

CARMEN GÓMEZ RIVERO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Presupuestos y límites de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal

SUMARIO.—I. LA ALEVOSÍA.—1. Los criterios de delimitación de la alevosía en el CP.—2. Supuestos especialmente discutidos de la alevosía.—II. EL ENSAÑAMIENTO.—1. La innecesariedad del mal como elemento del ensañamiento.—2. El aspecto subjetivo del ensañamiento.

Las circunstancias de la alevosía y el ensañamiento cuentan con una larga tradición en el Código Penal. Ello es lógico dado que se trata de elementos que cualifican una tipología delictiva que, por su carácter primario, siempre ha engrosado de forma indiscutida el núcleo mínimo e irrenunciable del Derecho penal: los delitos contra la vida e integridad física. La alevosía y el ensañamiento aparecen así como circunstancias que inciden de lleno en el ámbito delictivo sobre el que se ha ensayado nada menos que toda la construcción de la dogmática jurídico penal, hasta el punto de convertirse en banco de prueba no sólo del acierto de las soluciones teóricas sino de las reflexiones de índole político criminal.

Sin embargo, pese a lo anterior, pese a tratarse de circunstancias que cuentan con el respaldo de un acervo interpretativo impensable en relación con otros tipos delictivos, lo cierto es que ni los presupuestos de su aplicación, ni sus perfiles y, con ello, su delimitación respecto a otras figuras afines, escapan a la discusión doctrinal. Esas dudas interpretativas salpican plenamente a su aplicación práctica por parte de los Tribunales, cuyos pronunciamientos a menudo generan cierto grado de insatisfacción: unas veces por dejarse arrastrar por la inercia de una tradición interpretativa que apenas se somete a revisión crítica; otras, simplemente, por llegar a resultados que difícilmente se concilian en plano lógico con las soluciones que se ofrecen a problemas similares.

Estas dificultades interpretativas se limitarían a engrosar discretamente la lista de tantos otros aspectos discutibles en los más variados ámbitos del Derecho penal si no fuera porque, más allá de la importancia cuantitativa de estas agravantes y de su singular traducción punitiva, la tipología delictiva a la que afectan las inserta de lleno en un ámbito que, como pocos, condiciona poderosamente la sensación de satisfacción o insatisfacción de los ciudadanos respecto al modo en que el Derecho penal les protege. De esta forma, la discusión desborda el ámbito de los profesionales del Derecho para adquirir, ante todo, una dimensión social que ventila a la luz pública las vacilaciones interpretativas. Es lógico que esto sea así. Porque cuando se plantea si estas agravantes deben apreciarse en los delitos contra la vida, lo que se está decidiendo en última instancia es nada menos que la procedencia del salto de calificación de lo que sería un homicidio a un asesinato, delito éste cuya razón de ser como tipo autónomo tiene mucho que ver con la mayor carga criminal que semánticamente connota la expresión y cuya existencia misma enraiza con consideraciones sociológicas que reclaman dicho «nomen iuris».

No es sino la fuerte carga de sensibilidad social hacia lo que se considera la forma más grave de violencia lo que determina que, de hecho, también el sentir social haya formulado su propia comprensión lega de la alevosía y del ensañamiento. Pese a que esa formulación no está escrita ni plasmada en lugar alguno, el cuerpo social parece ser capaz de identificar sin dificultades ni titubeos los perfiles de lo que entiende por tal, desenvolviéndose así con la pasmosa seguridad de quien estuviera guiado por una suerte de instinto natural. Esa comprensión social, al menos en principio, debería coincidir con la comprensión jurídica. Y debería coincidir porque, también al igual que sucede en otros ámbitos delictivos, ésta no está llamada a ser más que el reflejo de aquélla, tal como reclama el dogma básico de que Derecho penal no sólo no puede estar de espaldas a la sociedad sino que tiene que ser la más viva imagen de ella y de su evolución socio-cultural. Por eso, cuando esa coincidencia quiebra no es de extrañar que la singular sensibilidad social y carga emotiva que acompaña a este ámbito desate la reacción airada de los ciudadanos, que se sienten entonces defraudados, impotentes, irritados ante la frustración de las expectativas que tenían puestas en la aplicación de estas circunstancias. En la mente de todos está la periodicidad con que los medios de comunicación presentan con tintes un tanto sensacionalistas alguna Sentencia en la que el Tribunal niega la calificación de ensañamiento en pugna directa con lo que parece dictar el sentir social, siendo paradigma de los casos más llamativos aquellos en los que se califica como homicidio la muerte de la víctima tras la reiteración de una serie de puñaladas.

Ni que decir tiene que la disparidad entre el sentimiento lego y los pronunciamientos jurisprudenciales sólo puede reconducirse explicativamente a dos razones, de las cuales tan sólo una es admisible. La discrepancia será razonable cuando sea el reflejo de la opción seguida por el legislador de acotar los perfiles de la circunstancia de forma no plenamente coincidente con el sentimiento lego, algo que desde luego, al igual que sucede con cualquier otra opción legislativa, podrá ser más o menos discutible, más o menos plausible, pero en cualquier caso siempre válida en cuanto solución de «lege lata»; la discrepancia, por el contrario, será patológica cuando el pronunciamiento jurisprudencial se desvíe de la interpretación que marca la letra de la ley en sintonía con aquel sentir social.

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de los perfiles más conflictivos de la alevosía y el ensañamiento en el Código Penal al hilo de la interpretación que de las mismas realizan los Tribunales, haciendo especial hincapié en los aspectos en que parecen distanciarse de la que habría sido «la sentencia lega».

I. LA ALEVOSÍA

El Código Penal ofrece una definición de la alevosía en el artículo 22.1, en sede de circunstancias agravantes genéricas, definición que, como suele convenir en señalar la doctrina, es también a la que hay que acudir para cualificar la muerte de una persona como asesinato a efectos del artículo 139.1 CP. Conforme a dicha definición, «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 ejecutarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

El análisis del tenor literal parece ofrecer sin ambages las claves para pergeñar su concepto: en primer lugar, el específico contenido de desvalor consiste en que el autor emplea un «modus operandi» que contextualiza a la acción en unas coordenadas ajenas a lo que habría sido el decurso de los hechos en condiciones normales, esto es, supone una desviación respecto a lo que pudiera denominarse «plan delictivo común»; en segundo lugar, esa especial dinámica ejecutiva tiene un sentido inequívoco: asegurar de modo directo o especial el resultado pretendido, inclinando así las posibilidades de éxito claramente a favor del autor; por último, la táctica que emplea para conseguirlo consiste en eliminar el riesgo que pudiera provenir de la reacción defensiva por parte de la víctima, quien queda relegada de esta forma a una situación de indefensión.

Con este diseño legal de la circunstancia, no parece que su apreciación en el caso concreto debiera plantear especiales problemas. Y no debiera plantearlos porque las pautas que ofrece el legislador para delinear sus perfiles se presentan a primera vista como trazos impecables, firmes, de tal forma que bastaría realizar una simple tarea de subsunción jurídica para comprobar si la concreta ejecución delictiva puede calificarse como alevosa. Sin embargo, como enseguida habrá ocasión de comprobar, pese a que dichas claves ofrecen los puntos definitorios de la alevosía, lo cierto es que la moldeabilidad y ambigüedad que acompaña a los conceptos manejados por el legislador permite fundamentar soluciones diferentes –e incluso a veces contradictorias– a los diversos supuestos imaginables, lo que genera un extraordinario clima de inseguridad jurídica.

De hecho, las dificultades para precisar los contornos de la alevosía no encuentran su único punto de arranque en la interpretación aislada de los términos del artículo 22.1 CP. Aquéllas se acrecientan aún más al entremezclarse con la dificultad sobreañadida que supone la tarea de delimitar su concepto respecto a la agravante genérica contenida en el apartado 2 del mismo artículo 22, cuyo sentido sólo puede ser residual respecto a la alevosía, «una alevosía de segundo grado», como la ha denominado la jurisprudencia. Y es que dicho apartado, tras hacer referencia a la ejecución del hecho mediante disfraz o con abuso de superioridad, introduce una cláusula final cuyo parecido con la alevosía es innegable: ejecutar el hecho «*aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente*». Esta semejanza entre el contenido de ambos preceptos viene a complicar aún más la tarea de perfilar el ámbito propio de la alevosía, hasta el punto de que dichas definiciones legales, en lugar de aliviar la tarea del intérprete, se prestan a encender nuevos focos de confusión. Con este panorama, uno no puede extrañarse de que las tendencias de la doctrina y jurisprudencia discurren no pocas veces por vías paralelas y que incluso dentro, no ya de la doctrina sino de la propia jurisprudencia, sea posible encontrar soluciones de signo diametralmente opuesto para casos iguales o análogos.

Ni que decir tiene las graves repercusiones que comporta la falta de nitidez en la interpretación de estos supuestos. La disparidad, claro está, no es tan preocupante allí donde la duda se traduce en cualificar un atentado contra las personas, por ejemplo, un delito de lesiones, conforme al número 1 o conforme al número 2 del artículo 22, algo que en cualquier caso no alteraría la pena resultante. Las consecuencias prácticas se concentran en aquellos otros supuestos en los que, por recaer la circunstancia sobre una conducta homicida, su apreciación determina que lo que en principio sería un tipo de homicidio se convierta en uno de asesinato, con el consiguiente salto de marco penal y las consecuencias de todos conocidas respecto a la responsabilidad de los partícipes.

En lo que sigue, me ocupo en primer lugar de perfilar el concepto de la alevosía a partir de la exégesis de las claves que al respecto ofrece el texto de la ley, abordando posteriormente el estudio de algunos casos concretos cuya reconducción a dicha circunstancia resulta especialmente discutida.

1. Los criterios de delimitación de la alevosía en el CP.

El punto de arranque del diseño de la alevosía en el Código Penal lo marca el empleo de un medio, modo o forma que tiende a asegurar el éxito ejecutivo. Como apuntaba más arriba, el especial desvalor de la conducta consiste, en definitiva, en que el agresor maquina un plan que le sitúa en una posición de clara preeminencia frente a su víctima. Es por ello, por rodearse de condiciones que le garantizan el éxito, por lo que se hace merecedor de un reproche sobreañadido que justifica la exasperación de la pena. Ese reproche toma por base dos consideraciones de lectura convergente. La primera pone el acento en aspectos valorativos en torno a la mayor desaprobación que despierta su maniobra: porque ni al más burdo sentido común escapa la especial censura que merece la conducta de quien diseña el plan delictivo atrayendo hacia sí todas las condiciones favorables, de tal forma que a la víctima apenas si le queda margen para oponer resistencia; la segunda, ahora desde un análisis estrictamente objetivo, subraya el incremento de peligrosidad ínsito a esta forma ejecutiva, algo que determina el aumento de su contenido de injusto.

A partir de este rasgo básico de la alevosía —el empleo de formas especiales de ejecución—, el legislador ofrece de forma directa o indirecta otras claves para trazar de forma más nítida los perfiles de ese boceto inicial de la figura.

La primera clave se desprende de su contemplación relativa respecto a lo que sucede con la circunstancia agravante 2 del artículo 22. La lectura de ambos preceptos pone en la pista de que el injusto específico de la alevosía focaliza directamente la relación entre agresor y agredido; más exactamente, la relación entre éste y el ardid que aquél individualmente pone en marcha. Quiero subrayar con esto que el legislador parece desterrar de ella las técnicas que no dependan de forma directa de las posibilidades individuales del autor. Así lo hace pensar que en el apartado segundo del artículo 22 se contemplen expresamente supuestos que de otra forma, esto es, de no ser porque su inclusión en él los expulsa implícitamente del apartado primero, tendrían inequívoco sabor alevoso. Sólo así puede explicarse, por ejemplo, que no se valore como alevosa la realización del hecho cuando intervienen varios coautores, pese a que se trata de una forma ejecutiva que aboca indefectiblemente a la víctima a una posición de clara inferioridad.

Pero en segundo lugar, la contemplación relativa de ambas figuras arroja como dato adicional que la alevosía se caracteriza frente a la agravante del artículo 22.2 por el singular efecto que consigue o, si se quiere, por la especial *intensidad* de la desigualdad de condiciones o fuerzas entre sujeto activo y pasivo. En la alevosía parece que aquélla alcanza su cota más alta, en tanto que la redacción legal exige que su efecto sea la *anulación* de cualquier defensa de la víctima («*sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*»); por su parte, en claro contraste con esa desigualdad extrema de fuerzas, el apartado segundo del artículo 22, describe el efecto de la maniobra del autor como una situación de mero *debilitamiento* de las defensas de la víctima (ejecutar el hecho en circunstancias que «*debiliten la defensa del ofendido*»). Como no podía ser menos, este criterio *cuantitativo* está presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de trazar los perfiles de una y otra circunstancia. Es lo que hace, por citar sólo algunas, las Sentencias de 11 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6129), 20 de abril de 1991¹ (RJ 1991, 2826), de 7 de febrero de 1997 (RJ 1991, 660), 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5388), 16 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8080) o 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8880).

La tercera pauta que ofrece el legislador en el diseño de la alevosía pone el acento en la finalidad misma que se pretende con su empleo: mientras que con ella se persigue evitar el riesgo «*que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*», en la circunstancia agravante del artículo 22.2, además de la referencia a la debilitación de las defensas de la víctima, se incluye la genérica mención a que se facilite «*la impunidad del delincuente*». Sería éste el caso, por ejemplo, cuando las condiciones de lugar o tiempo en que se produce la ejecución excluyen la posibilidad de una reacción defensiva por parte de terceras personas.

Más allá de esta delimitación relativa de las circunstancias contempladas en los apartados 1 y 2 del artículo 22, otra de las señas de identidad de la alevosía que parece desprenderse de la letra de la ley es la exigencia de que los medios, modos o formas empleados por el autor tengan *capacidad objetiva* para anular el riesgo de defensa del ofendido; esto es, de que al margen de las creencias subjetivas de aquél los medios que utiliza tengan *aptitud objetiva* para anular la reacción defensiva

1. V. el voto particular que a la misma fórmula BACIGALUPO ZAPATER, donde cuestiona que la diferencia entre alevosía y abuso de superioridad sea cuantitativa: «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 agotado 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 subrayado 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».

de la víctima («*que tiendan directa o especialmente a asegurarla*»). Se excluyen así los supuestos en los que la maquinación del autor no pasa del plano de las intenciones, sin traducirse en circunstancias constatables objetiva o externamente. Es más, ni siquiera haría falta que el legislador mencionara esta exigencia expresamente. Porque bien podría extraerse sin dificultades de los principios generales básicos que inspiran el Derecho penal, un Derecho que hace tiempo renunció a castigar los meras intenciones que no se acompañan de una peligrosidad, si no real, sí al menos potencial.

Por lo demás, obsérvese que esta exigencia resulta lógica si se tiene en cuenta que la alevosía ni siquiera puede apreciarse cuando queda en forma meramente intentada². Y es que la alevosía es una circunstancia fáctica concurrente a la ejecución que existe o no existe y, por ello, su desvalor, el *plus* de injusto que aporta al hecho, no puede consistir ni en la tentativa de que hubiese existido ni mucho menos, por lo que ahora interesa, en la intención del autor de que el medio que emplea sea eficaz cuando el mismo carece desde una perspectiva «*ex ante*» de cualquier peligrosidad objetiva.

Lo cierto es, sin embargo, que el requisito legal de que los medios empleados por el autor «*tiendan*» de forma directa o especial a asegurar el éxito del plan se presta a una interpretación adicional que desborda el sentido estrictamente *objetivo* que hasta ahora se le ha asignado para condicionar la comprensión *subjetiva* de la circunstancia. Y es que, en efecto, más allá de la exigencia, prácticamente indiscutida, de que para que un hecho se considere como alevoso es necesario que el autor obre con conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias que lo cualifican como tal, no han faltado voces requiriendo la concurrencia de un elemento anímico, trascendente al dolo, cifrado en que el autor actúe impulsado por la consecución de un desequilibrio de fuerzas que le coloque en una posición prevalente frente a su víctima. Los defensores de esta postura reclaman como su principal punto de apoyo justamente la referencia legal a que los medios alevosos «*tiendan*» de forma directa y especial a asegurar el éxito ejecutivo, referencia que, dicen, parece evocar una especial motivación subjetiva. De ahí concluyen que la orientación de los medios al logro del desequilibrio de fuerzas expresa una tendencia anímica del agente que identifican con un *elemento subjetivo del injusto*.

A mi modo de ver, tiene razón la doctrina que sostiene que la caracterización de la vertiente subjetiva de la alevosía debe limitarse a comprobar que el autor obra con dolo, sin que requerir un elemento subjetivo o tendencia anímica adicional³. A favor de esta interpretación pueden manejarse diferentes argumentos. En primer lugar, la conveniencia de identificar de forma restrictiva los elementos subjetivos del injusto en un Derecho cuya gravedad obliga racionalmente a buscar el fundamento de la exasperación de la pena antes en la realización voluntaria y consciente de circunstancias objetivamente más disvaliosas que en las tendencias anímicas del autor. Pero en segundo lugar, ya con relación específica a la alevosía, entiendo que la exigencia de dicho elemento anímico introduciría una dificultad adicional que a la postre encierra el riesgo de abocar a una relativización de los presupuestos de la circunstancia, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica. Y es que, en efecto, a diferencia de lo que sucede con otras circunstancias, como el ensañamiento, donde es relativamente fácil identificar su realización voluntaria y consciente (aumento del dolor) y delimitarla del elemento subjetivo que eventualmente pudiera inspirar la actuación del agente (ánimo calculado de producir el sufrimiento), la disección de ambos aspectos resulta endiablidamente difícil en la alevosía, hasta el punto de que la exigencia de dicho elemento tendencial se presta con ductilidad a funcionar como soporte argumentativo de decisiones de signo diametralmente opuesto.

No hay mejor prueba de la complejidad para delimitar lo que sea el conocimiento y voluntad de atacar a la víctima en condiciones que anulan su defensa de un supuesto elemento anímico que el hecho de que incluso la jurisprudencia que apunta a su exigencia acabe ofreciendo una definición

2. Casi ni que decir tiene que es perfectamente posible un asesinato con alevosía en grado de tentativa. Pero ello supone, lógicamente, que la alevosía concurre y lo que no alcanza el grado de consumación es simplemente el resultado lesivo.
3. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia, 1999 pg. 52: «*La definición que da el art. 22.1 de la alevosía no requiere, desde luego, ninguna motivación especial, basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla*».

del supuesto elemento subjetivo que en última instancia coincide con la del dolo. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia de 13 de marzo de 1996 (RJ 1996, 1957), que haciendo alusión a la línea jurisprudencial que potencia el aspecto subjetivo de la alevosía afirma que la misma exige «*que el infractor haya representado que su "modus operandi" suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desee obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado*».

Hasta ahora se ha afirmado que en su caracterización legal la alevosía requiere que el autor despliegue una actividad orientada a anular la defensa que pudiera provenir de la víctima mediante maniobras que están dotadas de capacidad para conseguirlo desde un punto de vista objetivo y que además, en el plano subjetivo, dicha maniobra tiene que realizarla de forma voluntaria y consciente, esto es, con una actitud propia del dolo. De forma deliberada he dejado para el final la interpretación de la clave más conflictiva de cuantas ofrece el legislador en la contemplación de la alevosía, clave que además parece marcar una de sus diferencias más llamativas respecto a la circunstancia segunda del artículo 22. Me refiero a la que pone el acento en la descripción misma de la acción típica: mientras en la alevosía la conducta consiste en *emplear* ciertos medios, modos o formas de ejecución, cuando el legislador define la agravante 2 del artículo 22 se refiere a *aprovechar* determinadas circunstancias que facilitan la ejecución del delito o garantizan su éxito⁴. «Emplear» y «aprovechar» aparecen así como los dos verbos sobre los que pivotan las respectivas conductas típicas, verbos cuyo empleo diferenciado sólo puede tener cabalmente el sentido de marcar los respectivos ámbitos de aplicación de cada circunstancia.

El consenso, sin embargo, se agota en esta afirmación inicial en torno a que con la descripción diferenciada de la acción típica el legislador ha querido hacer referencia a la dinámica comisiva de dos realidades distintas. Más allá de esto, todo lo demás parece sumirse en las sombras de la duda. No es extraño que sea así cuando, ya de entrada, la tarea de identificar las respectivas situaciones a las que remiten los verbos típicos se presta a discurrir conforme a dos claves distintas que condicionan poderosamente los respectivos ámbitos de aplicación de cada circunstancia. Así, conforme a una primera opción podría decirse que mientras en la alevosía la conducta del autor consiste en una maniobra *activa*, en el sentido de que es él quien diseña, inserta y articula los medios comisivos, en la agravante 2 del artículo 22 adopta un papel eminentemente *pasivo*: se limita a *aprovechar* circunstancias de la ejecución que en ningún caso han sido programadas por él; no es él quien las diseña e introduce, sino que se ve simplemente favorecido por elementos concurrentes ajenos a su intervención, aprovechándolos en su propósito delictivo. En definitiva, conforme a esta primera interpretación, el despliegue activo de una maniobra, por un lado, y el aprovechamiento pasivo de una situación concurrente, por otro, representan las claves que respectivamente delimitan los apartados primero y segundo del artículo 22.

Y si bien es verdad que desde un punto de vista semántico nada hay que objetar a este criterio, su consistencia queda en entredicho tan pronto como se analiza a la luz de los resultados a que conduciría en su aplicación práctica, resultados difíciles de justificar desde una óptica *político criminal*. Aunque habrá ocasión de insistir más adelante, baste apuntar ahora que la misma aboca a una interpretación sumamente restrictiva de la alevosía que deja fuera de su ámbito supuestos, como la ejecución del hecho aprovechando que la víctima se encuentra de espaldas, que, sin embargo, desde un punto de vista valorativo son plenamente equiparables a aquellos otros en los que el autor despliega una conducta activa, casos que ni la doctrina ni la jurisprudencia han dudado nunca en reconducir a dicha circunstancia.

Frente a esta primera línea interpretativa, el empleo de los diferentes verbos típicos puede

4. Así, por ejemplo, MORALES PRATS: «Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la vida e integridad física*. Madrid, 1995, pg. 276.

entenderse en un sentido distinto que, además de ser respetuoso con el estricto tenor literal de la ley, satisfaga las exigencias más básicas de política criminal. Conforme a esta segunda interpretación, lo que el legislador estaría exigiendo con el verbo «*emplear*» es que el autor no se limite a aprovechar una circunstancia *consustancial o permanente* a cualquier intento de ejecución delictiva, sino que el desvalor de su comportamiento responda a una *posibilidad de elección*, esto es, que frente a varias opciones posibles opte por aquella que le asegura el éxito debido a la imposibilidad de defensa de su víctima. En definitiva, conforme a esta segunda interpretación, el término «*emplear*» vendría a exigir que el sujeto activo recurra de forma opcional a un método delictivo que no es consustancial a la consecución del fin que pretende. Cuando por el contrario se encuentre con una situación que si bien le beneficia no le es dado cambiar ni tiene posibilidad de optar por otra distinta, como sucede cuando es inherente a la contemplación relativa de fuerzas entre agresor y agredido, se estaría limitando a «*aprovecharse*» de la misma, algo que todo lo más será relevante a efectos de apreciar la circunstancia segunda del artículo 22 CP, pero nunca la alevosía.

Esta interpretación resulta además coherente con el segundo criterio delimitador entre ambas circunstancias al que parece apuntar el legislador y que pone ahora el acento en el objeto mismo de la conducta típica: mientras en la alevosía ésta se refiere a *medios, modos o formas* que tiendan directa o especialmente a asegurar la ejecución, en el apartado segundo la acción típica, la conducta de «*aprovecharse*», toma como punto de referencia las *circunstancias* de lugar, tiempo o auxilio de otras personas.

Esta diferencia no es sino la consecuencia lógica del criterio anterior: si el sentido del verbo «*emplear*» presupone la posibilidad de elegir una forma ejecutiva que no es consustancial al fin pretendido por el agente, su opción representa el resultado del proceso electivo de un concreto medio, modo o forma ejecutiva: sólo si hay posibilidad de elegir puede hablarse del recurso a una técnica de ejecución especial tal como requiere la alevosía. Por el contrario, si la elección no existe sino que el desequilibrio de fuerzas es inherente a la situación, el agente ni elige ni puede elegir y, por ello, es imposible decir que emplea, que recurre a una forma ejecutiva especial; al contrario, lo único que hace es aprovecharse de una circunstancia dada, algo que es propio del número 2 del artículo 22 CP. En resumen, pues, el hecho de que en un caso el autor elija los medios y en otro se limite a beneficiarse de circunstancias concurrentes determina que mientras en el primero la razón de ser de la agravante deba verse en la *dinámica comisiva*, en el segundo resida en el *marco contextual* en que se desarrolla la acción. Es más, conforme al texto de la Ley, en la alevosía dicha dinámica comisiva tiene que referirse a los medios de ataque, apreciándose en el resto de los casos, todo lo más, la circunstancia número 2 del artículo 22. Resulta así que en el diseño legal de la alevosía su injusto no reside en el mero dato de introducir elementos de desequilibrio o desigualdad de fuerzas, sino en la consecución de ésta a partir del ejercicio —en el sentido de elección— de determinadas formas de acometimiento.

2. Supuestos especialmente discutidos de la alevosía.

La interpretación propuesta del verbo típico al que recurre el legislador para caracterizar la alevosía ofrece la clave para solucionar uno de los supuestos que si bien la doctrina jurisprudencial ha reconducido tradicionalmente a esta circunstancia, no deja de resultar controvertido: el caso en el que el sujeto pasivo de la agresión es una persona especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o condición.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado tradicionalmente tres formas en las que puede manifestarse el especial desvalor de la alevosía: la *proditoria*, la *súbita o inopinada* y la consistente en el aprovechamiento de una situación de *desvalimiento*. En realidad, las dos primeras modalidades no ofrecen dificultad alguna para reconducirse a los perfiles legales de la alevosía. La primera, la *proditoria*, se identifica con la «*asechanza, emboscada, celada o lazo*»⁵; por su parte, con

5. Por todas, STS 24 enero 1992 (RJ 1992, 440).

la *súbita o inopinada* se identifican los supuestos en los que el ataque se realiza de forma imprevista o repentina. A ella corresponden, por ejemplo, los casos en los que el sujeto acomete a su víctima tras haber propiciado una especial situación de indefensión, o cuando la hiere previamente para evitar su defensa o la ataca por la espalda o de forma inesperada. En todos estos casos puede decirse sin mayor dificultad que el autor «emplea» determinados métodos de ejecución tendentes a anular las defensas de la víctima y, por ello, no plantea problema alguno calificarlos como alevosos.

Si acaso, sólo requeriría algún comentario aquellos supuestos en los que la especial situación de vulnerabilidad de la víctima no ha sido propiciada por el autor, sino simplemente *aprovechada* por él, como cuando decide iniciar el ataque aprovechando que su víctima está de espaldas o dormida, pero sin haber provocado la situación.

Como hubo ocasión de apuntar más arriba, la reconducción de estos supuestos a la alevosía no ofrece mayores problemas conforme a la interpretación propuesta del verbo «emplear», según la cual en el mismo no sólo comprende los casos en los que el autor interpone personalmente la circunstancia de que se trate, esto es, los supuestos en los que «crea» o «causa» una situación especialmente desfavorable para la víctima, sino también aquellos otros en los que aprovecha una situación especial como fruto de su elección entre distintas posibilidades. Por ello, no sin razón la propia doctrina jurisprudencial ha apreciado sin ambages la alevosía cuando el agresor aprovecha que su víctima está ocasionalmente de espaldas o dormida⁶.

Como decía, las dificultades se concentran allí donde la víctima es una persona especialmente desvalida por su edad o enfermedad, esto es, los casos que la doctrina del Tribunal Supremo viene reconduciendo a la que califica como alevosía por *aprovechamiento de una situación de desvalimiento*⁷.

La tendencia o inercia a reconducir tales casos a los márgenes de la alevosía no es difícil de entender. Y no lo es porque se trata, en definitiva, de supuestos en los que la situación de desequilibrio de fuerzas reside en el modo de ejecutar el ataque, orientado a garantizar al autor la ausencia de reacción defensiva por parte de su víctima. Es, en definitiva, una forma que propicia la situación de desigualdad entre agresor y agredido hasta el punto de anular cualquier posibilidad defensiva por parte de éste, tal como requiere la definición legal de la alevosía en el Código Penal. Desde esta primera aproximación, parece que tales supuestos no habrían de valorarse de forma distinta a otros cuya reconducción a esta circunstancia apenas plantea duda alguna, como sucede, por ejemplo, cuando el autor acecha y ataca a su víctima en el momento en que está más desvalida o la acomete por la espalda o de forma sorpresiva. Tanto en uno como en otro caso las posibilidades defensivas están seriamente mermadas, satisfaciéndose así uno de los rasgos básicos de la alevosía.

Las dudas para reconducir tales casos a dicha circunstancia no provienen, por tanto, de la exigencia de que se reduzca la capacidad defensiva del agredido. Éstas surgen por la dificultad para afirmar que el autor «emplea» medios o formas de ejecución tal como aquí se ha interpretado dicha exigencia, esto es, en el sentido de que su intervención «altere» las condiciones ejecutivas que habrían concurrido de otra forma, manifestando, con ello, el resultado de una elección. Baste pensar que en estos supuestos ni siquiera existía una posibilidad previa de defensa de la víctima que el agresor tratara de anular. En estas condiciones es difícil sostener que esté «*optando*» por una forma de ejecución distinta a la que habría tenido lugar en circunstancias normales y, con ello, que su actuación pueda conceptuarse como alevosa. Así lo señala la mayoría de la doctrina⁸ que coincide además en subrayar la diferencia de estos supuestos con otros en los que, si bien se parte de la misma situación de aprovechamiento de la circunstancia, el medio ejecutivo anula la potencial defensa de la víctima. Es lo que sucede en el caso de los durmientes⁹, supuestos en los que, dado que la situación

6. Por ejemplo, SSTS 9 abril y 5 julio 1995 (RJ 1995, 4510).

7. Entre otras, SSTS 24 enero 1992 (RJ 1992, 440), 14 marzo 1994 (RJ 1994, 2152) y 13 septiembre 1996.

8. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., pg. 51; GONZÁLEZ RUS: *Curso de Derecho penal español*, AA VV. Madrid, 1996, pg. 68.

9. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., pg. 51; CASTELLO NICAS: «El asesinato y sus circunstancias», CPC, 1998, pg. 15.

no es inherente a la naturaleza de las cosas, sí puede decirse que el autor emplea métodos ejecutivos alternativos a otros. Frente a ellos, en los que ahora se tratan, la alternativa ni existe ni puede existir. Y es imposible que exista porque la ausencia o considerable merma de reacción defensiva es algo consustancial a la propia víctima¹⁰, una condición que ni el autor crea ni está en sus manos eliminar aunque lo deseara. Es más, de lo contrario, de aplicarse de forma coherente la línea argumentativa que aquí se critica, habría que apreciar automáticamente dicha circunstancia en casos en los que, curiosamente, sin embargo, ni siquiera se plantea su concurrencia. Estoy pensando, por ejemplo, en aquellos en los que existe una desproporción física significativa entre el agresor y agredido. De llevar aquel razonamiento hasta sus últimas consecuencias, habría que decir que la muerte realizada en estas circunstancias sería siempre constitutiva de asesinato, nunca de homicidio. Sin embargo, curiosamente, esto es algo que los Tribunales reconducen de forma unánime a la circunstancia de abuso de superioridad. Si esto es así, no alcanzo a ver la razón para que la valoración se torne distinta cuando la desproporción viene marcada, no por la diferencia de condiciones físicas entre sujeto activo y pasivo, sino por circunstancias inequívocamente análogas como la diferencia de edad o condiciones de salud. También en estos casos el agresor se encuentra con una circunstancia previa que, si bien aprovecha, es ajena a su actividad. Por ello, porque se limita a beneficiarse de la misma, lo que hace es *abusar* de la situación (art. 22.2), no *emplear* una forma más disvaliosa.

De hecho, en lo que alcanzo a ver, ni siquiera puede decirse que la doctrina jurisprudencial haya sido coherente en la calificación de estos supuestos como alevosos. Y no me refiero ya sólo a la falta de coherencia entre distintos pronunciamientos jurisprudenciales sino, lo que es aun más llamativo, a la dualidad de razonamientos de signo contrario que a veces conviven en el decurso argumentativo de una misma Sentencia. Me parece reveladora al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9578), en la que el Alto Tribunal vuelve a reiterar el criterio de que debe apreciarse la alevosía cuando la víctima es una persona desvalida (niño, anciano, inválido, ciego, persona dormida, sin conocimiento...). Sin embargo, curiosamente, desestima la circunstancia en el caso que enjuicia con un razonamiento que difícilmente casa con la afirmación anterior: «*No se aprecia porque el reo no utilizó un procedimiento de agresión que originara la indefensión del agredido. La agresión se produjo porque el ofendido estaba distraído y no se percató de que el procesado se acercaba de modo abierto y claro, sin ocultarse. No hubo conducta traicionera, es correcta la condena por homicidio*».

La contradicción que encierra esta afirmación respecto a la primera, esto es, la relativa a las personas desvalidas, me parece evidente: porque si en este último caso admite la alevosía es sobre la base de aceptar que la misma es posible aun cuando los elementos que condicionan el desequilibrio de posiciones no hayan sido articulados por el autor. Ni en el caso del niño, el enfermo o el anciano dichas circunstancias encuentran su origen en la conducta del agente, quien se limita pura y llanamente a aprovecharse de las mismas. Si ésta es la línea argumentativa que permite llegar a tal solución, su aplicación coherente debería llevar a apreciar también la circunstancia cuando el ofendido se encontraba distraído. Porque también aquí se trata de un factor previo, no creado pero sí aprovechado por el agente. Sin embargo, curiosamente, el argumento que maneja el Tribunal para negar la alevosía es que «*el reo no utilizó un procedimiento de agresión que originara la indefensión del agredido*».

La crítica anterior, sin embargo, no significa desconocer que la especial situación de vulnerabilidad de la víctima puede en ocasiones determinar un desequilibrio de fuerzas con relevancia penal. Y no me refiero ya sólo a la posibilidad, prácticamente indiscutida, de que la misma dé paso a la

10. Un apoyo adicional en apoyo de la solución que aquí se defiende contraria a apreciar en tales casos la alevosía, es la ausencia de una cláusula que, sin embargo, se contemplaba en algún Proyecto de Código Penal, en concreto, el de 1992, que completaba la definición de la alevosía con la cláusula «*o cuando el hecho se ejecutase sobre persona absolutamente indefensa*».

circunstancia agravante del apartado segundo del artículo 22, sino a que se convierta en soporte para apreciar la alevosía. A mi juicio, esto sucederá siempre que concurren determinados presupuestos.

El primero de ellos tiene que ver con las posibilidades de elección del autor. Y es que, cuando hasta ahora se ha negado la concurrencia de la alevosía allí donde el desequilibrio de fuerzas se debe a circunstancias relacionadas con la víctima se ha hecho referencia a los casos en los que su plan se concibe inequívocamente en relación con una determinada persona que se encuentra en condiciones de minusvalía, algo que le resulta, por tanto, inevitable, insalvable, hasta el punto de que si no quiere realizar el hecho en tales circunstancias su única alternativa es renunciar por completo al plan proyectado. De forma distinta entiendo que deben valorarse aquellos otros supuestos en los que la identidad de la víctima aparece como un dato aleatorio en el plan del autor, quien ante la indiferencia *escoge selectivamente* a aquella que por su incapacidad, condición física o edad, no le opondrá resistencia. A diferencia de los anteriores, en estos supuestos sí puede decirse que el agente recurre, escoge un modo de ejecución que no viene impuesto por la finalidad o resultado que pretende conseguir, y en este sentido actúa alevosamente. Porque la debilidad del agredido no aparece ahora como una circunstancia inherente, inevitable para el autor, sino como el resultado de su maquinación orientada a conseguir el éxito, demostrando así el sentido de una concreta *elección* entre otras opciones posibles¹¹.

Pero en segundo lugar, entiendo que las condiciones personales de la víctima, si bien no convierten de por sí el hecho en alevoso, sí pueden incidir junto a otros factores en la apreciación de la circunstancia. Éste será el caso, por ejemplo, cuando la avanzada edad del sujeto pasivo sea la que dote de relevancia al medio empleado por el agresor o, si se quiere, la que conceda peligrosidad a su argucia desde una contemplación objetiva. A mi modo de ver, es lo que sucede en el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993 (RJ 1993, 3069): se trataba de un sujeto que se aprovechaba de la condición de sus víctimas (personas solitarias y de edades comprendidas entre los 61 y 93 años) para ganarse la confianza de éstas con los más sutiles pretextos; de esta forma conseguía que le permitieran el acceso a sus domicilios, donde consumaba sus propósitos homicidas. Bien es verdad que en este caso concreto la calificación de los hechos como alevosos se garantizaba de todas formas por tratarse de ataques sorpresivos; pero lo que aquí interesa es que en dicha Sentencia el Tribunal vuelve a insertarse en la línea de la doctrina que admite de forma general la alevosía por el aprovechamiento de la especial condición de la víctima. Por el contrario, conforme a lo que aquí se viene sosteniendo, si en este supuesto puede apreciarse la alevosía no es por la condición estática del sujeto pasivo, sino porque ese dato, la edad de la víctima, se conjuga con otra circunstancia, el engaño, que determina una situación de desigualdad de condiciones que, ahora sí, puede contemplarse como obra del autor; en otras palabras, la alevosía existe por la manobra que despliega el autor de forma activa, que adquiere singular eficacia cuando va dirigida a una persona de edad avanzada y, por ello, representa un especial medio de ejecución que sí puede considerarse alevoso.

Es igualmente la exigencia de que el autor emplee determinados medios, modos o formas de ejecución la que ofrece la clave para solucionar los casos en los que elige como escenario de su actuación un lugar *despoblado u oscuro*.

De nuevo aquí vuelve a plantearse si dichas condiciones pueden dar paso a la alevosía o simplemente a la agravante 2 del artículo 22. Conforme a la línea argumentativa que se viene sosteniendo, el problema debe circunscribirse de entrada a los casos en que la ejecución del delito en tales circunstancias responde a un plan preelaborado, esto es, los casos en que aquéllas no se insertan en el contexto en que de forma espontánea o circunstancial tiene lugar la agresión. No hace falta insistir en que entonces faltaría ya el requisito de que el autor *«emplee»* formas especiales de ejecu-

11. CASTELLO NICAS: CPC, 1998, ob. cit., pg. 16, argumentando que en ese caso puede decirse que el desvalimiento se ha buscado o aprovechado para una fácil ejecución.

ción tal como aquí se ha entendido, esto es, en el sentido de que elija uno entre otros métodos posibles. Porque si bien es verdad que siempre tiene la posibilidad de «esperar a que amanezca» o a que «aparezca alguien», sería absurdo pensar que el Derecho penal puede *exigirle* algo así para no apreciar la alevosía, máxime cuando el plan delictivo surge de forma inesperada e impulsiva.

La problemática se ciñe, por tanto, a los supuestos en los que la nocturnidad o el despoblado son circunstancias *elegidas o buscadas* por el agente, esto es, representan un medio ejecutivo que en absoluto es implícito o inevitable a la realización proyectada. Sólo en estas condiciones puede decirse que el culpable *«emplea»* en la ejecución determinados métodos o formas, cifrados en la interposición activa o en el aprovechamiento de una opción ejecutiva, y que se concretan ahora en un específico contexto situacional favorable.

Salvado, por tanto, el escollo que representaría este primer requisito de la alevosía, el problema se traslada a comprobar si la elección de tal forma ejecutiva anula el riesgo de defensa que pudiera provenir de la víctima, tal como requiere el apartado primero del artículo 22 o si, por el contrario, se trata de una circunstancia indiferente al respecto.

Está fuera de dudas que el hecho de ejecutar el delito aprovechando la situación de desamparo o nocturnidad asegura el éxito ejecutivo desde el punto de vista de la eventual defensa de terceras personas que pudieran acudir en auxilio de la víctima. Porque es claro que mientras menos personas puedan presenciar la agresión, menores serán las posibilidades de que el ataque fracase por la intervención de terceros. La valoración se torna distinta, sin embargo, en lo que se refiere a las posibilidades de defensa del agredido, única que menciona la definición legal de la alevosía y que, según se vio, es una de las claves que ofrece el legislador para delimitar su concepto frente a la circunstancia agravante del apartado 2 del artículo 22 CP. Desde este punto de vista, está fuera de dudas que la reacción defensiva que pueda oponer va a ser la misma con independencia de que se le acometa por la mañana o por la noche; y lo mismo cuando la agresión pueda ser observada por terceros que cuando dicha posibilidad se descarte. En tales circunstancias, difícilmente podría decirse que se anulan las posibilidades defensivas de la víctima, tal como requiere la alevosía.

Ahora bien, al igual que decía respecto a la agresión a personas desvalidas, lo anterior no significa descartar que esas condiciones puedan, si no determinar por sí mismas, sí confluir con otros factores cuya conjunción pueda dar paso a la alevosía. Es lo que sucederá cuando dicha circunstancia sea el punto de partida que dote de *peligrosidad objetiva* al plan del agresor. Sirva de ejemplo el caso en que aprovecha la nocturnidad para no ser visto por la víctima y poderla acometer de modo sorpresivo. Pero obsérvese que entonces, al igual que sucedía respecto a los sujetos especialmente vulnerables, lo que determina que se aprecie la alevosía no es ya la realidad, la valoración aislada del contexto que rodea la agresión, sino la *instrumentalización* que de la misma hace el autor para garantizar el éxito de su plan.

Dentro de los supuestos discutidos de la alevosía, no puede omitirse la referencia a una tendencia jurisprudencial que en claro contraste con la interpretación extensiva de la circunstancia a la que a veces tiende el Alto Tribunal (como sucede, según se ha visto, en relación con las personas especialmente vulnerables) aboca a una interpretación restrictiva del concepto de alevosía. Me refiero a los casos en que, de alguna forma, ya sea por el conocimiento de la personalidad del agresor o por las más variadas circunstancias concurrentes, la víctima tenía elementos suficientes para *prever* un ataque sorpresivo o especialmente preparado por parte de aquél, casos que la jurisprudencia tiende a expulsar de forma casi mecánica del ámbito de la alevosía. Valga de cita, la STS de 16 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4496): «En el presente caso, la víctima de la agresión, tras haber mantenido la relación sexual concertada con el acusado, al no disponer éste del dinero necesario para el pago del precio convenido por el "servicio", tuvo con él una fuerte discusión... Con esta tensa situación habida previamente entre ambos, es patente que, al separarse uno de otro, la víctima no pudo hacerlo con la tranquilidad y confianza de quien se ha despedido de un amigo o de un conocido del que nada malo puede temer. De ahí que es razonable pensar que lo hiciera con el correspondiente

recelo y la consiguiente prevención. Ello suponía, igualmente, que el agresor había de prever como muy probable que la víctima no fuera globalmente desprevenida y despreocupada, y tal circunstancia no resulta compatible en principio, con la concurrencia del elemento subjetivo de la alevosía». En la misma línea puede citarse la STS de 22 de junio de 1993 (RJ 1993, 5280), en relación con la concurrencia de previos insultos y amenazas «mal se puede conciliar un ataque sorpresivo cuando ha precedido, por parte de la víctima, un ataque al patrimonio del acusado al que trató de sustraerle el vehículo, unos gravísimos insultos acompañados de amenazas verbales y exhibición de unas botellas como instrumentos de agresión, máxime cuando se imaginaba que el acusado era portador de un arma». A la misma filosofía responde la tendencia jurisprudencial contraria a apreciar la alevosía en los casos de participación en riña –supuestos en los que ninguno de los contendientes podía desconocer la posibilidad de un ataque en el que concurrían circunstancias alevosas¹²– así como en general cuando entiende que la víctima tenía motivos para sospechar un posible ataque del agresor¹³.

Desde luego que nada habría que objetar a esta interpretación si con ella se estuvieran descartando los casos en los que la víctima tiene conocimiento no sólo de la realidad, sino del modo de ataque que empleará su agresor. Y ello porque el desequilibrio de fuerzas propio de esta circunstancia desaparecería si la víctima tuviera también la posibilidad de «planear» o de contrarrestar con la misma rapidez que su agresor el ataque de éste. De darse dichas circunstancias, es lógico que el Derecho penal renunciase a agravar el injusto. Porque lo que se trata de castigar con la alevosía no es la especial capacidad de «maquinación» del agresor frente a la «torpeza» o falta de ingenio del agredido, sino el desequilibrio de fuerzas que provoca justamente la ignorancia del medio que emplearía aquél¹⁴. No es eso, sin embargo, lo que sucede en los casos en los que si bien la víctima no conoce el modo de ataque que emplea el agresor, sí debió haberlo previsto. La pretensión de descartar la alevosía por una «negligencia» de este tipo sólo podría admitirse sobre la base del reconocimiento de una obligación de diligencia, no ya de la propia conducta, sino de los comportamientos delictivos de terceros, algo que, al margen de entroncar con tendencias trasnochadas¹⁵, no encuentra parangón en ningún otro ámbito penal. Por ejemplo, a nadie se le ocurriría decir que no hay robo sino hurto cuando la víctima debió prever la facilidad de acceder a la vivienda por la ventana, de tal forma que su diligencia, tal vez poniendo rejas, habría evitado el acceso; o que no existe agresión sino abuso sexual cuando aquélla pudo prever el empleo de violencias y repeler oportunamente la agresión. Si esto es algo que ni siquiera se cuestiona en la generalidad de los delitos, no se ve razón alguna para que las cosas sean distintas a la hora de agravar la pena por la alevosía y, en su caso, determinar el salto penal del homicidio al tipo de asesinato.

Otro supuesto en el que resulta especialmente controvertida la apreciación de la alevosía es aquel en el que a lo largo de la ejecución se producen circunstancias que, aisladamente consideradas, determinarían un salto en la calificación jurídica de los hechos. Dentro de estos casos deben diferen-

12. Entre otras, SSTS 29 septiembre 1989 (RJ 1989, 6817); 12 noviembre 1991 (RJ 1991, 8034), 4 febrero 1989 (RJ 1989, 1468); 10 febrero 1997 (RJ 1997, 662), 23 diciembre 1998 (RJ 1998, 10396), 31 octubre 1998 (RJ 1998, 8149), 16 octubre 1998 (RJ 1998, 8080), 12 marzo 1998 (RJ 1998, 4009), o 1 marzo 1999 (RJ 1999, 1939).

13. Por ejemplo, Sentencia 16 noviembre 1996, en la que el Tribunal descarta la alevosía al entender que «la agresividad del acusado era conocida por la víctima así como la situación de conflicto en la que ella y él mismo se encontraban... Si se considera que el elemento esencial de la alevosía es la traición de una especial relación de confianza entre el autor y la víctima, es evidente que ella ya no existía entre ambos protagonistas del suceso, dado que la recurrente ya tenía las reacciones proporcionadas de su marido al trasladarse a Bermeo, lugar en el que tuvo lugar la agresión».

14. En este sentido puede citarse la Sentencia 5 marzo 1993 (RJ 1993, 1837), que niega la alevosía con el siguiente razonamiento «El procesado no ocultaba la horquilla y el cuchillo, antes bien hacía visible uno y otro instrumento, la acometida se produjo después de mediar una cierta discusión y mutuo forcejeo... No hubo, por consiguiente, emboscada, ni astucia, ni trampa, ni se hizo de forma desprevenida y confiada, ni de manera súbita o inopinada, ni actuó con aprovechamiento de un especial desvalimiento de la víctima».

15. Como la que tuvo lugar en el «Common Law» a finales del s. XVI, conforme a la cual si la víctima y el homicida habían peleado el uno contra el otro su muerte se consideraba provocada y el agresor era condenado por homicidio involuntario en lugar de asesinato, FLETCHER: *Las víctimas ante el Jurado*, Valencia, 1997, pgs. 41 y ss.

ciarse varios supuestos de complejidad notoriamente diversa. El primero lo representan aquellos en los que el cambio de las circunstancias se produce a lo largo del mismo acto ejecutivo. Pocas dificultades hay para descartar en ellos la alevosía cuando, si bien la ejecución se inicia concurriendo dicha circunstancia, se consuma sin la misma, como sucede cuando se apunta a la víctima de espaldas y justo antes de disparar se vuelve, de tal modo que el disparo letal tiene lugar cara a cara. Pueden transcribirse en este sentido las palabras de MUÑOZ CONDE, que si bien se refieren a los casos en que en el primer momento ya se ha producido el disparo, resultan plenamente trasladables a los casos que aquí se plantean: «la modificación de la situación de la víctima sólo puede influir en la calificación de la alevosía en el caso en el que la situación alevosa originaria haya cambiado sustancialmente, no cuando sigue existiendo la misma situación de indefensión (el que una persona desarmada a la que se va a matar por la espalda se vuelva, carece de trascendencia a los efectos de seguir considerando que existe alevosía)»¹⁶.

Mayor complejidad encierran los supuestos en los que el posible cambio de calificación tiene lugar, no ya en relación con las distintas secuencias imaginables de un único acto ejecutivo, sino respecto a actos ejecutivos sucesivos que, sin embargo, responden a un único e inicial propósito delictivo. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando el autor, actuando con el propósito de matar, asesta a su víctima frente a frente una puñalada que, si bien no es mortal, le impide huir, lo que determina que finalmente sea herida de muerte en un segundo ataque.

Adelantando conclusiones, entiendo que argumentos relacionados con la comprensión objetiva de la alevosía que aquí se ha sostenido se opondrían en estos casos a apreciar su concurrencia. Y es que, según se ha visto, su caracterización objetiva reclama que el sujeto activo emplee medios, modos o formas de ejecución que anulen la defensa de la víctima o, al menos, que se aproveche de las mismas, algo que, como enseguida intentaré fundamentar, no es posible descubrir en estos supuestos.

En primer lugar, la afirmación de que el autor no emplea medios, modos o formas orientados a garantizar la ejecución apenas plantea dificultades. Baste pensar que en absoluto está interponiendo tales métodos para ejecutar el delito, sino que simplemente se encuentra con que su actuación da paso de forma circunstancial a los mismos en un determinado momento. Por ello, porque no despliega una actividad positiva, tal como semánticamente connota el término «emplear», difícilmente podría decirse que el autor ejecuta su hecho con alevosía.

Mayor explicación pudiera demandar la posibilidad de reconducir esta conducta a la modalidad consistente en «aprovechar» medios, modos o formas ejecutivas, modalidad que, según se vio más arriba, es igualmente viable en relación con la alevosía. Las dudas surgen porque, aun cuando la situación no haya sido buscada por el agente, lo cierto es que se beneficia del contexto en el que incidentalmente se encuentra y, en ese sentido, podría decirse que se aprovecha del mismo.

A mi juicio, sin embargo, una contemplación más detenida de la circunstancia y, en especial, de su razón de ser, determina que deba descartarse también esta modalidad. Y es que, según se expuso más arriba, la razón de ser de la alevosía reside en el especial desvalor que entraña el concreto método ejecutivo elegido por el agente frente a lo que serían las «condiciones normales» de ejecución, algo que exige como presupuesto lógico que cuente con otras alternativas. No era otra la razón que llevaba entonces a descartar como regla general que la alevosía pudiera admitirse en el caso en que la indefensión de la víctima proviniese de una circunstancia estática y permanente, como su edad o estado de salud. Es de nuevo este argumento el que, según entiendo, se opone a calificar como alevosos los supuestos que ahora se tratan. No puede ser de otra forma si se repara en que conforme a una contemplación relativa de las posibilidades con que cuenta el autor, la consumación de su propósito delictivo inicial está abocado inexorablemente a discurrir en condiciones que disminuyen

16. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pg. 52.

o eliminan las posibilidades de defensa de la víctima. Bien es verdad que el autor siempre puede contar con una posibilidad distinta: la de esperar a que su víctima se recupere de las lesiones que previamente le ha causado y ejecutar así el hecho en condiciones de igualdad. En este sentido pudiera decirse que está a su alcance una alternativa de ejecución y, por ello, que puede optar por un método distinto, de tal suerte que si no lo hace, elige —emplea en la terminología legal—, un medio alevoso. Sin embargo, el aparente poder de convicción que pudiera tener este razonamiento se diluye fácilmente a la luz de distintos argumentos de lectura convergente.

En primer lugar, porque aun reconociendo que el autor siempre puede esperar a la recuperación de la víctima, dicha espera y, por tanto, las posibilidades de elección de un contexto ejecutivo alternativo, sólo cobra sentido cuando se toma como punto de referencia, no el primer intento que todavía quiere consumir, sino uno nuevo que habría de iniciar tras el transcurso de un determinado período de tiempo. Sólo desde esta perspectiva cabría hablar de una «alternativa» a la ejecución que discurriese en circunstancias no alevosas. La valoración se torna distinta, sin embargo, si el hecho se contempla desde la óptica de la primera acción delictiva que acomete el agente, esto es, si se analiza desde el punto de vista de sus posibilidades de continuar y consumir la acción inicial. Según entiendo, en tales condiciones la alternativa de una forma distinta de ejecución ni existe ni puede existir. Y es imposible que exista porque su propósito delictivo inicial sólo puede continuar en el contexto situacional en que se encuentra, que no es otro que la situación de indefensión en que, «de facto», se encuentra la víctima. Ni existe posibilidad de volver las cosas al estado anterior ni desplazarlo a un momento posterior sin romper el decurso de la acción inicial entendida como unidad delictiva. Desde esta perspectiva no puede decirse cabalmente que si el autor decide en tales condiciones continuar su plan, esté «empleando métodos o formas de ejecución que anulen la defensa de la víctima»; en tales circunstancias, por el contrario, se limita a consumir una acción que de forma accidental se torna en su decurso sensiblemente favorable a él.

Desde esta perspectiva, esto es, desde la ausencia real de alternativas, entiendo que es imposible decir que el agresor cree o aproveche las condiciones para garantizar su éxito. Lo primero apenas si necesita mayor explicación: si, como apuntaba más arriba, la situación de desequilibrio de fuerzas no ha sido buscada de forma intencional, sino que se trata de una secuencia accidental en el decurso de los hechos, difícilmente puede decirse que esté empleando métodos para asegurar la ejecución. Pero igualmente sería erróneo afirmar que el autor aprovecha dicha circunstancia para cometer el delito. Y no lo hace, insisto una vez más, porque la misma no representa una alternativa que como tal pueda aprovechar. Desde esta perspectiva, no se trataría de algo distinto a lo que ocurre en los casos en que la víctima es una persona enferma o constitucionalmente desvalida, supuestos en los que, como hubo ocasión de insistir, por mucho que el agresor «prefiera» dicha situación o se «alegre» de la misma, no puede decirse que esté aprovechando, en el sentido de la ley, un método ejecutivo especial. Por ello, porque falta el soporte objetivo cifrado en la elección de una forma específica de alcanzar el resultado, la conformidad que el autor pueda demostrar al respecto no sería más que una motivación interna, subjetiva, irrelevante a efectos penales.

Pero en segundo lugar, entiendo que existe una razón adicional que se opondría a apreciar en tales casos la alevosía. Me refiero a la imposibilidad de fundamentar un reproche penal más severo, como es propio de esta circunstancia, a partir de un supuesto juicio de exigibilidad al autor de que interrumpa su proceso ejecutivo y opte por esperar al restablecimiento de su víctima; en otras palabras, a lo cuestionable que resultaría agravar la pena y, en el caso de la muerte, calificar los hechos como asesinato, no ya por lo que el autor hizo en las condiciones que le venían dadas, sino por no haberse esforzado en nivelar las fuerzas cuando éstas se han desequilibrado a causa de una acción que, si bien procede del mismo, no la realizó con tal finalidad.

De hecho, la posibilidad de exigir al agente un comportamiento alternativo en estos casos resulta aún más cuestionable si se repara en que algún autor ha puesto en tela de juicio, no ya la procedencia de fundamentar dicho deber, sino la racionalidad misma de la circunstancia con base en

argumentos que enlazan inequívocamente con la idea de *inexigibilidad*. Es el caso de CARBONELL MATEU, para quien «Debe criticarse... la existencia de una circunstancia, la alevosía, que agrava la responsabilidad en virtud de que el sujeto que ha decidido llevar a cabo la muerte de otro, tome medidas para hacerlo con éxito, asegurándose el resultado y evitando riesgos. Eso no es nada más que hacer bien las cosas. Y las cosas, aun las malas, hay que hacerlas bien. O es que, ¿se pretende que quien mata a otro lo haga poniéndose en peligro a sí mismo y tomando medidas que permitan a la víctima defenderse y evitar el resultado? Eso, más que romanticismo trasnochado, difícilmente concebible en esta clase de comportamientos, constituye un simple "castigo al listo"»¹⁷

Dejando a un lado esta crítica extrema, entiendo que la pretensión de exigir al autor que espere para continuar la ejecución a que las cosas vuelvan a su estado inicial sólo sería viable si la alevosía se fundamentara en unas bases que en absoluto le son propias. Según hubo ocasión de insistir, su específico contenido de desvalor consiste en la interposición de medios que producen la indefensión de la víctima; frente a ello, en los casos que ahora se analizan la hipotética mayor gravedad de su comportamiento reside en no restablecer las condiciones de igualdad entre agresor y agredido, algo que emparentaría entonces su desvalor, antes que con la elección (por empleo o aprovechamiento) de un especial método ejecutivo, con un comportamiento omisivo que, dicho sea de paso, sólo tendría sentido desde el trasnochado empeño de exigir «condiciones limpias» a quien pretende poner fin a la vida de su adversario. Si el autor que desea continuar su plan delictivo no tiene en estos casos otra alternativa que hacerlo en las condiciones de imposibilidad de defensa de su víctima y, por ello, no puede decirse que cree ni siquiera que aproveche dichas condiciones, la única justificación para apreciar la circunstancia sólo podría verse en la pretensión irracional de que deba esperar a que las cosas vuelvan a su estado inicial, de tal modo que si no lo hace se sitúe en condiciones de responder de forma agravada por su omisión. Creo que no hace falta insistir en que eso es algo que el Derecho penal no puede cabalmente exigir.

Con todo, debe observarse que cuanto se ha afirmado se refiere a los supuestos en que el agente se limita a continuar el mismo plan delictivo que emprendió inicialmente, plan que, sin embargo, da paso a dos acciones diferentes pero secuencialmente unidas (la puñalada que causa la lesión inicial y la que le provoca la muerte). Distintas habrían de valorarse las cosas tanto en el caso en que desiste de su propósito inicial para retomarlo en un momento secuencial posterior como cuando, por continuar con el ejemplo, su propósito delictivo inicial no era matar a la víctima, sino cometer un delito diferente, por ejemplo una agresión sexual, siendo en un momento posterior de indefensión de ésta cuando concibe el plan de poner fin a su vida.

Tanto en uno como en otro supuesto entiendo que los hechos habrían de calificarse como alevosos. Y es que, en efecto, ahora no se trata ya de la culminación de un plan inicial que discurre por vías que el autor no calculó; por el contrario, la concepción del plan delictivo tiene lugar en una secuencia temporal en la que ya ha hecho su aparición la situación especial de inferioridad de la víctima, de tal forma que la misma es una circunstancia que, ahora sí, el autor pondera en la adopción de su nueva resolución delictiva. En este sentido puede decirse que al planear la muerte en tal momento temporal y situacional está, si no creando intencionalmente, sí aprovechando las condiciones que él mismo interpuso con fines distintos y, por ello, que en la ejecución de su plan concurre la alevosía.

No quisiera concluir el recorrido por los casos en los que la apreciación de la circunstancia resulta más controvertida sin hacer mención a los supuestos en los que la agresión se inserta en un contexto de desigualdad de fuerzas o condiciones físicas a favor de la víctima, de tal forma que los esfuerzos del agresor se orientan, no ya a propiciar su superioridad, sino a eliminar la situación de preeminencia que ostenta el agredido. El caso paradigmático es aquel en que la agresión la realiza

17. CARBONELL MATEU: «Por una nueva regulación de los delitos contra la vida», en *Popostes per a la Reforma Penal. Recopilación de Ponencias*, Iltr. Colegio de Abogados de Barcelona, 1991, pg. 9.

la mujer aprovechando que su marido o compañero sentimental está dormido o incluso provocando ella misma la situación, ya que su inferioridad física le impide acometer el ataque en condiciones de igualdad. Lo mismo se plantea, por ejemplo, cuando acomete a su compañero por la espalda, o cuando remata la agresión cuando él mismo está ya desvalido por haberle herido previamente.

Bien es verdad que en estos supuestos la conducta encaja formalmente en el concepto de alevosía tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo. Por lo que a lo primero se refiere, porque produce sin lugar a dudas el efecto que requiere la ley: eliminar las defensas que pudieran provenir de la víctima; por lo que se refiere a lo segundo, porque su intención directa es buscar dicho resultado de desigualdad, actuando, por tanto, con dolo directo.

Creo, sin embargo, que la apreciación de la agravante pudiera resultar cuestionable en alguno de esos casos. Y ello no ya sólo desde una perspectiva *político-criminal* que, como es sabido, ha motivado incluso a buena parte de la doctrina a apreciar la legítima defensa cuando la desigualdad de fuerzas tiene lugar en el ámbito de la violencia doméstica, sino desde la interpretación teleológica de la ley. Porque, como se viene reiteradamente afirmando, si algo está claro en torno a la alevosía es que con ella el autor tiende a situar a su víctima en condiciones de desigualdad extrema; esto es, se parte de una situación de igualdad de condiciones o incluso de ventaja para el agresor y, a partir de ahí, se recurre al empleo de métodos, medios o formas que eliminan la defensa de la víctima. Frente a ello, en los casos que ahora se tratan la situación es justamente la inversa: el autor se encuentra en una condición de inferioridad y sólo porque tiene que vencerla recurre a determinados medios ejecutivos. Desde esta perspectiva, su argucia se orienta simplemente a posibilitar un ataque que de otra forma sería impensable o, por lo menos, estaría condenado de antemano al fracaso. El recurso a tales medios se presenta entonces como condición indispensable para la ejecución del plan y su función, por tanto, no es ya la de asegurar una ejecución que de otra forma sería más difícil, sino la de eliminar la situación de superioridad que ostenta la víctima y que de antemano veda, o al menos merma sensiblemente, la viabilidad misma de la ejecución.

II. EL ENSAÑAMIENTO

El ensañamiento, al igual que la alevosía, está llamado a jugar un doble papel en el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777): por un lado, como circunstancia agravante genérica en el apartado 5 del artículo 22; por otro, como elemento cualificador de delitos específicos, dando paso una vez a un tipo agravado, como sucede en artículo 148.2 respecto a las lesiones, y otras a un tipo penal autónomo, caso del asesinato (art. 139.3 CP).

Salvo en sede de lesiones, donde el Código se limita a enunciar el ensañamiento como circunstancia cualificante, el legislador ofrece una definición del mismo tanto en el artículo 22.5 como en el 139.3. Conforme al artículo 22.5, el ensañamiento consiste en «*aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*». Esta definición sólo coincide en parte con la que ofrece el 139.3, que al margen de que emplea la palabra «ofendido» en lugar de «víctima», prescinde de la referencia a la innecesariedad del mal: ensañamiento es, conforme a ese artículo, aumentar «*deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*».

Pese a la incorporación de sendas definiciones en el Código Penal, lo cierto es que la tarea de trazar los perfiles de la circunstancia y, con ello, de delimitarla frente a otras figuras afines es una de las más controvertidas en la doctrina. Sin lugar a dudas, el punto de arranque de la discusión reside, al igual que sucede con la alevosía, en la forma en que haya de enfocarse la aproximación a la agravante; esto es, en si debe comprenderse en clave objetiva o subjetiva o, lo que es lo mismo, si el mayor desvalor del hecho debe analizarse desde el punto de vista del injusto o, por el contrario, de la culpabilidad del autor.

Lo anterior, sin embargo, es sólo una de las dudas interpretativas que plantea la circunstancia

y que condiciona su extensión desde su vertiente subjetiva. Junto a ella, la discusión afecta igualmente al otro pilar sobre el que gravita su concepto: la innecesariedad del aumento de los males.

En lo que sigue me ocupo por separado de cada uno de estos problemas nucleares de la comprensión del ensañamiento. Para respetar el esquema sistemático de la aproximación a cualquier figura jurídica, comienzo por el aspecto que afecta a su vertiente objetiva: la exigencia de que el mal sea innecesario.

1. La innecesariedad del mal como elemento del ensañamiento.

Pese a la aparente simplicidad de la afirmación de que no hay ensañamiento si el mal que causa el autor no es innecesario, lo cierto es que la concreción de esta máxima está plagada de problemas. La incerteza que acompaña a la interpretación de este requisito no es de extrañar si se repara en que es el propio legislador quien parece abonar la discusión sobre la exigencia misma de este elemento en un ámbito tan nuclear como el asesinato. Y es que, según se vio, la definición de la alevosía que ofrece el apartado tercero del artículo 139 CP prescinde de la nota de la innecesariedad en clamoroso contraste con lo que exige el artículo 22.5 CP para apreciar el ensañamiento en sede de circunstancias agravantes genéricas, silencio legal que bien pudiera dar pie a pensar que, al menos por lo que al asesinato se refiere, son imaginables casos en los que pueda apreciarse el ensañamiento pese a que el aumento de males pueda valorarse, al menos en algún sentido, como necesario.

Debe decirse, con todo, que esta primera dificultad es meramente aparente y se disipa tan pronto como se contempla la figura a la luz del más básico sentido común. Éste impone interpretar, como con buen criterio hace la doctrina de forma prácticamente unánime¹⁸, que pese a ese «olvido» del legislador, la exigencia de que el mal sea superfluo tiene que engrosar la definición del asesinato con ensañamiento. No puede ser de otra forma si se repara en que difícilmente podría explicarse que las exigencias para cualificar el homicidio como asesinato fuesen menores que para apreciar la saña como mera circunstancia agravante genérica: si para aplicar el apartado tercero del artículo 139 no fuese necesaria dicha exigencia resultaría que el salto de tipo estaría garantizado siempre que la forma de producir la muerte, aunque necesaria, fuese cruenta o dolorosa para la víctima. Si esto no lo ha querido el legislador cuando la repercusión penal es menor, a saber, cuando lo que se trata es de determinar el salto a la mitad superior de la pena del delito en cuestión, como es propio de la circunstancia agravante quinta del artículo 22 CP, es lógico pensar que mucho menos puede haber sido esa su voluntad cuando, como sucede en el artículo 139.3 CP, la consecuencia se cifra nada menos que en pasar del marco penal del homicidio al del asesinato.

En realidad, las dificultades interpretativas relacionadas con la innecesariedad del mal no afectan a su exigencia como tal, sino a la forma en que la misma haya de entenderse. La primera de ellas se refiere a la clave misma en que se interprete su concepto; esto es, desde el punto de vista de las necesidades objetivas para la realización del hecho o, por el contrario, desde el punto de vista de los planes del autor.

Como observa MUÑOZ CONDE, son imaginables casos en los que la producción de la muerte tenga lugar empleando medios que desde una estricta comprensión *objetiva* provocan sin lugar a dudas un mayor sufrimiento a la víctima, como las torturas, y, sin embargo, no puede decirse que el empleo de ese mayor sufrimiento sea una finalidad gratuita o caprichosamente provocada desde el punto de vista *subjetivo* de los planes del agente. Es lo que sucede en el ejemplo que propone el citado autor del secuestrador que tortura a su víctima para obtener información y una vez obtenida

18. Hay que advertir que la dificultad no se plantea en relación con los delitos de lesiones donde, según se vio, el legislador se limita a enunciar la circunstancia de ensañamiento pero sin ofrecer definición alguna de la misma, por lo que la doctrina suele coincidir al remitir su concepto a la definición genérica del art. 22.5. Así, por ejemplo, en relación con la exigencia de innecesariedad v. DIEZ RIPOLLÉS: *Los delitos de lesiones*. Valencia, 1997, pg. 81.

ésta la mata¹⁹. No cabe duda de que para producir la muerte no hace falta someter al secuestrado a padecimientos o torturas previas; sin embargo, desde la perspectiva del autor, difícilmente podría decirse que el procedimiento torturador que precede a la muerte sea un método arbitrario o baldío. Por el contrario, es algo necesario e irrenunciable para realizar el plan delictivo global que persigue, ya que sin él probablemente la víctima nunca confesaría, meta directa de la actuación de aquél.

Sin embargo, pese a esa «necesariedad» del mal, lo cierto es que no sólo la lógica sino el espíritu mismo de la ley fuerza a enfocar su comprensión desde la perspectiva, no del plan o finalidad subjetiva del autor, sino desde la óptica más estricta de la realización del concreto resultado delictivo sobre el que recae; en el caso que ahora interesa, la muerte de otra persona. De hecho, de ser coherentes, el razonamiento que aquí se critica, esto es, el que valora la innecesariedad del mal desde el punto de vista de la perspectiva subjetiva del autor, llevaría a resultados absurdos. Y es que entonces habría de concluirse que tampoco puede conceptuarse el sufrimiento como innecesario cuando con él el autor satisface sus instintos pasionales, algo que, dicho sea de paso, no anda demasiado lejos de alguna interpretación jurisprudencial a la que luego me referiré y que excluye el ensañamiento cuando lo que pretende el autor no es tanto aumentar el sufrimiento ajeno como satisfacer un placer o goce propio.

En cualquier caso, focalizado su concepto desde la perspectiva de la consecución, no del propósito del autor, sino del resultado delictivo, la nota de la innecesariedad suscita todavía una dificultad interpretativa adicional. Bien es verdad que su concreción no suele plantear demasiados problemas cuando se contempla desde el punto de vista del posible exceso *cuantitativo* de los actos de violencia, esto es, cuando, ejemplificando con el resultado muerte, es posible diferenciar entre la acción que la provoca y otras que adicionalmente la acompañan y que se orientan a incrementar el dolor. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando la puñalada mortal va precedida de otras en zonas no vitales que sólo pretenden aumentar el sufrimiento de la víctima. Lo mismo puede decirse, si cabe de forma aún más clara, cuando el exceso se produce entre actos heterogéneos. Sirva de ejemplo el caso en el que el autor golpea o tortura psíquicamente a la víctima más allá de la puñalada que le provoca la muerte. No cabe duda de que los golpes o las torturas representan un exceso *cuantitativo* respecto a la acción letal y, por eso, nada se opone a que los mismos puedan dar paso al asesinato por la concurrencia de ensañamiento.

En realidad, la verdadera dificultad que plantea el concepto de innecesariedad surge cuando se trata de perfilarlo no ya desde un punto de vista *cuantitativo*, sino *cualitativo*, esto es, desde la contemplación misma de la necesidad de la concreta forma elegida por el autor para producir la muerte. Bien es verdad que también desde esta óptica puede formularse una vez más la regla básica de que la calificación de la conducta como alevosa habría de descartarse cuando los concretos actos que ejecuta el autor son necesarios para producir la muerte. A esta sencillez lineal parece responder la doctrina jurisprudencial –mayoritaria– que considera que no debe apreciarse el ensañamiento cuando la muerte es el resultado de una reiteración de puñaladas o actos que, en estrictos términos causales, son indispensables para la consecución de aquélla.

Parece que nada habría que objetar a este razonamiento: si el autor no reitera los golpes o las puñaladas, es claro que la víctima no muere. Por continuar con el ejemplo, si el medio elegido para producir la muerte es propinar a la víctima treinta puñaladas en zonas no vitales no cabe duda de que todas y cada una de esas puñaladas son *necesarias* para lograr dicho fin. Por lo mismo, si el autor opta por la reiteración de golpes, como sucedía en la Sentencia de 11 de abril de 1991 (RJ 1991, 2601), puede decirse que todos y cada uno de ellos son necesarios para la producción de la muerte, ya que si la acción –los golpes– se interrumpen, lo hace también el proceso causal necesario para producir aquélla, por lo que el único tipo que se habría realizado sería uno de lesiones. Así contemplado, es indiscutible que la forma empleada es indispensable, necesaria desde un punto

19. MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte Especial*, ob. cit., pgs. 54 y ss.

objetivo para alcanzar el resultado letal y, por ello, habría de negarse la calificación como asesinato por la concurrencia de ensañamiento.

El razonamiento en principio parece impecable. Y lo sería también hasta sus últimas consecuencias si no fuera porque el concepto de innecesariedad no sólo se presta a ser interpretado en términos *absolutos*, como hasta ahora se ha hecho, sino también, y ante todo, en términos *relativos*. Desde este segundo punto de vista, se trata de analizar la necesidad del mal desde una perspectiva más amplia que contextualice a la acción en el marco de las posibilidades de elección con que contaba el autor o, lo que es lo mismo, se trata de hacer recaer el acento del juicio en torno a la necesidad, no ya estrictamente sobre la forma de utilizar el concreto medio elegido, sino a la luz de su contemplación relativa con otros métodos cuyo empleo estaba igualmente al alcance del autor. Desde este enfoque, en definitiva, el juicio en torno a la necesidad deja de valorarse como un compartimento estanco y el procedimiento elegido ya no se somete exclusivamente al estrecho juicio de su contemplación aislada, sino que se inserta en una valoración más amplia que se remonta no ya sólo al *cómo* de su empleo, sino a su *elección* misma. Conforme a esta perspectiva, única a mi entender que puede valorar cabalmente la concurrencia del ensañamiento, se reducen considerablemente los casos en los que el medio empleado pueda considerarse necesario: si el autor dispone de un arma blanca, no es necesario que produzca la muerte mediante la reiteración de puñaladas en zonas de por sí no vitales; por lo mismo, si pudiera contar con otros medios, tampoco es necesario que la forma de poner fin a la vida de su víctima sea la reiteración de golpes. La necesidad desde esta perspectiva simplemente no existe. Y porque no existe, la elección de la concreta forma de causar el resultado representa, ya de por sí, un *aumento* deliberado e inhumano del dolor del ofendido, no algo consustancial a la ejecución delictiva.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo está ausente esta contemplación relativa de la innecesariedad que aquí se defiende, lo que explica que haya excluido el ensañamiento en casos como el enjuiciado en Sentencia de 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 7029). Según el relato fáctico, uno de los acusados realizó con una navaja varias incisiones en una pierna del después fallecido para evitar que huyese, derribándole y llevándole junto con otros a un descampado y allí, aprovechando lo desolado del lugar, comenzaron todos ellos a asestarle continua y reiteradamente golpes en cara y cabeza tras su caída al suelo, de los que la víctima se defendió cubriéndose la cara con las manos, en las que recibió innumerables cortes y heridas. El Tribunal de instancia apreció el ensañamiento por el hecho de no haber matado a la víctima de modo rápido mediante el empleo de armas blancas. El Tribunal Supremo casa la Sentencia y castiga por homicidio simple al entender que «la intención de los sujetos activos, palmariamente, no fue otra que la de matar aunque para ello usaran de una dinámica comisiva bárbara y sumamente violenta, si bien no refinada, ni tendente a otro fin que al de matar, cuanto antes, a su infortunada víctima siquiera utilizaran una dinámica comisiva salvaje y preñada de insano furor».

La comprensión relativa de la innecesariedad es la que permite, según sostenía en otro lugar²⁰, que pueda apreciarse el ensañamiento en determinados casos en los que la consecución del resultado está marcada por las peculiaridades que rodean a su producción, como sucede cuando media un dilatado período de tiempo entre éste y la acción que lo provoca. Baste pensar en los supuestos en los que el medio elegido por el autor para producir la muerte de la víctima es la transmisión del virus del Sida. Una vez más, si se aísla la contemplación del medio empleado, esto es, si se adopta una perspectiva *absoluta*, no cabe duda de que el padecimiento prolongado en el tiempo, con el sufrimiento físico y la angustia psíquica que acompaña a los diferentes estados del proceso de la enfermedad, son secuencias necesarias e inevitables para alcanzar el resultado letal. La valoración se torna distinta, sin embargo, si se amplía la perspectiva para tomar en consideración otras posibles opciones con las que podía contar el autor. Sólo desde este ángulo más amplio se logra sortear el absurdo que supondría desconocer que el medio que voluntariamente elige el autor provoca a la

20. GÓMEZ RIVERO: *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del Sida*. Valencia, 1998.

víctima sufrimientos adicionales que en ningún caso eran necesarios para alcanzar el resultado pretendido.

De hecho, según entiendo, no es sino el manejo de la innecesariedad en términos relativos la clave que enlaza con la problemática en torno a si puede apreciarse la alevosía en los casos en que el medio elegido por el autor para producir el resultado es una *conducta omisiva*. Ni que decir tiene que la omisión como método de producir la muerte puede ser muchas veces más cruel que su causación activa. Causa mayor sufrimiento dejar morir a alguien de inanición que dispararle un tiro a bocajarro, y desde este punto de vista la comisión por omisión podría conceptuarse siempre como alevosa. Sin embargo, la valoración es distinta tan pronto como el medio empleado vuelve a contemplarse en términos *relativos*, esto es, cuando la perspectiva se amplía a otras posibles alternativas que pudieran estar al alcance del autor para conseguir el resultado letal pretendido. Desde ella, sólo cuando el recurso a la forma omisiva corresponda a una elección entre otros medios ejecutivos menos dolorosos para la víctima podrá apreciarse el ensañamiento.

A mi juicio, la determinación de lo anterior, esto es, la forma en que deban identificarse los casos en los que el autor omisivo está en condiciones de diseñar y preparar alternativamente la forma de producir la muerte de su víctima, requiere distinguir entre las distintas fuentes de las que surge el deber de actuar. Así, en la mayoría de los casos en que ésta encuentre su origen en la tutela o protección de un bien jurídico, es fácil descubrir dicha posibilidad electiva. Ejemplo paradigmático es el de la madre que planea la muerte de su hijo y entre todos los medios posibles elige dejarle morir de inanición. En la medida en que se trata de la elección de un medio entre otros igualmente posibles, no deben verse obstáculos para apreciar en estos casos el ensañamiento. Distinta habrá de ser la valoración allí donde el medio especialmente cruento de producir el resultado sea explicable causalmente por una circunstancia externa que el omitente no busca, no elige positivamente, sino que se limita a no conjurar pese a estar obligado a hacerlo. Es lo que sucederá frecuentemente en los supuestos en los que la posición de garantía surge de la obligación de control de una fuente de peligro.

Sirva de ejemplo el caso del bombero que desea producir la muerte de una persona. De forma accidental se origina un fuego en la vivienda de su víctima y, requerido para socorrerla, se niega a ello para así consumar su propósito delictivo.

No cabe duda de que en ejemplos como éste son imaginables otros métodos mucho menos cruentos que igualmente conducirían al resultado lesivo que pretende el autor —como producir la muerte mediante un disparo—. Sin embargo, no por ello puede imputársele el sufrimiento adicional ínsito al medio incendiario a efectos de apreciar el ensañamiento. Bien es verdad que su posición de garante le convierte en responsable de la muerte por asfixia o quemaduras, en tanto que se trata de un resultado que estaba obligado a evitar. Dicha responsabilidad, sin embargo, habrá de discurrir por los cauces del homicidio, no del asesinato, ya que, insisto, el medio que provoca el mayor sufrimiento (la muerte por asfixia o quemaduras) es algo que el autor no elige, no diseña, que escapa, en definitiva, a su control y posibilidades de planificación, tal como requiere el ensañamiento²¹.

2. El aspecto subjetivo del ensañamiento.

Hasta ahora se ha visto la forma en que debe interpretarse uno de los elementos nucleares que caracterizan al ensañamiento desde un punto de vista objetivo: la innecesariedad del aumento de

21. Obsérvese por lo demás que por las mismas razones tampoco sería apreciable en estos casos la alevosía. Porque, como hubo ocasión de insistir, también esta circunstancia requiere que la situación de desequilibrio de fuerzas quede comprendida por el dolo del agente. Como es sabido, jurídicamente sólo puede hablarse de dolo cuando el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo se apoyan en un comportamiento imputable objetivamente al agente. Por el contrario, cuando el punto de referencia no es éste sino un fenómeno natural o circunstancia fortuita, como sucede en el ejemplo, todo lo más puede hablarse de que se satisfacen las intenciones o deseos subjetivos del autor, algo que desde luego no tiene nada que ver con el concepto de dolo que maneja la dogmática jurídico-penal.

sufrimientos para producir el resultado. Resta todavía perfilar la circunstancia desde el punto de vista subjetivo, algo que puede decirse es uno de los aspectos más controvertidos de la misma y, al igual que se decía respecto a la alevosía, el que condiciona de forma singularmente poderosa la comprensión amplia o estricta de la circunstancia. A ello se suma el dato sociológico sobreañadido que suele acompañar a las decisiones jurisprudenciales en esta materia. Como recordaba en las consideraciones introductorias, en la mente de todos están los llamativos titulares de los medios de comunicación que periódicamente encienden la mecha del debate —y de la irritación— social al destacar los fallos jurisprudenciales en los que, pese a haberse asestado a la víctima un número considerable de puñaladas, el Tribunal se muestra reacio a apreciar el ensañamiento. La comprensión jurídica y la comprensión social de los aspectos subjetivos del ensañamiento parecen situarse así en una posición antagónica.

La escueta definición de ensañamiento que ofrece el Código sólo proporciona un dato para resolver la discusión que ahora interesa: la exigencia de que la actuación tenga lugar de forma «deliberada». Y si bien es verdad que esta referencia, como enseguida se verá, no disipa los problemas interpretativos en torno a la comprensión de los aspectos subjetivos de la circunstancia, al menos despeja cualquier atisbo de duda en los casos extremos imaginables: por un lado, permite sin ambages dejar fuera del ámbito del ensañamiento los casos en los que el autor no es consciente del aumento de males que comporta el modo elegido de ejecutar —dolosamente— su hecho; en segundo lugar, ahora en el extremo opuesto, deja claro igualmente que la concurrencia del ensañamiento es indiscutible cuando el aumento de males es el objetivo prioritario y directo del autor.

Con todo, debe advertirse que la aparente claridad de esta segunda premisa se empaña de inmediato a la luz de alguna propuesta interpretativa que, desde la propia jurisprudencia, restringe su apreciación a los casos en que dicho objetivo prioritario se concentre justamente en el aumento de males y no en otros fines anejos al mismo, como la satisfacción de los instintos perversos del autor²².

Más allá de estos polos extremos, la escueta referencia legal subjetiva, concentrada en la exigencia de deliberación, abre todo un abanico de dudas en torno al resto de las actitudes imaginables que pueden impulsar la actuación del agente. Es posible, en efecto, pensar en casos en los que si bien éste provoca los males innecesarios de forma consciente lo hace de manera meramente compulsiva, esto es, movido por un ímpetu pasional; en segundo lugar, estarían aquellos otros en los que el autor es consciente de la mayor entidad del daño que causa, pero dicho efecto no es buscado caprichosamente por él, sino que se presenta como algo necesario o consustancial a la ejecución delictiva; por último, son imaginables casos en los que el aumento del mal, si bien es conocido por el autor, no se plantea como algo necesario o inevitable para cometer el delito, sino simplemente como una posibilidad que se limita a aceptar.

A efectos expositivos, los distintos supuestos pueden ejemplificarse del siguiente modo:

- a) En el curso de una fuerte discusión con su adversario y en un situación de ira incontrolada el autor asesta múltiples puñaladas a su víctima de forma compulsiva.
- b) El torturador que ha decidido matar o lesionar aumenta el dolor de la víctima para así arrancarle una confesión.
- c) El secuestrador del avión ha amenazado con matar cada día a una persona si no se satisfacen sus reivindicaciones, algo que conocen los pasajeros. Efectivamente, ante la insatisfacción de las mismas comienza a matar rehenes.
- d) Caso de Anabel Segura: Los secuestradores, por motivos de seguridad, deciden poner fin a la

22. No obstante, en otras Sentencias el Tribunal Supremo ha calificado dicha restricción como improcedente porque «precisamente el síndrome de sadismo, si aumenta el sufrimiento de su víctima, deliberadamente, aunque sea para conseguir un placer propio es indudable que ello entraña ensañamiento, porque aumenta, a sabiendas, el dolor de la ofendida, aunque conjuntamente ello lo verifique para obtener un goce» (STS de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2686], recordando a la de 26 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7029]).

vida de Anabel, eligiendo como medio la muerte por estrangulamiento. No queda demostrado si la víctima escuchó las conversaciones que sobre su suerte mantuvieron sus acusadores. Es posible que aceptaran con indiferencia tal eventualidad. Lo único que puede aseverarse es que, por los preparativos, la víctima debió tener conocimiento anticipado del propósito criminal (le fue colocada una cuerda alrededor del cuello, después de haber realizado un nudo complejo cuya característica era impedir la regresión al ser tensado).

A estos ejemplos, cuyo único denominador común es el conocimiento y aceptación del mayor dolor que la actuación produce a la víctima, corresponden otras tantas formas subjetivas de actuación. En el primero y segundo puede decirse que el autor obra con *dolo directo de primer grado* de aumentar el dolor. Bien es verdad que en el segundo su intención prioritaria es conseguir la confesión. Sin embargo, la misma no es más que la finalidad subjetiva o personal que persigue con la ejecución: del mismo modo que la del autor de un robo puede ser comprar droga o conseguir dinero para una operación, o la del autor de una estafa la de aumentar su patrimonio o salvar una crisis financiera, la finalidad de conseguir una confesión es algo que en absoluto impide afirmar que el sujeto obra con dolo directo de primer grado respecto a los males adicionales que causa.

Distintas son las cosas en el ejemplo c). En él probablemente el agente no tiene voluntad de intensificar el sufrimiento de todos los pasajeros que aleatoriamente serán ejecutados; es más, lo normal es que el aumento del dolor sea simplemente un dato que conoce y al que prácticamente no concede valor, que ignora, en el que no repara o que, al menos, deja en segundo plano. Su única intención es ejercer un fuerte medio de presión para que se atiendan sus exigencias. La angustia sobreañadida que provoca en las potenciales víctimas el conocimiento de su condición es, en definitiva, algo que se limita a aceptar como necesario o consustancial a su conducta y que, por tanto, subjetivamente se corresponde con la actitud propia del *dolo directo de segundo grado*. Lo mismo habría de decirse en el ejemplo d) por lo que se refiere al hecho de que la víctima, plenamente consciente, vea cómo se le pone una soga al cuello con el inequívoco propósito de proceder a su estrangulamiento.

Por último, por lo que se refiere a la fase de deliberación en el ejemplo d), la actuación de los secuestradores es propia del *dolo eventual*: mantienen en una habitación contigua una conversación sobre el futuro de Anabel, siendo posible que ésta la escuchase. Ese resultado, con el consiguiente aumento del dolor –psíquico– que comporta, es algo que ni es buscado ni es consecuencia necesaria de la actuación, sino sólo posible.

¿Pueden reconducirse todos estos casos a la actitud deliberada a la que el legislador se refiere al definir el ensañamiento tanto en el artículo 22.5 CP como en el 139.3 CP?

Un recorrido por la doctrina jurisprudencial revela de inmediato la tendencia del Tribunal Supremo a la comprensión del ensañamiento en clave subjetiva, esto es, como circunstancia cuya mayor penalidad obedece al deseo del autor de aumentar estérilmente el sufrimiento de su víctima. Conforme a esta doctrina, la respuesta habría de ser la misma para los cuatro casos: excluir la apreciación de la agravante. El Tribunal Supremo, en efecto, siempre ha exigido para apreciarla un especial ánimo subjetivo que parece trascender a la simple intencionalidad. Así, por ejemplo, se ha referido al «*especial deleite en relación al dolor de la víctima*» (STS 15 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3927]), la «*complacencia en el sufrimiento causado a la víctima, elemento subjetivo que entraña el íntimo propósito de satisfacer instintos de perversidad provocando, con conciencia y voluntad decidida*» (Sentencias de 25 de junio de 1998 [RJ 1998, 5594]; de 23 de marzo de 1998 [RJ 1998, 3761]; 24 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 7166]; 16 de marzo de 1996 [RJ 1996, 1985]); «*singular goce en prolongar deliberada e inhumanamente los sufrimientos del ofendido*» (17 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2686]), seguida, entre otras, por STS 26 septiembre 1988 [RJ 1988, 7029]; «*deleite morboso que se obtiene prolongando los sufrimientos de la víctima, complaciéndose en martirizarla y atormentarla*» (Sentencia de 17 marzo de 1989), o la «*perversidad o maldad exagerada o poco usual*» (Sentencia de 4 de febrero de 1989 [RJ 1989, 1468]).

Esa misma doctrina jurisprudencial ha identificado el elemento tendencial con un ánimo frío

refinado y reflexivo, «*ánimo perverso y calculado para potenciar el sufrimiento*»²³, lo que ha llevado a excluirlo «*en la cólera que hiere o golpea ciegamente*»²⁴ así como a afirmar que los reiterados golpes de navaja y puñal no constituyen «*por sí mismos elementos o datos indiciarios de un propósito de ensañarse con la víctima, ya que pueden estar motivados por el deseo de agotar sus designios homicidas, sin que se busque de manera calculada el aumento del dolor en la persona agredida*»²⁵.

Frente a esta línea jurisprudencial, entiendo que la expresión «*deliberadamente*» que emplea el legislador –y que la jurisprudencia ha interpretado en clave de un especial elemento subjetivo del injusto–, no puede tener otro sentido que exigir el *conocimiento y voluntad directa e inmediata* de producir dicho resultado lesivo adicional; en otras palabras, a mi juicio, la exigencia de deliberación se traduce simplemente en que el autor comprenda que el medio de producir la muerte es una conducta que causa sufrimientos adicionales y que persiga dicha finalidad de forma *directa*, como objetivo prioritario e inmediato de su actuación²⁶. Más allá de lo anterior, ni los móviles que le impulsen a tal comportamiento ni la situación de conflictividad anímica en la que se encuentre pueden ser datos condicionantes para apreciar (en el primer caso) o excluir (en el segundo) la agravante.

Lo primero, porque la pretensión de condicionar la existencia de la misma a los motivos que en última instancia inspiren subjetivamente la actuación (por emplear los términos jurisprudenciales, «*la complacencia*», «*satisfacción de instintos de perversidad*», «*deleite morboso*») difícilmente podría justificar el salto de pena que su apreciación supone, no ya sólo como circunstancia agravante, sino como elemento cualificante del asesinato. Lo segundo, porque ciertamente la situación de especial alteración anímica, propia de los actos compulsivos, es algo que ni en éste ni en ningún ámbito puede ignorarse a la hora de valorar los hechos; lo que ocurre es que aquí, al igual que en esos otros ámbitos, la sede de dicha valoración sólo puede ser la categoría sistemática de la culpabilidad, esto es, una secuencia posterior a la que cualifique los hechos por el ensañamiento. Desde este punto de vista, lo único que se ventila es si la alteración mental del autor determina que no se castigue o, al menos, que se castigue de forma menos severa lo que previamente se ha calificado, en el caso de la muerte, como asesinato con ensañamiento. No se entendería de otra forma que una circunstancia –el arrebató u obcecación– que está diseñada legalmente como una atenuante genérica (art. 21.3 CP) desbordase en esta sede el papel que el Código le asigna para condicionar nada menos que la calificación de los hechos. Este proceder, que no encuentra parangón en ningún otro ámbito, sólo podría explicarse desde la confusión de los requisitos típicos del ensañamiento con el margen de maniobra que permite la categoría de la culpabilidad. No puede pasarse por alto además que de ser coherentes, esto es, de sostenerse hasta sus últimas consecuencias que allí donde el autor obra impulsado por un estado pasional no hay ensañamiento, la conclusión habría de ser que nunca se puede atenuar la pena por obcecación cuando concurre la saña, algo que curiosamente, sin embargo, la jurisprudencia nunca ha llegado a sostener. Por lo mismo, porque las tendencias anímicas del autor no pueden moldear la calificación jurídica de los hechos como ensañamiento, no es necesario que muestre una actitud fría, reflexiva y calculada, bastando con que concurra el conocimiento e intención directa de producir tales sufrimientos adicionales.

Retomando los ejemplos propuestos, habrá de apreciarse ensañamiento y, con ello, un asesinato, en el caso a), en el que pese a que el aumento de los sufrimientos no responde a un propósito deliberado, calculado y frío del autor, éste conoce que tal modo de proceder representa una forma

23. SSTS 27 febrero 1992 (RJ 1992, 1357); 5 marzo 1996 (RJ 1996, 1898) que lo identifica con –citando a su vez las SS. 21 marzo (RJ 1991, 2330), 29 abril (RJ 1991, 2982), 11 junio (RJ 1991, 5026), y 11 septiembre 1991 (RJ 1991, 6129) y 27 febrero 1992–.

24. Entre otras, SSTS 17 de marzo 1989 (RJ 1989, 2686); 29 junio 1989 (RJ 1989, 8421); 26 septiembre 1988 (RJ 1988, 7029).

25. S. 23 noviembre 1996 (RJ 1996, 8536).

26. En este sentido, en relación con las lesiones, TAMARIT SUMALLA: *Comentarios a la Parte especial del Código Penal*, AA VV. Pamplona, 1996, pg. 92.

brutal de causar la muerte, más allá de lo necesario para alcanzar dicho resultado. Como decía más arriba, la alteración emocional que sufre el autor en el momento comisivo será un dato a tener en cuenta a la hora de atenuar o incluso excluir la pena de un hecho previamente cualificado por la saña.

Por lo mismo, porque puede predicarse el conocimiento y voluntad directa del autor de aumentar el dolor de la víctima, habrá de apreciarse el ensañamiento en el caso b). El dato de que las torturas no sean subjetivamente baldías, sino que respondan al propósito de obtener una confesión tampoco empece en absoluto a la contemplación como «*deliberado*» del aumento del dolor. Como decía más arriba, dicha finalidad mediática no es más que un móvil subjetivo del autor que, al igual que sucede en general con la apreciación de cualquier tipo delictivo, no puede determinar por sí solo el cambio de la valoración penal.

Distintas son las cosas en los ejemplos c) y d). Bien es verdad que en ellos concurren los elementos objetivos de la circunstancia: en primer lugar, no cabe duda de que la ejecución en tales condiciones supone un incremento del padecimiento –psíquico– de la víctima: en el ejemplo a), el de los pasajeros que tienen conocimiento no sólo verbal sino vivencial de que serán ejecutados si no se satisfacen las pretensiones de los secuestradores; en el ejemplo d), el de la sospecha más que fundada de Anabel de que será ejecutada. En segundo lugar, también en ambos concurre el requisito de la *innecesariedad*, entendido éste, conforme aquí se ha hecho, como elemento propio no sólo de la agravante del artículo 22.5 CP sino también del apartado tercero del artículo 139 CP: según se decía entonces, la contemplación del mismo no puede tomar como punto de referencia los planes subjetivos del autor y, en definitiva, los fines mediáticos que pretende, sino la ejecución del correspondiente tipo delictivo; en este caso, la muerte de una persona. Porque por mucho que la tortura sea útil desde el punto de vista de la consecución de la meta del autor, no puede decirse que por eso sea necesaria. Y no lo es porque la producción de la muerte de una persona en absoluto requiere someter a la misma a la presión psicológica de saber [caso c)] o hacerla sospechar indiferentemente [ejemplo d)] que otras ya han sido ejecutadas y que ella misma lo será en el futuro. Desde esa contemplación objetiva, por tanto, se dan los presupuestos del ensañamiento.

Distinta es la valoración desde el punto de vista de la contemplación *subjetiva* de la circunstancia. Si, como se ha sostenido, el requisito de la *deliberación* se identifica con la intención directa, con el dolo directo de primer grado, de producir el mayor sufrimiento a la víctima, el ensañamiento debe descartarse en los casos c) y d), en los que, si bien el autor conoce el aumento de males que su actuación supone e incluso puede decirse que quiere su producción, su intención no se orienta de forma directa al mismo, sino que se lo representa como algo *necesario* (c) o consecuencia *eventual* de su conducta (d). En estas circunstancias resulta imposible decir que aumenta los males de forma *deliberada*, tal como requiere el tipo penal. No podría ser de otra forma tratándose de una circunstancia cuya razón de ser en su aspecto subjetivo no puede gravitar, como hubo ocasión de insistir más arriba, en la simple actitud contemplativa, complaciente, indiferente e incluso resignada del autor ante los males mayores que su actuación provoca o puede provocar, sino en la búsqueda *intencional* y *directa* de los mismos y, en definitiva, en lo *deliberado* de su conducta. La pretensión de apreciar el ensañamiento cuando el aumento del dolor es consustancial a la acción sólo podría justificarse sobre la base de exigir al autor que «cuidara» de que su víctima no sufra un dolor adicional, poniendo así los medios para aminorar consecuencias que son implícitas o, por lo menos, eventualmente ligadas a su actuación. No creo que haga falta insistir en lo absurda que resultaría esta interpretación de la agravante.

Si bien sin identificar expresamente la exigencia de deliberación con el dolo directo de primer grado, a esta conclusión llegó el Tribunal Supremo en el caso del secuestro y asesinato de Anabel Segura, enjuiciado por Sentencia de 5 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1295). En ella, el Alto Tribunal confirma la Sentencia de instancia y niega la existencia de ensañamiento: «Tiene declarado esta Sala que la agravante de ensañamiento se caracteriza por la presencia de la complacencia en el sufrimiento causado a la víctima, elemento subjetivo que entraña el íntimo propósito de satisfacer instintos de perversidad provocando, con conciencia y voluntad

decidida, los elementos objetivos que le son propios consistentes en males innecesarios y máximo dolor y sufrimiento a la víctima en la acción homicida (cfr. SSTS de 25 de abril de 1988 [RJ 1988, 2922] y 24 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 7166]).

La crueldad innegable que acompañó a la acción de los acusados y la brutalidad de la agresión, no viene acompañada, en el relato fáctico de la sentencia, de males realizados precisamente para aumentar el dolor de la víctima y al margen de los que se necesitaban para ejecutar la acción delictiva y queridos por los sujetos activos del delito de manera directa e inhumana precisamente para aumentar su dolor».

Lo mismo puede decirse de la también conocida Sentencia de 25 de abril de 1988, en la que, tras realizar otros actos, uno de los autores arroja a un mendigo un colchón ardiendo desde la planta superior del local. El Tribunal denegó el ensañamiento por entender que estaba ausente el propósito deliberado que el mismo exige: «el acusado exterioriza una reprochable indiferencia, pero esto mismo no es suficiente para configurar el propósito deliberado del ensañamiento».

Obsérvese por lo demás que la comprensión subjetiva de la agravante en el sentido de la exigencia de que el autor obre con dolo directo de primer grado de producir el resultado, despeja las dudas en torno al tratamiento que deban recibir los casos en que, si bien aquél aumenta de forma innecesaria el sufrimiento de la víctima, no tiene conciencia de ello, sino que actúa en la falsa creencia de que la totalidad de los actos que realiza son necesarios para la consecución del resultado delictivo que pretende. A estas alturas, casi ni que decir tiene que en estos supuestos debe excluirse la apreciación de la circunstancia. Porque cuando el autor yerra sobre el aumento de males que de forma innecesaria provoca a su víctima actúa respecto a los mismos con una actitud propia de la imprudencia, no del dolo, lo que cierra el paso a las posibilidades apreciar una circunstancia que, según se ha visto, requiere acompañarse desde el punto de vista subjetivo por la intencionalidad directa de quien la realiza.