



**COMILLAS**

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**ÁNALISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL  
DEL ASESINATO CON ALEVOSIA DE  
PREVALIMIENTO EN MENORES DE CORTA  
EDAD**

Autor: Lucía Mayoral Ariño

5ºE3B

Derecho Penal

Tutora: María Concepción Molina Blázquez

Madrid

Marzo 2026

## ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>CAPITULO I: INTRODUCCIÓN .....</b>  | <b>4</b>  |
| <b>CAPITULO II: LA REFORMA CÓDIGO PENAL OPERADA POR LA LO 1/2015.....</b>  | <b>4</b>  |
| 1. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....  | 5         |
| 2. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN EN LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....   | 7         |
| 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 169/2021 .....  | 9         |
| <b>CAPITULO III: LA CALIFICACION PENAL DE LA MUERTE DOLOSA DE MENORES:<br/>ARTÍCULOS 138, 139 Y 140 DEL CÓDIGO PENAL .....</b>                                 | <b>12</b> |
| 1. HOMICIDIO DOLOSO: ART 138 CP .....  | 12        |
| 2. ASESINATO: ART 139 CP.....  | 13        |
| 3. ASESINATO HIPERAGRAVADO (ART 139.1. 1º EN RELACIÓN CON EL ART. 140.1)...  | 15        |
| <b>CAPITULO IV: ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS MAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL SUPREMO.....</b>   | <b>16</b> |
| 1. HECHOS PROBADOS.....  | 17        |
| 1.1 STS 80/2017, de 10 de febrero de 2017 .....  | 17        |
| 1.2 STS 585/2022, de 14 de junio de 2022 .....   | 17        |
| 1.3 STS 782/2024, de 19 de septiembre de 2024.....   | 18        |
| 2. ANÁLISIS DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS CONTENIDAS EN LAS SENTENCIAS, POSICIONES JURÍDICAS Y ARGUMENTACIONES .....   | 18        |
| 2.1 Delito de asesinato del art. 139.1. 1ª: la STS 80/2017. ....   | 18        |
| 2.2 Asesinato hiperagravado: la tesis mayoritaria de la STS del Pleno 585/2022 y la STS 782/2024 .....   | 23        |
| 2.3 Homicidio del art. 138.2 a) en relación con el art. 140.1. 1ª: posición mantenida por el voto particular de la STS 585/2022 y la doctrina mayoritaria..... | 29        |
| 2.4. ¿Es posible en algún caso considerar la muerte dolosa de un niño pequeño como asesinato hiperagravado del art. 140.1. 1ª? .....                           | 33        |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>35</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>   | <b>38</b> |

## Índice de abreviaturas

|      |                                       |
|------|---------------------------------------|
| Art  | Artículo                              |
| CE   | Constitución Española                 |
| CP   | Código Penal                          |
| EDM  | Exposición de Motivos                 |
| FJ   | Fundamento jurídico                   |
| LO   | Ley Orgánica                          |
| PPR  | Prisión permanente revisable          |
| STC  | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS  | Sentencia del Tribunal Supremo        |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos  |
| TC   | Tribunal Constitucional               |
| TS   | Tribunal Supremo                      |

## **CAPITULO I: INTRODUCCIÓN**

La muerte de un menor de corta edad es una de las situaciones más delicadas y complejas a analizar en el Derecho Penal. Supone la vulneración del bien jurídico más valioso, la vida, y al tratarse de una víctima especialmente vulnerable, reviste una sensibilidad y gravedad aún mayores.

El presente trabajo tendrá por objeto estudiar la calificación penal de la muerte dolosa de menores de corta edad, analizando si estos hechos deben calificarse como homicidio agravado (Art. 138.2.a)), asesinato por alevosía de prevalimiento (Art. 139.1.1 CP) o bien asesinato hiperagravado (Art 139.1.1 en relación con Art 140.1.1).

La reforma del Código Penal de 2015, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso un punto de inflexión en esta materia al introducir la prisión permanente revisable. En particular, la introducción del artículo 140.1. 1ª CP estableció una agravación específica para los supuestos en los que la víctima sea menor de dieciséis años, generando un nuevo marco interpretativo para los tribunales.

El trabajo se centrará en el análisis comparativo de tres sentencias del Tribunal Supremo que resuelven casos reales sobre la muerte dolosa de menores de corta edad, a fin de identificar los criterios utilizados por los tribunales a la hora de calificar los hechos y determinar si, tras la reforma del Código Penal, la calificación como asesinato hiperagravado del art 140.1.1ª supone la vulneración al principio *non bis in idem*. Este estudio se complementará con una investigación profunda de las principales posturas doctrinales existentes sobre la cuestión, que se realizará al hilo del examen de las calificaciones contenidas en las sentencias.

## **CAPITULO II: LA REFORMA CÓDIGO PENAL OPERADA POR LA LO 1/2015**

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supuso una de las reformas más relevantes en el Derecho Penal. Entre sus principales novedades se encuentra la introducción de la prisión permanente revisable (en adelante PPR), reservada para los supuestos de

excepcional gravedad como el caso que nos incube, el asesinato en menores de dieciséis años o personas especialmente vulnerables. (art 140.1. 1º) (EDM)

La Exposición de Motivos justifica la introducción de esta pena en la necesidad de ofrecer una reacción penal a supuestos calificados de “excepcional gravedad”, pero sin renunciar a la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad al estar sujeta a un régimen de revisión. Según este modelo, el penado debe cumplir una parte mínima de la condena, cumplida, el tribunal evalúa si el penado cumple las condiciones para acceder a la libertad. Si considera que aún no está preparado, se fija un nuevo plazo para evaluar su situación. Por el contrario, si aprecia que existen garantías suficientes de reinserción, se le concede la libertad condicional, fijando medidas de control y seguimiento que están destinadas a proteger a la sociedad y acompañar al penado en su reinserción social.

#### 1. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

La introducción de la PPR obliga a analizar esta pena a la luz del principio de proporcionalidad, que opera como un límite material al poder punitivo del Estado. Si bien corresponde al legislador fijar las penas y decidir sobre su duración, este poder no es absoluto. (STC 169/2021; FJ 7). El TC recuerda que la relación entre delito y pena, aunque corresponde al legislador, “en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de justicia” (STC 66/1985; FJ1).

De acuerdo con la doctrina consolidada en la STC 60/2010, para que la pena sea constitucional, debe someterse al triple examen de proporcionalidad. (FJ 7)

- a) Se debe determinar la función de la pena analizando su regulación concreta ya que su finalidad no se presume, sino que debe deducirse del modo en el que el legislador ha configurado jurídicamente la medida.
- b) El Tribunal analiza si los fines perseguidos por el legislador son legítimos. Conforme a la doctrina constitucional, una pena solo será inconstitucional si “el

sacrificio de libertad protegiera bienes constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes”

- c) La tercera fase exige probar que la pena es
- i. Adecuada: Una medida es adecuada si “puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido”.
  - ii. Necesaria: Implica determinar si existe un “medio alternativo menos restrictivo para la consecución igualmente eficaz del fin”
  - iii. Proporcionalidad en sentido estricto: Implica valorar “el alcance de la restricción de los principios constitucionales... y el grado de satisfacción de los fines perseguidos por el legislador”, declarando inconstitucional “aquella en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto”.

La doctrina crítica identifica en la PPR una vulneración clara del principio de proporcionalidad en sentido estricto, tal como lo establece la STC 60/2010, por el exceso manifiesto en la restricción de la libertad frente a los fines perseguidos por el legislador. Fernández Bermejo (2020, p. 139 y 143), argumenta esta desproporción al destacar que los plazos mínimos de revisión, entre 25 y 35 años, no solo superan la media europea de 19,4 años y la Recomendación 76(2) del Consejo de Europa (que sitúa la primera revisión entre 8 y 14 años), sino que resultan ni adecuados ni necesarios para garantizar la reinserción social exigida por el art. 25.2 CE, generando en cambio un fenómeno de prisionización o desocialización en periodos superiores a 20 años que empeora la condición del penado sin lograr reducir la ya baja reincidencia en homicidios, líder en mínimos europeos; en este sentido, cita la afirmación de Carlos García Valdés (2001, p. 28) de que "un encierro sin esperanza de más pronto retorno a la vida libre es estéril".

La doctrina citada por Fernández Bermejo completa el cuadro crítico. Daunis Rodríguez (2013, p. 100) añade que, aunque el TC niega que la reinserción social sea un auténtico derecho subjetivo, las normas penales y penitenciarias que la frustren o no la armonicen con otros fines legítimos deben reputarse inconstitucionales por vulnerar el art.25.2 CE. Desde esta premisa, califica la PPR diseñada por el legislador español como incompatible con ese mandato: exige cumplir al menos veinticinco años de prisión antes de la primera revisión, bloquea el acceso al tercer grado durante quince años, impide cualquier salida

al exterior antes de ocho años y hace descansar el pronóstico de reinserción social en criterios de peligrosidad y alarma social. Todo ello, concluye, no favorece la reinserción.

El TC aborda la desproporcionalidad de la PPR desde la perspectiva de su necesidad y rigidez. Los recurrentes alegan innecesaridad, es decir, las estadísticas de delitos graves en España son inferiores a países europeos con prisión permanente y su rigidez, al ser obligatoria e impedir no imponerla cuando resulte desproporcionada por circunstancias del hecho o autor. El TC replica que discutir la suficiencia previa de penas anteriores queda "extramuros del procedimiento", pero afirma que la PPR refuerza la disuasión, limitando su control constitucional. Reconoce que la discrecionalidad aportaría flexibilidad, pero justifica su obligatoriedad por la "extrema gravedad" de tipos delimitados, delegando la individualización a atenuantes de grado inferior o art. 92 CP en ejecución. Lascuráin critica esta respuesta como constitucionalmente insuficiente. (Lascuráin, 2022, pp. 37-39) (STC 169/2021; FJ7).

## 2. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN EN LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.

Desde otra perspectiva, parte de la doctrina considera que la PPR constituye en realidad una "prisión perpetua encubierta" que no busca en ningún momento velar por la reinserción social del penado consagrada en el artículo 25.2 CE. (Muñoz Conde, 2024, p. 175). Según esta postura, aunque la pena se presente como "revisable", no se elimina su naturaleza indefinida, ya que la revisión se concibe como una "posibilidad hipotética" que no garantiza al penado la libertad. (Muñoz Conde, 2024, p. 175). En esta línea, se sostiene que la PPR equivale a una "muerte en vida", al no poder adaptarse a las circunstancias personales del condenado ni a las particularidades del caso concreto, vaciando de contenido la finalidad resocializadora de la pena, pues, haga lo que haga el penado, permanecerá privado de libertad hasta su muerte. (Muñoz Conde, 2024, p. 173).

Además, la reinserción social, exige al sistema penitenciario dejar siempre "una puerta abierta a la esperanza" para contribuir al avance del interno hacia su retorno a la sociedad libre, objetivo inviable sin prever un ulterior acceso a la libertad. Ríos Martín (2013, pp.

154-155) analiza esta exigencia desde dos vertientes: las consecuencias reales del internamiento prolongado y una interpretación estrictamente jurídica. Respecto a la primera, aunque teóricamente la suspensión de la condena fuera posible tras 20 años ininterrumpidos de cárcel, los efectos devastadores del encarcelamiento prolongado en la mente del penado hacen imposible la reinserción social, convirtiéndola en una quimera; en este sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código Penal advierte que un fracaso en el tratamiento penitenciario produce una postergación indefinida de la puesta en libertad del condenado, pudiendo prolongarse hasta el fin de sus días, lo que lleva a dudar seriamente de la conciliación de la PPR con la Constitución Española.

Desde la perspectiva psicológica y social del encierro, la cárcel genera una nueva identidad en el penado como consecuencia del aislamiento de su entorno social y la imposición de nuevos marcos de referencia psicológicos y relacionales, lo que provoca un sentimiento permanente de peligro y un notable estado de ansiedad. Los internos deben adaptarse a un entorno totalmente castrante y desestructurador, sin posibilidades reales de aprendizaje ni crecimiento personal, desarrollando actitudes de desconfianza generalizada hacia compañeros, funcionarios e incluso familia, así como mecanismos de defensa y autoconservación que desembocan en deseo de venganza hacia categorías abstractas como la policía o la sociedad. Al salir, enfrentan condiciones objetivas que imposibilitan la inserción: graves trastornos psíquicos causados por la estancia carcelaria, dificultades para relacionarse empáticamente sin manipular, falta de habilidades sociolaborales, situación familiar deteriorada y, frecuentemente, necesidad de tratamiento socio-sanitario por consumo de drogas; todo ello agrava la deriva social preexistente, cercenando las condiciones esenciales del ser humano y haciendo casi imposible la reinserción.

Desde la interpretación jurídica estricta, los mecanismos de permisos penitenciarios, régimen abierto y suspensión de la pena quedan reducidos a una mera exposición formal, carente de viabilidad práctica que salve la constitucionalidad de la norma. El TC ha subrayado que una configuración razonable de la ejecución de penas privativas de larga duración requiere que el condenado pueda albergar la posibilidad real de reintegro a la

sociedad libre, pues lo contrario vulneraría no solo el principio de humanidad y reinserción del art. 25.2 CE, sino también el mandato de evitar "trato inhumano y degradante" del art. 15 CE, al suponer un quantum de pena que implica humillación o sensación de envilecimiento superior a la propia imposición de la condena (STC 65/1986, de 22 de mayo; FJ4). El Tribunal Supremo refuerza esta doctrina al declarar que el art. 25.2 CE tiene alcance genérico que obliga al legislador a fijar penas compatibles con la resocialización, rectificando judicialmente todo acuerdo que la contraríe (STS 15.2.1996, STS 18.7.1996, STS 30.1.1998). (Ríos Martín, 2013, p.155-156). En esta línea, el catedrático de derecho constitucional Pérez Royo sostiene que "la cadena perpetua no tiene cabida en nuestra Constitución" entendiéndolo que vulnera la redacción del artículo 25 CE. (Pérez Royo, 2009)

La STS de 30 de mayo de 1992 advierte que resulta muy difícil cumplir el mandato constitucional de resocialización ante una "excesiva exasperación" de las penas privativas de libertad, considerando que condenas efectivas superiores a 30 años podrían ser inconstitucionales por configurar trato inhumano y degradante (art. 15 CE). Esta sentencia enfatiza que tal duración extrema priva al penado de oportunidades reales de reinserción, generando humillación y envilecimiento más allá de lo tolerable por la mera imposición de pena, lo que excluye la mecánica ordinaria del art. 70.2 CP y obliga a prevalecer la legalidad constitucional sobre la ordinaria. (Fernández Bermejo, 2020, p.149).

### 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 169/2021

La STC 169/2021 constituye el pronunciamiento clave sobre la constitucionalidad de la PPR. El Tribunal rechaza íntegramente el recurso y declara conforme a la Constitución la regulación introducida por la LO 1/2015, tras realizar un análisis extenso tanto desde la perspectiva del art. 15 CE (prohibición de penas inhumanas o degradantes) como del principio de proporcionalidad y del mandato resocializador del art. 25.2 CE.

El Tribunal recuerda que la cadena perpetua no es ajena al derecho comparado europeo: muchos Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa la contemplan,

y también aparece en el catálogo de penas del art. 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Con ello, descarta que la PPR sea una figura excepcional o extravagante en el contexto europeo. (FJ6).

Aplica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Kafkaris, Vinter y Hutchinson*), que sostiene que una pena perpetua solo vulnera el art. 3 CEDH cuando no existe posibilidad de reducción. La clave está en que el ordenamiento, de iure y de facto, permita al penado un “horizonte de liberación” real, mediante mecanismos de revisión capaces de suspender o remitir la pena, o de conceder la libertad condicional. Según el TC, la PPR española cumple con dichos estándares porque cumple los parámetros de revisabilidad, permite el acceso a la libertad condicional y prevé controles periódicos “al menos cada dos años” (art. 92.4 CP). Con ello, concluye que la PPR no es una pena inhumana o degradante. A su juicio, los mecanismos de individualización científica, los beneficios penitenciarios, el plan de tratamiento y el régimen progresivo, comunes a todas las penas privativas de libertad, garantizan que la PPR no suprima la posibilidad de reinserción.

El voto particular formulado por el magistrado Cándido Conde-Pumpido expresa un rechazo frontal tanto al razonamiento como al fallo de la STC 169/2021. A su juicio, al que me adhiero, la prisión permanente revisable debería haberse declarado inconstitucional porque, tal y como está diseñada, se convierte en una pena prácticamente perpetua, contraria a la dignidad humana, a la libertad personal y, especialmente, al mandato de reinserción del art. 25.2 CE.

En primer lugar, a diferencia de otras penas, la PPR no fija un límite máximo de cumplimiento, de modo que solo deja de operar como pena indefinida si el tribunal acuerda la suspensión de su ejecución. Sin embargo, esta posibilidad depende del cumplimiento simultáneo de tres requisitos extremadamente exigentes, cuya acumulación hace que la revisión sea, en la práctica, inalcanzable.

(i) en el plano temporal, el condenado debe haber cumplido 25 años como mínimo, plazo que se eleva a 30 años en caso de varias condenas y a 35 años cuando se trata de delitos de terrorismo.

(ii) debe haberse alcanzado el tercer grado, algo que tampoco es posible hasta transcurridos 15 años de cumplimiento, o incluso 18, 20 o 22 cuando concurren varios delitos graves, y 20 a 32 años en terrorismo, lo que convierte esta progresión en un objetivo muy difícil de alcanzar.

(iii) el tribunal debe emitir un pronóstico favorable de reinserción conforme al art. 92 CP, basado no solo en la evolución del penado, sino también en factores como sus antecedentes, personalidad, la gravedad del delito cometido, el riesgo de reiteración o sus circunstancias sociales y familiares. Se trata de criterios que, según el magistrado, se apoyan excesivamente en elementos del pasado delictivo o en circunstancias sobre las que el condenado apenas tiene capacidad de incidencia.

Conde-Pumpido advierte que estos requisitos, acumulativos y rígidos, provocan que la pena se prolongue indefinidamente mientras no se cumplan en su totalidad, lo que convierte a la PPR en una sanción susceptible de durar toda la vida biológica del penado. Añade que los plazos exigidos de 25, 30 o 35 años, superan ampliamente los estándares europeos.

Asimismo, existen obstáculos estructurales que vacían de contenido el mandato resocializador. Afirma que el sistema previsto por el art. 92 CP no favorece una reinserción real, porque los criterios que el tribunal debe valorar para conceder la libertad condicional incluyen elementos ligados al pasado delictivo o a circunstancias que el penado no puede modificar (su personalidad, antecedentes, gravedad del delito, bienes jurídicos afectados...). La suma de todos estos elementos conduce a que la PPR, en la práctica, no sea revisable, vulnerando el principio de proporcionalidad y, sobre todo, el mandato de resocialización. En definitiva, concluye que no solo la eventual perpetuidad de la pena, sino también las excesivas dificultades para acceder al tercer grado y para obtener una valoración favorable de reinserción, hacen que la PPR resulte incompatible con los mandatos de proporcionalidad, taxatividad y reinserción social.

Varona Gómez (2022, pp. 1-6) califica la STC 169/2021 de “decepcionante” por su pobreza argumentativa, limitándose a copiar sesgadamente la jurisprudencia del TEDH sin analizar su adecuación con el marco constitucional español. Considera

inconstitucional dos aspectos clave. En primer lugar, los plazos mínimos de 30-35 años, que exceden el umbral de 25 años que el TEDH considera límite para garantizar una revisión realista. En segundo lugar, la indeterminación del art 92 CP, cuyo “pronostico favorable de reinserción social” depende de criterios vagos (personalidad, reacción social, bienes jurídicos) ajenos a la evolución penitenciaria del reo, generando incertidumbre incompatible con la esperanza realista de libertad. También Varona considera que la PPR vulnera el mandato resocializador del art 25.2 CE y la dignidad humana.

### **CAPITULO III: LA CALIFICACION PENAL DE LA MUERTE DOLOSA DE MENORES: ARTÍCULOS 138, 139 Y 140 DEL CÓDIGO PENAL**

A fin de poder llegar a una conclusión sobre la calificación penal en la muerte dolosa de menores de muy corta edad, procede conocer en detalle los distintos tipos penales por los que puede calificarse.

#### **1. HOMICIDIO DOLOSO: ART 138 CP**

El Código Penal emplea el término homicidio para referirse, en sentido amplio, a cualquier conducta que cause la muerte de una persona por otra. Muñoz Conde (2023, p. 29) explica que el concepto engloba todas sus modalidades y variantes. Este delito constituye el tipo básico de atentado contra la vida humana independiente y aparece regulado en el art. 138 CP.

El artículo 138.1 CP define el tipo básico estableciendo que: *“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”*.

El homicidio del artículo 138.1 es un delito doloso. Según Álvarez García, no existe ninguna particularidad específica respecto a la noción general de dolo: simplemente se requiere que el autor actúe con intención. El autor explica que la dificultad real no está en la definición del dolo, sino en probarlo, especialmente en aquellos supuestos en los que el curso causal es complejo o donde concurren factores que hacen difícil determinar la intención del autor. Por ello, la prueba del dolo exige analizar todas las circunstancias

que rodean el hecho para valorar adecuadamente la intención del sujeto activo. (Álvarez García, 2024, pp. 59-60).

La reforma de 2015 introdujo cuatro modalidades agravadas de homicidio recogidas en el artículo 138.2 CP. De especial relevancia para este trabajo es el supuesto del artículo 138.2.a), que incrementa la pena cuando “*la víctima sea menor de dieciséis años de edad*”, supuesto que conecta directamente con el subtipo cualificado del artículo 140.1. 1ª CP (Muñoz Conde, 2023, p. 40). El motivo de la agravación está en la mayor vulnerabilidad, derivada bien de la escasa edad o del estado físico o psíquico, si bien debe considerarse que dicha vulnerabilidad no es la misma en el tramo desde el nacimiento hasta los dieciséis años.

## 2. ASESINATO: ART 139 CP

El asesinato supone, al igual que el homicidio, causar la muerte de otra persona. Sin embargo, a diferencia del tipo básico del art. 138 CP, el asesinato incorpora determinadas modalidades de ejecución especialmente peligrosas o reprochables. En términos generales, puede describirse como la muerte causada “*valiéndose de medios peligrosos*” o mediante formas de ataque que incrementan de manera notable el desvalor de acción y la lesividad del comportamiento. (Muñoz Conde, 2023, p.47)

El art. 139.1 CP establece que:

“Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Con alevosía.
- 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
- 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.
- 4ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”

Muñoz Conde subraya que el asesinato no puede entenderse como un homicidio simplemente agravado. La diferencia no se encuentra únicamente en el resultado, sino en la presencia de ciertas circunstancias cualificadoras que transforman la naturaleza del

hecho (Muñoz Conde, 2023, p.48) Establece que el asesinato configura un tipo distinto, autónomo e independiente que está dotado de un mayor desvalor por la forma comisiva. (Muñoz Conde, 2023, p.48).

La alevosía, prevista en el artículo 22.1 del Código Penal, constituye una circunstancia agravante aplicable a los delitos contra las personas cuando el autor ejecuta el hecho utilizando medios, modos o formas que aseguran la consumación del delito sin riesgo derivado de una eventual defensa por parte de la víctima. En cuanto a su fundamento, la jurisprudencia entiende que la alevosía revela un plus de antijuridicidad y culpabilidad, ya sea por la mayor peligrosidad del autor o por la eliminación consciente de las posibilidades defensivas de la víctima. Se describe así una conducta especialmente ruin o traicionera (STS 193/2005; FJ6), aunque la línea jurisprudencial mayoritaria sitúa el énfasis en la anulación de la capacidad de defensa del ofendido o en el aprovechamiento de una situación de indefensión preexistente, con independencia de su origen. (SSTS 613/2006; FJ1 y 223/2005; FJ9).

Respecto de su naturaleza jurídica, predomina la tesis mixta, que combina elementos objetivos y subjetivos: el componente objetivo se refiere a la utilización de medios idóneos para asegurar la ejecución del delito sin riesgo; el subjetivo exige la conciencia del autor de que actúa de manera que impide la defensa de la víctima. Algunas resoluciones han sostenido que basta la ejecución consciente de la acción alevosa para que se dé el elemento subjetivo, sin necesidad de un ánimo específico adicional. Junto a ello existe un elemento normativo que limita la aplicación de la alevosía a los delitos contra las personas. La concurrencia de la agravante requiere además que el modus operandi evidencie una mayor antijuridicidad derivada precisamente de esa forma de realización del hecho. Si bien la alevosía debe darse desde el inicio de la acción, se admite la denominada alevosía sobrevenida cuando el ataque se reanuda tras una interrupción aprovechándose de la indefensión generada en la primera fase. En cualquier caso, la eliminación de las posibilidades de defensa debe valorarse atendiendo a su eficacia real, siendo irrelevante que la víctima realice actos reflejos de autoprotección que no supongan riesgo para el agresor. (Álvarez García, 2024, p. 151)

Según Álvarez García (2024, p.152), solo es posible apreciar la agravación cuando, examinada ex ante la conducta por un observador imparcial con los conocimientos especiales del autor, los medios, modos o formas resultan idóneos para asegurar el hecho sin riesgo.

Tradicionalmente se distinguen varias modalidades de alevosía. La alevosía proditoria se caracteriza por la emboscada, la celada, el acecho o la trampa, muchas veces asociada a un abuso de confianza. La modalidad súbita o inopinada se produce cuando el ataque se desarrolla de improviso, de manera inesperada para la víctima. La alevosía por desvalimiento tiene lugar cuando el autor se aprovecha de una situación de especial vulnerabilidad del ofendido, como sucede en personas ancianas, enfermas, discapacitadas, dormidas o intoxicadas, afectando gravemente su capacidad defensiva. En este punto, y dado que constituye el eje de la presente investigación, la problemática relacionada con los menores de corta edad se abordará más adelante. Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido la figura de la alevosía sobrevenida, que aparece cuando, tras un primer ataque que genera indefensión, el agresor retoma la acción aprovechando esa situación. (Álvarez García, 2024, p. 156)

### 3. ASESINATO HIPERAGRAVADO (ART 139.1. 1º EN RELACIÓN CON EL ART. 140.1)

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, el artículo 140 del Código Penal incorpora una serie de circunstancias específicas que cualifican el delito de asesinato, elevando su pena a la PPR siempre que concurra alguna de ellas. El precepto dispone expresamente que:

*El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

***1.ª Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.***

***2.ª Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.***

*3.ª Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.*

En lo que se refiere al primer supuesto, víctima menor de dieciséis años o especialmente vulnerable, la razón de la hiperagravación radica en la mayor indefensión y desvalimiento derivado de la edad temprana o del estado físico o psíquico de la víctima. Para apreciar asesinato hiperagravado del art 140.1.1ª es necesario, primero, que concurra un asesinato del artículo 139 CP, esto es, una muerte dolosa cualificada por alevosía, precio, recompensa o promesa, o ensañamiento y, además, que se dé alguna de las circunstancias del artículo 140.1 CP, que elevan la pena a su nivel máximo. (Suárez Mira, 2015, pp. 453-454)

#### **CAPITULO IV: ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS MAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL SUPREMO**

En este apartado se procede a analizar tres sentencias del Tribunal Supremo cuya selección responde a criterios esenciales para comprender la evolución jurisprudencial en materia de muerte dolosa de menores de corta edad. Las tres sentencias seleccionadas, STS 80/2017, de 10 de febrero; STS 585/2022, de 14 de junio; y STS 782/2024, de 19 de septiembre, convergen en un elemento de crucial importancia: todas ellas enjuician la muerte dolosa de menores en situación de absoluta indefensión física y psíquica. Esta convergencia factual no es accidental, sino deliberadamente buscada para propósitos de análisis comparativo, pues permite saber cómo cambia la interpretación del TS del artículo 140.1. 1º CP, sin que los hechos del caso cambien. De esta forma se puede ver claramente que la modificación responde a una evolución jurisprudencial y no a diferencias en el supuesto de hecho.

En la STS 80/2017, la víctima es un bebé de tan solo pocos meses de edad (Olga), cuya muerte se produjo mediante sofocación. En la STS 585/2022, la víctima es un niño de dos años de edad (Ginés), cuya muerte resultó de agresiones reiteradas y, finalmente, de estrangulamiento. En la STS 782/2024, la víctima es un bebé de siete meses de edad

(Bernardo), cuya muerte fue consecuencia de golpes violentos en la cabeza. en los supuestos de hecho.

La similitud en la edad y vulnerabilidad de las víctimas resulta fundamental para el propósito de este análisis. En primer lugar, permite constatar que, si casos prácticamente idénticos desde la perspectiva de los hechos enjuiciados llegan a conclusiones jurídicas radicalmente distintas, ello no puede atribuirse a diferencias sustanciales en los supuestos de hecho, sino necesariamente a cambios en el criterio jurisprudencial. Por ello, estas tres sentencias resultan especialmente valiosas para comprender cómo ha evolucionado la jurisprudencia en materia de asesinatos alevosos de menores.

## 1. HECHOS PROBADOS

### **1.1 STS 80/2017, de 10 de febrero de 2017**

Cristina, madre de tres hijas, es acusada de la muerte de su bebé Olga de pocos meses de edad. Entre las 8 y las 10 horas de la mañana del día 21 de noviembre de 2014, Cristina deliberadamente pone fin a la vida de su bebé Olga mientras la amamantaba, tapándole la boca y la nariz con el pecho y comprimiendo simultáneamente su tórax, impidiendo la respiración hasta que se muere por sofocación. La madre no padece enfermedad mental ni tiene afectada su capacidad cognitiva ni volitiva.

En cuanto a la calificación jurídica, se declararon los hechos susceptibles de un delito de asesinato del art 139.1.1ªCP, con agravante de parentesco a la pena de prisión de 18 años.

### **1.2 STS 585/2022, de 14 de junio de 2022**

Brigada y Adrián, pareja de convivientes, tienen bajo su cuidado a Gines, niño de 2 años. Adrián, pareja de la madre del menor, Brigada, ejercía de manera reiterada fuerza física sobre Gines, propinándole golpes y palizas en distintas partes del cuerpo, causando lesiones que no recibían atención médica. Brigada conocía estos maltratos y los consentía sin hacer nada para evitarlos. El día 13 de septiembre de 2018, Adrián con ánimo de acabar con la vida del menor, le propina una brutal paliza, golpeándolo por todo el cuerpo,

oprimiendo su cuello con tanta intensidad que le impide respirar hasta que pierde la consciencia. Brigada, presente en todo momento, lo consiente sin proteger al niño. Cuatro días después, el 17 de septiembre de 2018, Gines muere en el hospital. La causa del fallecimiento es encefalopatía anóxica por compresión mecánica extrínseca en cuello (estrangulamiento). La autopsia revela lesiones extensas en todo el cuerpo.

En cuanto a la calificación jurídica, se declararon los hechos susceptibles de un delito de asesinato del art 139.1.1ªCP y la aplicación de la circunstancia agravante del art 140.1.1ª CP , condenando al sujeto a prisión permanente revisable. Es destacable en esta sentencia, el voto particular de los magistrados D. Andrés Martínez Arrieta y A. Leopoldo Puente Segura que calificaron los hechos como homicidio agravado del art 138.2.a) CP.

### **1.3 STS 782/2024, de 19 de septiembre de 2024**

Luis Pablo y Emma, pareja de convivientes, tienen bajo su cuidado a Bernardo, bebé de 7 meses. El día 24 de mayo de 2021, Emma deja al bebé bajo el cuidado exclusivo de Luis Pablo en el domicilio. Luis Pablo, representándose la posibilidad de que el menor muera y aceptando el resultado, golpea con gran violencia la cabeza del bebé en cuatro ocasiones distintas, causándole la muerte. Los acusados trasladan rápidamente a Bernardo al hospital. El menor muere como consecuencia de shock politraumático secundario a traumatismo encefálico cerrado causado por las cuatro fracturas.

En cuanto a la calificación jurídica, se declararon los hechos susceptibles de un delito de asesinato del art 139.1.1ª CP y la aplicación de la circunstancia agravante del art 140.1.1ª CP, condenando al sujeto a prisión permanente revisable.

## **2. ANÁLISIS DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS CONTENIDAS EN LAS SENTENCIAS, POSICIONES JURÍDICAS Y ARGUMENTACIONES**

### **2.1 Delito de asesinato del art. 139.1. 1ª: la STS 80/2017.**

La muerte dolosa de menores de muy corta edad plantea una cuestión clave: ¿La indefensión connatural a la edad integra automáticamente alevosía por desvalimiento? Este análisis tiene un largo recorrido jurisprudencial previo a la STS 80/2017.

En la STS 978/2007, de 5 de noviembre de 2007, el TS confirma la condena por asesinato con alevosía de Rosendo, quien, ante el llanto nocturno de su hijo Santiago, de 14 meses, lo sacó al comedor, le propinó 2/3 golpes fuertes en la cabeza y, al persistir el llanto, le golpeó brutalmente en el estómago, causando su muerte. El TS afirma la alevosía por total desvalimiento inherente a la condición del niño de corta edad (imposibilidad absoluta de defensa propia, art 22.1 CP), rebatiendo la tesis recurrente de posible defensa por parte de la madre y sus dos hermanos, ya que el art 22.1 CP se refiere al riesgo de defensa “por parte del ofendido”.

Siguiendo esta línea, en la STS 657/2008, de 24 de octubre, el TS confirma la condena por asesinato con alevosía del padre que causó la muerte de su hijo Alonso, bebé de tres meses, al estrellarlo al menos dos veces contra una pared u otra superficie dura en la noche del 5 al 6 de febrero de 2005, consciente de la absoluta indefensión del menor por su extrema fragilidad física debida a su corta edad y de las altas probabilidades de muerte que ello derivaba. El TS fundamenta la alevosía por desvalimiento en que el acusado se aprovechó de una situación de completo desamparo propia de los niños de corta edad, destacando que “no tiene que desplegar un esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos” ya que “la propia selección de la víctima le proporciona una ejecución sin riesgo” (FJ2). En este punto, el TS declara que la muerte de un recién nacido debe considerarse asesinato por aprovechar una especial situación de desvalimiento, es decir, convierte la extrema vulnerabilidad de la víctima en un motivo autónomo suficiente para afirmar la alevosía.

Sobre esta base jurisprudencial previa, la STS 80/2017, de 10 de febrero, califica los hechos como asesinato del art. 139.1. 1º CP (alevosía por desvalimiento), con agravante de parentesco y pena de 18 años de prisión, desestimando el recurso que proponía homicidio agravado del art 138.2.a) CP. La STS 80/2017 cita la STS 227/2014 en apoyo de su postura puesto que dicha sentencia recogía la postura tradicional de la Sala que califica ordinariamente como alevosa la muerte de recién nacidos, dada la absoluta indefensión en que se encuentran (FJ3).

En consecuencia, las tres sentencias profundizan en la alevosía por desvalimiento, afirmando que la muerte de un bebé de meses ha de ser necesariamente calificada como asesinato, pues la indefensión connatural a la edad determina por sí sola la concurrencia de alevosía.

La reiterada jurisprudencia del TS exige cuatro elementos para apreciar la alevosía: elemento normativo, elemento objetivo, elemento subjetivo y mayor reprochabilidad. El examen de los requisitos de la alevosía que sigue no reproduce el razonamiento de la STS 80/2017, sino que constituye un análisis propio, a la luz de la definición legal y de los criterios jurisprudenciales habitualmente empleados aplicándolos a los hechos probados de la STS.

En cuanto al elemento normativo, para que concurra alevosía, se debe estar ante un delito contra las personas. En nuestro caso concreto, se trata de un delito que atenta directamente contra la vida de un menor, cumpliendo plenamente el requisito. (STS 938/2022; FJ1)

El segundo requisito, de carácter objetivo, radica en el *“modus operandi”*, es decir, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. La clave radica en que los medios han de ser realmente eficaces desde una perspectiva de análisis objetivo, no meramente creídos eficaces por el agresor. En cuanto a los hechos probados en la STS 80/2017, de 10 de febrero, Cristina empleó dos acciones mecánicas simultáneas y coordinadas: primero, tapó boca y nariz con el pecho durante la lactancia, realizando así una oclusión completa de las vías respiratorias superiores. Segundo, comprimió simultáneamente el tórax de la niña, impidiendo la expansión pulmonar. Esta combinación de medios resulta objetivamente idónea para causar asfixia sin posibilidad alguna de defensa por parte de la víctima. Por tanto, la ejecución del ataque está garantizada sin riesgo alguno para Cristina. La autopsia constituye la prueba concluyente de la idoneidad objetiva de estos medios. Además, el forense en su comparecencia ante el TS expresó que: *"en su vida había visto un pulmón así, con tal impronta de las costillas marcadas en el tejido pulmonar reveladora de la agonía y del*

*intento del lactante por intentar respirar*". (FJ2). Esta descripción no hace más que probar que los medios empleados (oclusión y compresión) funcionaron objetivamente produciendo la muerte del menor. El criterio objetivo no considera suficiente la mera creencia del sujeto sobre la idoneidad del hecho. En nuestro caso, no se trata de que Cristina "creyera" que la sofocación mataría; la realidad fisiológica y la prueba forense demuestran objetivamente que los medios eran idóneos.

El tercer elemento, en el ámbito subjetivo, exige que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Los hechos probados establecen que Cristina "decidió... poner fin a la vida", lo que implica que la intención de matar satisface el dolo, pero no concurre el dolo tendencial propio de la alevosía, que requiere conciencia específica sobre la aseguración sin riesgo. Los informes periciales concluyen "*La procesada no padece ninguna enfermedad mental, ni tiene merma alguna en su capacidad cognitiva ni volitiva*". Esta capacidad general del autor es insuficiente. No prueba que Cristina tuviera conocimiento consciente de que los medios eliminaban todo riesgo defensivo. No hubo ninguna tendencia a eliminar conscientemente el riesgo que pudiera suponer una reacción defensiva porque Olga carecía de capacidad defensiva por naturaleza. Es decir, el sujeto pasivo era indefenso *per se*. Por todo ello, no existe prueba de que Cristina eligiera conscientemente el momento de la lactancia para causar indefensión.

El cuarto elemento exige que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada del *modus operandi*, conscientemente orientado a aseguración y eliminación de defensa. En los hechos de la STS 80/2017, este plus de antijuridicidad no concurre. La mayor antijuridicidad requiere que el autor haya proyectado dolo específico sobre la eliminación consciente del riesgo defensivo. (STS 893/2012;FJ3). Como ha sido analizado anteriormente, Cristina carece de ánimo tendencial: la indefensión era preexistente por edad del menor, no siendo creada conscientemente.

No obstante, conviene subrayar que el TS, en la STS 80/2017, sí mantiene la calificación de asesinato por alevosía por desvalimiento, afirmando que en agresiones a menores cuya edad se cuenta por meses la presencia de alevosía es una cuestión “indiscutida e indiscutible” en la jurisprudencia. (FJ3)

En la STS 765/2022, de 15 de septiembre, el TS sostiene que “la alevosía por desvalimiento consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas inválidas, o porque se hallaran accidentalmente privadas de aptitud para defenderse: persona dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa.” (FJ2) Este concepto de alevosía se encuentra en contradicción con el tenor literal del art 22.1 CP, por cuanto este precepto hace referencia a que es el autor quien tiene que generar la indefensión de la víctima.

Desde la perspectiva doctrinal, diversos autores rechazan la extensión automática de la alevosía a los casos de muerte dolosa en menores de corta edad, destacando especialmente la ausencia del elemento subjetivo exigido por el art. 22.1 CP.

Gracia Martín y Vizuet Fernández (2007, p.125) critican la tendencia del TS a generalizar el requisito subjetivo en los supuestos de niños y concluir que “en estos casos siempre concurre alevosía”. Cerezo Mir (2007, p.122) sostiene que esta calificación es contraria a la definición legal de alevosía ya que “el sujeto no ha elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla”. En idéntica línea, Muñoz Conde añade que es incompatible con el sentido literal de "alevosía" esta calificación ya que el autor se encuentra con una indefensión preexistente, sin necesidad de buscarla ni provocarla. (Muñoz Conde, 2023, p.49).

Siguiendo esta línea argumental, Molina Blázquez entiende que cuando la víctima es de corta edad no se está buscando la indefensión. Aunque el TS en numerosas sentencias (entre ellas STS 2 de marzo 2004 y STS 18 de julio de 2019) venía entendiendo que “basta que la indefensión se dé de hecho, aunque no sea buscada. Sin embargo, esta postura contradice lo dispuesto en la ley que exige que los medios “tiendan directa y

especialmente a asegurar” la ejecución. (Molina Blázquez, 2022, p.471). Álvarez García (2024, p.158) comparte esta crítica y se opone frontalmente a extender la alevosía a los llamados "seres constitucionalmente indefensos". La situación de indefensión en el caso de bebés viene dada *per se*, sin necesidad de provocarla, prescindiendo, por tanto, del ánimo consciente de aprovechamiento.

Esta crítica encuentra su fundamento último en el principio de legalidad. Como coinciden en señalar autores como Garrocho Salcedo y Alonso Álamo, en los supuestos de recién nacidos o niños de muy corta edad, la defensa no existe realmente como posibilidad que el autor deba neutralizar, de modo que la ejecución aparece asegurada por la propia condición del sujeto pasivo. (Garrocho Salcedo, 2024, p. 25). (Alonso Álamo, 2023, pp. 2-6). Por ello, mantener la expansión jurisprudencial de la alevosía hacia la llamada “indefensión existencial” resulta problemática frente a las exigencias del art 22.1 CP. (Garrocho Salcedo, 2024, p. 25). Garrocho Salcedo (2024, p. 14) refuerza esta objeción recordando que el Anteproyecto de Código Penal de 23 de septiembre de 1992 incluyó una cláusula adicional (“...o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa”), que habría permitido subsumir estos supuestos en la alevosía. Por su parte, Alonso Álamo añade que afirmar el plus típico de la alevosía desborda la interpretación extensiva y se aproxima a una analogía prohibida. (Alonso Álamo, 2023, pp. 2-6).

## **2.2 Asesinato hiperagravado: la tesis mayoritaria de la STS del Pleno 585/2022 y la STS 782/2024**

Como punto de partida de este apartado es necesario abordar si, afirmada la alevosía por desvalimiento en la muerte dolosa de menores de corta edad, es compatible la calificación de asesinato por alevosía de desvalimiento con la hiperagravación del art 140.1. 1ª CP. Respecto de esta cuestión existen dos líneas de pensamiento distintas:

1. Compatibilidad entre ambas por no existir *bis in idem*. La alevosía valora el desvalor de la acción mientras que el art 140.1. 1ª agrava el resultado.
2. Incompatibilidad de la calificación de asesinato con alevosía con el art 140.1. 1ª CP por vulnerar el principio *non bis in idem*, pues ambos fundamentan su desvalor en la misma condición de indefensión de la víctima.

Para comprender este debate, conviene precisar el principio *non bis in idem*, esencial para el debate posterior. Este principio establece que “nadie puede ser sancionado dos veces por la realización de la misma conducta que infringe la misma prohibición”. Aunque no reconocido expresamente en la Constitución, la STC 2/1981, de 30 de marzo, lo incluye en el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora, a pesar de su falta de mención expresa en el art. 25 CE. De ahí que el art. 25 CE impida la imposición de dualidad de sanciones cuando concurren identidad de sujeto, hecho y fundamento. (Molina Blázquez, 2022, p. 55).

La STC 77/1983, de 3 de octubre, refuerza la STC 2/1981 al precisar que el principio *non bis in idem* “determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos”. Esto es, además de su vertiente material, tiene alcance procesal: Impide que, permitida la dualidad de procedimientos (administrativa y penal), cada uno enjuicie independientemente los mismos hechos. La clave es la subordinación de la Administración a los Tribunales para evitar la vulneración del art 25 CE.

La línea jurisprudencial hoy mayoritaria niega la existencia de *bis in idem* respecto de la aplicación conjunta del art. 139.1.1ª y el art. 140.1.1ª, posición que se mantiene en las STS del Pleno 585/2022, de 14 de junio, y STS 782/2024, de 19 de septiembre, que confirman la condena por asesinato con la agravación contenida en el art. 140.1. 1ª.

El Pleno de la Sala Segunda del TS en la STS 585/2022 defiende esta tesis partiendo de los siguientes hechos: Adrián, pareja de la madre de Ginés, niño de dos años y medio de edad, le propinó al menor una paliza que terminó en estrangulamiento, llevando al menor al hospital donde falleció cuatro días después por encefalopatía anóxica. En el caso enjuiciado, el Tribunal del Jurado de Elche calificó la conducta como asesinato hiperagravado del art. 140.1. 1.ª CP, el TSJ de Valencia rebajó la pena a veinte años por la atenuante de reparación parcial y, finalmente, el TS restableció la PPR al entender compatible la alevosía por desvalimiento con la circunstancia del art. 140.1. 1.ª CP.

El pleno fundamenta su decisión en una justificación de política criminal. Recalca que el art 140.1. 1ª CP opera como una “regla de punición especial” y que la incorporación de la PPR responde a una decisión legislativa de oportunidad, siendo la principal razón de su introducción la percepción social de una delincuencia “especialmente grave” cuando las víctimas son personas desvalidas. Desde este presupuesto, la sentencia sostiene que el legislador ha diseñado, en distintos tipos de la parte especial, fórmulas de agravación basadas en la necesidad de tutela cualificada a favor de sectores sociales expuestos a un riesgo particularmente elevado sobre bienes esenciales, de manera que esa condición de vulnerabilidad incorpora un plus de desvalor que legitima un reproche penal más intenso. (FJ4).

Además, la Sala justifica esta intensificación punitiva en una finalidad de prevención especial positiva recogida en el Anteproyecto de 2012, que buscaba fortalecer la confianza en la Administración de Justicia mediante resoluciones previsibles y percibidas socialmente como justas. Aunque el Tribunal reconoce haber discrepado en pronunciamientos anteriores (STS 716/2018 y 678/2020) sobre la pertinencia y legalidad de la mencionada regla de punición especial por posibles duplicidades valorativas, asume como definitiva la STC 169/2021, de 6 de octubre por la que se declaró constitucional la reforma.

En definitiva, el Preámbulo de la LO 1/2015 y la doctrina consolidada de la Sala apelan a la necesidad de “proporcionar una respuesta extraordinaria a delitos extraordinarios, con el elemento compensatorio de la posible revisión de la pena indeterminada”, lo que revela la voluntad legislativa de intensificar la reacción penal frente a tipologías que hasta el 2015 contaban con límites penológicos de 20, 25 y 30 años, calificados como “insuficientemente disuasorios”. (FJ4)

La STS 782/2024 refuerza los argumentos del Pleno. En cuanto a los hechos, se declara probado que, el 24 de mayo de 2021, el acusado, Luis Pablo, quedó al cuidado exclusivo del menor de siete meses, Bernardo, y le golpeó con gran violencia en la cabeza en cuatro ocasiones, aceptando al menos la posibilidad del resultado de muerte, que finalmente se produjo. La sentencia de instancia impuso PPR al calificar los hechos como asesinato del

art. 139.1.1ª y aplicar el art. 140.1. 1ª CP por tratarse de una víctima menor de dieciséis años, confirmándose la calificación jurídica en apelación y casación.

En casación, el debate jurídico relevante se articula en el motivo cuarto, formulado por indebida aplicación del art. 140.1. 1ª CP, y la propia sentencia pone de relieve que la queja del recurrente se plantea en dos planos. Por una parte, sostiene que la muerte del menor no debió considerarse producida con alevosía, porque su situación de indefensión derivada de la edad hacía innecesario “valerse de ninguna clase de medios, modos o formas para asegurar la ejecución evitando el riesgo de una defensa”, por lo que considera la calificación como homicidio agravado del art 138.2ª) CP. Por otra, con carácter subsidiario, afirmaba que, aun aceptándose la alevosía por desvalimiento fundada exclusivamente en la edad, aplicar además el art 140.1. 1ª CP suponía infringir la prohibición del *bis in idem*.

Entre los argumentos destacables que consolida la doctrina del Pleno, el TS precisa en su FJ3 que “Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado” concluyendo que, “no hay *bis in idem* sino un *legítimo bis in altera*.”

La STS 782/2024 enmarca la discusión en una cuestión de fondo: si, la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa impide un tratamiento más agravado por el plus de antijuridicidad o reprochabilidad asociado a la muerte a edad temprana. La respuesta del Tribunal es negativa, porque considera que tomar el asesinato de un niño como presupuesto para añadir al desvalor del medio ejecutivo una mayor reprochabilidad ligada a la edad no plantea problemas insuperables de inherencia. (FJ3)

Además, la sentencia razona que no se “duplica” sin más la alevosía por desvalimiento, sino que el legislador ha intensificado la respuesta penal al seleccionar, “entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección.” Y añade: “La

muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme” ... “porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso”. (FJ3). Este mismo argumento había sido utilizado anteriormente en la STS 36/2023, de 26 de enero, sobre el asesinato de una madre a su hija menor de 5 años en un hotel de Logroño. El TS concluyó que “esa concreta muerte alevosa incorpora una mayor tasa de antijuricidad, de mayor desvalor, justificando, a la postre, un reproche más grave”. (FJ1)

Frente a la postura mayoritaria, existe una firme línea jurisprudencial y doctrinal que defiende la incompatibilidad de ambas figuras cuando descansan, en el caso concreto, sobre la misma situación de vulnerabilidad de la víctima.

Garrocho Salcedo cuestiona que el TS fundamente la compatibilidad en una genérica idea de “protección reforzada” de la vida de menores. A su juicio, tal formulación no explica con suficiente precisión dónde radica el plus de desvalor frente al ataque a la vida de un adulto y corre el riesgo de hacer descansar la agravación en la mera “nuda edad”. (Garrocho Salcedo, 2024, p.13). También advierte que la vulnerabilidad por edad, enfermedad o discapacidad opera en el CP como criterio de cualificación en múltiples delitos y suele conectarse materialmente con un contexto de indefensión. Por ello, cuando el legislador ya tipifica una agravación específica por vulnerabilidad, deben extremarse precauciones para evitar duplicaciones valorativas. En consecuencia, si en el caso concreto la alevosía por desvalimiento se construye sobre esa misma indefensión derivada de la corta edad, la aplicación conjunta del art. 140.1. 1ª CP corre el riesgo de valorar dos veces el mismo fundamento bajo rótulos distintos. (Garrocho Salcedo, 2024, p.13).

Además, identifica en la STS 716/2018, de 27 de noviembre, una resolución especialmente significativa para esta tesis, no por el supuesto de víctima con discapacidad enjuiciado, sino por el razonamiento sistemático que desarrolla sobre la estructura de los delitos contra la vida tras la reforma de 2015. Según la sentencia, la regulación vigente se organiza por escalones (homicidio básico y agravado, asesinato simple, asesinato agravado y asesinato hiperagravado del art. 140 CP), de manera que la interpretación debe preservar esa gradación y evitar resultados desproporcionados o incoherentes. Junto a ese

argumento, la STS 716/2018 introduce otro de especial relevancia para la tesis de la incompatibilidad, al advertir que la indefensión por desvalimiento y la circunstancia del art. 140.1. 1ª CP no pueden tratarse como realidades escindibles cuando ambas tratan la misma situación de vulnerabilidad. En efecto, si el desvalimiento de la víctima es precisamente el dato que explica la ausencia de defensa eficaz y constituye el sustrato fáctico que permite afirmar la alevosía por desvalimiento, esa misma vulnerabilidad no puede volver a ponderarse para justificar además la hiperagravación. En tales casos, el fundamento material ya ha quedado absorbido por la calificación alevosa y su nueva utilización genera un problema claro de *bis in idem*. Garrocho refuerza esta idea recordando que la propia jurisprudencia suele tratar la vulnerabilidad por edad/enfermedad/ discapacidad como alevosía por desvalimiento cuando conduce a una indefensión existencial, o como abuso de superioridad cuando solo hay una disminución de la capacidad defensiva. Precisamente por eso, la alevosía por desvalimiento y la circunstancia primera del art 140.1. 1ª no deberían apreciarse de manera conjunta. (2024, pp. 21-23)

El mismo razonamiento se proyecta en el voto particular formulado a la STS 585/2022. Los magistrados discrepantes sostienen que, una vez apreciada la alevosía, “debió haber impedido la conjunta consideración de la circunstancia prevista en el art. 140.1. 1.ª del CP, so pena de incurrir en una prohibida valoración peyorativa” “de un mismo y solo hecho (la condición de la víctima)”. Concluyen que se trata de “el mismo hecho, mismo sujeto activo y mismo fundamento”, vulnerando el principio *non bis in idem* mediante una doble “consideración de desvalimiento”: primero, para cualificar la acción, al entender que se atacó a quien no podía defenderse por su especial condición; y después, para agravar el resultado, al situar nuevamente el mayor desvalor en esa misma condición del menor como persona esencialmente desvalida e incapaz de toda defensa.

Siguiendo a Álvarez García (2024, p. 210), la circunstancia hiperagravada del art 140.1. 1ª CP no puede identificarse con el mero dato de la edad cronológica (“menor de dieciséis años”), pues, considerado aisladamente, no aporta un plus de desvalor. El sentido de esa previsión reside, más bien, en la mayor vulnerabilidad o indefensión del sujeto pasivo frente al ataque, como establece el propio precepto al equiparar la minoría de dieciséis

años con la condición de persona especialmente vulnerable. De ahí que el autor defienda una lectura material: La referencia a la edad debe entenderse conectada a una situación de debilidad estructural del menor, y no como un automatismo puramente cronológico. De igual manera, López López advierte que la justificación que ofrece el TS para sostener sus interpretaciones resultan a menudo confusas. El autor subraya que, si el fundamento de la hiperagravación se basa materialmente en la mayor facilidad de comisión del hecho frente a una víctima vulnerable, dicho contenido del injusto es idéntico al que sustenta la alevosía por desvalimiento. (López López, 2019, pp.6-7). En consecuencia, ambos autores concluyen que, cuando la alevosía se afirma por desvalimiento en menores de muy corta edad, la aplicación acumulada del art 140.1. 1ª CP provoca un problema de *bis in idem*, porque ambas circunstancias se apoyan en el mismo fundamento material. (Álvarez García, 2024, p. 210) (López López, 2019, pp.6-7).

También Alonso Álamo, al analizar la STS 585/2022, critica que la línea compatibilista justifique la acumulación de ambas circunstancias mediante referencias a la “mayor reprochabilidad” de la muerte a edad temprana, un “plus de antijuridicidad” y un mayor “desvalor de acción”. A su juicio, esa fundamentación “prioritariamente” centrada en el desvalor de la acción, resulta cuestionable, ya que la alevosía incrementa el desvalor de la acción, mientras que la circunstancia de ser la víctima menor de dieciséis años responde mejor a un incremento del desvalor del resultado, al añadirse al ataque a la vida el ataque al interés de especial protección de las personas vulnerables. En estos casos, el presunto “desvalor de la acción” (alevosía) es una ficción construida de forma exclusiva y automática sobre la indefensión propia de la edad (desvalor del resultado). Al coincidir el fundamento fáctico para ambas circunstancias, la autora concluye que aplicar ambas supone incurrir en una prohibida doble valoración. (Alonso Álamo, 2023, pp. 10-12).

### **2.3 Homicidio del art. 138.2 a) en relación con el art. 140.1. 1ª: posición mantenida por el voto particular de la STS 585/2022 y la doctrina mayoritaria**

Desestimada la hipótesis de alevosía, procede analizar si la muerte dolosa de un menor de corta edad debe calificarse como homicidio agravado por razón de la edad de la

víctima, conforme al art. 138.2.a) CP. Como se expuso en el apartado anterior, el voto particular de la STS 585/2022, de 14 de junio, ya anticipó esta solución alternativa al rechazar la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento y la circunstancia hiperagravada del art 140.1.1ª.

Frente a la decisión del Pleno, detallada en el apartado previo, el voto particular suscrito por Martínez Arrieta, Puente Segura y Del Moral García defendió la calificación de los hechos como homicidio agravado del art 138.2 a) CP. Los magistrados recuerdan que la alevosía exige atender no tanto al “mecanismo homicida concreto sino al marco total de la acción, descrito en el hecho probado mediante expresiones indicativas de acechanza, sorpresa quebranto de confianza derivada de la convivencia o, incluso, el aprovechamiento consciente de la situación de indefensión que sufre la víctima”. Por ello, introducen una distinción fundamental: solo cabe apreciar alevosía cuando pueda identificarse que el autor buscó o aprovechó esa situación “con el designio de evitar cualquier defensa que pudiera proceder del ofendido”. Partiendo de esa base, distinguen entre los casos en que la víctima carece por sí misma de toda capacidad defensiva y aquellos otros en que el autor aprovecha una concreta situación de indefensión; solo en este último supuesto cabría hablar de un “ataque propiamente alevoso”. Esta distinción, como se justificó en el apartado anterior, resuelve el problema del *bis in idem* al evitar que se valore dos veces la misma condición de vulnerabilidad tanto para cualificar la acción como para hiperagrar el resultado con el art. 140.1. 1ª CP, optando por el homicidio agravado como calificación sistemáticamente coherente.

El voto particular sostiene que el legislador de 2015, consciente de la interpretación de la Sala II del TS, incorporó a la LO 1/2015 los planteamientos críticos de la doctrina penal mayoritaria frente a la construcción jurisprudencial que configuraba la alevosía exclusivamente desde la situación objetiva de indefensión del sujeto pasivo. Esta interpretación restaba eficacia y anulaba el elemento subjetivo de tendencia exigido por el art 22.1 CP. Al restringir la alevosía a la mera condición vulnerable de la víctima, operaba en realidad una agravación por resultado derivada de la naturaleza o condición de la víctima necesitada de protección especial, pero ajeno al reproche encuadrable en el

modo escogido por el autor para causar la muerte que no debía camuflarse bajo la figura de la alevosía, que responde a fines y objetivos distintos.

Los magistrados concluyen que el legislador reacciona contra esta construcción jurisprudencial, reconduciendo la cuestión al introducir agravantes autónomas y definidas de idéntico modo tanto en el homicidio como en el asesinato por la condición objetiva de la víctima, endureciendo la pena en atención a “la mayor necesidad de protección que las referidas víctimas demandan como consecuencia de su situación objetiva de desvalimiento”.

En este mismo sentido se pronuncia la STS 462/2021, de 27 de mayo, que condenó por un delito de homicidio agravado por la especial vulnerabilidad de la víctima en lugar de asesinato porque “el acusado no creo ni empleó ningún modo, forma o medio para producir una supuesta indefensión de la víctima” (FJ1), si el sujeto activo no elige el desvalimiento de la víctima para llevar a cabo los hechos no puede apreciarse alevosía.

Esta posición jurisprudencial encuentra amplio respaldo doctrinal que rechaza la alevosía automática en menores de corta edad.

Muñoz Conde (2023, p. 49) refuerza que la LO 1/2015 creó este tipo específicamente para casos en que la víctima es un menor o persona vulnerable, considerando su desvalimiento como circunstancia propia del homicidio agravado, no como alevosía automática. En particular, respecto de la muerte de recién nacidos o niños, afirma que falta el elemento típico de la alevosía, prevaleciendo la indefensión de la víctima. Es por ello por lo que, la inexistencia de reacción defensiva por parte del ofendido lleva a Muñoz Conde a proponer la calificación de los hechos como homicidio agravado del art. 138.2.a CP, preservando proporcionalidad penal.

Álvarez García (2024, p.158) añade que la alevosía no solo requiere conocimiento de la situación de desvalimiento, sino un ánimo consciente de aprovechamiento de esa situación, determinante para rechazar la alevosía en muerte de menores de corta edad. Cuando el sujeto activo conoce la indefensión, pero no se aprovecha de ella, esto es, no

actúa con el ánimo de explotar esa vulnerabilidad para asegurar la ejecución, la circunstancia debe negarse. Sin embargo, esta premisa crea un problema probatorio importante: demostrar que el autor “se aprovechó conscientemente” de la indefensión es una exigencia prácticamente imposible de satisfacer en supuestos donde la víctima es un bebe o niño de corta edad, lo que generalmente conduce a una inversión de la carga de la prueba en un escenario de *dolus in re ipsa* (delito manifiesto en sí mismo). Por tanto, en estos casos propone la calificación de homicidio agravado con agravante del art 140.1. 1ª CP.

No obstante, asumiendo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es reacia a abandonar su posición, Garrocho Salcedo propone como mal menor, una interpretación restrictiva del sistema de escalones introducido en 2015 para evitar duplicidades valorativas. El núcleo de su propuesta pasa por no utilizar la edad como criterio automático de agravación, sino por materializar la vulnerabilidad atendiendo a las circunstancias del caso concreto. De este modo, cuando dicha vulnerabilidad se traduzca en una mera merma de la capacidad defensiva, la conducta debería reconducirse al homicidio agravado; y solo en supuestos de indefensión total, y asumiendo el marco jurisprudencial vigente, cabría apreciar asesinato con alevosía por desvalimiento, pero frenando ahí la escala agravatoria introducida por la reforma de 2015. (Garrocho Salcedo, 2024, p.13). Idéntica opinión es la de López López (2019, p.6) quien propone una escala de calificación por grados de indefensión concluyendo que, si la víctima es parcialmente indefensa por vulnerabilidad especial, procede aplicar el homicidio agravado del art. 138.2 a). Por su parte, si la víctima es totalmente indefensa, entonces se trata de un supuesto de asesinato con alevosía.

Por su parte Alonso Álamo entiende que la compatibilidad no puede abordarse como una acumulación “por sistema”, porque antes hay que clasificar qué casos son realmente alevosía y qué casos deben reconducirse a homicidio agravado. (Alonso Álamo, 2023, pp. 10-13). Propone como criterio diferenciador que, si el menor es incapaz de defenderse, su muerte no debe calificarse como alevosa; y solo si conserva cierta capacidad defensiva cabrá apreciarla cuando el autor emplee medios o aproveche circunstancias para eliminar esa defensa y asegurar la ejecución. En los primeros casos, por tanto, no se plantearía propiamente un problema de compatibilidad, pues la respuesta

correcta sería la aplicación de la agravación específica del art. 140.1. 1.<sup>a</sup> CP sobre el homicidio. (Alonso Álamo, 2023, p.25).

#### **2.4. ¿Es posible en algún caso considerar la muerte dolosa de un niño pequeño como asesinato hiperagravado del art. 140.1. 1.<sup>a</sup>?**

No obstante, la categoría de asesinato hiperagravado del art. 140.1. 1.<sup>a</sup> CP resulta plenamente aplicable en dos supuestos:

1. Cuando la muerte dolosa de un menor de corta edad se califica como asesinato por concurrir alevosía distinta de la de desvalimiento
2. Cuando la muerte dolosa de un menor de corta edad se califica como asesinato por fundamentos distintos a la alevosía por desvalimiento.

En relación con el primer supuesto, el razonamiento es empleado en la STS 520/2018, de 31 de octubre, que resuelve el recurso de casación en el que se discutía si la aplicación conjunta de la alevosía y la hiperagravación del art. 140.1. 1.<sup>a</sup> CP vulneraba el principio de *non bis in idem*. El supuesto de hecho no versa sobre un menor, sino sobre una víctima anciana que convivía con el acusado y fue estrangulada de forma súbita con un cable eléctrico cuando se encontraba sentada en una mecedora del salón. La sentencia aprecia que la víctima estaba deteriorada por la edad, circunstancia que el autor aprovechó para ejecutar el hecho sin posibilidad de defensa, y los hechos fueron calificados como asesinato con aplicación del art. 140.1. 1.<sup>a</sup> CP, si bien la confesión determinó una rebaja de un grado y la imposición final de veinte años de prisión. Señala el TS que lo decisivo es identificar si la edad o vulnerabilidad es el elemento que determina por sí sola la alevosía o si, por el contrario, la alevosía reside en otros elementos independientes. Confirma que “cuando a la alevosía, basada en otros elementos, se superpongan circunstancias del apartado 1a del art. 140.1.1.<sup>a</sup> no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. (FJ1)

La propia STS 520/2018 ilustra esta posibilidad con el ejemplo del acometimiento por la espalda a un menor de quince años. En tal caso, la alevosía descansaría en la forma de ataque sorpresiva, mientras que la agravación del art. 140.1. 1.<sup>a</sup> CP derivaría de la menor

edad de la víctima, de modo que existirían “dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes. (FJ1)”. Afirma que la alevosía se apoya en la forma de ejecución “sorpresiva e inopinada”, esto es, un estrangulamiento inesperado con un cable, de manera que “habría alevosía fuese cual fuese la edad y la condición de la víctima”, mientras que la agravación del art. 140.1. 1ª CP se sustenta en la ancianidad y situación de la víctima, motivo por el cual se descarta la doble valoración. (FJ1)

Desde la perspectiva doctrinal, Álvarez García (2024, p.194) acoge el planteamiento del TS al entender que “Si el sujeto ha empleado medios alevosos para matar a un sujeto pasivo que se integre en la circunstancia recogida en el artículo 140.1.1ª, pero los dichos medios alevosos no están conectados con la edad o enfermedad de la víctima, más este último dato supone, con independencia del ataque alevoso, una mayor debilidad del bien jurídico del que aquella es titular, cabrá la calificación de la muerte como alevosa con la cualificación recogida en el artículo 140.1.1a, CP”.

Sin embargo, Garrocho Salcedo (2024, pp. 18-21) rechaza que esta solución resulte adecuada en los supuestos de desvalimiento por edad muy corta, gran ancianidad o discapacidades severas, porque entiende que la taxonomía de modalidades de alevosía (sorpresiva, proditoria, por desvalimiento o doméstica) no identifica agravaciones distintas, sino que es una descripción de las distintas formas en las que el autor del delito comete el ataque en un contexto de indefensión de la víctima. Por ello, cuando la víctima es estructuralmente indefensa, la sorpresa, la acechanza o el ataque por la espalda no añaden un plus autónomo de desvalor, ya que la ausencia de defensa es inherente a la condición del sujeto pasivo. Hablar de modalidades diferentes para compatibilizar la alevosía con la circunstancia agravante art. 140.1. 1ª CP puede conducir también a una vulneración del *non bis in idem*.

En relación con el segundo supuesto, Muñoz Conde (2023, p.59) admite su procedencia cuando el asesinato se califique por circunstancias distintas a la alevosía. En estos supuestos, la hiperagravación solo será aplicable si primero puede calificarse la muerte como asesinato por ensañamiento, precio, recompensa o promesa, o para facilitar otro delito/impedir que se descubra. Por lo que, en estos casos, el homicidio agravado deja de

ser suficiente, pudiendo calificarse como asesinato con posterior hiperagravación por razón de edad. Esta tesis es compartida por Álvarez García (2024, p.194), quien concluye que “Si el sujeto ha matado concurriendo cualquier circunstancia del asesinato básico, distinta de la alevosía, y el sujeto fuera especialmente vulnerable, debería calificarse como asesinato hiperagravado”. López López (2019, p.6) lo corrobora literalmente “si concurre cualquier circunstancia del art 139.1.1 CP distinta de la alevosía entonces se trata de un asesinato con la agravación del art 140.1. 1ª CP.” De hecho, esta misma lógica de no solapamiento fue expuesta por la jurisprudencia en la citada STS 80/2017 al defender que “hay compatibilidad cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad”. (FJ3).

## CONCLUSIONES

Tras el análisis de las posibles calificaciones jurídicas, de los argumentos jurisprudenciales y doctrinales a mi juicio debe concluirse que la calificación penal adecuada para la muerte dolosa de menores de corta edad es el homicidio agravado del art. 138.2.a) CP con la circunstancia hiperagravada del art. 140.1. 1ª CP. Los motivos que justifican esta conclusión son de naturaleza constitucional, dogmática, probatoria, sistemática y normativa, y se exponen a continuación.

En primer lugar, se ha observado a lo largo de este trabajo de investigación que el TS ha terminado por aplicar la alevosía y la circunstancia hiperagravada del art 140.1.1ª CP de forma conjunta y automática. Este automatismo pone en peligro el sistema escalonado de la LO 1/2015 y es jurídicamente indefendible porque ignora la voluntad del legislador. Considero que la aplicación de la circunstancia hiperagravada del art 140.1.1ª CP encuentra su fundamento en la necesidad de otorgar una “protección reforzada” por razón de la edad, sancionando el desvalor del resultado. El problema se produce en el escalón previo: el TS trata como desvalor de la acción lo que realmente es una circunstancia de resultado. El legislador creó los tipos agravados para separar ambos fundamentos, por lo que no es lícito camuflar la vulnerabilidad objetiva de la víctima bajo la figura de alevosía. No hay duda de que el enfoque que viene dando el TS pone en peligro el sistema

escalonado de la LO 1/2015 donde cada salto punitivo exige que haya un incremento de reproche para respetar el principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, la prueba judicial debe ponderar elementos concretos y diferenciados: Primero, la capacidad defensiva real de la víctima en el momento del hecho, no un baremo de edad abstracto, sino un análisis de si existía movilidad, reacción o auxilio posible por parte del ofendido. En segundo lugar, no basta con conocer la vulnerabilidad del sujeto pasivo, sino que hay que probar que el autor explotó activamente dicha vulnerabilidad como medio para garantizar el resultado (elemento subjetivo), elevando el desvalor de la acción más allá del homicidio. Sin esta graduación motivada, la circunstancia hiperagravada del art 140.1.1ª CP iguala antijuridicidades dispares. El concepto *bis in altera*, lejos de construir una solución, responde a la necesidad del TS de justificar la aplicación de la alevosía por desvalimiento y la circunstancia hiperagravada del art 140.1.1ª CP sin admitir la existencia de doble valoración prohibida. Reconocer que ambas circunstancias comparten idéntico fundamento fáctico obligaría al TS a prescindir de una de ellas, con la consiguiente reducción del marco penal a límites inferiores. Para el TS es más sencillo justificar su calificación con la formula *bis in altera* sin entrar en el fondo del asunto y motivar su decisión.

En tercer lugar, no cabe subsumir la muerte de un menor de corta edad en la redacción actual del art. 22.1 CP. La alevosía exige "aseguramiento de la ejecución del delito" y en estos supuestos el autor no busca crear desvalimiento alguno. La construcción normativa resulta jurídicamente insostenible: no existe ejecución que asegurar porque en ningún caso concurre riesgo de defensa por parte del ofendido, dada su indefensión connatural absoluta. ¿Cómo neutralizar una capacidad defensiva inexistente? ¿Cómo asegurar una ejecución ya inevitable por naturaleza biológica? La fórmula legal se autodestruye sistemáticamente ante la indefensión biológica inevitable del menor, exigiéndose una nueva redacción del precepto para no vulnerar el principio de legalidad.

Por último, el art. 25.2 CE impone al legislador penal un mandato constitucional expreso: las penas privativas de libertad deben orientarse hacia la reeducación y reinserción social del condenado, de modo que el castigo por sí solo no constituye un fin legítimo suficiente

del sistema punitivo. El legislador de 2015 diseñó la PPR como respuesta a una percepción social de gravedad extrema, pero no articuló los mecanismos de revisión con la densidad suficiente para garantizar que la reinserción sea real. El resultado es una pena que, en la práctica, funciona como cadena perpetua encubierta para un perfil de cuya peligrosidad futura real dista de la que justificaría un encierro indefinido. La revisión a los 25 años se ha convertido en un trámite formal que rara vez libera, vaciando el mandato constitucional de reeducación.

Por todo ello, la calificación de homicidio agravado del art. 138.2.a) CP con hiperagravación del art. 140.1.1ª CP por razón de edad no solo responde directamente a la pregunta de investigación que ha guiado este trabajo, sino que constituye la única solución respetuosa con el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y el sistema escalonado de la LO 1/2015. Sustituir la expansión jurisprudencial controvertida de la alevosía por esta calificación garantiza una aplicación literal, sistemática y coherente del Código Penal.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **1. LEGISLACIÓN**

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm 281, de 24 de noviembre de 1995)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

### **2. JURISPRUDENCIA**

#### Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 66/1985, de 23 de mayo (BOE num. 134, de 5 de junio de 1985. ECLI:ES:TC: 1985:66).

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 65/1986, de 22 de mayo (BOE num. 144, de 17 de junio. ECLI:ES:TC: 1986:65)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 60/2010, de 7 de octubre. (Ref. BOE-A-2010-16548.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 169/2021, de 6 de octubre (Ref. BOE-A-2021-18372)

#### Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 193/2005, de 10 de febrero.  
[ECLI:ES:TS:2005:777]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 223/2005, de 24 de febrero.  
[ECLI:ES:TS:2005:1177]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 613/2006, de 1 de junio. [ECLI:ES:TS:2006:3989]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 978/2007, de 5 de noviembre [ ECLI:  
ES:TS:2007:7809]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 657/2008, de 24 de octubre [ECLI:  
ES:TS:2008:5939].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 893/2012, de 15 de noviembre [ECLI:  
ES:TS:2012:7331].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 459/2013, de 28 de mayo [ECLI:  
ES:TS:2013:2922].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 227/2014, de 19 de marzo [ECLI:  
ES:TS:2014:1114].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 80/2017, de 10 de febrero [ECLI: ES:TS:2017:455]

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 462/2021, de 27 de mayo [ECLI:  
ES:TS:2021:2172].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 585/2022, de 14 de junio. [ECLI:  
ES:TS:2022:2351].

Sentencia del Tribunal Supremo núm 938/2022, de 1 de diciembre de 2022.  
[ECLI:ES:TS:2022:4430].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 36/2023, de 26 de enero. [ECLI:TS:2023:219].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 782/2024, de 19 de septiembre [ECLI: ES:TS:2024:4505].

### 3. OBRAS DOCTRINALES

Alonso Álamo, M. (2023). ¿Es la muerte de un niño siempre alevosa? Crítica a una persistente doctrina jurisprudencial. A propósito de la STS 585/2022, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2022:2351). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 25(r1), 1-13.

Álvarez García, F. J., & Arturo Ventura Püschel. (2024). Tratado de Derecho Penal. Parte Especial (I) Delitos contras las personas 4a Edición. (pp.59-203). Consultado en Tirant lo Blanch.

Daunis Rodríguez, A. (2013). La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10, 65-114.

Fernández Bermejo, D. (2020). Algunas propuestas de lege ferenda para la inhumana pena de prisión permanente revisable. *Revista de Estudios Penitenciarios*, 262, 137-168.

García Valdés, C. (2001). Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54, 27-42.

Gracia Martín, L., & Vizueta Fernández, J. (2007). Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y Jurisprudencia., pp. 120-174. Consultado en Tirant lo Blanch.

- Lascuraín Sánchez, J. A. (2022). La insoportable levedad de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la prisión permanente revisable. *Revista General de Derecho Constitucional*, 36, 1-45.
- López López, C. I. (2019). La especial vulnerabilidad de la víctima en el delito de asesinato. Análisis de la sentencia del TS 716/2018, de 16 de enero de 2019. En *Actas del XX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal* (pp. 1-13). Universidad de León.
- Muñoz Conde, F. (2024). Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella. *Revista penal*, 54, 169-177. Consultado en Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (con la colaboración de López Peregrín, C.). (2023). *Derecho Penal. Parte especial 25ª Edición*. (pp. 27-68). Consultado en Tirant lo Blanch.
- Molina Blázquez, C. (2022). *Derecho Penal. Parte General*, 1.ª ed. Tecnos.
- Ríos Martín, J. C. (2013). *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. (pp. 154-157). Tercera Prensa.
- Garrocho Salcedo, A. M. (2024). El asesinato de personas constitucionalmente indefensas: una propuesta para una interpretación razonable del asesinato hiperagravado del artículo 140.1.1.ª del Código Penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26(06), 1-28.
- Orts Berenguer, E., Guardiola García, J., Vives Antón, T. S., González Cussac, J. L., Ramos Vázquez, J. A., Mira Benavent, J., Souto García, E., Souto, A. M., Iglesias Skulj, A., Gili Pascual, A., Llabrés Fuster, A., Cervelló Donderis, V., Vidales Rodríguez, C., Jiménez, B., González Collantes, T., Faraldo Cabana, P., Vázquez Portomeñe Seijas, F., Roig Torres, M., Mira Rodríguez, C. S., & Brandariz García,

J. A. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. (pp. 439-460). Consultado en Tirant Lo Blanch.

Varona Gómez, D. (2022). Quo vadis T.C.? Sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable (PPR). STC 169/2021. InDret, (1), i-xv. <https://indret.com/quo-vadis-t-c/>

#### **4. RECURSOS DE INTERNET**

Pérez Royo, J., «Cadena perpetua», *El País*, 20 de febrero de 2009 (disponible en [https://elpais.com/diario/2009/02/20/andalucia/1235085727\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/02/20/andalucia/1235085727_850215.html); última consulta 18/03/2026)-