



LA ALEVOSÍA EN EL HOMICIDIO CALIFICADO

**Trabajo de Graduación previo a la
obtención del título de Especialista
en Derecho Penal.**

DIRECTOR: DR. GUSTAVO ABOSO

AUTOR: DIEGO MARTÍNEZ IZQUIERDO

OCTUBRE DE 2011

DEDICATORIA

A Dios y a la Virgen Dolorosa por su protección eterna.

A mi hija, María Joaquina, y a María Fernanda, mi esposa, por ser fuentes de amor,
apoyo y guía en los instantes más arduos de esta larga caminata.

A mis padres, Oscar y Carmita, a mis hermanos, Andrés y Gaby;
y a mi abuelo, Wilson, por su apoyo infinito y desinteresado.

Y a todas aquellas personas que, de algún modo, han estado junto a mí
en esta etapa de mi vida profesional.

AGRADECIMIENTO

Al mirar atrás, me conmuevo, me lleno de recuerdos y de agradecimiento hacia todas aquellas personas que, de una u otra manera, han estado junto a mí de forma incondicional.

Agradezco al Señor y a la Madre Dolorosa,
por su luz divina y por guiar mí camino hacia el éxito.

A María Fernanda, a María Joaquina, a Oscar, a Carmita, a Gaby, a Andrés y Wilson,
mis seres amados, con quienes he compartido las desilusiones y la plenitud de la alegría
que me ha regalado la vida.

Y especialmente agradezco al Doctor Gustavo Aboso por su acertada dirección en esta
investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	2
Agradecimiento	3
Resumen	6
Abstract.....	7

LA ALEVOSÍA EN EL HOMICIDIO CALIFICADO

Introducción.....	8
-------------------	---

CAPÍTULO I

LA ALEVOSIA

1. La Alevosía	12
1.1. Concepto de Alevosía	13
1.2. Fundamento Jurídico	18
1.3. Naturaleza Jurídica.....	22
2. La Alevosía en la Legislación Ecuatoriana	24

CAPITULO II

EL ASESINATO AGRAVADO POR LA ALEVOSÍA

1. El Asesinato Agravado por la Alevosía.....	28
1.1. Generalidades	29
1.2. Tipo Objetivo	33
1.3. Tipo Subjetivo	34
2. El dolo en el asesinato	35
Conclusiones	37
Bibliografía.....	40

LA ALEVOSÍA EN EL HOMICIDIO CALIFICADO

RESUMEN

Desde el inicio de la existencia humana, se ha tutelado el derecho a la vida, bien jurídico que afronta las más variadas formas de lesión, entre ellas el delito de homicidio y este, a su vez, calificado por la alevosía. Las opiniones de la jurisprudencia y la doctrina respecto al tema propuesto, unas son coincidentes y otras contradictorias.

El Derecho Penal Moderno protege bienes jurídicos esenciales, mostrándose como de última ratio; sin embargo, se encuentra tipos penales que todavía se hallan plasmados gracias a la historia de cada civilización, en la que se protegían valores morales que respondían a las exigencias de sus mandantes.

Definido al delito de asesinato como un homicidio cualificado, sin autonomía propia es imperioso que nuestra legislación modifique ciertos tipos penales que responden a necesidades de otra época y que hoy resultan obsoletas.

ABSTRACT

From the beginning of human existence, the right to life has been cared for. It is a juridical principle that has been harmed in varied ways, such as homicide, which is a premeditated act. The jurisprudence opinions and the doctrine are at times coincidental and at others contradictory.

The Modern Criminal Law protects the essential juridical principles, presenting itself as the last ratio; however, it is possible to find some types of criminal law, which have been portrayed according to each civilization's history, where moral values were protected as a response to the people's requirements.

Having defined murder as a type of qualified homicide, not autonomous, it is imperative for our legislation to modify certain types of crime types that responded to the needs of other epochs, since they are obsolete nowadays.

INTRODUCCIÓN

Cada vez es mayor la conciencia colectiva sobre la necesidad de la intervención del Derecho Penal para afrontar los graves riesgos a los que se enfrenta la sociedad moderna para proteger los bienes jurídicos clásicos frente a nuevas modalidades de ataque. Una sociedad en vías de desarrollo se encuentra bajo implicaciones negativas, que amenazan con nuevas formas a la colectividad, en el marco de una gran complejidad delictiva organizada.

Se define al Derecho Penal como un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado. Establece el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asocia, a la infracción de la norma, una pena finalista o una medida aseguradora (Jiménez de Asúa, 2005).

Von Liszt y sus seguidores parten de la base ontológica de la división entre la norma y la ley; y dicen que el Derecho Penal es sancionador porque no crea normas jurídicas ni crea bienes propios dignos de tutela, solo se limita a garantizar bienes jurídicos que ya están definidos. Por ejemplo, la propiedad en el Derecho Civil, las libertades en el Derecho Constitucional.

El Derecho Penal ha atravesado por un largo e inacabado proceso de evolución en cuanto a sus principios, concepciones y formas de penar. Se ha nutrido de muchas disciplinas auxiliares, que han asistido para desechar ideas precarias (la existencia de delincuentes natos por ejemplo) hasta el punto de convertir a esta rama del Derecho en

una verdadera ciencia. De igual manera, la pena, en la actualidad, ya no es un fin en sí mismo, sino una forma de proteger los intereses de la comunidad. Dogmáticamente la conducta delictiva admite las más variadas clasificaciones.

Para el presente estudio, reviste importancia aquellos tipos penales que intentan tutelar la vida como derecho reconocido a nivel universal. Diferentes son las formas mediante las cuales se puede atentar contra el derecho a la vida; sin embargo, para el estudio tomará el tipo de homicidio y este, a su vez, calificado por la alevosía.

Al parecer, la doctrina ha agotado el estudio del tema propuesto; uno y otro autor aporta su pensamiento; pero muchas veces, con criterios excluyentes o totalmente contrapuestos, por lo que considero que se enfrenta a una vieja estructura en la cual hay mucho por investigar, pues, de una modalidad considerada como delito a traición ha pasado a ser una circunstancia agravante, aplicable tan solo a los delitos contra las personas, inherente de manera directa a la calificación del asesinato.

Sin lugar a dudas, el concepto de alevosía jugó un rol muy importante dentro de una sociedad que tenía la honra del hombre caballeresco, como principio y valor supremo, propia de una sociedad medieval, lo que determinó para ser considerado como un bien jurídico con protección jurídico-penal. Tales concepciones, hoy han, quedado obsoletas, conjuntamente con el espíritu de un Derecho en desuso, lo que ha traído como consecuencia una jurisprudencia imprecisa.

La palabra “alevosía” ha sido utilizada para calificar situaciones distintas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo que hace pensar que los argumentos

tradicionales expuestos para justificar la institución, si bien respondieron a un marco político y social, actualmente, no tienen mayor fundamento, ya que el progreso de la humanidad ha dejado atrás concepciones estériles como: la alevosía como circunstancia que agrava la responsabilidad criminal carece de fundamento jurídico.

De otra parte, se delinearán problemas dogmáticos en cuanto a la ubicación de la alevosía, pues hay quienes la consideran dentro de las bases de la teoría del delito, asignándola al injusto o a la culpabilidad, en tanto que, otros la sitúan exclusivamente en la teoría de la pena, lo que influye en mayor o menor sentido en su gravedad. Esto hace que no se encuentre uniformidad de criterios.

Las modernas teorías penales han tratado de agrupar aquellos elementos que hacen del delito una realidad jurídica absolutamente diferenciada de otros actos ilícitos, dejan a un lado las definiciones formales y materiales (que pretenden apriorísticamente identificar los aspectos del delito).

Se trata de establecer aquellos caracteres del homicidio calificado por la agravante propuesta, sin los cuales no puede existir esa realidad jurídica.

Se conoce que la Ley Penal debe contemplar, para efectos punitivos, ciertas conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos más relevantes. La idea de un Derecho Penal mínimo, asociada al garantismo, que hoy enfrenta diversos embates, supone la incriminación de tales conductas ilícitas, habida cuenta de su gravedad y de la lesión que producen, cuando no se dispone de medios sociales o jurídicos alternos para evitarlas o sancionarlas. Bajo este concepto, la Ley Penal debe ser utilizada como

último recurso del control social y concentrarse en los comportamientos de gravedad extrema.

El legislador a la hora de justificar la tipificación penal de determinados comportamientos –alevosía–, es preciso que lo realice con objetividad y ponderación, acomodando las sanciones a la gravedad de la infracción y a la culpabilidad del agente, sin perder de vista las diferencias que pudieran mediar entre hipótesis de una misma categoría, que tal vez requieren tratamiento penal diferenciado.

El legislador penal, al momento de incriminar conductas ilícitas, debe distinguir los diferentes supuestos que se plantean y ofrecer un trato adecuado, racional y específico a cada uno; debe evitar la incriminación de las conductas que no sean ilícitas u obsoletas como lo consideran ciertos doctrinarios. Pues, el hecho de que un comportamiento se halle objetivamente previsto en un tipo penal, depositado en un ordenamiento de la materia, no implica que por ello se satisfaga, en forma automática, la exigencia de legalidad en los tipos penales. Así en el presente trabajo, se observará si la alevosía satisface la agravación del tipo penal del homicidio.

Está claro que una de las más antiguas y nobles actividades es la destinada a la preservación de la vida. Se trata de proteger los bienes de más alto rango, condición para el disfrute de todos los asociados. En esto se interesa la sociedad en su conjunto y el Estado debe proveer su tutela. Al parecer, la concepción legislativa actual de alevosía necesita una actualización.

CAPITULO I

LA ALEVOSÍA

CAPITULO I

1. LA ALEVOSIA

1.1. Concepto de alevosía

Mucho se ha hablado acerca de la alevosía, empero el Tribunal Supremo Español manifiesta que siempre se ha polemizado sobre esta figura sin obtener parámetros claros y precisos en su delimitación. Así la jurisprudencia ha declarado que la alevosía existe siempre que el culpado, al cometer el ilícito, lo ejecute empleando medios, modos o formas buscados con designio, aprovechando cualquier situación que se presente y que asegure el fin propuesto, sin riesgo, lo que evita cualquier defensa por parte del ofendido.¹

Etimológicamente, el vocablo "alevosía" tiene un origen incierto. Para algunos, el término proviene del árabe *aib* que significa: vicio, culpa, pero otros consideran que surge del término germánico *lewjam* que se traduce en la expresión: hacer traición, la cual, a nuestro criterio, hoy en día resulta obsoleta.

La palabra alevosía proviene del latín *levian* que significa obrar a traición, o en la sajona "laeva", o del término sajón *laeva*, equivalente a traidor; es decir, que desde el punto de vista etimológico, alevosía sinónimo de traición, significado que se lo utilizó en el pasado (Camargo Hernández 1953). A través del tiempo el concepto ha ido tomando otros matices

¹ Sentencias del Tribunal Supremo Español, 15 octubre 1990 (RA No. 8087).

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española indica que alevosía es “cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas sin riesgo del delincuente. Es circunstancia que agrava la pena. Traición, perfidia” (DRAE, 2001)

El Diccionario Jurídico Español define alevosía como la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal cuando el culpable comete un delito contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

El Tribunal Supremo Español en sus sentencias, atendiendo a un punto de vista subjetivo y objetivo de la agravante, analiza no solo la intención seguida, sino la forma real de comisión, y expresa que se dan tres posibles grupos de alevosía: 1. **Proditoria:** Equivalente a traidor o pérfido, lo cual recoge lo que remite al significado de traición, deslealtad, cobardía, etc. 2. **Súbita o inopinada:** Caracterizada por el ataque en forma inesperada, fulgurante y repentina, pues un ataque con tales características disminuye las posibilidades de defensa. 3. **Aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento:** Referida a los casos de niños de corta edad.

La jurisprudencia, al hablar de la primera condición, afirma que esta se caracteriza por llevarse a cabo mediante emboscada, al asecho, Tal es el caso de quien espera a un individuo durante un lapso de tiempo para darle muerte o realiza sobre él actos de violencia. Autores como Quintano Ripolles, citado por Alfonso Mesa Valiente, presume

que dentro de la alevosía proditoria, existe o se halla delimitado un plan criminal, donde el agente oculta la intención criminal para ganarse la confianza de la víctima. Este carácter de la alevosía podría identificarse con un carácter subjetivo, es decir, que consiste en la intención, buscando de propósito asegurar la acción, con un examen anterior y premeditado, y con selección de medios (Mesa Valiente, 2000).

Ahora, la jurisprudencia identifica a la alevosía súbita, como el ataque repentino, inesperado, donde el agente oculta sus protervos propósitos, considerándolo como la parte objetiva de la agravante. Así el Tribunal Supremo Español en sus sentencias, ha afirmado que la alevosía como circunstancia predominantemente objetiva, ha de ser estimada en aquellos ataques contra las personas que se produzcan de un modo súbito o inesperado para la víctima o cuando esta no pueda defenderse; en ambos casos, el actor actúa sin riesgo para su persona.² También, ha declarado que el elemento objetivo consiste en el empleo de medios, modos o formas que tiendan a asegurar la comisión del delito. Además, el aprovechamiento del desvalimiento o indefensión no es sino el beneficio de la situación de desamparo en la que se encuentra el sujeto pasivo.

Bacigalupo propone que a la alevosía en el asesinato se la deba considerar a partir de la indefensión que se produce como consecuencia de una relación de confianza entre la víctima y el autor. Delitos autor se basa en escritores alemanes, quienes plantean a la alevosía como el fenómeno en el que el autor abusa conscientemente de la confianza que la víctima ha depositado en él (Bacigalupo Zapater, 1983). Esta propuesta sostiene una condición: el plus de confianza, sin embargo, a través del tiempo ha perdido consistencia; al mismo tiempo, que el concepto de alevosía asociado con la traición.

² Sentencia del Tribunal Supremo Enero 1996 -RA No. 688

Desde mi punto de vista, la confianza no debe ser considerada un elemento de la alevosía, como lo trata de asignar una interpretación jurisprudencial; claro está que, en ciertos casos, existen asesinatos alevosos, súbitos, como resultado de una actitud desprevenida, en la que se oculta un malicioso propósito; pero, no por ello se puede considerar que la confianza sea un elemento de la alevosía.

Posteriormente, el mismo Tribunal Supremo, en sus variadas sentencias ha argumentado que la alevosía en su parte **objetiva** es la instrumentación de medios, modos o formas en la ejecución, seleccionados o buscados por el agresor, junto a la presencia de una voluntad de utilizarlos, con el objeto de asegurar el resultado criminal fraguado, disminuyendo el riesgo que significa la agresión a un individuo, colocando a la víctima en completo estado de indefensión, **aspecto subjetivo**, resaltando, en la conducta del agente, visos de cobardía y perversidad.

Pienso que el concepto de alevosía que se debe manejar, es este último, el que refiere ser perpetrado con el empleo de medios, modos y formas que tienden directa y, especialmente, a asegurarlo, sin riesgos para el propio sujeto, sin que pudiera resultar la defensa por parte del ofendido. Así se dejaría atrás la vieja concepción de la alevosía como sinónimo de traición; entendiéndose esta como el aseguramiento en la ejecución del delito, lo que elimina toda posibilidad de defensa por parte de la víctima.

De lo expuesto anteriormente, la jurisprudencia ha esgrimido que la naturaleza ontológica de la alevosía se compone de dos elementos: uno objetivo, constituido por los medios, modos o formas de ejecución y otro subjetivo, que se refiere a los

propósitos del sujeto activo, en el que no solo confluye el deseo de perpetrar el ilícito, sino de asegurarlo, con el fin de evitar el riesgo para sí, o, en su defecto disminuirlo.

El Tribunal Supremo Español al respecto considera que el concepto de alevosía requiere de tres elementos:

1. Uno de carácter normativo que hace referencia estrictamente a los delitos contra las personas.
2. Otro, objetivo, que consiste en la agresión dirigida de manera eficaz a eliminar las posibilidades de defensa del sujeto pasivo.
3. Elemento subjetivo, el cual plantea como requisito necesario, el dolo, en el cual la voluntad consciente del agente no engloba solo la muerte, sino las circunstancias en las que se ejecuta, eliminado el riesgo de defensa de la víctima.

Se ha tratado los elementos de la alevosía de las más diversas formas, entre ellos, Camargo Hernández, sostiene la existencia de un elemento subjetivo esencial, la intención y otros dos elementos subjetivos, el aseguramiento del hecho y la indefensión del sujeto pasivo (Camargo Hernández, 1953).

Gran parte de la doctrina considera que los elementos de la alevosía se descomponen en medios modos o formas de ejecución, conocidos por el autor y que tiendan directa y especialmente a asegurar su ejecución. Sin embargo, Puig Peña agrega otro requisito;

afirma que esta circunstancia solo cabe en los delitos contra la vida y la integridad corporal (Puig Peña, 1969).

Así mismo, se ha propuesto 3 elementos: la indefensión de la víctima, el abuso de confianza y la expresión de una actitud de hostilidad de la víctima. (Bacigalupo Zapater, 1983). Según mi criterio y en concordancia con Mesa Valiente, los elementos de la alevosía, son los siguientes:

1. Empleo de medios, modos o formas de ejecución.
2. Que los medios, modos o formas tiendan asegurar la ejecución y la indefensión del agredido.
3. Que el autor conozca los modos de aseguramiento y quiera utilizarlos.

1.2. Fundamento jurídico

En relación al fundamento jurídico de la alevosía se plantea dos teorías; la primera es la teoría subjetiva, la cual exige que el individuo emplee medios, modos o formas buscados con intención, que tiendan a asegurar el resultado y a evitar el riesgo que pueda sufrir el sujeto. Acota que no son solo los medios, modos o formas, sino la para preparar dolosamente el hecho punible. La segunda teoría es la objetiva según la cual es suficiente que al momento de la ejecución se utilicen aquellos medios idóneos para evitar la defensa del ofendido y se ajusten al objetivo propuesto, es decir, la situación no

necesita ser creada por el agente, tan solo basta que sea aprovechada al momento del hecho.

El Tribunal Supremo Español ha manifestado que la esencia del fundamento jurídico es de carácter mixto, pues en la alevosía es necesaria la presencia de un plus tanto de culpabilidad como de antijuricidad en la *commisio delicti*, como causal de agravación de la pena. Fruto de la armonía existente entre las teorías subjetivas y objetivas, se demanda la presencia de *un modus operandi*, del que se deduce el aseguramiento del resultado criminal, sin riesgo para el ofensor o agente, eliminando la potencialidad defensiva que pudiera realizar el ofendido, requisito objetivo o material, y la faceta subjetiva influyente en la culpabilidad, pues el sujeto pasivo pone de manifiesto su conducta conducente a la realización del resultado y la indefensión de la víctima.

La jurisprudencia, en su momento, declaró que la alevosía forma parte del tipo, al incorporar a la acción una mayor antijuricidad, pero no hace mención a si su fundamento reside en un mayor desvalor de acción o de resultado.

La doctrina toma su posición al considerar que el fundamento legal consiste en una mayor agravación de la culpabilidad, de mayor reproche, pues el individuo presenta una voluntad culpable y de menosprecio al bien jurídico. Cuello Calón sostiene que la agravante representa un aumento de culpabilidad del sujeto pasivo a causa de una mayor criminalidad del hecho, pues este aparece más culpable, no solo cuando es más perverso, sino cuando no retrocede ante el daño material y cuando más fácilmente ejecuta el delito y procura su impunidad (Cuello Calón, 1975).

Sostengo que la alevosía, axiológicamente considerada como traición, o la que se plantea como medios, modos o formas, no puede encontrar su fundamento en una mayor culpabilidad, sino en una mayor antijuridicidad, por existir un mayor contenido de lo injusto; lo que sí resulta importante es establecer si se agrava por un mayor desvalor de acción o de resultado. De los conceptos antes citados, y de la doctrina de Del Rosal Blanco se fundamenta en un mayor desvalor de acción, pues considera que la alevosía se agrava porque se incrementa el desvalor de acción de la conducta lo que se explica a partir del peligro que para el bien jurídico comporta el empleo en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar el resultado (Del Rosal, 1999)

El desvalor de acción se presenta como un juicio desaprobatorio, con un comportamiento dirigido dolosamente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, mientras que el desvalor de resultado es un juicio desaprobatorio de una conducta que se realiza independientemente de la voluntad de su autor, que ha concluido en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Muñoz Conde manifiesta que el desvalor de acción se encuentra en la peligrosidad de la conducta para los bienes jurídicos y el desvalor de resultado en la lesión del bien jurídico. Así mismo considera que ambos conceptos, tanto el desvalor de acción como de resultado son trascendentales a la hora de configurar la antijuridicidad (Muñoz Conde, 1975).

Algunos autores alemanes, entre de ellos, Jescheck, define el desvalor de resultado como la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción, mientras que, en la forma y

modo de su ejecución, reside el desvalor de acción. Este autor distingue el desvalor de acción referido al hecho y referido al autor. Los elementos que conciernen a la peligrosidad o reprobabilidad del modo de actuar –alevosía– pertenecen al tipo del injusto como características de un especial injusto de la acción, y solo de manera mediata expresan, también, la actitud interna (Jescheck, 1993).

Se concibe también al desvalor de acción como desvalor de intención y el desvalor de resultado como desvalor de hecho; con esta distinción solo trata de separar la parte subjetiva de la parte objetiva en lo injusto; este requiere el desvalor de intención y el de objetivación (Jakobs, 1995).

En la actualidad, se ha convertido en algo usual distinguir el desvalor de acción y el de resultado en lo injusto. Si se contempla el dolo típico y otros elementos subjetivos como componentes del tipo, entonces este no se agota en el desvalor del resultado como se creía en la época de la estructura clásica del delito. De esta forma, no se realiza el desvalor del resultado de un delito de lesión y, en cambio, concurre el desvalor de acción, se está en presencia de una tentativa y si, por el contrario, concurre el desvalor del resultado de un delito de lesión, pero no se constata un desvalor de acción, faltará el injusto y se producirá la impunidad. Según la concepción actual, la realización del tipo presupone, en todo caso y sin excepción, tanto un desvalor de acción como un desvalor del resultado. Este autor considera que la alevosía como elemento del asesinato, se define como aprovechamiento de la falta de sospecha y de la indefensión de la víctima (Roxin, 2000)

A partir de los criterios doctrinarios expuestos en líneas anteriores, es necesario conocer si la alevosía incide en el tipo de injusto, ya sea dirigiéndola al desvalor del resultado, por constituir la violación de la norma de modo objetivo, o, considerándola como desvalor de acción, fundamento de la antijuridicidad.

Lo que si se puede afirmar es que la alevosía afecta directamente al tipo como calificativa del asesinato, y lo acertado sería analizarla a partir de su fundamentación en un desvalor de acción, pues no configura un delito circunstanciado, sino que fundamenta y agrava un delito principal de homicidio, determinando una pena autónoma y nueva. De tal manera que, no sería tan solo una circunstancia, sino un elemento circunstancial del asesinato.

1.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la alevosía, ha sido tratada por el derecho histórico como agravante de carácter subjetivo, que parte del concepto de maldad, vileza y engaño, descrito así por el Código de las Partidas. Más tarde, fue considerada como aseguradora del hecho punible, al exteriorizar su contenido en la frase: *“el que matare a otro a traición y el que buscase una muerte segura”*. De este modo se asocia a la alevosía con el concepto de cobardía, donde se destaca el aseguramiento de la ejecución sin riesgo.

Hoy, la jurisprudencia ha declarado que la alevosía tiene un carácter objetivo-subjetivo, con predominio objetivo, pues es necesario ceñirse a todas las circunstancias valorativas presentes en el hecho concreto, o sea, que para su apreciación no serán suficientes los medios comisivos de índole objetivo, sino, también, son necesarios los factores

subjetivos, indicadores de la voluntad de aprovechamiento de la indefensión del agredido.

Distintas son las posiciones asumidas por la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de la alevosía. Algunos la fundamentan en una mayor culpabilidad (aspecto subjetivo); mientras que otros acuden a una mayor antijuridicidad (aspecto objetivo). Cuello Calón se ha pronunciado a favor del carácter subjetivo al sostener que el carácter de la alevosía es puramente personal y subjetivo, pues no representa sino una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren (Cuello Calón, 1981).

Cobo del Rosal y Vives Antón consideran errado interpretar a la alevosía como objetiva e, inclusive, como mixta. El hecho de que el legislador haya descrito objetivamente un *animus* no significa que el sentido de la agravación sea objetiva, sino todo lo contrario, lo que ha plasmado es la exigencia de un elemento personal y subjetivo, sin el cual no podrá ser apreciada la alevosía (Cobo del Rosal & Vives Antón, 1999). Sin embargo, hay quienes defienden la naturaleza mixta de la alevosía, según la cual no son necesarias, únicamente, los medios, modos o formas, sino, también, que el autor haya buscado o aprovechado la situación de indefensión de la víctima. En tal sentido, es acertado afirmar que en la alevosía se integran un elemento objetivo relacionado con los medios de ejecución y otro subjetivo, relacionado con la indefensión de la víctima.

Considero que la naturaleza jurídica de la alevosía es mixta con un predominio objetivo, y que su agravación se centra en una mayor antijuridicidad, ya que la alevosía yace en la materialidad del acto realizado. Por la dinámica existente en la comisión del delito, exige medio, modos y formas para la realización del hecho, entendiéndola como un

elemento del tipo injusto, pero determinado por un ánimo dirigido a asegurar su resultado.

2. La alevosía en la Legislación Ecuatoriana

Según la legislación ecuatoriana, la alevosía es una circunstancia agravante, modificatoria de la pena prevista en el numeral 1 del artículo 30 del Código Penal que señala: “Son circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, todas las que aumentan la malicia del acto, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, o establecen la peligrosidad de sus autores, como en los casos siguientes:” y empieza enumerando a la alevosía.

Para la Legislación Ecuatoriana, la alevosía no solo está presente en los delitos contra la vida, según se desprende del artículo 30 del Código Penal. Existe diferente jurisprudencia que habla de alevosía en tipos distintos al asesinato, cuyos fallos se citan a continuación: “...**La alevosía, en el sentido natural y obvio del vocablo, no es la sino la cautela, para asegurar la comisión del delito sin riesgo del delincuente y es precisamente ello lo que facilitó la violación de la ofendida** al obligarla a bajarse de la plataforma que le conducía, en altas horas de la noche, hacia su domicilio, cuando le resultaba por demás difícil encontrar otro vehículo, e internarla en la selva para lograr su propósito sobre seguro; en tales agravantes no reparan los fallos precedentes y es necesario fijarlas con la precisión para concluir que no pueden obrar en favor de los recurrentes atenuantes de ningún género...”³

³ 3-X-2006 (Resolución No. 827-06, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, E.E. 20, 20-II-2008)

“...por el hecho de haber actuado en pandilla, cooperando en forma directa y principal, **en la consumación del delito de robo, cumpliendo las actividades planificadas y asignadas, al haberse encontrado fuera, esperando al resto que en el interior del inmueble ejecutaban la sustracción de bienes;** situación que los ubica, como coautores como apropiadamente lo hace el juzgador; y, finalmente, el hecho de no haber aceptado atenuantes se ajusta estrictamente a la ley, pues, éstas proceden cuando se hubieren justificado dos o más circunstancias atenuantes y no exista agravante alguna; más, en el caso, se aprecian las circunstancias agravantes de haber actuado con alevosía, al haber maniatado a las víctimas, imposibilitando su defensa, colocándolas en el piso, pasando sobre ellos para sacar las cosas robadas, haber utilizado disfraz o pasamontañas, haber actuado en pandilla, por la noche y armados.⁴

De otra parte, el artículo 450 del citado cuerpo legal dice: “Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor de dieciséis a veinticinco años el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 1º.- Con alevosía;...”

La alevosía constituye una circunstancia del hecho punible que aumenta la alarma pública que la infracción produce. De acuerdo con el Diccionario Jurídico de Cabanellas, hay alevosía cuando el culpable comete el delito empleando medios, modos o formas en la ejecución que tienda directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para

⁴ 3-X-2006 (Resolución No. 827-06, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, E.E. 20, 20-II-2008)

su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido (Cabanellas de Torres, 2009).

El doctor Simón Valdivieso Vintimilla, juez del Segundo Tribunal de Garantía Penales del Azuay, considera que, a igual que el ensañamiento, es la alevosía, otro de los modos de ejecución del homicidio calificado.

Básicamente, la alevosía comprende el modo de matar a traición, sin que el que mata se exponga en absoluto. Es el empleo de medios, modos o formas en la ejecución del hecho delictivo; es todo encuentro que tienda directa y especialmente a asegurar la muerte deseada, sin riesgos para el autor. Es necesario e indispensable que la víctima se encuentre en el más llano estado de indefensión a través del cual no puede oponer resistencia alguna, por lo cual el sujeto activo no ha de tener riesgo alguno durante la ejecución del hecho.

Para algunos autores, la existencia de la alevosía ha de tener lugar, igualmente, en los casos en que existieran posibilidades mínimas de resistencia, pero que las mismas sean conocidas por el autor sin que ello produzca grandes riesgos, y actúe sobre la base de aquello.

Es muy común que la indefensión sea generada por la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque, lo cual no descarta que la indefensión en cuestión haya sido provocada por el sujeto activo. Es necesario que, evidentemente, el autor obre sobre seguro; esto es sin riesgo alguno por parte del accionar de la víctima o de terceros, con el propósito de oponerse o rechazar la agresión. Ese aprovechamiento indigno, esa

serena y fría deliberación del agente es lo que el legislador ha tenido en cuenta para calificar la muerte, en el Código Penal Ecuatoriano.

Por ello es que uno de las más clásicas muestras de la existencia de la alevosía se encuentra en el hecho en que se mata a traición, sin riesgo, es decir, sobre seguro y hasta con astucia, para que de esta manera se aproveche o se procure el estado de indefensión de la víctima.

Ejecutar la infracción con alevosía, traición, insidia y sobre seguro, o por precio, recompensa o promesa, o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida, o empleando la astucia, el disfraz, el fraude; o con ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la razón, ya se empleen auxiliares en la comisión del delito; o haberse cometido éste como medio de cometer otro; o perpetrar el acto prevaliéndose el autor de su condición de autoridad, o entrando deliberadamente en la casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta.

CAPITULO II

EL ASESINATO AGRAVADO POR LA ALEVOSÍA

CAPITULO II

1. EL ASESINATO AGRAVADO POR LA ALEVOSÍA

1.1 . Generalidades.

Resulta imposible pretender realizar el estudio del delito de asesinato separándolo de la alevosía; muchos autores que tratan de sostener la autonomía del asesinato, al final, lo que hacen es fundamentar la circunstancia que lo acompaña.

La alevosía añade un particular desvalor de acción al desvalor propio del delito en que concurre. Si se admite que la alevosía presenta una mayor antijuridicidad, tendría que ser valorada unitariamente en el juicio de antijuridicidad del delito en que ocurre, por lo que la alevosía aumenta la gravedad de lo injusto, propio del delito (Mesa Valiente, 2000).

En este punto hay que distinguir los delitos circunstanciados de los con circunstancias. Estos últimos conservan su autonomía, modificándose únicamente la pena. El delito circunstanciado presenta una circunstancia adjunta al tipo, dándole existencia. Del Rosal, considera que debe seguirse el examen de la función y estructura lógica de la norma, conforme a su finalidad en los casos concretos. Un claro ejemplo es el homicidio realizado por un pariente, pues el parentesco no opera como circunstancia agravante, sino aparece como característica esencial del objeto de la acción. El parentesco se presenta formando parte del hecho y no a su alrededor; esto obedece, sin

duda, a la función que cumple la norma, cuando las circunstancias aparecen fundamentando al tipo (Del Rosal, 1999).

La doctrina también, acude a una distinción entre circunstancias genéricas y específicas que figuran en los tipos; afirma que nada hay que añadir en las que realizan un papel circunstancial, afectando solo a la gravedad de la pena. Pero cuando su efectividad trasciende de la esfera de lo punitivo, cualquiera de sus circunstancias en el asesinato afecta a la cualidad del delito y no a la pena; valen más como elementos que como circunstancias. Plantea que el tipo de asesinato no es un delito de homicidio agravado por una circunstancia genérica y sí un delito distinto y más grave, caracterizado por una circunstancia calificativa que lo define.

Hay que acudir a la interpretación. Así, los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero de ningún modo, modifican los elementos fundamentales del tipo básico, mientras que el delito autónomo constituye una estructura jurídica unitaria, de contenido y ámbito de aplicación propios (Muñoz Conde F. , 1989).

En principio, se puede considerar circunstancias, las características que, añadidas a un tipo de delito, fundamentan una nueva pena, pero sin que pueda hablarse de la aparición de una nueva figura delictiva.

La doctrina alemana plantea algunas consideraciones al respecto, para uno de sus representantes, Maurach, la distinción del delito fundamental o básico de los autónomos

hay que encontrarla en la interpretación. Considera que las derivaciones típicas simples, por regla general, se corresponden a aquellos casos en que la acción fundamental no se modifica en su esencia, solo agregan elementos que alteran la penalidad y, entre las circunstancias que conducen a estas derivaciones, estima criterios como la forma de comisión. En la derivación típica, el hecho derivado permanece conforme a su sustancia y según su forma jurídica dependiente del delito básico, mientras que en el delito autónomo, se encuentra una estructura jurídica unitaria (Maurach, 1994).

Para Jescheck el delito básico es el tipo de partida, en tanto que la variante se presenta como una creación posterior, aquel depende de la forma básica del tipo de partida y del desarrollo mediante la adición de elementos complementarios (Jescheck, 1993).

Considero que el criterio que debe seguirse para determinar la autonomía de los tipos atenuados o agravados –asesinato–, con relación al tipo básico, es la realizada por el legislador, que abarca una finalidad normativa; es decir, que el delito tenga plena independencia con el tipo básico, que proteja otros fines y que tutele otros objetivos, o sea, que sea cimentado en finalidades valorativas. Como bien señala Alonso Alamo, estas valoraciones no se corresponden solo a verificaciones del hecho sino, por el contrario, implican siempre consideraciones teleológicas y valorativas (Alonso Alamo, 1981).

No se alcanza un consenso unánime dentro de la doctrina, pues una parte defiende la autonomía del asesinato, mientras un sector mayoritario sostiene que es un homicidio agravado, pues no contiene una tipicidad completamente autónoma respecto del

homicidio, sino es una modalidad de éste, caracterizada por la concurrencia de circunstancias que aumentan o disminuyen su gravedad

Para mi criterio, las diferencias jurídicas que separan un delito de otro, se encuentran en los medios de ejecución empleados, en las circunstancias concurrentes en la consumación del hecho, por las causas generadoras del crimen y, exclusivamente, por la mayor perturbación que causa el crimen en medio de la sociedad, por lo que, en la actualidad, no cabe aceptar la autonomía en el asesinato, pues no existe diferencias entre el tipo de injusto de uno u otro delito, inclusive, el bien jurídico es el mismo. El legislador lo que ha hecho es asignar al asesinato una pena más grave, porque el actuar es más despreciable por la sociedad.

Ahora, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha adoptado la sustantividad del asesinato al afirmar que el asesinato mantiene autonomía propia, no es un delito de homicidio simple agravado, sino un delito específico distinto y más grave, caracterizado por circunstancias calificativas que definen otro tipo legal, distinto al homicidio. *La alevosía pierde su carácter genérico de agravante, convirtiéndose en cualificativa del asesinato cuando concurren en un homicidio, es decir, que cuando se aplica como específica, forma parte integrante del delito, debiéndose justificar y demostrar su existencia como el mismo hecho dar muerte.*⁵

Debemos concluir diciendo que el delito de asesinato solo aparecerá agravado por un mayor contenido de lo injusto, considerándolo un delito materialmente cualificado o

⁵ Sentencias del Tribunal Supremo Español 18 de diciembre de 1880 (JR, Tomo 23, N° 5757); 8 de mayo 1989 (RA N° 4137); 29 junio 1990 (RA N° 7306).

derivado del básico. Pero desde ningún punto de vista podrá considerarse como un delito autónomo por carecer de identidad jurídica u objetividad normativa distinta a la que designa la norma no matar, lo que nos lleva considerar que la alevosía es una circunstancia esencial, que cualifica la relación del asesinato con el tipo básico, sin crear una nueva infracción.

1.2. Tipo objetivo

Un sector de la doctrina considera que la conducta típica del asesinato es la misma que la del delito de homicidio, pues en ella se manifiestan las mismas características de objetividad jurídica –vida– y el mismo núcleo de conducta -matar- y que la única distinción radica en el hecho de matar a otro utilizando determinadas formas de comisión, con especiales móviles o con un dolo de determinadas características; es así que, para poder hablar de conducta típica en el asesinato con alevosía, se debe perpetrar el delito empleando medios, modos o formas en la ejecución que aseguren la muerte y eviten una posible defensa del ofendido.

Ahora, nos referiremos, brevemente, a la posibilidad de una conducta alevosa omisiva. Con la doctrina mayoritaria comparto la afirmación que el asesinato con alevosía es inadmisibles por omisión, pues la alevosía consiste en la utilización de medios, modos o formas de ejecución que tienden a asegurar y a evitar los riesgos.

La jurisprudencia tampoco comparte la posibilidad de una modalidad omisiva en el asesinato alevoso, pues la conducta típica en este caso presupone y denota un

comportamiento externo regido por la voluntad. Se trata pues de una actuación esencialmente positiva, un hacer, no una inactividad o una omisión.⁶

Se puede concluir manifestando que la alevosía es parte de lo injusto y se materializa en la ejecución de un hecho, o sea, en el empleo de medios, modos o formas de ejecución, cuya finalidad es el aseguramiento sin riesgo, no es posible que se presente en una modalidad omisiva.

1.3. Tipo Subjetivo

Se parte de la idea que queda completamente excluida la posibilidad de imprudencia y de dolo eventual en el asesinato alevoso; este es un delito eminentemente doloso. El mayor reproche de culpabilidad que caracteriza a este delito no es compatible con la imprudencia, pues el delito de asesinato ha de ser cometido de manera dolosa; conforme se ha venido insistiendo, requiere de una forma especial de comisión que asegura el resultado y la evitación del riesgo.

El Tribunal Supremo Español ha expresado que la alevosía es incompatible en los delitos culposos, por falta de dolo en la comisión del delito. La alevosía presenta características mixtas, por un lado, demanda un elemento objetivo (empleo de medios, modos y formas de ejecución) y otro subjetivo (intencionalidad de no correr riesgo). La

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, 21 de diciembre 1977 (JR, N° 1263)

imprudencia supone la falta de previsión en las posibles consecuencias o prevenibles de un determinado acontecimiento.⁷

2. El dolo en el asesinato

Dentro del concepto de intención o propósito se considera lo que el sujeto persigue por dolo directo, es decir, las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino solo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción, lo asume en su voluntad.

Generalmente, se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito, lo que el sujeto persigue (*dolus directus* de primer grado), el dolo directo (*dolus directus* de segundo grado) o dolo de consecuencias necesarias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad, y el dolo eventual (*dolus eventualis*) que se presenta cuando el sujeto no persigue el resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino solo prevé la posibilidad de su producción.

Para el estudio de las tres formas de dolo, se define a este como saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal. A ese respecto, el requisito intelectual (saber) y el volitivo (querer) están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso de la intención, en el lado del saber, basta con la suposición de una posibilidad, aunque solo sea escasa la de provocar el

⁷ Sentencias del Tribunal Supremo Español, 17 marzo 1989 (RA n°2693); 7 diciembre 1994 (RA N° 564); 11 junio 1997 (RA N° 4677).

resultado. Por ejemplo: el disparo a gran distancia, como se persigue el resultado y, por tanto, el querer está marcado, si el disparo da en el blanco, concurre un hecho doloso consumado. Por otro lado, si el sujeto, que pone una bomba para matar a X, sabe con certeza que causará la muerte de otras personas, se puede calificar como querida la muerte de aquellas; en este sentido, el saber es todo lo exacto que es posible (dolo directo de segundo grado). En tanto que, en el dolo eventual, no se persigue el resultado (Roxin, 2000).

En cuanto a la intención, esta ha de ser interpretada por el legislador para cada caso en concreto, según la naturaleza jurídica de la acción punible y según la finalidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que el asesinato es eminentemente doloso, criterio que comparto, es decir, que debe ser cometido con dolo directo, el cual está investido de conciencia y de voluntad, dejando a un lado la posibilidad de un dolo eventual, en el cual el agente se representa un resultado dañoso, de posible, pero no necesaria ocurrencia, no directamente querida, sin embargo, aceptada.

En definitiva, el dolo eventual no es posible en el asesinato alevoso, pues existe un elemento volitivo, en el cual radica la distinción que presenta el dolo directo con el dolo eventual. Pues, en el dolo directo, el agente ejecuta todos los elementos del tipo, y el resultado obtenido es el que tenía como meta, fin o propósito.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. La concepción del término alevosía se remite a épocas remotas, apuntan a individuos inmorales que trasgredían deberes de fidelidad, lo cual equivalía a traición, a perfidia, la cual era reprimida de la manera más cruel.

Las concepciones morales de cada sociedad dieron distintos matices al delito de homicidio agravado por traición, quebrantando normas morales, que eran repudiadas por la civilización.

2. Por asesino se entendía a quien mataba por dinero u otra recompensa, más aún, cuando la víctima tenía plena confianza en el agente, lo que significaba obrar sobre seguro; lo que, actualmente, sería asegurar el resultado, evitando la posible agresión.

La concepción del moderno Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos y no valores y sentimientos éticos, por lo que si se considera la forma de como nació el asesinato alevoso, nuestra legislación debería procurar una modificación, ya que no puede seguir subsistiendo tan solo por una concepción histórica.

3. Se puede manifestar que el delito de asesinato es un homicidio agravado, es decir, un delito cualificado y no autónomo como lo ha manifestado la jurisprudencia y cierta parte de la doctrina.

El delito de homicidio es el punto de partida, en tanto que el asesinato se presenta mediante la adición de elementos complementarios y, en el tema analizado, la alevosía es esencial.

4. La alevosía en la Legislación Ecuatoriana, todavía, es considerada como traición, un obrar sobre seguro, confirmando la comisión del delito sin riesgo para el delincuente; un aprovechamiento indigno, una serena y fría deliberación del agente es lo que el legislador ha tenido en cuenta para calificar la muerte alevosa como un asesinato, lo que responde a valores sociales.

5. Respecto a la posibilidad de una conducta alevosa omisiva, comparto lo que la doctrina mayoritaria afirmó en su momento, el delito de asesinato es inadmisibles que se desarrolle a través de la omisión, pues la alevosía consiste en la utilización, de medios, modos o formas de ejecución que tienden a asegurar y a evitar los riesgos y no solo el hecho de matar como sí se presenta en la comisión por omisión.

6. Respecto al dolo eventual, concluyo que no es viable un asesinato con dolo eventual, pues debe existir plena conciencia y voluntad para cometer el ilícito, es decir, obrar con dolo directo o en el evento con un dolo de consecuencias necesarias. En el dolo directo, el agente ejecuta todos los elementos del tipo y el resultado obtenido es el que tenía como fin, meta o propósito

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Alamo, M. (1981). Tesis Doctoral. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio General*. Valladolid.
- Bacigalupo Zapater, E. (1983). Documentación Jurídica, Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal. *Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*, 331.
- Camargo Hernández, D. (1953). *La Alevosía*. Barcelona: Bosch.
- Cobo del Rosal, M., & Vives Antón, T. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Coello, C. E. (1981). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Bosch.
- Cuello Calón, E. (1975). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Ednos.
- Del Rosal, B. (1999). *El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995*. Original mecanografiado.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal, Parte General*. (J. C. González, Trad.) Madrid: Astrea.
- Jeschek, H.-H. (1993). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (cuarta ed.). (J. L. Samaniego, Trad.) Granada: Comares.
- Jiménez de Azua, L. (2005). *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito* (4ta ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Maurach, R. (1994). *Derecho Penal. Parte General* (7a ed.). (J. B. Gibson, Trad.) Buenos Aires: Astrea.
- Mesa Valiente, A. (Mayo de 2000). El delito de asesinato cualificado por la alevosía. Alicante.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.
- Muñoz Conde, F. (1989). *Teoría General del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Puig Peña, F. (1969). *Derecho Pena, Parte General*. Madrid.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Penal, Parte General*. (D. Luzon Peña, Trad.) Madrid: Thomson Civitas.