de prisión preventiva sufrido durante la tramitación de la causa.

Que debemos condenar y condenamos a Pablo como autor de un delito de lesiones a la pena de cuatro meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una sexta parte de las costas, incluidas las del acusador particular, y absolviéndole del delito de asesinato de que también venía siendo acusado.

Y que debemos absolver y absolvemos a Antonio, los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas, con declaración de oficio de la mitad de las costas procesales (Antonio es otro hijo del dueño del bar).

Se decreta el comiso de las armas, a las que se dará el destino legal o reglamentario que en su caso corresponda.

Notifíquese esta sentencia a las partes y háganles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de la notificación.

Se recurre la Sentencia, destacando de los motivos del Recurso el que estima que no concurre la alevosía y otro que considera que debió apreciarse la legítima defensa incompleta de los bienes. La Sentencia del Tribunal Supremo desestima ambos motivos, en base a lo siguiente:

Esta Sala viene declarando con reiteración que la definición de la *alevosía* que se describe profusamente en el *número 1.º del artículo 10 del Código Penal* es de cariz predominantemente objetivo, al descansar en dos pilares que realzan su carácter ejecutivo: el aseguramiento de la acción delictiva y la eliminación de la consiguiente reacción defensiva del ofendido, lo que no impide para que en la agravante se incluya un elemento subjetivo que decide el plus de anti-juridicidad insisto en esta circunstancia llamada por ello de tendencia: la específica orientación por el culpable de los medios, modos o formas de ejecución

hacia aquel doble fin del aseguramiento en su acción ofensora que pudiera hacer la víctima, con lo que no se hace sino reproducir en el ámbito más reducido de lo circunstancial lo que también sucede en el orden más general del injusto típico, cuya objetividad es en ocasiones trascendidas por elementos subjetivos que deciden dicho injusto; y de la declaración de hechos probados aparece el aseguramiento de la acción, al colocarse en la oscuridad de la noche el padre armado con una escopeta al lado de la única salida que podían utilizar los malhechores que habían entrado en su establecimiento, y la consiguiente eliminación de la reacción defensiva al estar situados de forma que no se les pudiera ver o apreciar su presencia, como lo acredita el hecho de descolgarse por la ventana para emprender la huida el citado Miguel, con lo que procede desestimar, al concurrir ambas circunstancias, el motivo tercero del recurso, en el que al amparo del número 1.º del artículo 849, denunciaba la indebida aplicación del número 1.º del artículo 406 del Código Penal.

Denuncia el motivo cuarto del recurso formulado por los procesados, con apoyo procesal también en el número 1.º del artículo 849, la *no aplicación de la atenuante de legítima defensa incompleta prevista en el número 1.º del artículo 9.º en relación con el número 4.º del artículo 8.º del Código Penal*; motivo que procede desestimar, pues, aparte de que la llamada defensa patrimonial, como tiene declarado esta Sala, viene determinada por el artículo 2.2 a) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, que no hace otra cosa que sancionar el principio de llamada «ponderación de bienes» con arreglo al cual no es dable en caso alguno parangonar el derecho a la vida con el no fundamental de la propiedad, en el supuesto de autos, cuando se actúa en el procesado la reacción de defensa de sus bienes, la agresión ya había cesado, al emprender la huida el agresor, cesando el riesgo actual e inminente de los bienes puestos en peligro; razones que llevaron al Tribunal de instancia a la no apreciación de la citada atenuante y vuelven a llevar a esta Sala a la desestimación del recurso.

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1991, RECAÍDA EN EL RECURSO N.º 383/90-P

I. Antes de exponer las razones de mi discrepancia deseo hacer presente el profundo respeto que me merece la opinión de la mayoría de la Sala.

II. La discrepancia que fundamenta el presente voto particular se refiere específicamente al concepto de alevosía aplicado por la Sala. El punto de vista de la sentencia recoge, sin duda, la posición que tradicionalmente ha seguido sobre esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es decir, ha parti-

do de una identificación de la alevosía con los elementos objetivos de la misma descritos en el art. 10, n.º 1 CP. Ciertamente afirma la Sala, siguiendo de esta manera reiterados precedentes, que la agravante tienen también un elemento subjetivo, pero éste, si bien se ve, no se diferencia del dolo, pues consiste en el conocimiento de la situación en la que la víctima no tiene posibilidad de defensa. Por lo tanto, este elemento subjetivo en nada modifica lo que es característico de todas las agravantes: el autor debe haber tenido conocimiento de los elementos objetivos de la agravante, pues éstos forman parte del tipo objetivo (aunque sea de una manera accidental) del delito.

Este concepto de alevosía de la jurisprudencia es a mi modesto modo de ver las cosas, insuficiente para explicar la agravación de la pena en un grado prevista en el art. 406.1.º CP. El propio texto de la ley sugiere esta insuficiencia del art. 10, n.º 1 CP para explicar la alevosía del art. 406, 1.º CP, pues, mientras en forma genérica aquél contiene una agravante que debería dar lugar a la aplicación de la pena en el grado medio o máximo, según el art. 61,2.º CP, la alevosía determina en el homicidio el aumento radical de la pena en un grado, en la forma prevista para el asesinato, lo que no tiene paralelo con ningún otro delito del Código Penal. Consecuentemente, es prácticamente imposible explicar esta diferencia sustancial del efecto penal de la alevosía en el asesinato sólo a través de la definición del art. 10,1.ª CP.

Por lo tanto, si la interpretación de la ley penal debe lograr resultados que garanticen la relación de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena aplicable, cabe suponer que no resulta plausible, en principio, que la misma circunstancia pueda operar como simple agravante en las lesiones y como una agravante supercualificante en el homicidio.

Sin perjuicio de lo anterior, el concepto jurisprudencial de alevosía no se distingue con la claridad y la precisión necesarias del abuso de superioridad (art. 10, n.º 8.º CP). El Tribunal Supremo, ha tratado de establecer límites a una y otra circunstancia, pero, como es lógico, ha encontrado todas las dificultades que tienen esta tarea cuando se refiere a conceptos que sólo se diferencian cuantitativamente. Por ello, la fórmula según la cual la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía reside en que en el primero sólo se disminuye la posibilidad de defensa de la víctima, mientras que en la segunda se la excluye completamente es de muy difícil aplicación, como lo demuestran algunos supuestos que ha debido resolver esta Sala. P. ej., el caso en el que un grupo de más de dos hombres armados de una navaja abusan de una mujer a la que luego quitan la vida, en que se ha estimado que no concurría alevosía, pero sí abuso de superioridad (STS 24-10-87), o aquel en el que una persona de 62 años, embriagada, que para andar precisaba muleta y bastón, fue matado por un joven de 22 años golpeándole con una piedra en la cabeza mientras se encontraba caído en el suelo (STS 10-2-86), en el que también se entendió que había abuso de superioridad. Lo mismo se pone de manifiesto en el caso de dos procesados que armados con navajas de unos diez centímetros de longitud con-

minan a un hombre de 74 años para que les entregue 1.000.000 de ptas., en el que se estimó que todo ello no era suficiente para apreciar el abuso de superioridad (STS 7-3-86). Es cierto que, salvo en la STS 24-10-87, el Tribunal Supremo sólo se ha pronunciado sobre si concurría o no el abuso de superioridad, pero careciendo de la posibilidad técnica de apreciar la concurrencia de alevosía por falta de un recurso de la acusación en tal sentido, pero, de todos se muestra que en su aplicación concreta la fórmula de la exclusión de la capacidad de defensa ofrece dificultades casi insuperables para determinar unos límites de la alevosía frente al abuso de superioridad que no resulte incompatible con el principio de proporcionalidad. ¿Por qué razón el ataque inopinado con un cuchillo puede dar lugar a la aplicación de la alevosía, mientras el ataque de varios hombres armados con una navaja a una mujer indefensa, sólo importa abuso de superioridad? Es evidente que en el ataque de varios en el que uno está armado y la víctima es físicamente débil no queda lugar para defensa alguna.

Estas dificultades, por otra parte, han llevado prácticamente a reducir el homicidio simple del art. 407 CP a una figura de excepción, que sólo se aplica sin dudas en los casos en los que la muerte se produce en el curso de una pelea.

La consideración de una diferencia meramente cuantitativa entre la alevosía y el abuso de superioridad, por otra parte, sólo tiene alguna virtualidad en el marco del asesinato, pero desde la reforma del art. 420 por la LO 3/89, carece de toda fuerza explicativa en el marco de las lesiones, que también es un delito contra las personas, en el que es aplicable la alevosía, pero como simple agravante. En efecto, con dicho criterio no es posible explicar que la alevosía y el abuso de superioridad tengan en las lesiones el mismo efecto agravante, pues si la primera importa siempre una mayor gravedad que el segundo, ello se debería reflejar también en la gravedad de la pena.

En suma, la concepción de la alevosía como una forma cuantitativamente mayor del abuso de seguridad ofrece tanto dificultades para su aplicación práctica, como para su justificación hermenéutica.

En tal situación es imprescindible, desde mi punto de vista, redefinir el concepto de alevosía como una circunstancia cualitativamente diversa del abuso de superioridad. Ello no es simplemente consecuencia de la reforma de la LO 3/89, sino, además, un imperativo derivado del principio de proporcionalidad: una circunstancia, que determina un aumento del rigor tan considerable como el que produce la alevosía, no puede ser simplemente el supuesto más grave del abuso de superioridad, que se puede contemplar agotando dentro del grado máximo de la pena aplicable, sino una agravante cualitativamente diversa.

Esta diversidad cualitativa se debe referir fundamentalmente al «aprovechamiento» de la indefensión que ocasionalmente la jurisprudencia ha subra-

yado como elemento esencial de la alevosía. Tal aprovechamiento de la indefensión se vincula a la exigencia del quebrantamiento especialmente reprochable de una relación de confianza con la víctima. Precisamente cuando la indefensión provenga de esta relación de confianza existente entre la víctima y el autor se podrá hablar de un verdadero aprovechamiento de la indefensión y de un incremento considerable de la gravedad del hecho adecuado a la sustancial agravación de la pena amenazada en el art. 406 CP.

III. En el caso que ahora juzga la Sala, es indudable que hubo acecho de la víctima con el fin de matarla, pero también es evidente que de esta manera no se quebrantaba de forma especialmente reprochable una relación de confianza de la víctima respecto del procesado. Resulta claro que quien entra a robar en una casa no deja su seguridad personal en manos del dueño por la especial confianza que éste le merece.

Consecuentemente, la sentencia de la que discrepo debería haber estimado el tercer motivo de casación de los procesados.