

El dolo eventual en el asesinato

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Profesor Titular de Derecho Penal.
Sevilla

I. INTRODUCCION

El concepto de asesinato ha ido restringiéndose paulatinamente en la Codificación penal española. De la relación de ocho elementos típicos específicos con que contaba en el Código penal de 1848, sólo conserva en la actualidad cinco y en la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1985 (PANCP) tan sólo tres. Esta misma tendencia se aprecia igualmente desde una perspectiva sistemática. El capítulo independiente del Código de 1822 (1) se perdió en el 1848, manteniendo, sin embargo, una posición destacada dentro del artículo 324, de forma que el homicidio que se regulaba en el mismo precepto recibía un tratamiento aparente de asesinato privilegiado. En la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal, por primera vez, el asesinato pierde su sustantividad y se convierte —al menos, así se desprende del tenor literal— en una forma de homicidio (Tit. I, «Del homicidio y sus formas»). El incremento de la pena introducido con la Reforma de 1983 para compensar la abolición de la pena capital, pasando a ser el delito más gravemente castigado dentro de los delitos contra la vida, denota también una voluntad restrictiva en el legislador. Si bien ha producido el efecto contrario, ya que al convertirse en el delito más grave, los casos de parricidio, concurriendo además una de las circunstancias del asesinato, deberán castigarse por el artículo 406 en aplicación de las reglas de preferencia del concurso de Leyes (2).

(1) En el Código de 1822 el asesinato aparece descrito con un abundante casuismo. Algunas de las circunstancias recogidas en los artículos 602 y 609 adquieren unas dimensiones muy amplias en comparación con los Códigos posteriores. Tal es el caso del ensañamiento que puede suceder a la muerte, la alevosía que concurre cuando el asesinato provoca una riña o la muerte como medio para cometer otro delito que se aprecia cuando ésta tiene como móvil castigar la resistencia de la víctima.

(2) Doctrina y jurisprudencia han ofrecido soluciones distintas a este problema. Mientras que la doctrina mayoritariamente se inclina por la solución del texto (vid., por todos, CARBONELL MATEU: *¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes?*, en «ADFCP», 1986, pp. 993 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La relación concursal parricidio-asesinato, después de la Reforma de 1983*, en «Estudios Penales y Crimino-

Pero si importantes en este tendencia son todas estas modificaciones, aún más lo son la evolución doctrinal y jurisprudencial. Casi todas las circunstancias se han visto sometidas a una reformulación restrictiva. La alevosía que originariamente se concibió como una circunstancia objetiva, tanto por la doctrina (3) como por la jurisprudencia (4), se reconoce hoy como mixta, en la que se perfila el carácter subjetivo (teleológico) de la propia dinámica modal (5).

La doctrina, por su parte, crítica con razón la asentada tesis jurisprudencial que considera siempre alevosa la muerte del menor, que a su vez es una contradicción con la naturaleza mixta que sustenta el Tribunal Supremo. Se cuestiona incluso la coherencia de incluirla entre los elementos específicos del asesinato (6), pues como apuntan Cobo/Carbonell (7) nada hay que justifique agravar la pena de quien procura tomar las medidas necesarias para asegurar el resultado y evitar riesgos, alejados ya los planteamientos caballescicos de valentía y traición de otras épocas. La alevosía tiene unas raíces primitivas que soportan con dificultad su confrontación con los resultados de las investigaciones modernas sobre la conducta humana.

Por lo demás, es difícil de diferenciar la alevosía del abuso de superioridad, ya que ni el ámbito de los delitos a los que se aplica (8), ni la mayor o menor intensidad preventiva frente a la defensa de la víctima (9), ni el carácter transitorio o permanente de la superioridad (10) son criterios suficientemente fundamentados o que por

lógicos», T. X, Santiago de Compostela, 1985-1986), el Tribunal Supremo no ha aplicado el artículo 68 porque «ello supondría desmenbrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy privilegiada, como es el parricidio, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados» (SSTS de 4-3-86 y 29-9-86). No obstante, más recientemente, el propio Tribunal Supremo considera «que no debe olvidarse» la opinión de la doctrina que conduce «a una solución satisfactoria» aplicando el artículo 68 (STS de 31-10-87).

(3) Cfr. PACHECO, F.: *Código penal*, T. I, 4.ª ed., Madrid, 1880, p. 218. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870*, T. I, Burgos, 1872, p. 379.

(4) STS de 27-5-49.

(5) «La alevosía, señala la STS de 22-6-87, es una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente objetiva. Empleo de medios, modos o formas en la ejecución que en cuanto "tienden" a asegurarla y a asegurarse el delincuente contra la defensa del ofendido incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad.»

(6) CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 546.

(7) COBO-CARBONELL, en COBO DEL ROSAL y otros: *Derecho penal*, PE, vol. I, Valencia, 1987, p. 528.

(8) GROIZARD: *Op. cit.*, p. 407.

(9) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho penal español*, PG, Madrid, 1985, p. 731. En el mismo sentido STS de 27-3-81.

(10) BACIGALUPO, E.: *Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal*, en «Documentación Jurídica» (monográfico), vol. I, núms. 37/40 (1983), p. 322.

sí solos puedan justificar la considerable diferencia de gravedad de pena que origina la concurrencia de una u otro.

También, y en relación con la alevosía, el Tribunal Supremo viene exigiendo su presencia a lo largo de la totalidad de la agresión (STS de 8-5-1981). Esta exigencia, que sin duda limita el ámbito de aplicación del asesinato alevé, carece, a nuestro juicio, de otro fundamento lógico que no sea esta tendencia restrictiva que venimos indicando. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1979 declara que no concurre alevosía cuando entre la víctima y la procesada se produjo previamente una reyerta a lo largo de la cual la víctima fue golpeada hasta perder el conocimiento, situación aprovechada por el autor para estrangularla. Nada dice el artículo 406 de cuál ha de ser el origen de la indefensión de la víctima, y, en consecuencia, si hay alevosía cuando ésta se debe a motivos ajenos a la conducta del asesino (por ejemplo, porque la víctima se halla dormida), mucho más debiera considerarse cuando es el propio autor el que provoca la indefensión, bien porque éste lo haya buscado de propósito y entonces dicho comportamiento formaría parte del tipo del artículo 406, bien porque haya sido anterior y fortuita, y en este caso con el estado de indefensión, aún no se habría iniciado la conducta criminal.

Mucho más inexplicable resulta esta posición jurisprudencial si tenemos en cuenta que en los casos inversos en los que los medios alevosos aparecen al principio de la ejecución, pero resultan frustrados por la propia víctima, se aprecia la alevosía (STS de 31-1-85).

Otra de las circunstancias que ha evolucionado restrictivamente, provocando la disminución del ámbito del asesinato, es la premeditación que, en palabras de Antón Oneca, comenzó como un criterio cronológico, pasó por el ideológico y terminó en el psicológico, o más bien, por la acumulación de los tres (11). También en esta ocasión se ha cuestionado la conveniencia de introducir la premeditación conocida como elemento cualificante del asesinato. Bien porque puede concurrir junto a móviles de conmiseración hacia la víctima, en casos de eutanasia activa o auxilio al suicidio (12), bien por las dificultades de prueba objetiva e inmediata del Juez (13).

(11) La premeditación se consideró durante mucho tiempo como la más importante de las circunstancias de agravación (cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A.: *Homicidio y asesinato*, Madrid, 1964, p. 179). Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha resistido en las últimas décadas a apreciarla salvo en contadas ocasiones en que su presencia resulta indubitada. Así, por ejemplo, la S. de 20-1-65, no aprecia premeditación aunque el autor de la tentativa de asesinato con explosivos había planeado y meditado su conducta delictiva. Esta evolución ha debido de pesar también finalmente para excluirla de los elementos cualificantes.

(12) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho penal. PE. Delitos contra las personas*, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1987, p. 68.

(13) TORIO LÓPEZ, A.: *Estudio de la Reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)*, en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal», Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 110.

Finalmente, dentro de esta tendencia restrictiva, parte de la doctrina a través de la interpretación del artículo 407 ha excluido del asesinato la comisión por dolo eventual. Es a esta última cuestión a la que nos vamos a referir básicamente en este trabajo, ya que permite plantear a su vez la propia crisis de esta modalidad dolosa.

Como ha apuntado, con razón, Torío (14), del estudio de la evolución histórica y de Derecho comparado se desprende inexorablemente la conclusión de que el asesinato es un producto de la Ley que viene, en definitiva, a permitir técnicamente el agravamiento de la pena. El homicidio constituye la modalidad ontológica de lesión contra la vida, en tanto que el asesinato muestra una inestabilidad y versatilidad derivada de valoraciones socio-culturales. En esta misma dirección señalaba Liszt que no era la pena de muerte la que se justificaba en el asesinato, sino a la inversa, el asesinato en la pena de muerte (15), de tal forma que la abolición de la pena capital va unida a la desaparición del asesinato.

El hecho, aunque sorprendente, no es ajeno tampoco a nuestra evolución legislativa. Los momentos en los que fue abolida la pena capital coinciden con un debilitamiento de la autonomía de este delito. En el Código penal de 1928 el asesinato había tenido un apartado independiente coincidiendo con la asignación tradicional de la pena de muerte, pero poco después, el Código republicano, a la vez que abole la pena capital, elimina el capítulo del asesinato y regula el delito dentro del homicidio tal como se encuentra en la actualidad.

Y vuelve a producirse hoy un fenómeno parecido en relación con la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983 en donde, como ya señalé, el asesinato aparece como un subtipo cualificado de homicidio.

Todas estas circunstancias han favorecido una corriente doctrinal contraria a la regulación actual del asesinato. Esta crítica se ha dirigido en Alemania, sobre todo, contra la pena de prisión perpetua, que prevé el parágrafo 212, por su dudosa constitucionalidad, pero también contra algunas de sus circunstancias características (16).

La jurisprudencia de este país ha aplicado en ocasiones la teoría de la corrección negativa del tipo (17). De esta forma, las circunstancias tienen sólo un significado indiciario, siendo preciso para la imputación por este delito además la presencia de una reprochabilidad del hecho especialmente grave en una valoración de conjunto.

(14) TORIO: *Op. cit.*, p. 103.

(15) Cita tomada de TORIO: *Op. cit.*, p. 95.

(16) Cfr. ARZT: *Die Delikte gegen das Leben*, en «ZStW», 83,1. Woesner *Moralisierende Mordmerkmale*, NJW 1978, 1024; BVerfG 21-6-77.

(17) Cfr. ARZT: *Op. cit.*, p. 7. RUDOLPHI-HORN y otros: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, BT 1976, párr. 211, Anm. 6. SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch*, München, 1980, 20 Aufl., par. 211. Rdn 10; BGHSt 9, 385, 389, 11, 139, 143.

En otros países se ha avanzado aún más en esta dirección y el asesinato ha desaparecido en su morfología tradicional. Tal es el caso del Código penal suizo (18) y sobre todo de Austria. En nuestro país, y en lo que se refiere al Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983, comparativamente, cabe apreciar una sustancial evolución con una marcada tendencia a convertir el delito autónomo en un delito circunstanciado. El primero de los textos apenas si introduce algunas modificaciones reseñables en relación con el Código vigente (19), sin embargo, a la vista de que las dos enmiendas más importantes que se presentaron contra el artículo 156 proponían la reducción de las circunstancias (20), en la Propuesta de Anteproyecto para un Nuevo Código Penal de 1983, el asesinato quedó redactado con sólo tres de aquéllas —alevosía, precio, recompensa y promesa u otros móviles singularmente abyectos o fútiles y ensañamiento— (art. 140), y bajo el epígrafe «Del homicidio y sus formas» (Tít. I). Por lo que se refiere a la doctrina, hay quienes, como Bacigalupo (21) o Torío (22), han propuesto en sendos trabajos también, reducir los elementos cualificantes. Este último se muestra partidario de la supervivencia, justificándola por razones simbólicas, porque «destaca de forma más intensa el valor e intangibilidad de la vida humana». Por su parte, Cobo del Rosal y Carbonell (23) mantienen la opinión de que todos los elementos cualificantes comportan un mayor reproche, es decir, una mayor culpabilidad. Este reproche ético y no jurídico adquiere una relevancia inusual en la determinación de la pena de este delito, llevando aquélla por encima del marco punitivo del injusto que le correspondería y que no es otro que el de homicidio. Por esta razón, según estos autores, desde la función protectora de bienes e intereses que en un Estado Social y Democrático de Derecho al Derecho penal compete, no es deseable la existencia de un tipo autónomo de asesinato.

A nuestro juicio, el debate de *lege ferenda* sobre la conveniencia o no de mantener un tipo autónomo es poco relevante, salvo por

(18) LANGE, R.: *Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes*, en «Festschrift für H. Schröder», München, 1978, p. 224.

(19) En el Proyecto de 1980, al precio, recompensa y promesa se añaden otros móviles abyectos o fútiles confirmando la naturaleza subjetiva de estas circunstancias. Otras modificaciones menos importantes son la reordenación de las circunstancias catastróficas para ponerlas en el mismo orden que tienen como circunstancias genéricas (art. 28.5) y la desaparición del adjetivo «conocida» que acompañaba a la premeditación desde el Código de 1850.

(20) Al texto original del Proyecto se presentaron cinco enmiendas —dos del grupo socialista, una comunista y dos del grupo vasco—. Estas últimas se referían a mejoras en la redacción de las circunstancias 4.ª y 5.ª Una de las del grupo socialista proponía atenuar la pena y la otra, así como la del grupo comunista, reducían el número de las circunstancias.

(21) BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 330.

(22) TORIO: *Op. cit.*, p. 113.

(23) COBO DEL ROSAL/CARBONELL: *Op. cit.*, p. 526.

sus consecuencias para determinar la pena (24). Por una parte, porque una y otra solución —delito autónomo o circunstanciado— permiten técnicamente incrementar la pena en determinados casos que es a fin de cuentas lo que se pretende, y, por otra, porque el delito circunstanciado o el tratamiento genérico acudiendo a la calificación de los hechos como homicidio con una agravante genérica no tiene porqué significar un debilitamiento de la protección penal de la vida, o, al menos, dicho argumento sólo podría esgrimirse en base a investigaciones empíricas que aún están por hacer.

II. EL TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO

El asesinato no se ha castigado nunca en comisión imprudente, posibilidad excluida por razones de carácter morfológico y, sobre todo, criminológico. Las razones de mayor peso, no obstante, se derivan, a nuestro juicio, más de argumentos histórico-culturales que propiamente jurídicos, ya que, como hemos indicado, el asesinato es un homicidio con determinadas circunstancias referidas casi todas a la modalidad comisiva. Hay que acudir entonces a otros argumentos más allá del propio Código penal. La asignación tradicional de la pena capital a este delito o la imagen del asesino bien definida para la criminología clásica, parecen poco acordes con la actuación en comisión culposa. Como señala V. Henting: «La problemática del asesinato reside en que no se agota con el hecho objetivo de la destrucción de la vida, con los medios y motivos reprochables o en un dolo más o menos intenso. El asesinato tiene una serie de referencias arcaicas e irracionales con la vida anímica del hombre» (25).

Más discutible es la posibilidad de castigar por asesinato la muerte de una persona ocasionada con dolo eventual. Las distintas posiciones doctrinales varían por lo general dependiendo del criterio seguido en relación con la naturaleza jurídica de los elementos cualificables, de la autonomía del asesinato y también de la estructura del dolo eventual. En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, aunque esta última sin llevarlo a sus últimas consecuencias, entienden que el asesinato es un delito autónomo del homicidio. Para quienes sustentan la opinión contraria, no hay inconveniente en aceptar el dolo eventual e incluso, la comisión culposa siempre que en relación con las circunstancias se cumplan los requisitos genéricos del artículo 60 (26).

(24) En el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pp. 58-59.

(25) *Estudios de Psicología Criminal*, T. II. *El asesinato*, trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1960, pp. 15-16.

(26) A favor de considerar el asesinato como homicidio cualificado se inclina FERRER SAMA (*Comentarios al Código penal*, T. IV, 1.ª ed., Madrid, 1956, pp. 256 y ss.) en base a consideraciones estrictamente legales. Según este autor el asesinato fue autónomo en el Código de 1870, «al figurar en otro capítulo».

A favor de la sustantividad del asesinato se han esgrimido argumentos formales tales como el mantenimiento del *nomen iuris* o la propia diferenciación típica, razones históricas y también de carácter sustantivo, considerando que la concurrencia de los elementos cualificantes significan un incremento de la antijuricidad o un mayor reproche del autor. Finalmente, se han apuntado también importantes razones criminológicas, hoy menos utilizadas, tales como las realidades biosíquicas y sociológicas de los asesinos (27).

A nuestro entender el asesinato es en efecto un delito autónomo, pero lo es tan sólo por voluntad del legislador, que ha planteado la norma, en la descripción de la conducta y en la asignación de la pena, como una norma autónoma del homicidio. En su significado material, los mismos elementos cualificantes hubieran producido el mismo efecto aun valorándose como circunstancias genéricas. Por estas razones no se alcanza a comprender las distintas consecuencias jurídico-penales —sobre todo en la participación— que se dan en uno u otro caso y quizá también ahí haya que buscar la justificación de que el Tribunal Supremo, en ocasiones, aun aceptando la tesis del delito autónomo para el asesinato, no tenga inconveniente de aplicar el artículo 60 pensado exclusivamente para las circunstancias (28).

Desde esta perspectiva entiende Quintano que el carácter cualificante de las circunstancias exige de un dolo específico (o reduplicado), «lo que imposibilita en absoluto las calificaciones culposas del asesinato y en buena doctrina también las de dolo eventual y de mero resultado» (29). Esta posición es, sin embargo, matizada por el propio autor unas páginas más adelante, señalando que el dolo eventual sólo quedaría inicialmente excluido cuando se entiende por tal los supuestos tipificados *ex lege* a modo de delito cualificado, pero no, en cambio, entendidos como «probabilidad consentida», en cuyo caso no hay dificultad mayor en admitir su posible adecuación al asesinato (30).

Más recientemente, Muñoz Conde (31) ha defendido la imposibilidad de calificar unos hechos como asesinato si sólo concurre dolo eventual. Entiende este autor que la tesis contraria conduciría irremediablemente a la inaplicación de los supuestos delictivos de los artículos 547.4 y 548. En efecto, en ambas modalidades de incendio se requiere un peligro para una o varias personas, si bien con un tratamiento distinto, ya que el artículo 548 exige que el autor sepa que dentro del edificio, aeronave o buque se hallaban una o más personas, en

(27) Cfr. v. HENTING: *Op. cit.*, *passim*.

(28) ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1982, p. 213.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la parte especial de Derecho penal*, T. I, vol. 1.º, Madrid, 1972, p. 245.

(30) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 248.

(31) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, PE, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 29.

tanto que para el artículo 547 no aparece como necesaria esa relación intelectual, siendo suficiente la presencia material en el teatro, la iglesia u otro edificio destinado a reuniones, de una concurrencia numerosa de personas (32). Según esta tesis, si no llega a producirse la muerte, se castigará sólo por uno de estos dos preceptos y, en caso de producirse aquélla bien sea con dolo eventual, bien imprudentemente, la calificación correcta sería la del concurso ideal con el homicidio doloso o culposo (33).

Para evitar la ruptura de la unidad delictiva del asesinato, Muñoz Conde aplica el principio de comunicabilidad absoluta entre los distintos modos de comisión y, por tanto, lo que no es posible para el asesinato por medio de incendio no lo es tampoco para el resto de las modalidades del artículo 406. Sin embargo, de esta solución se derivan irremisiblemente una serie de graves incongruencias punitivas. En primer lugar, como apunta Bajo Fernández (34), carece de explicación que el incendio de un edificio cuando se halla en su interior una concurrencia de personas con dolo eventual (o incluso, imprudencia) respecto de la muerte, si se llega a producir ésta, se castigue con la pena de reclusión mayor en su grado máximo (concurso ideal entre el art. 547.4 y el 407 ó 565) mientras que si el medio comisivo no fue el incendio, sino la inundación, la pena sería de reclusión menor en grado máximo (concurso ideal entre el art. 554 y el 407 ó 565). La misma incongruencia resulta en la calificación del envenenamiento de una fuente, una cisterna o un río (art. 347) o del medio ambiente (art. 347 bis) con resultado de muerte producida con dolo eventual o imprudencia. En uno u otro caso habría de castigarse con reclusión menor (art. 348), mientras que tratándose de un incendio, la pena sería —como hemos visto— reclusión mayor en grado máximo.

Por otra parte, en el delito de tortura se privilegiaría al funcionario o autoridad que en el curso de una investigación policial produjese a consecuencia de las violencias sobre el detenido, la muerte con dolo eventual —supuesto por lo demás sumamente frecuente en este delito—. De excluir el asesinato con esta modalidad dolosa, la pena sería la de reclusión menor en grado máximo (art. 407 en relación

(32) POLAINO NAVARRETE, M.: *Delitos de incendio en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1982, p. 102.

(33) La misma solución ha adoptado el Tribunal Supremo. Vid. STS de 15-6-81 ó 24-2-72. En la primera de ellas referida al incendio de la sala de variedades «Scala», de Barcelona, señala el Supremo que el concurso entre el delito de incendio y el homicidio u homicidios con dolo eventual o imprudencia —de existir dolo directo se castigaría por asesinato— tiene la «ventaja de que no prima al delincuente que ha determinado uno o más fallecimientos y no permite establecer el agravio comparativo con quien realiza la misma conducta y no ocasiona fallecimiento alguno». Pero la solución adoptada por estas sentencias no sería la única que evita favorecer al autor cuando se produce la muerte, tampoco se primaría a éste si el dolo eventual respecto a los fallecimientos se castigara por el delito de asesinato.

(34) BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 62.

con el 204 bis), sin poder contemplar la alevosía o el ensañamiento que concurren en la tortura.

En otro orden de cosas y en relación con los artículos 547.4 y 548, no debe olvidarse que nos encontramos ante delitos patrimoniales sin enriquecimiento cuya acción consiste en incendiar y el resultado es la combustión o prendimiento de la cosa y que, por otra parte, el dolo es conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal, luego el dolo del delito de incendio no puede consistir en querer —aunque sea eventualmente— la muerte de una persona. Estaríamos creando un tipo delictivo nuevo que no se corresponde ni con el artículo 547.4 ni con el 548. Cabría aún entender la expresión «sabiendo que dentro se hallaban una o más personas», como un elemento subjetivo del injusto, concretamente como una actitud interna trascendente, pero ello tampoco es posible porque estos elementos acentúan el aspecto volitivo mientras que aquí el legislador sólo parece interesado por la concurrencia de una relación cognitiva sobre una determinada circunstancia: la presencia de personas en el interior.

Todos estos supuestos hallarían una solución más ajustada de aceptar la posibilidad del asesinato con dolo eventual. Además, tampoco llevaría a un vaciamiento de los tipos delictivos de los artículos 547.4 y 548, ya que se incriminarían allí los casos de incendio con muerte imprudente como parece ser la voluntad del legislador, que requiere sólo del conocimiento por el autor de la presencia de un grupo de personas en el lugar del incendio, es decir, según la tesis dominante en la doctrina, sólo culpa con representación (teoría de la probabilidad).

En todo caso es discutible que las dificultades de aplicar el dolo eventual en una modalidad de asesinato de escasa significación histórica, criminológica y en Derecho comparado como es la muerte por medio de incendio, puede por sí sola justificar que se haga extensiva esta limitación al resto de los modos de comisión del delito. De ahí que el propio autor la respalde considerando difícil de admitir el dolo eventual en el asesinato, «porque las circunstancias mencionadas en el artículo 406 exigen claramente la intención de matar» (35).

Este mismo argumento emplean Cobo y Carbonell para quienes las circunstancias del asesinato son incompatibles con el dolo eventual, ya que requieren, «en todo caso, un conocimiento y voluntad plenos por parte del autor» (36).

El problema se centra, pues, en saber si los elementos específicos de este delito lo hacen incompatible con el dolo eventual. O dicho en otros términos, si la relación asociativa de las circunstancias y el resultado muerte son tan estrechas que no permitan diferenciar entre

(35) MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 29.

(36) COBO/CARBONELL: *Op. cit.*, p. 531. En el mismo sentido, Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal*, PE, Madrid, 1985, p. 50.

un dolo directo referido a éstas y eventual para aquél. La aclaración de estos extremos por sí solo no significa, sin embargo, encontrar una solución adecuada desde una perspectiva político-criminal. Junto al análisis de los presupuestos conceptuales del dolo eventual y sus dificultades para concurrir en el asesinato, deben valorarse las consecuencias jurídico-penales de una u otra posición. Los elementos específicos del asesinato y no el dolo directo o eventual deben justificar el efecto intensificado que producen en la pena. Téngase en cuenta que una muerte con auxilio de gente armada (art. 10.13) con nocturnidad (art. 10.13) o realizada con astucia o fraude (art. 10.7) se castiga como homicidio simple con penas que van de catorce años y ocho meses a veinte años (art. 61.2), mientras que el mismo resultado con alevosía u otra circunstancia del artículo 406, podría elevar la pena hasta veintiséis años y ocho meses (art. 61.4). Bien es cierto que, tal como apunta Torio (37), la pena de muerte asignada tradicionalmente a este delito, le daba un carácter cualitativo diferente, el mismo que existe entre la pena capital y la privativa de libertad, y que, sin embargo, hoy, tras su abolición, sólo se trata de una pena cuantitativamente superior. Pero esta observación no contradice la particular intensidad que adquieren aquí un grupo de circunstancias agravantes genéricas. De esta manera, la cuestión parece plantearse más que (o la vez que), en los términos de posibilidad, en los de conveniencia de incluir el dolo eventual en el asesinato.

Queda pues aclarado que la forma en que debe castigarse la comisión con dolo eventual es una cuestión ajena al tipo específico del asesinato, es decir, determinar si realizar una conducta con un conocimiento eventual merece el mismo castigo que cuando existe un conocimiento seguro y una voluntad de lesionar un bien jurídico, es una cuestión valorativa y que deberá plantearse no sólo en relación con este delito, sino como un problema de parte general.

Comenzaremos entonces analizando si la estructura lógica del asesinato posibilita la solución de la compatibilidad. El dolo eventual estaría excluido del asesinato como de cualquier otro delito si el legislador hubiere introducido en la descripción típica un elemento equivalente a la finalidad, entendida ésta como «voluntad regida por la representación de la meta que conduce a ésta a los hechos» (38).

Así ocurre con cláusulas como «de propósito» en los delitos de castración y esterilización (art. 418) o mutilación de órgano principal (art. 419) o como «a sabiendas» en la prevaricación (art. 351). De igual forma se excluiría aquél cuando uno de los elementos de delito, bien pertenecientes al injusto o la culpabilidad tenga una relación asociativa con el dolo directo que haga necesaria su concurrencia. Tal es

(37) TORIO LÓPEZ: *Op. cit.*, p. 112.

(38) JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho penal*, T. I, trad. Mir-Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 410.

el caso, por ejemplo, del «instinto asesino» («mordlust») en Alemania, o el ánimo de ocultar por medio de la muerte de una persona determinado delito en donde aquélla aparece no como una consecuencia, sino como un medio (39), o en nuestro Código, la premeditación.

A nuestro juicio ni la identidad de la pena, ni la ubicación conjunta de todas las modalidades de asesinato justifican suficientemente que puedan hacerse intercambiables los requisitos necesarios para cada uno de los supuestos. Los únicos elementos comunes son aquellos que expresamente ha recogido el legislador al comienzo del artículo 406 y que coinciden con el homicidio: «el que matare a una persona». Por lo demás, la autonomía es completa ya que cada elemento añade un particular significado jurídico penal a la acción sin el cual la intensidad del desvalor desaparece. Significado del que se derivan en cada caso unos elementos específicos. Aunque recogidos en un mismo precepto, no sería incongruente hablar en plural de los delitos de asesinato y renunciar a otros elementos comunes que no sean el propio resultado de lesión contra la vida. Por esta razón, debe rechazarse una solución común para todos los supuestos de asesinato y analizar, en cambio, por separado, la problemática que plantea la incardinación de cada uno de dichos elementos en el injusto básico de homicidio.

III. TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO ALEVOSO

—Alevosía. Indistintamente como circunstancia genérica o elemento del asesinato se entiende que concurre alevosía «cuando el culpable comete el delito 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» (art. 10.1) (40). La alevosía se considera como una circunstancia objetiva-subjetiva, si bien en sus orígenes predominaba esta segunda naturaleza, porque tenía una fundamentación eticista, entendiéndose por una interpretación sintomática que determinados comportamientos que provocan o se aprovechan de la indefensión de la víctima denotan un especial grado de vileza, traición o engaño en la personalidad del autor.

Aunque nada ha cambiado en el contenido legal de esta circunstancia, cuya redacción evoca sin lugar a dudas la imagen literaria del asesino y permite una interpretación subjetivista, parece lógico buscar una coherencia entre los supuestos generales del sistema penal y los tipos singulares de la parte especial y huir, en consecuencia,

(39) SCHÖNKE-SCHRÖDER: *Op. cit.*, pág. 211, Anm. 10.

(40) En este sentido también la Jurisprudencia. Cfr. STS de 9-3-70.

de semejantes interpretaciones, que se basan en el principio de peligrosidad individual del autor (41).

Más problemática ha resultado la reelaboración de los contenidos de sus vertientes objetiva y subjetiva, debido, sobre todo, a que los calificativos objetivo y subjetivo se emplean con significado en ocasiones diverso, a veces para diferenciar lo que corresponde al injusto —objetivo— o la culpabilidad —subjetivo— y, a veces, este último para hacer referencia a un elemento tendencial o volitivo en el autor frente al sustrato fáctico. Así, por ejemplo, Cuello Calón entiende que la alevosía es subjetiva, es decir, es un elemento de la culpabilidad caracterizado por una mayor perversidad del delincuente (42). También para Cobo-Vives la razón de ser de esta agravante se encuentra en la «actitud traicionera» del delincuente (43), la misma opinión sostiene Del Rosal (44). Entre quienes la sitúan en el ámbito del injusto existe también disparidad de opiniones, ya que para unos la alevosía se funda en el aseguramiento de la ejecución sin riesgo, mediante el empleo de medios, modos y formas insidiosas y clandestinas (45) y para otros lo decisivo es que el actuar alevoso crea una situación de indefensión en la víctima. De esta opinión es García Arán (46) para quien mediante la agravación de la alevosía se pretende incrementar la protección de la vida y la integridad de las personas indefensas. Esta diversidad de opiniones no es obstáculo para que de forma generalizada se reconozcan en la alevosía elementos objetivos y subjetivos. Como apunta Antón Oneca (47) es una circunstancia cuya estructura es similar a la de los delitos de tendencia, caracterizados porque la antijuricidad del hecho externo depende de la finalidad perseguida por el agente. En la alevosía, en efecto, no sólo han de concurrir unos medios, formas o modos en la ejecución y el autor ha de tener además conocimiento y voluntad de emplearlo (dolo de alevosía), sino que es precisa la existencia de un elemento subjetivo del injusto descrito por el legislador como tendencia a asegurar la acción evitando la defensa de la víctima. Este elemento excluye por otra parte el empleo imprudente de medios alevosos. Desde esta perspectiva considero más acertada la tesis de quienes ven su *ratio* en el aprovechamiento de unos modos de comisión con idea de economizar el

(41) TORIO LÓPEZ: *Op. cit.*, p. 105.

(42) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, PG, Barcelona, 1975, p. 489.

(43) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, PG, 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 622.

(44) DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español*, PG, vol. II, Madrid, 1972, p. 521.

(45) ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 478.

(46) GARCÍA ARÁN, M.: *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, p. 150. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal*, PG, Barcelona, 1984, p. 418.

(47) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, 2.ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Benítez Merino, Madrid, 1986, p. 386.

riesgo que en la fáctica indefensión de la víctima, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque es el propio texto legal el que exige un elemento tendencial. La segunda, porque se introduce un criterio restrictivo donde el legislador no ha descrito suficientemente el comportamiento punible, sino que se mueve en un plano valorativo.

Ahora bien, ni el elemento subjetivo del injusto ni el dolo de la alevosía condicionan un grado determinado de intensidad dolosa —directo o eventual— en el asesinato. Aquéllos van referidos exclusivamente a unos modos de ejecución. Así, el sujeto actúa alevosamente si se oculta de la víctima para agredirle por sorpresa, aunque no tenga la certeza de que el resultado de su agresión será la muerte de aquél. Con razón apuntaba ya Groizard (48) que no era el resultado de la acción lo dominante para apreciar la alevosía.

En efecto, la alevosía significa un incremento en el desvalor de la acción porque el comportamiento alevoso muestra una mayor capacidad para producir la lesión del bien jurídico, o por la lesión añadida a las relaciones sociales distendidas y pacíficas necesarias para la vida en sociedad y, en definitiva, para el desarrollo de la personalidad. Esta última perspectiva encuentra más partidarios allí donde la alevosía se entiende como el aprovechamiento de la ingenuidad de la víctima (49) o la defraudación de una especial confianza (50).

En el asesinato donde concurre la alevosía podrá combinarse cualquier modalidad de dolo —directo o eventual— en relación con la muerte, pero, sin embargo, en relación con los medios, modos o formas alevosas sólo es posible el dolo directo por la concurrencia del elemento subjetivo trascendente; ello no quiere decir que deba exigirse una preordenación ideal. La alevosía es compatible con la premeditación, como reconoce la doctrina (51), porque para que se aprecie basta que el autor en un determinado momento aproveche determinados medios con la idea de disminuir las defensas de su víctima.

También el Tribunal Supremo ha prescindido de esa relación asociativa y ha indagado en los hechos por separado, el dolo de matar y la actitud interna alevosa, como ocurre en los fundamentos de Derecho de la sentencia de 24 de febrero de 1972, cuyo supuesto fáctico es el siguiente:

«Hallándose las tres mujeres sobre la acera en la confluencia de dos vías urbanas de cierta ciudad conversando descuidadas, el procesado, con la furgoneta que conducía, las embistió a gran velocidad por la espalda, atropellándolas, saliendo despedidas dos de ellas, una por cada lado, arrollando a la del centro, pasándole el vehículo por encima aunque sin ser tocada por las

(48) GROIZARD: *Op. cit.*, p. 385.

(49) Cfr. SCHMOLLER, K.: *Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals «heimtückisch»*, en «ZStW-99» (1987), p. 393.

(50) Blei, Bes. Teil, p. 25; Bockelmann, Bes. Teil, 2, 1977, pp. 14 y ss.

(51) MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 25.

ruedas, sufriendo lesiones todas, descripción que pone de relieve con claridad que hubo un súbito e inesperado acometimiento contra quienes no podían esperarlo inadvertido hasta recibir el golpe por la espalda, sin posibilidad de defensa alguna, limitada en caso a un rápido y difícil apartamiento de la trayectoria seguida por el vehículo automóvil que ni siquiera pudieron intentar por lo ya apuntado, y al margen, desde luego, de todo riesgo para el conductor, ataque que viene siendo calificado como alevoso» (52).

En la misma sentencia, pero en otro considerando, se exponen los argumentos por los que se entiende concurren un dolo directo de segundo grado («dolo de consecuencias necesarias que aparece cuando sin desear un resultado, lo que el sujeto quiere se liga a otro efecto representado como inexorable»). Bastaría, siguiendo la doctrina de quienes excluyen el dolo eventual concurriendo alevosía, con remitirse a las mismas argumentaciones que fueron utilizadas para fundar la presencia de éste. Sin embargo, el discurso del Alto Tribunal muestra unas diferencias bien significativas. El dolo es directo, no porque se intentara evitar riesgos para el conductor en el ataque, sino porque «al acometerlas por la espalda con una furgoneta a gran velocidad, *hubo de representarse* al procesado que el resultado letal que perseguía no podía quedar circunscrito a su cónyuge, mayormente por hallarse en el centro». El dolo es directo, no porque —como indica la STS de 3-3-1986— la alevosía signifique un *modus operandi* que «lleva consigo el aseguramiento de un resultado delictivo», sino por asegurar la ejecución, aunque el autor no se haya representado y deseado un resultado concreto.

Pero además, aún sin ser consciente de ello, el Tribunal Supremo se inclina por las tesis cognoscitivistas del dolo eventual. En relación con las otras dos mujeres se afirma simplemente un dolo eventual porque, como indica la sentencia, «hubo de representarse» el resultado letal, exigencia característica de esta modalidad dolosa y no del dolo directo de segundo grado (de consecuencias necesarias), en donde es preciso que el autor sepa seguro, al menos, que hay una conexión entre el resultado y el desarrollo del suceso. El Supremo se conforma con una eventual representación del resultado y emplea este argumento para fundamentar un dolo directo y no el eventual.

En otras ocasiones, el Supremo no ha tenido inconveniente en castigar por asesinato alevoso con dolo eventual. Una antigua sentencia de 5 de octubre de 1887 califica de doble asesinato alevoso el cometido por quien, llevado por una enemistad envía un paquete-bomba a su víctima, que lo abre en su domicilio en presencia de su esposa y a consecuencia de la explosión se produce la muerte de ambos.

(52) Supuestos de hecho parecidos se recogen también en las SS. de 21-12-68, 9-3-70 y 25-9-70.

Aunque la presencia de la esposa en el despacho donde sucedió la explosión fue imprevisible para el autor y sólo la del marido había sido deseada, el hecho se califica como doble asesinato alevoso. Más recientemente, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse en este mismo sentido. La sentencia de 27 de marzo de 1981 recoge los siguientes hechos probados:

Sobre las 8 horas del día siguiente, el acusado circulaba conduciendo el vehículo de su propiedad, haciéndolo por la derecha y en sentido ascendente se cruzó con la esposa del señor Ramos, que bajaba andando por su izquierda en sentido descendente, acompañada de una cuñada, en cuyo instante tras gritarle «que lo que había hecho no se lo cobrarían sus hijos» —dándole a entender que lo haría ella—, le tiró una piedra de dimensiones ignoradas que dio en la carrocería en la parte trasera derecha de dicho vehículo, que siguió su marcha, pero pocos metros más adelante el acusado dio la vuelta y colocándose en situación, ahora descendente, aceleró la velocidad del vehículo y de manera rápida e imprevisible y con ánimo de muerte, invadió el sector izquierdo de la dirección que llevaba y arremetió contra la víctima cuando ésta se hallaba de espaldas, y le causó lesiones.

La Sala considera que «la muerte fue representada y querida o, al menos, aceptada voluntariamente como resultado posible o eventual por quien se valió para realizar el ataque de un medio mecánico tan poderoso y de efectos —una vez desatada la acción— gravísimos e incontrolables». Se desestima el recurso y se confirma la calificación de los hechos como asesinato alevoso.

El interés del considerando transcrito es doble: por una parte, porque según asentada jurisprudencia, lanzar un vehículo intencionadamente contra la víctima era prueba incuestionable de dolo directo incluso cuando aquélla iba acompañada por otras personas, tal como hemos visto en la sentencia anterior de 21 de febrero de 1972, sin tenerse en cuenta la representación que efectivamente se hizo el autor sobre la conexión de su comportamiento y el resultado lesivo para los acompañantes. Por otra parte, porque la indagatoria de la Sala se detiene en el momento en que se despejan las dudas sobre la opción dolo-culpa, es decir, el resultado según dicho considerando podía ser «posible o eventual», y ello no hubiera modificado la calificación de los hechos como asesinato. En esta ocasión ni tan siquiera plantea al Gobierno el Supremo una propuesta de conmutación de pena, como hizo en circunstancias parecidas (19-12-78).

La desproporción de la pena asignada al delito de asesinato a consecuencia de equiparar el dolo eventual con el dolo directo y no la imposibilidad estructural de calificar unos hechos como asesinato con

dolo eventual ha dado origen a un importante grupo de sentencias en las que se ha optado por calificar los hechos como homicidio, aunque las circunstancias y las propias argumentaciones del Supremo debieron conducir a una calificación bien distinta, y ha dado origen también a una jurisprudencia contradictoria y fluctuante en relación con el dolo eventual. Mientras que en relación con otros delitos el Supremo ha recurrido a criterios como «confiar en la propia destreza para evitar el resultado» (20-12-1978) o «actuar confiando en que el resultado no se produciría» (3-5-1982) para afirmar generosamente la concurrencia de dolo eventual, aun tratándose de características esenciales del actuar imprudente (53), cuando concurre un elemento del artículo 406 procura eludir o bien el propio dolo eventual en favor de la culpa o bien ese elemento para evitar la calificación de los hechos como asesinato. Veamos algunos ejemplos:

En la sentencia de 8 de noviembre de 1962 se castiga como homicidio doloso propinar tras una discusión un golpe violento en la nuca de la víctima que produjo la muerte sin apreciar la alevosía. Tampoco se aprecia ésta en quienes, aprovechando que las víctimas se hallan dormidas, las atacan y taponan las vías respiratorias con cloroformo con la idea de apoderarse ilícitamente de la heroína que portaban resultando la muerte por asfixia mecánica derivada de la obstrucción. El Supremo califica los hechos como homicidio doloso (28-10-1983). En otras ocasiones los argumentos se dirigen contra la concurrencia del elemento subjetivo. Veamos antes cómo dirigir el vehículo contra la víctima se calificaba de asesinato alevoso tanto en relación con ésta como con sus acompañantes. Sin embargo, la sentencia de 25 de septiembre de 1967, califica de imprudencia conducir un autobús sin frenos de pie, sin utilizar el freno de mano, sin guardar las distancias reglamentarias y golpeando por tres veces a un ciclomotor en marcha, el último de los cuales produce la caída del conductor y su atropello mortal. Tampoco aprecia dolo eventual cuando el conductor se acerca el arcén para asustar a unos autoestopistas (STS de 29-6-1979), quizá, como apunta Zugaldía, por tratarse de acciones socialmente adecuadas (54) y también para evitar la irremediable calificación de los hechos como asesinato, aunque, como dijimos antes, la solución para evitar penas desproporcionadas no es negar lo evidente introduciendo confusión en los criterios, sino buscar vías de punición intermedias para cuando concurre el dolo eventual.

Un supuesto paradigmático de estas contradicciones es el caso de la sentencia de 19 de diciembre de 1978. El supuesto de hecho es el siguiente: El procesado observa al entrar en su casa que unos desconocidos están colocando carteles de un determinado matiz político,

(53) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual*, en «ADPCP», 1986, p. 419.

(54) ZUGALDÍA: *Op. cit.*, p. 407. Citando además en nota 31 un trabajo empírico inédito sobre esta cuestión.

sube a ella y desde el balcón-terraza les arroja un balde de agua y un tiesto de maceta vacío con el fin de disgregarlos. Como no lo lograra, sube a la azotea del edificio y desde allí lanza otro balde sin conseguir tampoco su propósito. Luego toma un ladrillo (1.350 gramos) y desiste de lanzarlo desde la azotea porque la cornisa no le permitía buena visibilidad. Baja entonces de nuevo al balcón donde «la iluminación del alumbrado público le permitió ver clara y suficientemente al grupo», y desde allí «con el cuerpo y ánimo en tensión, preparado para esconderse aprovechando el rincón que hacía su balcón, tomó la piedra o ladrillo descrito en su mano izquierda para dirigirlo mejor, puesto que el grupo estaba abajo, en la calle, a unos 13 ó 14 metros a la derecha, saliendo del portal de su casa y dándose entonces, por primera vez, perfecta cuenta de que por el volumen y peso del ladrillo, más la altura en que se encontraba, si atinaba contra alguna persona podía ocasionarle la muerte», resultado que efectivamente se produjo. El Supremo califica los hechos como homicidio con dolo eventual sin tomar en consideración que el autor buscó de propósito modos de ejecución —altura, visibilidad, posibilidad de ocultarse, etc.— tendentes directa y especialmente a asegurarla sin riesgo para su persona por la defensa de la víctima, es decir, alevosamente.

IV. TIPO SUBJETIVO DEL ASESINATO POR PRECIO

La segunda de las circunstancias del asesinato es el precio, recompensa o promesa. En este caso, la asociación de la circunstancia con el resultado parece más evidente que en la alevosía. Así se desprende, al menos, del tenor literal del artículo 406 en donde se castiga «el que matare a otro... 2) Por precio, recompensa o promesa». Sin embargo, si nos atenemos a su fundamento, la solución ofrece aspectos distintos. El precio como circunstancia agravante es para uno de carácter objetivo (55) y para otros tiene un significado personal y subjetivo (56), lo que, como ya hemos apuntado, traducido en otros términos se entiende que para unos es un elemento del injusto y para otros de la culpabilidad (57). Para los primeros, el precio favorece una especial impunidad y dificultad para descubrir a los culpables. El ejecutor del hecho y el instigador muestran mayor peligrosidad porque rompen la «cadena motivacional» que une al inductor y al delito (58). Para los segundos, el incremento de la culpabilidad se

(55) MIR PUIG, S.: *Derecho penal*, PG, 2.^a ed., Barcelona, 1985, p. 571. QUINTANO: *Op. cit.*, p. 276.

(56) BAJO FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, p. 65. COBO/VIVES: *Op. cit.*, p. 622. GARCÍA ARÁN: *Op. cit.*, p. 152.

(57) MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*, en «CPC» 19 (1983), p. 58.

(58) MIR PUIG: *Op. cit.*, p. 576.

debe al ánimo de lucro que inspira al autor de la ejecución o a los móviles abyectos o fútiles (59). Desde esta última posición se encuentran más dificultades para hacer extensiva al instigador el efecto agravante del precio, ya que en él no concurre el elemento subjetivo. Además, de acuerdo con el artículo 60.1, tratándose de una circunstancia subjetiva la incomunicabilidad a otros culpables está fuera de duda. El Tribunal Supremo, aun afirmando la naturaleza subjetiva, no ha tomado en cuenta aquel precepto y en reiterada jurisprudencia ha extendido los efectos tanto al dador del precio como al receptor del mismo (STS 26-2-79 ó 16-3-81, entre otras), si bien para ello ha provocado una excesiva etización de los fundamentos de esta circunstancia, que en consecuencia no podía reducirse al ánimo de lucro. El inductor, se afirma, muestra una «repulsiva cobardía» (STS 20-10-72) y una «depravación moral» (STS 26-2-79) o «inmoralidad o falta de escrúpulo» (STS 15-12-78) (60). Esta formulación del contenido subjetivo de quien actúa por precio concurre sin problemas en el instigador y el autor sin infringir lo establecido en el artículo 60. Las dudas ahora se plantean en determinar si hay siempre una correspondencia entre el hecho de ofrecer una recompensa por cometer un crimen y la «depravación moral». En principio, al menos, no parece posible aventurar tal afirmación, ya que en ocasiones el dador del precio puede estar motivado por conmiseración hacia la víctima —eutanasia activa—, pero siendo incapaz de actuar decide ofrecer una recompensa al autor material (61). De manera que el fundamento ético no necesariamente concurre aún mediando precio y, en consecuencia, tal como opina la doctrina dominante, habría que concluir que la pena se agrava por la presencia única y exclusiva de un ánimo de lucro.

También parece discutible la opinión de quienes defienden el carácter objetivo del precio. De tenerse en cuenta sólo la realidad objetiva del pacto, como pretende Quintano (62), deberíamos castigar por asesinato con precio a quien acepta la recompensa, pero su voluntad criminal se ve determinada por otros móviles o, incluso, a quien defraude al dador dejándose convencer de lo ya convenido para obtener el pago. Por otra parte, el precio no siempre rompe la cadena motivacional facilitando la impunidad y no por eso deja de apreciarse. Se rompe cuando el instigador queda en la sombra, pero no en los casos más frecuentes en los que coopera en la ejecución del hecho.

Así pues, la solución, a nuestro juicio, más acertada es aquella que justifica el precio, recompensa y promesa con el ánimo de lucro que inspira al autor. En comparación con las circunstancias de «móviles abyectos o fútiles» que con frecuencia se emplea en otros orde-

(59) Vid., por todos, COBO/VIVES: *Op. cit.*, p. 623.

(60) Críticamente a esa posición jurisprudencial ANTÓN ONECA: *Op. cit.*, p. 357. ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 654.

(61) ANTÓN ONECA: *Op. cit.*, p. 391.

(62) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 276.

namientos jurídicos (63) el precio resulta ser más estricto y también contiene un sustrato fáctico —el «*pactum sceleris*»— del que carecen aquéllos. Ya hemos señalado las dificultades de hacer comunicable esta cualificación al instigador si su *ratio* es el ánimo de lucro. Dificultades todavía más graves si tenemos en cuenta las consecuencias del artículo 60 concebido sólo para circunstancias genéricas y no para elementos constitutivos del delito. Para encontrar una solución que evite que en unos casos —como agravante— el precio sólo se aplique a la persona en quien concurre (art. 60) y en otros —como elemento típico— se aplique al instigador siguiendo las reglas generales de unidad del título imputado, aún tratándose estructuralmente del mismo elemento, la doctrina ha seguido diversos caminos. Rodríguez Devesa (64) se inclina por la diversidad tal como acabamos de exponer. Para Del Rosal, Cobo y R. Mourullo (65) la solución parte de reformular el concepto de unidad de título, entendiéndolo como unidad de hecho básico —matar a otra persona—; al partícipe sólo se le imputa el núcleo del tipo delimitado por el bien jurídico protegido y en la medida que objetivamente lo realice y subjetivamente lo admita en su voluntad de participación, ciertos elementos periféricos a ese núcleo.

Por su parte, Alonso Alamo (66) llega a conclusiones similares aunque salvando plantearse si el precio es o no un elemento constitutivo o una circunstancia agravante; en ambos casos su fundamento está en el ánimo de lucro y este es un elemento de la culpabilidad subjetivamente concebido que, en consecuencia, sólo debe alcanzar a aquellos culpables en quien concurre.

Las dos posiciones que acabamos de señalar coinciden en lo esencial: la necesidad de buscar una solución unitaria para los dos supuestos. Los caminos empleados son, sin embargo, distintos. Para los primeros todo aquello que no constituye núcleo del tipo aun formando parte de éste sigue las reglas del artículo 60. Para la segunda, se recurre a la naturaleza del fundamento del precio para aplicar idéntica

(63) Los móviles abyectos son recogidos en los Códigos alemán e italiano. Por lo que se refiere a Alemania dentro de ese grupo de elementos que caracterizan una culpabilidad especial, se incluyen el ánimo asesino, la satisfacción de instintos sexuales, la crueldad y como cláusula residual, cualquier otro móvil abyecto. Según el Tribunal Supremo de este país, por móviles abyectos, deben entenderse todos los impulsos del hecho que muestran una especial baja moral o que sean reprobables de acuerdo con los criterios valorativos generalmente aceptados y precisamente por esto sean menospreciables (BGHSt 3, 132). El Código penal italiano aparte de reconocer algunas circunstancias concretas que denotan una mayor culpabilidad se recogen expresamente la comisión del homicidio por móviles abyectos o fútiles (art. 577.4 en relación con el 61.1). El contenido de ambos adjetivos se interpreta en términos parecidos [Cfr. por todos SANTORO: *Circostanza del reato (Diritto penale comune)*, en «Novissimo Digesto Italiano», UTET, 1973, p. 272].

(64) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 636.

(65) DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal español (PE)*, en «Delitos contra las personas», Madrid, 1962, p. 211.

(66) ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 655.

solución tanto si se trata de una agravante como de un elemento esencial.

Sin embargo, aplicar el artículo 60 tampoco conduce a una solución satisfactoria ya que no puede ser indiferente para la valoración de la responsabilidad penal del partícipe que en un asesinato el autor se mueva por precio. Existe una mayor reprochabilidad frente a quien conociendo que el móvil de un asesinato es meramente lucrativo se decide a participar en él aun no beneficiándose personalmente. Del mismo modo que la participación en el hurto es punible por más que el partícipe sólo conozca de la existencia del ánimo de lucro, pero no concurra en él. A nuestro entender, la solución unitaria es inaplicable si partimos, por una parte, del asesinato como delito autónomo y, de otra, de la regla del artículo 60. En todo caso podrá plantearse cómo resolver la comunicabilidad de las circunstancias, pero no puede variarse la naturaleza jurídica de un elemento típico según el problema a resolver. En definitiva, el fundamento del precio es subjetivo porque el ánimo de lucro lo es, pero ello no quiere decir que estemos ante un elemento de la culpabilidad; bien, al contrario, es un elemento subjetivo del injusto.

En relación con el tema que nos ocupa, el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto no guarda con el resultado muerte una relación tan estrecha como, por ejemplo, el ánimo de lucro con la disponibilidad —resultado del hurto—. En este delito el ánimo de lucro predetermina por lo general un dolo directo, si bien no se excluyen supuestos de dolo eventual, ya que la satisfacción de ese ánimo pasa por la disponibilidad de la cosa. En el asesinato, no es el ánimo de lucro lo que excluiría el dolo directo, sino el contenido del pacto. El autor moral puede haber instigado al sujeto activo a realizar una serie de violencias en la víctima de tal intensidad que ambos compartan un dolo eventual con relación al resultado muerte. Aunque la muerte no formara parte del pacto, si las violencias que fueron acordadas o las circunstancias que rodearon el hecho fueron tan graves que instigador e instigado hubieron de representarse como posible el evento letal, corresponde calificar los hechos de asesinato por precio. Así pues, el ánimo de lucro puede existir sin la concurrencia de un encargo cierto de producir la muerte de otro.

El supuesto merece plantearse distinguiendo entre instigador e instigado. Por lo que se refiere al primero, ni la doctrina (67) ni la jurisprudencia han dudado sobre la posibilidad de concurrencia en él de dolo directo o eventual. En una reciente sentencia reconoce el Supremo que el «instigador actúa más frecuentemente con dolo eventual, porque no tiene seguridad de la eficacia de su instigación y es ese «ámbito de duda» el característico del “dolos eventualis”» (STS

(67) Vid. por todos MIR PUIG: *Op. cit.*, p. 347.

24-6-87) (68). Más problemática puede resultar la cuestión en el instigado ya que no recibe el precio por matar, sino por actuar, quedando incierta, aunque posible, la producción del resultado más grave. Conviene hacer algunas matizaciones según los distintos casos. En el que acabamos de mencionar el contenido del pacto abarca la muerte, aunque sólo esté eventualmente representada y si esto es suficiente para el autor moral, también deberá serlo para el autor material. Si en el pacto sólo se habló de causar lesiones, pero posteriormente el autor se excedió y produjo la muerte con dolo eventual el tratamiento debe ser diferente de acuerdo con la responsabilidad que en estos casos se impute al inductor. Si éste no responde de exceso cualitativo, tampoco el precio como circunstancia agravante o elemento cualificante debe apreciarse para el autor material en ese segmento fáctico no acordado. En consecuencia, a nuestro juicio procede aplicarle el artículo 420 *in finis*. Finalmente, si hubo un pacto de matar, pero el autor, en la ejecución posterior, por temor u otra circunstancia produce lesiones graves sin desear la muerte aunque se la representa como posible, los hechos deberán castigarse por el asesinato con dolo eventual.

En conclusión, el precio no condiciona ninguna modalidad dolosa, porque se trata de un móvil que no guarda relación con la finalidad del autor, sino con el pacto precedente.

V. TIPO SUBJETIVO EN EL ASESINATO POR UN MEDIO CATASTROFICO

La tercera de las circunstancias que pueden acompañar al asesinato es el empleo de inundación, incendio, veneno o explosivo. De todos los elementos contemplados en el artículo 406, son los medios catastróficos los que presentan una mayor sustantividad propia independientemente del resultado muerte. Por una parte, se pone en peligro la vida de una persona, individualizando ese resultado, y de otra, la seguridad general a consecuencia de un no-control del medio comisivo. Sin embargo, lo verdaderamente determinante de la concurrencia de este elemento no es una presunción *iuris et de iure* del peligro colectivo que comporta un fuego o un explosivo, sino que efectivamente el autor sea incapaz de controlar el desarrollo del fuego o las consecuencias del explosivo desencadenadas por él o bien que no pueda limitar su ámbito peligroso. Por esta razón, hubiera sido más correcto que el legislador no incluyera una relación de medios que se presumen peligrosos, sino que hubiera hecho referencia expresa a esta circunstancia. Así, por una parte, incluirían otros supuestos como es disparar en una calle llena de peatones o sobre un vehículo en marcha

(68) También la STS de 16-3-81.

y, por otra, quedarían excluidos aquellos casos en los que, aunque se emplee un medio potencialmente peligroso para la colectividad, sin embargo, el autor conoce o ha previsto la ausencia de peligro o aquellos otros casos en los que la situación de peligro precede a la acción homicida y el autor se limita a aprovechar aquélla. Por ejemplo, arrojando a la víctima al interior de una casa incendiada (69).

Ni como circunstancia agravante genérica (art. 10.3) ni como elemento del asesinato se ha hecho mención a esta vertiente subjetiva, sino que el legislador requiere sólo la presencia de uno de los medios mencionados, aunque de su empleo no se derivara peligro alguno para la colectividad o aunque el autor se representara como segura su capacidad de evitar dicho riesgo. No existe, en consecuencia, en este caso ninguna actitud o tendencia trascendente, sino sólo un elemento del tipo objetivo que incrementa el desvalor del resultado y que debe estar abarcado por un sector del dolo. Sin embargo, atendiendo a la voluntad implícita de la Ley es lógico introducir un criterio restrictivo en base a la efectiva puesta en peligro no-controlado de la seguridad colectiva, que por otra parte puede hacer coincidir con el dolo en su vertiente subjetiva. El autor ha de reconocer y querer emplear un medio del que se deriva un riesgo colectivo.

Algunos autores han dado un tratamiento jurídico diferente al *veneno* en relación con las otras circunstancias. El veneno, entiende Quintano, constituye un instrumento insidioso contra el que no cabe reacción alguna. Puede suministrarse solapadamente y asegurar la lesión sin riesgo para la persona que lo emplea. En otras palabras, el veneno es el medio alevoso «por excelencia» (70). De acuerdo con esta opinión dominante en nuestra doctrina, la jurisprudencia se ha inclinado por la incompatibilidad entre ambas (STS 5-7-45), creando una relación de especialidad. Esta solución carece de apoyo en el Derecho positivo, ya que el legislador ha dejado bien expresa su voluntad tanto en el artículo 10.3 como en el 406.3, de tratar el veneno como un medio que provoca un riesgo para la seguridad colectiva sin necesidad de que el autor se haya representado de forma individualizada el resultado (71). Pero además concurren otras importantes razones: en primer lugar, porque considerar el veneno en su sentido alevoso implica desempolvar su significado histórico, mágico, de intriga, religioso e incluso femenino que hoy soporta con dificultad un análisis riguroso de las ciencias de la conducta humana. En segundo lugar, porque el legislador en ambas ocasiones destaca el aspecto objetivo de esta circunstancia. Tanto el «ejecutar por medio de veneno»

(69) En el mismo sentido, QUINTANO: *Op. cit.*, p. 295.

(70) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 284. MIR PUIG: *Op. cit.*, p. 573.

(71) ANTÓN ONECA (*op. cit.*, p. 392), aun reconociendo el carácter alevoso del veneno considera acertada la solución de aplicar «esta circunstancia por la extensión del daño y la alevosía (cuando se utiliza contra una o varias personas) por la insidia del medio». Si bien que ésta no es la solución seguida en la práctica.

(art. 10.3), como el «matar por medio de veneno» (art. 406.3) carecen de referencia a actitudes internas o subjetivas en el autor, al contrario de lo sucedido con la alevosía en la que se exige al tendencia trascendente de procurar la inmunidad. De manera que una y otra se mueven en planos distintos y son morfológicamente diferentes. Por último, hay que considerar también razones político-criminales. Desde esta perspectiva la alevosía se ha considerado una agravante innecesaria y arbitraria, como se ha demostrado jurisprudencialmente donde no es difícil encontrar sentencias contradictorias (72); por el contrario, todas las circunstancias comisivas del artículo 406.3 se encuentran indiscutiblemente justificadas en el ámbito del desvalor del resultado por incrementar el injusto con un riesgo para un bien jurídico esencial como es la seguridad colectiva.

Todas estas consideraciones aconsejan, a nuestro juicio, no sustraer el veneno de los medios ocasionados a grandes estragos. Partiendo de esta concepción, el veneno merecería tres calificaciones jurídicas distintas según que:

— El autor no lo emplease como medio alevoso ni con riesgo general (en una contienda disparar un dardo envenenado o suministrarle un veneno a un enfermo terminal a solicitud de éste). En este caso el medio comisivo no variaría la valoración del injusto ni de la culpabilidad.

— El veneno se emplea como un medio insidioso con el fin de asegurar la indefensión de la víctima. Se aplicaría en su caso la agravante de alevosía (art. 10.1) o el asesinato (art. 406.1).

— O se utilizara con riesgo no sólo de la víctima —si se individualiza el resultado—, sino de un grupo indeterminado de personas. Concorre la circunstancia de grandes estragos, que puede hacerse compatible con la alevosía.

Con todo, el tratamiento del veneno junto al resto de las circunstancias agravantes catastróficas no está exento de dificultades. Estas se derivan básicamente de la doble incriminación del empleo del veneno como circunstancia del asesinato y como delito autónomo con resultado de muerte (art. 348).

Para el resto de los medios catastróficos del artículo 406.3 no se

(72) Contradictorio es —como hemos apuntado— entender siempre alevosa la muerte del menor o inválido aún sin ser buscada de propósito. Asimismo, en ocasiones, para apreciar la alevosía el Supremo se atiene a criterios tan alejados de los hechos como la circunstancia que motivó el estado de indefensión. Si ha existido riña se niega la alevosía por más que la riña no guarda relación alguna con el acometimiento homicida: al como sucede en la STS de 21-2-79, en la que el autor aprovecha la pérdida de consciencia de la víctima tras una pelea y la estrangula con un calcetín. Sin embargo, si el golpe inicial es inopinado y se suceden posteriormente los mismos hechos que en el caso anterior —inconsciencia aprovechada por el autor—, entonces se acepta la alevosía (STS de 17-5-76).

ha previsto un precepto similar que castigue expresamente su empleo seguido de muerte. Incluso dentro del veneno en los artículos a los que se remite el 348 tampoco están contemplados todos los supuestos de empleo de este medio (ninguna de las conductas punibles allí se refiere a suministrar directamente a la víctima la sustancia nociva). La elevada pena del artículo 348 —reclusión menor— hace pensar, en principio, que la voluntad del legislador sea castigar por este precepto sólo el envenenamiento seguido de una muerte con dolo eventual, que de esta manera quedaría excluido del asesinato (73). Si la muerte se imputara a título de culpa se recurriría al artículo 563 en concurso con el delito contra la salud pública de que se trate; si la muerte fue causada con dolo directo, los hechos se calificarían de asesinato.

Esta solución entiendo que es discutible por varias razones. En primer lugar, porque no está justificado un tratamiento privilegiado de muerte por envenenamiento con dolo eventual —reclusión menor— frente al mismo supuesto, concurriendo cualquiera de las otras circunstancias del artículo 406, en cuyo caso la pena sería de reclusión mayor. Mucho menos lo estaría aún en relación con el suministro de veneno directamente por el autor que no se encuentra contemplado en ninguno de los supuestos de los artículos 341 y siguientes. En segundo lugar, tampoco podría explicarse porqué los casos contemplados en el artículo 348, es decir, todos los recogidos en la sección segunda, se verían privilegiados al no llegar a producirse la muerte, aun permaneciendo el dolo eventual. Si acordamos que en todos ellos se han individualizado la lesión contra la vida —el autor pudo representarse la posibilidad de la muerte— hay un concurso de leyes que de acuerdo con el principio de especialidad debe resolverse a favor de la aplicación de estos delitos y no del homicidio o asesinato frustrado. Esta calificación significaría una pena uno o dos grados por debajo de la que correspondería castigándolo por los delitos contra la vida. Finalmente, no es cierto que la gravedad de la pena asignada al artículo 348 permita pensar que respecto a la muerte hubo dolo eventual, ya que en otros delitos como el de estragos (art. 554) no hay ni tan siquiera puesta en peligro para la vida y la pena puede llegar también a reclusión menor.

Todas estas consideraciones aconsejan reducir el ámbito del artículo 348 al envenenamiento por cualquiera de los medios descritos en los artículos precedentes seguido de una muerte imprudente. Esta solución plantea un problema comparativo con el delito imprudente cuya pena resulta considerablemente inferior y en parte contradice el sentido del artículo 565, por el que se trata de evitar que la comisión culposa se castigue con una pena igual o superior a la dolosa. Sin embargo, a esta conclusión se llega si como

(73) BACIGALUPO: *Op. cit.*, p. 325.

viene entendiendo la doctrina (74) y la jurisprudencia (75) el mencionado precepto incluyera el desvalor del resultado muerte. Por el contrario, en el artículo 348 se castiga sólo el envenenamiento más grave de todos, aquél que no sólo crea un peligro para la salud pública, sino una lesión a la vida. Estamos ante un delito de peligro con un incremento del injusto por la particular gravedad de los hechos, circunstancia apreciada por la muerte de una persona. Ese resultado lesivo no forma parte del desvalor del injusto, sino que se trata de una condición objetiva con una función de garantía sobre la especial gravedad de la acción. El desvalor de la muerte producida servirá para acudir al concurso de delitos. De esta forma se logra, en primer lugar, una equiparación punitiva de los supuestos de peligro para la salud pública y medio ambiente (arts. 341 al 347 bis) con los delitos de incendio y otros estragos cuando se produce una aproximación cierta de peligro. En segundo lugar, la fundamentación del incremento de la pena por el envenenamiento y no por la muerte culposa elude las dificultades de armonización con el artículo 565.

Resueltas las dificultades del artículo 348 no hay obstáculo para considerar el veneno como una circunstancia catastrófica de acuerdo con el tenor literal de los artículos 10.3 y 406.3, donde aparece. Esto nos permite, además, una interpretación conforme al tenor literal de ambos preceptos y plantear de forma conjunta la posibilidad de cometer el asesinato con dolo eventual cuando media alguna de estas circunstancias. De toda la relación de medios comisivos recogidos en el artículo 406 son los de naturaleza catastrófica los que ofrecen menos seguridad al criminal de lograr su propósito. Con ellos, como indica Groizard (76), se podrá seguramente causar grandes daños, pero es difícil o casi imposible asegurar que se pueda conseguir la muerte de una determinada persona. Esta sólo se representa en la mayoría de los supuestos como eventual. Si el legislador ha cualificado estos medios catastróficos no ha sido porque matar a una persona en estas circunstancias incrementa el desvalor de la acción del asesinato en sí mismo considerado, sino porque añade un desvalor nuevo con el riesgo no controlado para una o varias personas. Se trata de un *aliud* y no de un *plus*. La relación asociativa entre el incendio, veneno, inundación o explosivo y la muerte aparece en esta ocasión más debilitada que nunca. Por su propia naturaleza, el autor, al emplear estos medios, se representa el peligro personal individualizado sólo como aleatoriamente posible. Este es el motivo por el que el Tribunal Supremo ha preferido castigar el incendio seguido de la muerte de una persona por los correspondientes artículos 547, 548, 549.2 y 3 y 550.1, en concurso con el homicidio u homicidios cometidos en lugar de acudir

(74) RODRÍGUEZ DEVESA: *Op. cit.*, p. 1053.

(75) Vid. STS de 4-3-1985.

(76) GROIZARD: *Op. cit.*, p. 375.

directamente a su incriminación por asesinato al individualizarse, aunque sea aleatoriamente la muerte. El Supremo ha apreciado mayor injusto en el peligro común por la concurrencia de un dolo directo en relación con la circunstancia catastrófica y aunque aplicando el concurso de leyes habría de optar por el asesinato ha tomado en cuenta la regla general que excluye el efecto agravante de aquellas circunstancias que por sí mismas constituyeran un delito (art. 59.1) (77).

VI. EL TIPO SUBJETIVO EN EL ASESINATO CON PREMEDITACION

El cuarto elemento del artículo 406 es la ejecución del hecho con premeditación conocida. Se trata de una circunstancia de carácter eminentemente subjetiva, es decir, todos sus elementos son reconducibles a la tipicidad subjetiva, hasta el extremo de que hay premeditación aun cuando el autor no haya materializado, con actos exteriores hasta el momento de la ejecución, su decisión criminal.

No vamos a entrar aquí a valorar si en el marco de un Derecho penal moderno está suficientemente justificado convertir el homicidio en asesinato tan sólo por la presencia de la premeditación. Diversos trabajos se han ocupado ya de esta cuestión (78) y han puesto de relieve, desde distintas perspectivas, que la premeditación es, por su propia naturaleza, un elemento de «considerable inseguridad» (79),

(77) La STS de 24-2-72 contiene a consecuencia de calificar unos hechos como incendio en lugar de asesinato frustrado una serie de inconsecuencias sobre el contenido del dolo en sus distintas modalidades. En los hechos probados el autor movido por un estado emocional crítico de soledad y abandono prende fuego «a los muebles y enseres del salón de peluquería donde vivía, que previamente había amontonado junto a la puerta y seguidamente huyó del lugar saltando a través de una ventana. Encontrándose dicho lugar ubicado en el piso primero de un inmueble de cinco plantas dedicadas a viviendas, habitadas en su mayoría». El Supremo estima el recurso contra el fallo de la Audiencia que había calificado los hechos por el artículo 548 y en su lugar aplica el 549.2, por entender que el primero de estos preceptos requiere un conocimiento cierto de la presencia de personas en el edificio incendiado y el segundo la ignorancia de esta circunstancia. La diferencia entre ambos preceptos, se dice en el considerando, se encuentra en la concurrencia de dolo directo en el artículo 548 y eventual en el 549.2, en relación al peligro personal. Sin embargo, el «saber» es sólo un elemento cognoscitivo que en absoluto permite afirmar la existencia de una intención o dolo directo caracterizado fundamentalmente por el elemento volitivo. Como tampoco la descripción típica del artículo 549.2 permite llegar a la conclusión de que el legislador requiere dolo eventual respecto al peligro personal. En ambos delitos la presencia de personas son elementos del tipo objetivo que deben estar abarcadas por el dolo del delito de incendio, sin necesidad de exigir además una conciencia de peligro para las personas. La utilización de la fórmula «sabiendo que dentro se hallaban una o más personas», sólo sirve para acentuar esta vinculación psicológica, pero de igual manera hubiera sido exigida para poder castigar en comisión dolosa.

(78) TORIO: *Op. cit.*, pp. 109 y ss.

(79) Con cierta ironía el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia ha reconocido en relación con el lapso de tiempo de esta agravante «que la Bula de Clemente XII, *Im Supremo Justitiae Solio*, fijó en seis horas, que el Código derogado de Brasil

que carece de fundamento para agravar la pena e incluso algún sector de la doctrina clásica llegó a la sorprendente conclusión de que la actuación premeditada debiera constituir una atenuante y no una agravante (80). Los esfuerzos por aclarar su contenido y elementos esenciales han sido considerables, ya que no se cuenta en el Código con una definición de la misma, como sucede con otras circunstancias en las que domina la vertiente subjetiva. Han existido sectores partidarios de destacar exclusivamente el aspecto objetivo en base a que la actuación premeditada debilita la defensa de la víctima del delito. Sin embargo, la opinión dominante se inclina por considerar la premeditación como una resolución criminal permanente precedida de una deliberación detenida.

Para que exista premeditación es necesario que el autor haya valorado las razones a favor y en contra de producir la muerte de la víctima y en una meditación pausada conociendo las circunstancias, se haya finalmente decidido a favor. Como señala Rodríguez Mourullo (81) implica un *plus* de reflexión y madurez de pensamiento respecto a la deliberación instantánea. La calificación de detenida —elemento esencial de la premeditación— se refiere al propio acto volitivo. Pero además dicha deliberación va seguida de un mantenimiento en el tiempo durante el cual la resolución se muestra efectivamente permanente. Actúa aquí este otro requisito con una función garantística con la que se asegura que aquella decisión detenida lo era en efecto. La experiencia demuestra que esta firmeza prolongada en relación con una decisión anterior, sólo se da cuando la deliberación no fue irreflexiva, sino todo lo contrario. Ahora bien, el espacio temporal es necesario como garantía, pero no es concluyente. De ahí que con acierto, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1984 no apreciara premeditación pese a que transcurrió un tiempo entre la deliberación y la ejecución, ya que ese tiempo vino a demostrar que aquella ni fue reflexiva ni se había establecido seria y decisivamente en el autor.

Aunque con un sustrato cronológico, la conducta premeditada se aprecia en el plano psicológico. La vinculación entre premeditación y dolo está fuera de dudas y ya desde Carrara se habla de dolo premeditado como una especialidad de éste (82). Esta opinión puede inducir a pensar en un dolo premeditado más intenso dentro de la clasificación tradicional de éste. Carrara, en efecto, así lo concibió, pero en realidad la permanencia no intensifica el dolo, el sujeto no quiere

—núm. 8 de su art. 16— estimó que debía de ser de 24 horas y que en la jurisprudencia patria, según frase lapidaria, oscila entre una hora y un año». (STS de 5-11-80).

(80) IMPALLOMI, G. B.: *L'omicidio nel diritto penale*, en «UTET», 1899, p. 353.

(81) RODRÍGUEZ MOURULLO, CÓRDOBA y otros: *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1972, p. 596.

(82) CARRARA, F.: *Oposcoli di Diritto Criminale*, 4.ª ed., vol. I, Prato, 1885, pp. 298 y ss.

matar más, sino que presupone una voluntad dirigida a la producción del resultado delictivo (83). La vinculación entre la voluntad y la premeditación es de tal naturaleza que cuando hablamos de dolo premeditado necesariamente se excluye el dolo eventual.

La tesis de excluir el dolo eventual cuando concurre la premeditación es consecuente tanto si se parte de que en esa modalidad dolosa hay un momento cognoscitivo —teoría de la probabilidad— como si se entiende que en el dolo eventual hay también una voluntad criminal —teoría del consentimiento—. En el primer caso, no se plantean mayores problemas ya que según la teoría de la probabilidad habrá dolo eventual cuando «las posibilidades de que el resultado se produzca a consecuencia del comportamiento han alcanzado un determinado nivel» (84). Por encima de este nivel de probabilidad del resultado habrá dolo eventual; por debajo, culpa con representación. La incompatibilidad con la premeditación se debe a que ésta requiere de un acto de voluntad criminal permanente, que según la referida teoría no es imprescindible en el dolo eventual. Si basta que el sujeto conozca la probabilidad del resultado y no hay deliberación, ni mucho menos el sujeto llega a proponerse actuar en su consecución, no podemos apreciar la premeditación que requiere, como vimos, una resolución.

Más complejo es declararse sobre la compatibilidad cuando partimos de la teoría del consentimiento, ya que ésta introduce un elemento volitivo que acerca el dolo eventual al resto de las modalidades dolosas y lo aleja de la culpa. La cuestión se puede plantear en los siguientes términos: ¿El acto de volición característico del dolo eventual, «conforme con», puede ser premeditado o, por el contrario, exige la deliberación detenida un propósito directo de alcanzar un resultado que lo haría incompatible con aquél?

Incluso tomando en consideración las tesis que conducen a la mayor aproximación entre el dolo eventual y directo, es decir, aquellas en donde se destaca el elemento volitivo sobre el cognoscitivo, según las cuales sólo hay dolo eventual cuando el autor ha «aprobado» el resultado o lo ha «aceptado aprobándolo» o, según la conocida fórmula de Frank, hubiera dejado de actuar de conocer con certeza que se iba a producir el resultado (85), habría que excluir su compatibilidad con la premeditación.

Si hay algo que puede cualificar racionalmente la combinación del dolo con la premeditación es que tras una firme resolución criminal el transcurso de un tiempo no ha servido para revisar aquélla. Frente a quienes actúan de inmediato tras la deliberación criminal o sin ésta, los que lo hacen de forma premeditada hubieran podido dejarse moti-

(83) RODRÍGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 605.

(84) GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1980, p. 182.

(85) Vid., por todos, JESCHECK: *Op. cit.*, p. 406.

var por la norma y actuar de conformidad con ella y no lo hicieron bien por indiferencia o desconsideración absoluta, bien porque el sujeto no comparte los fundamentos éticos de la norma penal. Si el autor, sólo en hipótesis, se decide por la lesión del bien jurídico, sólo como una eventualidad asume el resultado, falta de resolución firme, el propósito criminal capaz de contrastarse con la eficacia motivadora de las normas. El autor con dolo eventual no participa con intensidad suficiente del resultado criminal como para asegurar que antes de la ejecución material se representó un conflicto entre la decisión de lesionar el bien jurídico y la norma, y no participa porque el dolo eventual es ante todo ausencia de decisión de lesionar un bien jurídico. El proceso real se sustituye por uno hipotético; como apunta Bustos (86) no hay realización volitiva, sino exclusivamente hipótesis aceptada.

Si los elementos esenciales de la premeditación no garantizan este conflicto en el que vence la voluntad delictiva permanentemente estaríamos justificando la existencia de esta cualificación de la pena en base a la mayor perversidad o peligrosidad utilizando un criterio puramente sintomático (87). Así parece verlo también el Tribunal Supremo en las resoluciones más modernas. «Descartando el elemento sintomático —móvil abyecto o depravador que no exige el Código español ni es requisito pacífico en la doctrina» (STS 19-6-84), destaca en la premeditación la «decisión persistente que mantenga el propósito de ejecutar el delito ideado, es decir, una determinación que perviva, se sobreponga y prevalezca a otros motivos antagónicos o a otras consideraciones dubitativas que actúen en sentido opuesto de rechazar definitivamente o aplazar indefinidamente la resolución criminal proyectada (STS 28-9-85) (88).

La premeditación tal como hoy es entendida significa una «persistencia en la resolución criminal» (89), que caracteriza al dolo y solamente al dolo directo, pues sólo en él concurre un acto de decisión. La premeditación se sitúa como una característica del dolo dentro de los elementos del tipo subjetivo. En consecuencia, el asesinato con premeditación sólo es posible si el autor se representa el resultado muerte con dolo directo.

(86) BUSTOS: *Op. cit.*, p. 313.

(87) TORIO (*op. cit.*, pp. 107 y ss.) ha destacado críticamente no sólo el valor sintomático que adquiere esta agravante, sino también su dudosa adecuación a los principios del Estado de Derecho por formar tipos agravados mediante puros elementos de culpabilidad.

(88) En el mismo sentido también RODRÍGUEZ MOURULLO: *Op. cit.*, p. 603.

(89) ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, p. 649.

VII. EL TIPO SUBJETIVO EN EL ASESINATO CON ENSAÑAMIENTO

El ensañamiento es el último de los elementos que pueden calificar al asesinato. Hay ensañamiento cuando se aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. La redacción del ensañamiento en el asesinato y como agravante genérica en el artículo 10.5 permite pensar que entre ambas existen diferencias sustanciales. Así para esta última se aumenta deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución. De aquellas diferencias merecen destacarse sobre todo dos: el mal innecesario en el asesinato va dirigido al ofendido provocándole un dolor inhumano y en la circunstancia del artículo 10 se dirige a cualquier momento de la ejecución provocando un aumento en el daño del delito.

En el artículo 406, pues, el sujeto pasivo del ensañamiento coincide siempre con la víctima del asesinato y, en consecuencia, no hay ensañamiento si ésta ha perdido ya su capacidad sensitiva, bien sea debido al óbito o bien a una pérdida absoluta de conciencia (90), por más que los males del delito se hayan incrementado —por ejemplo, por descuartizamiento—. Con esta diferencia se destaca en el elemento cualificante del asesinato la importancia del contenido objetivo sobre el subjetivo. La lesión a la vida va acompañada de unos medios o formas que prolongan o acentúan el sufrimiento de la víctima, sustrato objetivo ineludible por más que el sujeto activo vea o no satisfechas con esa conducta ciertos instintos perversos (sadismo, egoísmo, etc.), o brutalidad o crea estar incrementando el dolor de la víctima. Por otra parte, el incremento del dolor ha de ser inhumano en el asesinato, circunstancia que, a nuestro juicio, vuelve a hacer referencia al carácter objetivo, queriendo indicarse que los daños innecesarios deben tener una intensidad suficientemente grave como para justificar el cambio cualitativo del homicidio en asesinato (91).

Estas diferencias para Quintano podrían dar lugar a castigar un homicidio con la agravante 5.ª del artículo 10, tesis que el autor estima posible, aunque duda que la Ley se haya propuesto consignar por separado las dos circunstancias: la agravante genérica y el elemento del asesinato (92). Sin embargo, y como el propio Quintano

(90) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 317. También en la legislación germana (Cfr. RUDOLPHI y OTROS: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. II, PE, Anm. 14). Sin embargo, y de forma excepcional, en nuestra Ley penal el Código de 1822 apreciaba el ensañamiento aunque las violencias se hubieran producido tras el óbito (art. 609).

(91) QUINTANO: *Op. cit.*, p. 323; a favor de la naturaleza objetiva de este elemento. MIR: *Op. cit.*, p. 578. entiende este autor que el calificativo de «inhumano» hace referencia al fundamento subjetivo que es el móvil de brutalidad.

(92) QUINTANO: *Op. cit.*, pp. 317-318. A favor de la tesis de una relación de género-especie entre los artículos 10.5 y 406.5 se muestran Teruel Carretero *vox enseñamiento*, en NEJ, T. VIII, pp. 529-593) y Puig Peña (*Derecho penal*, PG, T. II, Madrid, 1959, p. 136). Para Teruel existe un grado de intensidad distinto entre ambas, si bien

estima, no resulta tan descabellado e incluso, a nuestro juicio, pese a que la jurisprudencia nunca lo ha apreciado de esta forma, pueden encontrarse argumentos sólidos a su favor. Desde una óptica formal ni tan siquiera cabe afirmarse que ambas responden al mismo *nomen iuris*, pues el artículo 10.5 no utiliza la expresión «ensañamiento». Pero además también concurren argumentos de índole material. Si hacemos una valoración de la circunstancia agravante y el elemento cualificante, observamos que éste es una especie de aquélla, una especie además con mayor gravedad incluso en el plano objetivo, pues para apreciarla es necesario que una persona, concretamente, la víctima, haya sufrido innecesariamente. En cambio, para apreciar la circunstancia del artículo 10.5 basta con un deliberado intento en el autor de aumentar el mal del delito sin que ello signifique un incremento del daño causado a personas. Este distinto nivel de exigencia se corresponde con las consecuencias punitivas. Un homicidio con la agravante del artículo 10.5 (por ejemplo, una muerte seguida de descuartizamiento, u obligando a un pariente próximo a presenciarla sin saberlo la víctima) se castigaría con la pena de reclusión menor en grado medio o máximo (art. 61.3), un asesinato con ensañamiento merece una pena de reclusión mayor en grado máximo (art. 406) (93).

Por otra parte, y partiendo de este efecto cualificado de la pena y de que el artículo 406.5 se refiere a males personales, el ensañamiento en este caso debe producir un mal que constituya por sí solo un delito contra las personas, aunque no exclusivamente contra la integridad, pudiendo concurrir cuando se emplean otros delitos contra la libertad, la seguridad, la honestidad o el honor, siempre que el autor sepa que estas conductas son inhumanas e innecesarias. En cambio, por imperativo del propio Código (art. 59.1), este criterio restrictivo en el caso de la circunstancia del artículo 10.5 se emplea en sentido inverso, dejando de aplicarse ésta y acudiendo al concurso de delitos si el incremento del mal tiene entidad delictiva en sí misma considerada.

Con esta solución se puede además evitar que se dejaran impunes conductas merecedoras de castigo por la alarma social que originan. Piénsese, por ejemplo, los daños que el autor puede producir en la víctima después del fallecimiento —necrofilia, destrozos físicos, etc.—,

pertenecerían a una misma familia de agravantes recogidas por Puig Peña bajo el epígrafe «Causación deliberada de male innecesarios».

(93) Una solución similar ha planteado el Supremo en relación con la alevosía y el abuso de superioridad en la sentencia de 2-6-87. Según este fallo se aprecia en los hechos los elementos objetivos de la alevosía —indefensión, carencia de riesgos para el autor—, pero no así los subjetivos que exigen un especial ánimo de aseguramiento, es decir, que aquél «emplea maquinaciones que colocan a la víctima en estado de desvalimiento. O cuando espera que la víctima esté descuidada». Por esta razón, entiende el Supremo, los efectos del abuso de superioridad son menos graves que los de la alevosía. No obstante, no deja de ser incongruente que ese plus agravatorio sólo se produzca en relación con los delitos contra la vida (art. 406) y la integridad (art. 420, *in finis*) y para el resto produzca el mismo efecto una y otra circunstancia.

o incluso cuando esta no ha muerto pero se halla incapaz de sentir. Quienes identifican plenamente la circunstancia del artículo 10.5 y el ensañamiento, tendrán que calificar estos hechos como homicidio simple, ya que la víctima no vio incrementado su sufrimiento y, por otra parte, no se acepta el homicidio agravado por dicha circunstancia. Ello incluso en el caso de que el autor pensara que de esta manera incrementaba el dolor de la víctima y fuera síntoma de una «refinada maldad». Solución contradictoria con el fundamento subjetivo que la inspira según un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia. A nuestro entender, en efecto, comparativamente en la circunstancia del artículo 10.5, prima el aspecto subjetivo aún sin olvidar el sustrato objetivo, porque el sustrato objetivo es mucho más indeterminado —«aumentar el mal del delito»— sin concretarse en la víctima ni tampoco determinarse una cierta intensidad —«inhumanamente»— y sólo introduciendo un elemento subjetivo trascendente como es la intención de incrementar los males, se logra cierta restricción y certeza del ámbito de aplicación (94).

Ahora bien, este fundamento subjetivo de la circunstancia no es otra cosa que un elemento subjetivo del injusto, una actitud interna trascendente cuyo contenido es la intención de aumentar el daño del delito. Esto nos permite compartir, en consecuencia, la opinión de García Arán (95), de que las restricciones sobre el alcance de la agravación no debe hacerse en base a consideraciones peligrosistas más acordes con un Derecho penal de autor, sino en el marco de la tipicidad. Por el contrario, ese elemento personal del injusto de provocar un incremento de los males del delito con la intención de aumentar innecesariamente su daño se encuentra en consonancia con el fundamento de la agravante en la mayor alarma e inquietud social a que dan lugar.

En el caso del asesinato, la exigencia antes mencionada de que el ensañamiento se concrete en la realización de un delito contra las personas con el consiguiente incremento del injusto, hace innecesarios introducir elementos tendenciales en el ámbito subjetivo para restringir su alcance. Así pues, bastará la presencia de un sector del dolo cuyo contenido sería conocer y querer emplear medios o formas innecesarias que aumentan o prolongan el sufrimiento de la víctima. Puede suceder que esta conducta se realice como parte de un acto ritual satánico o expiatorio —incluso con el beneplácito catártico del ofendido— sin que ello haga desmerecer su calificación como ensañamiento. Bastará pues, que para el observador objetivo y con un juicio *ex ante*, dichos actos hayan incrementado el dolor físico o psíquico de la víctima y concurra además el dolo. A la inversa, no hay ensaña-

(94) Así lo vieron los redactores del Código de 1928 (arts. 66.7 y 519). En el mismo sentido ALONSO ALAMO: *Op. cit.*, pp. 656-657.

(95) GARCÍA ARÁN: *Op. cit.*, p. 154.

miento si falta la conciencia de innecesariedad en relación con el delito contra la vida.

En el ensañamiento no importa tanto su significado sintomático como su valor real. Concebido de esta manera el contenido del ensañamiento como elemento del asesinato, está fuera de dudas su compatibilidad con el dolo eventual. La exigencia de innecesariedad refleja la débil relación asociativa que debe existir entre el acto de ejecución de la muerte y la conducta brutal. Podría reproducirse aquí lo dicho por la doctrina en la interpretación de la cláusula «con motivo u ocasión» en el delito de robo con homicidio.

Diríase que el asesinato con ensañamiento contempla una tipicidad objetiva paralela unida exclusivamente por un nexo ocasional, de forma que el comportamiento cruel puede preceder, simultanear o subseguir a la acción mortal. Si la premeditación comprendía la voluntad de producir la muerte, la mera conexión ocasional del ensañamiento conlleva una realidad diversa en la que es imaginable cualquier modalidad dolosa, incluida la eventual (96).

VIII. CONCLUSIONES

1. La variedad de los elementos que acompañan al núcleo típico del asesinato: matar a otro, es tan acentuada debido a su distinta naturaleza jurídica y a la diversa relación con el resultado que es imposible resolver de forma unitaria la cuestión que nos hemos planteado sobre la viabilidad de la imputación del delito por dolo eventual.

2. La respuesta de las distintas tipicidades de asesinato a la cuestión planteada es diversa. Ni la alevosía, ni el precio, ni los medios catastróficos, ni el ensañamiento ofrecen obstáculos a la punición del dolo eventual. Distinta es la solución que debe darse a la premeditación. En este supuesto, la relación asociativa con el dolo directo de matar excluye cualquier modalidad dolosa que no tenga en cuenta un momento volitivo en caso de aceptar la teoría de la probabilidad —o la incertidumbre de la voluntad— si aceptamos la teoría del consentimiento.

3. El análisis de los distintos elementos del artículo 406 demuestra que donde sí es preciso el dolo directo es en relación al sustrato fáctico que reclama cada uno de ellos. De esta manera, es posible una combinación, por ejemplo, de intención alevosa con un dolo eventual de muerte. Esta condición se deriva en la mayoría de los supues-

(96) En este sentido entiende PUIG PEÑA (*op. cit.*, p. 509) que el verbo «deliberar» hace referencia a un fin en el culpable distinto del fin del delito.

tos de la presencia de elementos subjetivos del injusto y en otras por la relación medial con que están concebidas.

4. Finalmente, la extensión del artículo 406 a la comisión con dolo eventual obliga a una reflexión político-criminal sobre la conveniencia de introducir una cláusula de atenuación de la pena para estos casos y sobre la conveniencia de mantener la autonomía de este tipo delictivo (*).

(*) Ya en prensa el presente trabajo, aparece la séptima edición de la Parte Especial del Profesor Muñoz Conde, en donde se recogen nuevos argumentos en favor de la tesis de exclusión del dolo eventual en el asesinato que no pueden ser debidamente comentados aquí. Insiste el autor por una parte en la valoración criminológica del delito. En este sentido coincidimos plenamente en que desde esta perspectiva la figura del asesino y el sentido del asesinato obligan a entenderlo como la muerte intencionada de otra persona por unos medios particularmente reprochables y cualquier otra imputación —por dolo eventual o imprudencia— le haría perder la razón de su especificidad.

El asesinato con dolo eventual es, pues, un paso hacia el delito circunstanciado y no autónomo como hoy se concibe. Pero favorecer esta tendencia, permitida por la morfología del delito, no sólo no es negativa, sino que es saludable desde una perspectiva político-criminal, como el propio Muñoz Conde recomienda (p. 37).