

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Luis Gracia Martín

INDUCCIÓN MEDIANTE PRECIO Y COOPERACIÓN CON EL SICARIO EN LA MUERTE DEL MARIDO. LA SUPUESTA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

[Valoración de las SSTs de la Sala 2ª de 31 de octubre de 2002 (Pte. Sr. Martínez Arrieta) y de 14 de febrero de 2003 (Pte. Sr. Soriano Soriano)]

LUIS ROCA AGAPITO

Prof. Dr. de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

A Mateo y Abril Lagar Bada y a sus padres

Sumario

I. Hechos. a) *El caso «Rodríguez Menéndez»*. b) *El caso de «Onda»*. II. Calificación en ambos casos. III. Valoración de las sentencias. a) *Naturaleza del delito de asesinato*. b) *Valoración de la contribución*. c) *Naturaleza de la circunstancia del «precio, recompensa o promesa»*. α) El carácter económico o no de esta circunstancia. β) El fundamento de la agravación. 8) La cuestión de su bilateralidad.

Las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo nº 1813/2002 de 31 de octubre (Pte. Sr. Martínez Arrieta) [extracto publicado en la *Revista de Derecho Penal* nº 9 (2003), 172 ss.] y nº 221/2003 de 14 de febrero (Pte. Sr. Soriano Soriano) se han ocupado de dos supuestos muy parecidos, pero que, por diversos argumentos que iremos comentando a lo largo de este trabajo, han recibido un tratamiento distinto. Ello pone de relieve, a nuestro juicio, que la función unificadora de la jurisprudencia que se suele otorgar al Tribunal Supremo, al dictar sus resoluciones, tiene un alcance relativo. Si el propio Alto Tribunal no es capaz de ponerse de acuerdo en la valoración de unos hechos tan importantes como son los atentados contra la vida humana independiente, creo que es bas-

tante evidente lo que puede suceder en otros ámbitos de la criminalidad, y del Derecho en general.

I

Las sentencias que vamos a comentar son, a nuestro juicio, de una extraordinaria importancia; y lo son, no sólo porque provengan de tan alta instancia, sino porque se refieren a aspectos cruciales de los delitos contra la vida, y por ende, se podría decir que de toda la delincuencia¹. No en vano, «el homicidio y sus formas han servido siempre de banco de pruebas de las distintas categorías que conforman la teoría general del delito»².

Como se puede deducir ya del título que hemos dado a este trabajo, las SSTS que son objeto de comentario tienen en común que se han ocupado de dos supuestos muy similares: una persona ofrece dinero a otra para que mate a su cónyuge, pero además colabora en la comisión de los hechos, facilitando información muy valiosa sin la cual la muerte no se habría producido, o por lo menos, no se habría producido en las circunstancias en que se produjo.

Seguro que la mayoría de los lectores conoce el supuesto de hecho de la primera de las sentencias mencionadas. Se ocupó de un suceso que en su momento tuvo mucho eco en los medios de comunicación, sobre todo en la llamada «prensa rosa». Nos estamos refiriendo al caso «Rodríguez Menéndez», que le damos este nombre por la víctima: José Emilio Rodríguez Menéndez, un conocido abogado.

¹ La importancia de los delitos contra la vida humana independiente es por todos conocida. Baste con recordar las palabras de TORÍO LÓPEZ al respecto: «Los delitos contra la vida humana independiente no sólo poseen una función dogmática, sino político criminal fundamental. Mediante ellos se diseñan los criterios rectores del tratamiento de los tipos integrantes de la parte especial. En este campo, son también adoptadas las decisiones valorativas a que serán referidas las demás figuras de delito» [«Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Homenaje al prof. Pereda*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, 79].

Véase también en el mismo sentido, siguiendo a este autor, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, «El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, 675; SANZ MORÁN, «Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida», ADPCP 1995, 783, quien destaca también el punto de vista criminológico, además del dogmático y político-criminal o político-legislativo, como él prefiere denominarlo.

² SANZ MORÁN, ADPCP 1995, 783.

El segundo caso no ha tenido tanta trascendencia mediática, pero, a nuestro juicio, tiene la misma importancia que el primero. Le damos el nombre del lugar donde sucedieron los hechos: «Onda», un pueblo de la provincia de Castellón de la Plana.

Ambas sentencias suscitan muchos temas de interés, algunos de los cuales simplemente aludiremos a ellos, otros sencillamente los vamos a omitir. Nosotros queremos centrarnos fundamentalmente en las cuestiones relativas al hecho de inducir y colaborar a matar al propio marido.

a) *El caso «Rodríguez Menéndez».*

La SAP de Madrid (Secc. 5ª) n° 1766/2001, de 25 de septiembre declaró probados y el TS asumió los siguientes hechos, que resumimos:

1) Los procesados en esta causa fueron cuatro: Laura, José Ignacio, Rafael y Ángel.

2) Laura y José Emilio contrajeron matrimonio el 17 de julio de 1998. Sin embargo, al poco tiempo la relación matrimonial inició un progresivo deterioro.

3) Si bien Laura disponía de cierta cantidad de dinero (su marido le había llegado a dar al menos un millón de pesetas para invertir), ella quería más y se le presentó una ocasión cuando José Emilio quiso comprar un «Mercedes». Laura se puso en contacto con José Ignacio, que junto con Ángel y un tercer socio tenían un local en el que vendían vehículos de importación. Laura, tras varias conversaciones con José Ignacio, le expuso un plan para engañar a su esposo e incrementar el precio del vehículo en un millón de pesetas y repartirse entre ambos ese millón de diferencia. Sin embargo, al ir a ver el automóvil, José Emilio lo rechazó con desdén por tratarse de un vehículo de segunda mano, y no era lo que él buscaba.

4) José Ignacio se sintió ofendido ante la actitud de desprecio de José Emilio, y con ánimo de lucro y deseo de venganza, le propuso a Laura, que antes le había informado de la existencia de grandes cantidades de dinero en las cajas fuertes del domicilio conyugal, que le facilitara el acceso a las mismas para llevarse todo el dinero, repartírselo con ella y así los dos se vengarían de él. Esa conversación, sin embargo, no llega a convertirse en una decisión clara y concreta de llevar a cabo el robo.

5) Al día siguiente, el 16 de junio de 1999, Laura y José Ignacio quedaron para comer en un restaurante y allí «la conversación evoluciona —son palabras textuales de los hechos declarados probados— del propósito del robo a *la proposición por parte de Laura de que José Ignacio dé muerte a su marido, por lo que conseguiría, ade-*

más de sus favores sexuales, un reloj marca 'Cartier' y 50 millones de pesetas. José Ignacio, que conoce el manejo de las armas, y tiene una pistola, acepta y, en un primer momento, deciden dar muerte a José Emilio en Marbella, donde debía desplazarse al día siguiente (precisamente a defender como abogado a un amigo de Ángel)».

Ese mismo día tienen una segunda entrevista en una gasolinera cercana al hipódromo, y en ella José Ignacio manifiesta que no llevará a cabo la acción en Marbella, sino en Madrid. Laura le da el número de un teléfono móvil de tarjeta pre-pago que acaba de comprar a instancias de José Ignacio, para así no dejar rastros de facturas, y «se ponen de acuerdo —son de nuevo palabras textuales— *en comunicarse para saber él con la mayor precisión posible la hora de llegada y lugar que ocupa José Emilio en el automóvil*». Incluso José Ignacio llega a acompañar a Laura hasta el domicilio conyugal para conocer mejor la zona.

6) Desde ese momento las llamadas de Laura a José Emilio y a José Ignacio se repiten con frecuencia, y la última se produce a las 0 h. 23 min. del día 17 de junio, «cuando Laura informa a José Ignacio de que el coche de José Emilio estaba cerca de Madrid y que podían tardar cuarenta minutos en llegar». También le informó de que José Emilio solía viajar en el asiento delantero derecho, junto al conductor, y de que éste hacía también funciones de guardaespaldas.

7) Para llevar a cabo su plan, José Ignacio se puso en contacto con Rafael, a quien convenció para que le ayudara y ambos se dirigieron, en una moto de gran cilindrada conducida por Rafael, a las cercanías del domicilio de José Emilio. Allí esperaron más de una hora y cuando poco antes de la 1 h. apareció el automóvil (un Mercedes 600), la motocicleta arranca a gran velocidad, rebasa al vehículo y se introduce en la siguiente calle a la derecha, que era por donde tenía que ir el coche de José Emilio. Cuando el Mercedes gira por esa calle, la motocicleta se encuentra de frente, con el faro iluminando el coche de José Emilio. Esto obliga al chófer a detener el vehículo, en cuyo momento la motocicleta avanza, se sitúa en paralelo en sentido contrario a la marcha del coche, y a la altura de la ventanilla derecha, José Ignacio saca la pistola y dispara una sola vez contra José Emilio. Inmediatamente la motocicleta arranca a gran velocidad, pero antes de que desapareciera, dio tiempo al chófer para salir del coche y disparar varias veces sobre los ocupantes de la motocicleta.

8) El proyectil disparado por José Ignacio alcanzó a José Emilio, entrando por el hombro derecho, perforando el pulmón de ese lado, rompiendo la vena cava y quedando alojado al lado de la aorta, a la altura del corazón. Fue trasladado con urgencia a un hospital, se le operó dos veces, y tras siete días en la UCI y cuatro más en habitación, José Emilio fue dado de alta el día 28 de junio de

1999. Siguió siendo atendido en su domicilio y se reincorporó en septiembre a su despacho de abogado. Las lesiones producidas se curaron a los 201 días, y le quedó como secuela una moderada insuficiencia respiratoria.

9) Uno de los disparos que efectuó el chófer alcanzó a José Ignacio en el glúteo. Rafael le llevó hasta una calle de Madrid y desde allí José Ignacio localizó a Ángel, «sin que conste con claridad de qué le informó». Ángel intentó localizar un médico, sin conseguirlo; y fue José Ignacio quien encontró un veterinario, al que fue llevado por Ángel, que le hizo una cura de urgencia³.

El Grupo de la Brigada Policial de delincuencia violenta organizada había intervenido con autorización judicial, por un hecho diferente, el teléfono de Ángel, y a través de estas llamadas se identificó a José Ignacio, que fue detenido en su domicilio la noche del 18 de junio. José Ignacio ignoraba que Ángel tuviera el teléfono intervenido, y al irrumpir la policía en su domicilio, pensó que sólo Laura podía haberle denunciado, y confesó espontáneamente todos los hechos. Aclaró que había sido Laura la que le había ofrecido dinero por matar a José Emilio, y entregó la cinta que había grabado días antes. También fue quien identificó al conductor de la motocicleta.

b) *El caso de «Onda».*

La SAP de Castellón (Secc. 1^a) n.º 2/2001, de 10 de abril declaró probados y el TS asumió los siguientes hechos, que resumimos:

1) Los acusados en esta causa fueron también cuatro: Jesús, Adela, casada con Felipe, José y su hijo Rubén.

2) Jesús y Adela mantenían una relación sentimental extramatrimonial desde junio de 1997. Dicha relación sentimental fue conocida por Felipe desde finales de ese mismo año, lo que determinó las consiguientes desavenencias conyugales, que finalmente condujeron, en enero de 1998, a que Felipe se trasladara a vivir a la localidad de Onda.

³ Inicialmente se absolvió a Ángel del delito de encubrimiento del que venía siendo acusado, pero el TS casó este fallo y le condenó a un año de prisión y a las correspondientes penas accesorias.

Como hemos indicado, limitaremos nuestro trabajo al estudio de los aspectos relativos al intento de asesinato del propio marido, por lo que no vamos a detenernos en el examen de estos hechos. Simplemente diremos que el TS constata la concurrencia de todos los elementos típicos del delito de encubrimiento, en particular, el conocimiento de la realización previa de un hecho punible, «por vía de inferencia» (f.j. 4º), lo cual puede ser discutible, pues en el propio relato de hechos que hace la AP y que el TS ratifica, se dice expresamente que el herido fue conducido al domicilio de Ángel «sin que conste con claridad de qué le informó».

3) Adela iba los fines de semana a esta localidad, donde se alojaba en casa de sus padres, a la que dichos fines de semana acudía a dormir su marido Felipe. A pesar de ello, las desavenencias conyugales continuaron, hasta el punto de que Felipe llegó a manifestar a su esposa su intención de iniciar los trámites de separación matrimonial y su voluntad de privarla de la custodia de los hijos del matrimonio, del dinero que tenía ahorrado y de una indemnización que había percibido por una invalidez laboral que padecía.

4) Ante la situación creada, Adela y Jesús planearon la muerte de Felipe, para así desembarazarse del obstáculo que suponía a sus relaciones amorosas.

5) Para llevar a cabo ese plan, Adela y Jesús convinieron en que *ella recabaría información acerca de las costumbres y horarios de su marido* en Onda, a fin de facilitársela a Jesús.

En este plan se incluía que Jesús lo ejecutaría junto con una o dos personas más, a las que *acordaron que les pagarían 200.000 pesetas*.

Siguiendo este plan, Adela comprobó que su marido tenía la costumbre de ir solo, después de cenar, entre las 21:15 y 21:30 horas al Bar «El Francés», y que para hacerlo cogía una senda que había en un descampado, que partía de un callejón, sin iluminación alguna, y por la mencionada senda, a través del descampado, que estaba lleno de matorrales y de montones de basura, llegaba hasta la calle donde se encontraba el citado bar.

Por su parte, Jesús propuso, al menos por dos veces, a José participar en la muerte de Felipe por precio de 200.000 pesetas, y el 28 de febrero de 1998 se reunió con José y su hijo Rubén, reiterando la oferta, pero sólo a José. Éste aceptó y se citaron a las 20:00 para trasladarse a Onda.

6) El día 28 de febrero de 1998, sobre las 20 horas, Jesús se encontró con José y su hijo Rubén y les propuso que lo llevaran en coche a Onda, sin indicarles más que el propósito de entrevistarse con una persona que no identificó. Sobre las 21:15, al llegar al descampado que Felipe tenía la costumbre de atravesar para ir al mencionado Bar, Jesús y José se escondieron a esperarle, con el fin de acabar con su vida, sin que hiciera lo mismo Rubén, que se quedó en el coche, en el lugar donde lo habían estacionado⁴.

⁴ Rubén fue inicialmente condenado por la AP Castellón como cómplice en el asesinato de Felipe. Sin embargo, el TS estimó el recurso de casación que interpuso y le absolvió libremente, porque «desconocía cuál era la razón del viaje de su padre y Jesús a Onda» (f.j. 11º STS). Lo único que pudiera ser penalmente relevante fue que observase las manchas de sangre que presentaban los asesinos después de cometer los hechos. Ello podría constituir un delito de encubrimiento, pero como no fue acusado formalmente, le absuelve. Además, en el relato de los hechos se decía que Rubén se

Esa noche, sobre las 21:30 horas, después de haber estado en casa de sus suegros con Adela, Felipe dijo que iba a tomarse un café, y dirigiéndose al Bar por su camino habitual, se dispuso a atravesar el mencionado descampado. En ese momento Jesús le asestó un golpe con un palo por la espalda, sin que Felipe pudiera reaccionar ni defenderse, que le hizo perder levemente la conciencia, llegando a caer al suelo y a perder las gafas. De todas formas, intentó levantarse para huir, pero se lo impidió José, quien abalanzándose sobre él le asestó numerosas heridas de arma blanca, hasta un total de 46. Estas heridas fueron producidas a Felipe por Jesús y José con la intención de causarle la muerte, y sólo ellos realizaron el hecho conjuntamente.

II

A la vista de estos hechos, las respectivas sentencias (SAP Madrid Secc. 5ª de 25 de septiembre de 2001 y SAP Castellón Secc. 1ª de 10 de abril de 2001) condenaron a los acusados, en función de su grado de participación, como autores y partícipes en sendos delitos de asesinato, uno en grado de tentativa y otro consumado.

limitó a cooperar con actos anteriores y simultáneos, pero sin especificar cuáles eran esos actos, lo cual comporta una predeterminación del fallo. Por eso, dice que no debe tenerse en cuenta, y por ello, nosotros tampoco los hemos recogido en el resumen que hacemos de los hechos.

Quisiera resaltar con respecto a Rubén que el TS se planteó también la posibilidad de que éste hubiese incurrido en algún tipo de responsabilidad en el supuesto (hipotético, porque ya se ha dicho antes que Rubén no sabía nada de lo que iban a hacer su padre y Jesús) de que sabiendo o por lo menos intuyendo lo que iban a hacer, sin embargo, no trató de impedirlo. El TS no descarta, aunque por aplicación del principio acusatorio, termina también absolviéndole, que Rubén pudiese haber incurrido en algún tipo de responsabilidad penal por omisión.

Se trata de la compleja cuestión de si cabe la participación por omisión, tema en el cual nosotros no podemos entrar ahora con el detenimiento que ello obligaría.

El TS, siguiendo a la STS nº 1480/1999, de 13 de octubre, admite la participación por omisión, siempre y cuando se den una serie de requisitos: a) de carácter objetivo: favorecimiento de la ejecución; b) de carácter subjetivo: voluntad de facilitar la ejecución; y c) de carácter normativo: infracción del deber personal de impedir la comisión del delito o posición de garante.

El problema que se plantea con esta doctrina, a nuestro juicio, es que estos criterios son tan vagos, que no permiten clarificar cuándo una omisión dará lugar a una responsabilidad a título de autor en sentido estricto o bien de mera participación.

El TS descarta, en el caso concreto, la complicidad por omisión de Rubén, porque no tenía ninguna obligación específica de impedir el hecho, es decir, no se encontraba en posición de garante, sino que más bien tenía la que corresponde a cualquier ciudadano de impedir la comisión de determinados delitos. Por ello, todo lo más, sería responsable por un delito del art. 450 CP, pero como tampoco fue objeto de acusación formal, también le absuelve.

La SAP Madrid condenó a José Ignacio como autor de un delito intentado de asesinato del art. 140 CP; a Laura como inductora también de un delito de asesinato en grado de tentativa, pero del art. 139.1 CP; y a Rafael como cooperador necesario de un delito intentado de asesinato también del art. 139.1 CP.

La SAP Castellón condenó, en cambio, a Jesús y a José como coautores y a Adela como cooperadora necesaria de un delito de asesinato del art. 140 CP. A todos ellos, por tanto, se les aplicó el tipo agravado de asesinato.

Llama la atención, que unos hechos tan semejantes, sin embargo, puedan ser objeto de distinta calificación jurídica: a una esposa se le aplicaría el marco penal del art. 139 CP, que prevé una pena de prisión de 15 a 20 años, mientras que a la otra se le aplicaría el marco penal del art. 140 CP, que impone penas de prisión de 20 a 25 años. Son cinco años de prisión de diferencia, que no es poco.

Ambas sentencias se recurrieron en casación, y podría uno pensar entonces que el TS se encargaría de acercar ambos pronunciamientos y que la conducta de estas señoras sería calificada o bien como un simple asesinato, o bien como un asesinato agravado, pero las dos por igual. Pues no.

El TS, en dos resoluciones que se dictaron con menos de cuatro meses de diferencia, respalda, salvo en algunos aspectos que no afectan a la cuestión que estamos tratando, los anteriores fallos de las respectivas Audiencias. Así la STS de 14 de febrero de 2003 mantiene el pronunciamiento de la SAP Castellón en cuanto a la imputación a todos los intervinientes de un asesinato agravado del art. 140, y la STS de 31 de octubre de 2002 considera, que no se debe apreciar la agravación en la mujer que ofertó el dinero para matar a su marido, manteniendo por tanto el fallo de la SAP Madrid.

Veamos los argumentos que esgrime el TS para sostener uno y otro pronunciamiento⁵:

1. En primer lugar, el TS se ha ocupado de la *naturaleza del delito de asesinato*, y en el caso «Rodríguez Menéndez» se pronuncia expre-

⁵ Hemos de hacer una aclaración, y es que la exposición que hacemos a continuación obedece a un orden lógico en la argumentación, que creemos que ha seguido el TS. Sin embargo, este orden no tiene por qué corresponderse con el finalmente expresado en las resoluciones, ya que éstas han seguido un esquema más atento a los aspectos procesales: en función de los recursos planteados y de las alegaciones formuladas por los recurrentes.

samente en el sentido de considerar al asesinato como un tipo agravado del homicidio. Por el contrario, en el caso de «Onda» el TS no se pronuncia ni en un sentido ni en otro. De todas formas, la SAP de Castellón parece inclinarse, si bien el tenor literal de la resolución es ambiguo en este punto, por su consideración como delito autónomo e independiente⁶.

2. Sentado esto, el TS procede a valorar la intervención de cada una de las personas acusadas. Vamos a separar, por un lado, la conducta de los hombres, y por otro, la conducta de las mujeres.

a) En cuanto a la **actuación de los hombres**, que son quienes disparan y quienes apuñalan y golpean a las víctimas, las SSTS valoran su intervención del siguiente modo:

- En el caso «Rodríguez Menéndez», el TS no ha encontrado dificultad en calificar a *José Ignacio* como autor de un asesinato cualificado del art. 140 CP. Para ello, confirma la inexistencia del dolo de matar y la concurrencia de las circunstancias 1ª y 2ª del art. 139 CP que había hecho el Tribunal de instancia. Y a *Rafael* le condena como cooperador necesario por el art. 139.1 CP, porque el acusado conoció en todo momento lo que José Ignacio se proponía y la forma alevosa de cometerlo, y además, porque su contribución fue imprescindible para conseguir el objetivo perseguido. No consta, sin embargo, que Rafael hubiese recibido precio,

⁶ En la STS de 31 de octubre de 2002 se afirma en el f.j. 2º que «tras la entrada en vigor del nuevo CP es más adecuada la consideración del asesinato como delito dependiente del homicidio, como forma agravada del homicidio (vid. rúbrica del Título I, «Del homicidio y sus formas»), esto es, de manera que aquél es un homicidio calificado por la concurrencia de determinadas agravantes previstas en el art. 139 del CP». En el caso de «Onda» la STS de 14 de febrero de 2003 no dice nada acerca de la naturaleza del delito de asesinato, pero puesto que respalda la SAP Castellón, podemos entender que da por bueno lo que en ella se decía. La SAP Castellón Secc. 1ª de 10 de abril de 2002 comienza diciendo: «Es ello así [la aplicación del art. 140 CP], porque la figura delictiva del asesinato, que no es un homicidio simple agravado por una circunstancia genérica, sino un delito específico distinto y más grave, caracterizado por circunstancias calificativas que lo definen, se configura e integra por el hecho de atentar contra la vida de una persona con un dolo reduplicado, final y modal a la vez, en tanto en cuanto no basta querer matarla, como en el simple homicidio, sino que es menester, además, querer acabar con su vida mediante la concurrencia de cualquiera de las tres circunstancias que enumera el citado artículo 139 del Código punitivo». Hay que insistir, sin embargo, en que estas palabras, aunque puedan apuntar en la dirección de que el asesinato sea un delito autónomo, no se puede deducir de ellas un pronunciamiento claro al respecto, pues lo único que dice es que el asesinato no es un «homicidio + agravante genérica», pero puede ser tanto un delito autónomo como un tipo agravado «distinto y más grave» que el homicidio simple.

recompensa o promesa alguna, por lo que no se apreció la segunda circunstancia que haría aplicable el art. 140 CP.

- En el caso de «Onda», hay un pequeño, pero a la vez importantísimo, matiz de diferencia en la argumentación del Tribunal de instancia, confirmado por el TS, que a la postre resultaría de trascendental importancia también en la valoración de la conducta de las mujeres, como se verá. Tanto en la conducta de *José* como en la de *Jesús* se puede apreciar fácilmente, y así lo hizo el Jurado que les juzgó, la intención de matar y la alevosía, pero no el precio. Jesús, al igual que Rafael en el caso Rodríguez Menéndez, no recibió precio, recompensa o promesa alguna, sino que simplemente ofreció a José 200.000 pesetas por matar a Felipe, pero él no iba a cobrar nada por matarle. ¿Cómo se justificó, entonces, la calificación de la conducta de Jesús como un asesinato agravado? Pues el f.j. 3º SAP Castellón, que hay que entender ratificado por el TS, considera que concurre en este caso la circunstancia 2ª del art. 139 CP, porque ésta afecta **«tanto a los que la prometen o dan como a los que la exigen o reciben»**⁷.
- b) Por lo que **al comportamiento de las mujeres** se refiere (recordemos que ambas realizan los mismos hechos: ofrecen dinero por matar a su marido y dan una información para hacerlo, que a la postre resulta vital para llevar a cabo dicho propósito), el TS procede a valorarlo en dos fases. En la primera examina cómo ha de calificarse la contribución de ambas mujeres a los hechos, si de autoría o de participación. Una vez que ha dado respuesta a esta cuestión, pasa a estudiar las circunstancias que concurren en sus respectivas conductas, a efectos de comprobar si resulta o no aplicable el art. 140 CP.
- α) En cuanto al primer punto, hay que decir que el TS, en ambas sentencias, coincide en apreciar que la conducta, tanto de Adela como de Laura, debería considerarse como un supuesto de *coautoría*. Sin embargo, pese a que se pronuncia expresamente en ambos casos en este sentido, finalmen-

⁷ Hay que resaltar también que en el caso Rodríguez Menéndez el Magistrado F.J. VIEIRA MORANTE emitió un Voto Particular frente a la SAP Madrid, en el cual se sostiene, trayendo a colación las sentencias del TS de 13 noviembre 1998 y del TJ Cataluña (Sala Civil y Penal) de 29 noviembre 1999, que el precio, recompensa o promesa afecta «tanto al que entrega como al que recibe el precio», haciendo un paralelismo entre este tratamiento punitivo y el del cohecho.

te termina condenando tanto a *Laura* como a *Adela* como cooperadoras necesarias.

En el caso «Rodríguez Menéndez», el TS estimó parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal y de la acusación particular de José Emilio, que consideraban la participación de la acusada no sólo de inducción (recordemos: inicialmente la SAP Madrid condenó a Laura como inductora a un asesinato), sino también de cooperación necesaria, y que, por tanto, debería responder «por ambos títulos». La estimación del recurso en este punto tuvo que ser forzosamente parcial, porque aunque la acusada cumpliese los dos títulos de imputación (inductora y cooperadora necesaria) solamente podría ser condenada por uno de ellos, salvo que se estuviese dispuesto a vulnerar el principio *non bis in idem*⁸

Por lo que respecta a la otra parte del recurso, el TS reconoce —como acabamos de señalar— que la conducta de Laura no es solamente una inducción, sino que «en puridad estos actos son propios de una coautoría». Coincide, por tanto, en este punto con la interpretación que haría después el TS en la sentencia del caso de «Onda». Entonces, ¿por qué acaba finalmente condenándola como cooperadora necesaria y no como coautora? Pues sencillamente porque, y cito textualmente, la diferencia entre ambas figuras «*forzosamente ha de encontrarse en el momento del aporte*, el coautor lo hace en la fase ejecutiva, y el cooperador en un momento anterior. La acusada, sin perjuicio de su conducta instigadora, también realiza una aportación material al hecho en un momento anterior a su ejecución, por lo que la calificación de esta conducta es la de cooperadora necesaria en el delito» (f.j. 1º STS de 31 octubre 2002).

En el caso de «Onda» sucede algo similar. Pese a que el TS inicia su argumentación señalando que la conducta debería merecer el calificativo de coautoría, sin embargo, finalmente acaba condenando a la mujer también por cooperación necesaria. Sin embargo, el argumento que emplea el Alto Tribunal en esta ocasión es de signo distinto. Se trata de una cooperación necesaria, porque entiende que «el Magistrado-Presidente, se planteó el supuesto más favorable a la acusada, y partiendo de la hipotética inexistencia de concierto delictivo, estimó que, individualmente valorada la conducta desplegada por aquélla, merecería la consideración de cooperación necesaria».

⁸ Según el TS, «los actos de participación que superen la mera inducción y que implican una aportación en fase inmediata a la ejecutiva absorben la inducción anterior» (f.j. 1º STS de 14 febrero 2003).

- β) Una vez que califica el comportamiento de las mujeres como de cooperación necesaria, el TS procede entonces a valorar las circunstancias que concurren en la conducta de cada una, por ver si sería o no aplicable el art. 140 CP.

Por lo que a la circunstancia de alevosía se refiere, en ninguno de los dos casos el TS encuentra dificultad en apreciarla, pues tanto en uno como en otro con la información aportada por las mujeres se tendió una emboscada a la víctima y lo hicieron para que ésta no tuviera ocasión ni de defenderse ni de huir, configurándose así el supuesto de hecho de la alevosía.

En cuanto a la circunstancia de precio, recompensa o promesa, en cambio, aquí el TS sigue dos criterios radicalmente distintos. Mientras que en el caso «Rodríguez Menéndez» considera que esta circunstancia no tiene carácter bilateral, en cambio, en el caso de «Onda», como ya hemos visto [*supra* II.2.a)], cabe entender que el TS es partidario de su bilateralidad.

En la STS de 31 octubre 2002, el TS empieza por reconocer que la propia jurisprudencia de la Sala 2ª «no ha mantenido un criterio uniforme». «Así —continúa el f.j. 2º de la citada STS—, mientras en algunas sentencias ha afirmado la naturaleza bilateral de la agravación (STS 13 noviembre 1998 y las que cita, SSTS 7 julio 1983, 25 abril 1985, 21 octubre 1991 y 14 septiembre 1992), en otras (SSTS 25 enero 1993, 10 marzo 1986, 5 noviembre 1985, 25 mayo 1976, 17 noviembre 1973), se ha erradicado la apreciación de la agravante de “precio, recompensa o promesa” al inductor por respeto al principio *non bis in idem*, pues cuando “la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del *non bis in idem* que impide penar dos veces la conducta”».

Por último, pese a que en ambos supuestos la relación matrimonial estaba bastante deteriorada, ello no impidió que, siguiendo una jurisprudencia bastante consolidada⁹, se apre-

⁹ «[...] si la relación matrimonial estuviere rota de facto, aunque se mantuviera el vínculo formal del matrimonio, esa sola relación aparente, sin correspondencia con la realidad subyacente, no podría dar vida a la estimación de esta circunstancia modificativa.— Es esa realidad viva de afecto y convivencia propia de la relación matrimonial (incluso sin vínculo: uniones de hecho) la que fundamenta su apreciación» (f.j. 6º de la STS 14 febrero 2003).

ciase la circunstancia de parentesco (art. 23 CP), que como es sabido, en este tipo de delitos, opera como agravante¹⁰.

III

Al hilo de la lectura de los antecedentes de hecho y de los fundamentos de derecho que hemos expuesto en el apartado anterior, seguramente al lector inquieto le han ido surgiendo numerosas preguntas, dudas, y en algún momento, hasta puede que alguna sorpresa. Algunas de las cosas que también a nosotros nos han llamado la atención, las vamos a comentar a continuación.

Estas SSTS abordan cuestiones de gran trascendencia, no sólo en lo que se refiere a la parte especial del Derecho penal, y en particular, los delitos contra la vida humana independiente, sino también importantes cuestiones de la parte general, como son las relativas a la autoría y participación.

Nos vamos a detener, principalmente, en tres puntos concretos. En primer lugar, la naturaleza del delito de asesinato: si se trata de un homicidio agravado o bien de un delito autónomo e independiente del homicidio (letra a). En segundo lugar, comentaremos los criterios que utiliza el TS para valorar la contribución de Laura y de Adela en estos hechos (letra b). Y por último, que creo que es la cuestión de mayor relevancia en los casos particulares que se juzgaron, analizaremos la naturaleza de la circunstancia de precio, recompensa o promesa (letra c). De la respuesta que se dé a esta última cuestión, depende en definitiva la solu-

En el caso de «Onda», que quizás sea el que mayores problemas pudiera plantear en cuanto a su apreciación, se admitió la existencia de una relación matrimonial real y efectiva, aunque complicada y turbulenta, por las siguientes razones: a) el abandono del domicilio por uno de los cónyuges no lo fue «para prescindir del matrimonio o vivir de espaldas a él». De hecho, cuando la acusada iba a Onda se traslada al domicilio de los suegros y conviven allí los cuatro (la acusada Adela, su marido y los dos hijos); y b) no hay *des-affectio conyugal*, porque el traslado a la población de Onda, lo fue precisamente para «salvar el matrimonio» y no con voluntad de destruirlo (f.j. 6º STS 14 febrero 2003).

¹⁰ Téngase en cuenta que recientemente la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30 septiembre 2003) ha modificado esta circunstancia, de tal modo que en la actualidad ya no es requisito necesario para apreciarla que exista una convivencia real, más o menos estable, sino que basta con que el agraviado sea o haya sido cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad. La naturaleza de esta circunstancia, por tanto, ha cambiado sustancialmente, y la jurisprudencia tendrá que adecuarse a esta nueva configuración. En los dos casos de que se han ocupado las sentencias que comentamos, si no hubo inconveniente en apreciar entonces la circunstancia de parentesco, menos aún lo habría con la nueva redacción del art. 23 CP.

ción que corresponde a estos supuestos, como de hecho así sucedió, dejando al margen, por supuesto, la circunstancia de que en un caso el delito quedó en grado de tentativa, mientras que en el otro se consumó.

a) *Naturaleza del delito de asesinato.*

1. En cuanto a la naturaleza del delito de asesinato, como hemos apuntado (*supra* II.1), es posible entender que el TS sostiene, aunque en una de estas resoluciones no lo diga expresamente, dos opiniones diferentes. Mientras que en el caso «Rodríguez Menéndez» afirma, de modo expreso, que el asesinato es un homicidio, sólo que agravado, en cambio, en el caso de «Onda», por el contrario, cabe entender, tácitamente, que mantiene el carácter autónomo o independiente de esta figura delictiva.

No podemos entrar ahora en esta vieja polémica con el detenimiento que merecería¹¹, aunque sí queremos hacer algunas consideraciones sobre las posibles consecuencias si se sigue uno u otro planteamiento, y decantarnos por la posición que más nos convence.

Antes que nada sería conveniente indicar que, aunque al propio TS, en la sentencia del caso «Rodríguez Menéndez», le parezca evidente la naturaleza del asesinato, a nuestro modo de ver, la regulación actualmente en vigor sigue suscitando todavía algunas dudas al respecto, y permite, por tanto, que se siga discutiendo sobre el tema¹². Creo que un pronunciamiento tan rotundo como el que sostiene la STS debería haberse fundamentado más.

¹¹ Bajo la vigencia del ACP, la opinión mayoritaria era la que sostenía su autonomía. Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, t. I (Delitos contra las personas), 1986, 58; FERNÁNDEZ ALBOR, *Homicidio y asesinato*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1964, 107 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, 39; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. I, vol. 1, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed. (revisada por E. Gimbernat Ordeig), 1972, 236 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed. (revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez), Ed. Dykinson, Madrid, 1995, 48; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas*, Ed. Los autores, Madrid, 1962, 192 ss.

Otros autores, en cambio, sostuvieron la naturaleza de tipo agravado. Así, ANTÓN ONECA, *Derecho penal español. Parte general*, 2ª ed. (anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneítez Merino), Ed. Akal, Madrid, 1986, 464; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV, Ed. Estades, Madrid, 1956, 256; CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, vol. 2º, 14ª ed. (revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández), Ed. Bosch, Barcelona, 1975, 504; entre otros.

¹² De hecho, se puede decir que la polémica persiste hoy en la doctrina, aunque la opinión dominante en la actualidad es la que considera que el asesinato es un tipo agravado. Podemos decir, por tanto, que se han invertido los papeles, pero como es lógico,

2. En efecto, el TS únicamente alude como criterio para justificar la naturaleza de tipo agravado la rúbrica del Tít. I del Lib. II, que reza «Del homicidio y sus formas». Sin embargo, ello no tiene por qué ser un argumento suficiente para afirmar con la rotundidad que lo hace, que el asesinato sea un delito dependiente del homicidio. Este argumento podría contrarrestarse con otros de tipo gramatical, histórico, criminológico y de carácter dogmático y político-criminal. Lo que sucede es que, a mi modo de ver, tampoco ninguno de estos argumentos resulta completamente convincente¹³.

Así, el art. 139 CP emplea la palabra «asesinato», esto es, un *nomen iuris* específico para designar a esta figura delictiva, lo que pudiera dar a entender que el CP se ha decantado por su autonomía. Se podría decir que es parecido a lo que sucede con el delito de robo con fuerza en las cosas y el delito de hurto, que tienen denominaciones distintas. Sin embargo, este argumento no resulta suficiente, porque parece cuanto

ello no obedece a un capricho personal, sino que ha sido debido a la entrada en vigor de una nueva legislación. Así, se han pronunciado a favor del carácter simplemente agravado, entre otros, CASTELLÓ NICÁS, «El asesinato y sus circunstancias», CPC 1998, 7 ss.; GONZÁLEZ RUS, en *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Cobo del Rosal (dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, 47; DE JORGE BARREIRO, en *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Ed. Civitas, Madrid, 1997, 394; MORALES PRATS, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares (dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 3ª ed., 2002, 53-54; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Ed. Eurojuris, Madrid, 1996, 85; PEÑARANDA RAMOS, en *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, BAJO FERNÁNDEZ (dir.), t. I, Ed. Ceura, Madrid, 2003, 182 ss.; DEL ROSAL BLASCO, LH-Torío López (1999), 685; TORÍO LÓPEZ, «Delitos contra la vida en el Código penal de 23-XI-1995», en Asúa Batarrita (dir.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, Ed. UPV, San Sebastián, 1998, 105.

Con todo, hay autores que siguen sosteniendo todavía la autonomía del asesinato, como MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 14ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, 51; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Bosch, Barcelona, 3ª ed., 1996, 15; RUIZ VADILLO, en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), t. II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, 1773; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 8ª ed., 2003, 39; SERRANO MAILLO, «Elementos de autor en el asesinato», en *IV Congreso andaluz de ciencias penales. Derecho penal y psiquiatría criminal y forense*, El Puerto de Santa María, 1998, 499 ss.; entre otros.

GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, 106; y ahora en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (coords.), t. I, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, n.m. 25 antes del art. 138, pese a considerar que «ninguna de las dos tesis es acertada», podría considerarse que mantiene la autonomía del asesinato, porque se declara partidario de acoger «sin ninguna quiebra», que los elementos específicos del asesinato «son elementos *constitutivos*», y que, por ello, «deberán estar sometidos en *todo* al régimen del tratamiento jurídico-penal de los elementos del tipo».

¹³ Sobre los argumentos que se suelen emplear para afirmar la autonomía de un tipo con respecto a otro, pueden verse, con carácter general, entre otros, CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito *sui generis*», ADPCP 1978, 35 ss.; MIR PUIG, «Cualificaciones y delitos *sui generis*», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ed. Civitas, Madrid, 1825 ss.

menos llamativo que el CP no emplee este mismo *nomen iuris* también en otros preceptos, como por ejemplo en el art. 57 CP, cuando se refiere a las prohibiciones que pueden llevar aparejadas como penas accesorias una serie de delitos muy graves. El art. 57 CP simplemente alude a «los delitos de homicidio», sin que mencione el término «asesinato». Si no se refiere al asesinato de modo específico, puede ser debido a que, sencillamente, no lo considere un delito autónomo del de homicidio.

También se han aducido razones históricas en favor de su autonomía, pues hasta 1932, el asesinato, al igual que el parricidio, ostentaba un capítulo propio. Sin embargo, el contraargumento resulta evidente: Si han desaparecido estos capítulos puede ser debido a que se considere que son el mismo delito, y por eso se les ubica bajo una misma rúbrica.

Lo mismo acontece con la consideración, desde un punto de vista criminológico¹⁴, de que existe un tipo de autor de este delito¹⁵. Aunque pudiera sostenerse este parecer desde la propia literalidad del artículo al referirse al «reo de asesinato», sin embargo, hay que desechar el Derecho penal de autor porque es incompatible con los principios fundamentales del Derecho penal moderno, en el cual no se castiga a las personas por lo que son o piensan, sino por lo que hacen.

Incluso se podría decir, y no es en absoluto un argumento nada despreciable en favor de su autonomía, quizás el de mayor peso de todos, que la pena impuesta al asesinato es muy superior a la que procedería imponer si se aplicasen las reglas generales de determinación de la pena¹⁶. Sin embargo, a mi modo de ver, este argumento no resulta completamente convincente. No se puede decir con rotundidad que el asesinato constituye un

¹⁴ Por citar algunos trabajos de carácter criminológico dedicados al asesinato, además del clásico de VON HENTIG, *Estudios de psicología criminal*, t. II (El asesinato), trad. J.M. Rodríguez Devesa, 3ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1971; y del de RODRÍGUEZ DEVESSA, «Algunos aspectos criminológicos del asesinato», en *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XVIII, nº 3, Derecho, Curso 1959-1960, 343 ss.; también cabría traer a colación los más recientes de BORRÁS ROCA, *Asesinos en serie españoles: Biografía, personalidad, móviles del crimen, víctimas y juicios*, Ed. Bosch, Barcelona, 2002; y MORILLAS FERNÁNDEZ, «Aspectos criminológicos de los psicópatas y asesinos en serie», CPC 77 (2002), 409 ss.

¹⁵ En este sentido, entre otros, SERRANO MAÍLLO, «Elementos de autor en el asesinato», en AAVV, *IV Congreso andaluz de ciencias penales. Derecho penal y psiquiatría criminal y forense*, El Puerto de Santa María, 1998, 489 ss.

¹⁶ TORÍO LÓPEZ y SANZ MORÁN han puesto de relieve, en los trabajos ya citados, cómo solamente cobra sentido la separación conceptual entre homicidio y asesinato, entendidas como modalidades delictivas autónomas si la pena difiere cualitativamente, como sucede con la pena de muerte o la de reclusión perpetua [véase TORÍO LÓPEZ, LH-Pereda (1983), 95 ss.; SANZ MORÁN, ADPCP 1995, 798 ss.]. «Si, por el contrario, renunciamos a las penas de muerte y reclusión perpetua —señala SANZ MORÁN—, existiendo entonces una única pena privativa de libertad temporal, graduable según su mayor o menor duración, se flexibilizará notablemente la construcción legislativa de diversas modalidades, más o menos graves, de un único delito de homicidio doloso» (798).

aliud por el mero hecho de tener una pena mayor que la resultante de aplicar las reglas generales de determinación de la pena al homicidio¹⁷. Podría tratarse simplemente de una regla específica de determinación de la pena para estos casos, sin que ello comporte una naturaleza distinta de la conducta punible. En este sentido se podría traer a colación el propio tipo agravado de asesinato del art. 140 CP, que no añade nada al art. 139 CP, y sin embargo prevé una pena todavía más elevada. Es más, el hecho de que el ley denomine los elementos característicos del asesinato como «circunstancias» parece que vendría a indicar que el asesinato supone tan sólo un *plus* con respecto al homicidio, y no un delito completamente distinto. De hecho, cuando concurren más de dos circunstancias del art. 139 CP, la tercera se convierte en agravante genérica, respecto de la cual sí regirían entonces las reglas generales de determinación de la pena¹⁸.

3. De estos y también de otros argumentos que no hemos mencionado, creemos que no se puede extraer una conclusión rotunda, ya sea en un sentido o en otro. En realidad, pensamos que la polémica en sus estrictos términos no conduce a ninguna parte, pues ambos planteamientos están abocados a confluir. De hecho, las concesiones mutuas son nume-

¹⁷ Incluso tras la reforma operada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, las diferencias punitivas se habrían visto recortadas, puesto que la nueva regla 4ª del art. 66.1 CP dispone que «cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, [los jueces y tribunales] podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior» (= prisión de 15 años y un día a 18 años y 9 meses). Es más, en el caso de que concurrese la agravante de reincidencia, el homicidio podría ser sancionado con pena mayor que el asesinato. La nueva regla 5ª del art. 66.1 CP establece que «cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate...» (= prisión de 15 años y un día a 22 años y 6 meses).

¹⁸ Hay que señalar, de todas formas, que esta cuestión no es pacífica. Existe un sector doctrinal minoritario, según el cual sería necesaria la concurrencia de las tres circunstancias previstas en el art. 139 CP para poder aplicar el asesinato hiper-agravado del art. 140 CP (así, entre otros, SERRANO GÓMEZ, *PE*⁸, 46).

La doctrina mayoritaria, en cambio, considera que bastan dos circunstancias para aplicar el art. 140 CP. Sin embargo, los autores se dividen a la hora de resolver el supuesto en que concurren precisamente las tres circunstancias cualificativas. En estos casos, hay quien considera que nos encontramos ante un concurso ideal entre todas las agravantes concurrentes, y debiera resolverse por la regla del art. 77 CP (así, entre otros, GRACIA MARTÍN, en *Comentarios I*, art. 140 n.m. 6 ss.); otros optan por considerar que la tercera circunstancia carece de cualquier efecto agravatorio [así, entre otros, GONZÁLEZ RUS, en *Compendio*, Cobo del Rosal (dir.), 48; DE JORGE BARREIRO, en *Comentarios*, Rodríguez Mourullo (dir.), 404; JUANATEY DORADO, LH-Casabó Ruiz II (1997), 130]; y por último, a mi juicio con razón, hay también quien considera que la tercera circunstancia debe tomarse como circunstancia genérica de agravación [así, entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios I*, Vives Antón (dir.), 739; MUÑOZ CONDE, *PE*¹⁴, 58]. Como dice PEÑARANDA RAMOS, sería absurdo que «en un asesinato doblemente cualificado por alevosía y precio no agrave la pena que además se haya producido ensañamiento y sí lo haga, por ejemplo, que el sujeto sea reincidente o que haya utilizado un disfraz para facilitar su impunidad» (*Compendio I*, 233).

rosas. «Ello se debe —en palabras de PEÑARANDA RAMOS, con quien estamos de acuerdo— a que no es aceptable ninguna de las dos opciones alternativas en sus términos más radicales: las características del asesinato no pueden ser consideradas elementos constitutivos de un delito absolutamente distinto o independiente del homicidio, pero tampoco como simples circunstancias genéricas de agravación del homicidio común»¹⁹.

En efecto, si se mantuviese en puridad que las características específicas del asesinato fuesen meras circunstancias agravantes modificativas de la responsabilidad penal, ello significaría, entre otras consecuencias²⁰, a tenor de lo dispuesto en el art. 66.1.7^a CP [conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre], que las circunstancias previstas en el art. 139 CP habría que compensarlas con las atenuantes genéricas del art. 21 CP que pudieran concurrir. Sin embargo, parece obligado entender que la compensación prevista en la regla 7^a del art. 66.1 CP presupone que ambas circunstancias, atenuantes y agravantes, tengan efectos homogéneos, cosa que, evidentemente, no ha sucedido con las previstas en el art. 139 CP, que permite elevar la pena más allá del límite máximo del tipo básico de homicidio del art. 138 CP.

De este razonamiento podría uno entonces deducir que el asesinato es un tipo autónomo del homicidio, y que, por consiguiente, las características específicas del asesinato serían elementos esenciales de un supuesto delito autónomo de asesinato. Si esto fuese así, dichas características, como cualquier otro elemento del tipo, tendrían que estar abarcadas por el dolo, y en su defecto, podríamos decir que estamos ante un error de tipo, que si fuese invencible excluiría la responsabilidad penal, pero si fuera vencible daría lugar a una responsabilidad a título de imprudencia, que para los delitos contra la vida se ha previsto expresamente en el art. 142 CP. Sin embargo, resulta absurdo castigar como imprudente, una conducta que no ha dejado nunca de estar dirigida por la voluntad de matar a otro. No estaríamos, por tanto, en presencia de un error sobre un «hecho constitutivo de la infracción penal» (art. 14.1 CP), sino ante un «error sobre un hecho que cualifica la infracción» (art. 14.2 CP), cuya consecuencia lógica es que impide la correspondiente agravación, pero no la posibilidad de reconducir dicha conducta al tipo genérico del homicidio doloso.

De lo expuesto cabe deducir entonces, que las circunstancias del art. 139 CP no son «hechos constitutivos de la infracción penal», como dice

¹⁹ PEÑARANDA RAMOS, en *Compendio I*, 185.

²⁰ Sobre las consecuencias que se extraen de atribuir al asesinato la naturaleza de tipo autónomo o de tipo meramente circunstanciado, véanse, entre otros, GRACIA MARTÍN, en *Comentarios I*, n.m. 15 ss. antes del art. 138; MORALES PRATS, en *Comentarios a la PE*³, 62 ss.

el art. 14.1 CP, ni tampoco meras «circunstancias agravantes», como dice el art. 14.2 CP, sino «hechos que cualifican la infracción», como dice también el art. 14.2 CP. No son agravantes genéricas, pero tampoco elementos esenciales o constitutivos. La relación entre los delitos de homicidio y de asesinato sería similar, a mi juicio, a la que se puede predicar del delito de hurto (art. 234 CP) con respecto a los tipos agravados del mismo (art. 235 CP)²¹.

4. Por consiguiente, la consideración del asesinato como un tipo agravado de homicidio tendría como consecuencias más destacadas las siguientes.

En primer lugar, deberían concurrir todos los elementos del tipo básico para poder aplicar el delito de asesinato. En particular, debe estar presente la voluntad de matar a otra persona, esto es, el dolo, lo cual hace inviable un asesinato por imprudencia²². Después de constatar los elementos del tipo básico, habría que comprobar si se dan algunas de las circunstancias del art. 139 CP²³.

²¹ Conviene advertir que en relación con los delitos patrimoniales aludidos, bajo la vigencia del anterior CP, un sector doctrinal consideró que se trataban de auténticos «delitos circunstanciados». Con esta expresión se estaría haciendo referencia, según ALONSO ÁLAMO, principal defensora en nuestro país de esta categoría, a un «fenómeno jurídico diverso del delito autónomo y del delito cualificado» y que las características de agravación que pueda tener «no fundamentan una unidad valorativa nueva ni, por tanto, una nueva pena legal» (*El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Ed. Universidad de Valladolid, 1981, 215, y en particular, 313 ss.).

A nuestro juicio, y sin entrar a juzgar esta categoría procedente del Derecho italiano, en la medida en que en el CP/1995 la pena del hurto agravado se duplica con respecto a la del tipo básico de hurto (tanto en el límite mínimo como en el máximo), la razón fundamental que podía existir bajo la vigencia del anterior Código para sostener el carácter circunstanciado del tipo agravado, hoy se puede decir que ha decaído.

Sobre el delito circunstanciado, véase también, entre otros, PÉREZ ALONSO, *Teoría general de las circunstancias. Especial consideración de las agravantes indeterminadas en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, EDERSA, Madrid, 1995, 111 ss.; SALINERO ALONSO, C.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, 36 ss.

²² Cuestión distinta es si cabe un asesinato con dolo eventual. En principio, no habría obstáculos insalvables para admitir tal posibilidad, como ha puesto de relieve MAPELLI CAFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», ADPCP 1988, 431 ss. Creo que sus argumentos, a pesar de referirse al ACP y de considerar que se trataba de un delito autónomo, podrían ser asumibles en relación con las circunstancias ahora vigentes. Véanse, en este sentido, entre otras, las SSTs de 6 junio 2002, 31 octubre 2002 (sentencia de la misma fecha que el caso «Rodríguez Menéndez») y 20 enero 2003 (todas ellas con ulteriores referencias), que declararon compatible el dolo eventual con la circunstancia de alevosía.

²³ Por ejemplo, en la STS de 28 diciembre 2000, y con independencia de si se debe o no considerar alevosa la muerte de un niño recién nacido, el Alto Tribunal apreció la concurrencia, por un lado, de la alevosía, y por otro, de dos circunstancias atenuantes, lo que le llevó a disminuir la pena inicialmente impuesta, pero no a través de compensar

En segundo lugar, a la hora de determinar la pena, el marco penal del cual se debe partir para imponer una pena inferior o superior en grado es el fijado en el art. 139, que es también el que habrá que tener en cuenta a la hora de dividir la pena en mitades para que operen las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes. Por tanto, no son compensables las circunstancias atenuantes con las específicas del art. 139 CP.

En tercer lugar, como cualquier otro elemento típico, el dolo debe abarcar las circunstancias que configuran el asesinato, pero el desconocimiento de las mismas, excluye la aplicación de la modalidad agravada, pero no la del tipo básico (art. 14.2 CP), en la medida en que se mantienen todos sus elementos.

En cuarto lugar, y en cuanto a la responsabilidad penal de los partícipes, la jurisprudencia suele acudir a lo dispuesto en el art. 65 CP para determinar si el partícipe responde por el mismo delito que el autor o si se rompe el título de imputación²⁴. Por el contrario, un sector de la doctrina, considera que este precepto se refiere exclusivamente a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, y no a los elementos específicos de los tipos agravados²⁵, con lo que ya no sería de aplicación dicho precepto, aunque ello no significa que no resultasen aplicables los principios generales que lo inspiran.

la alevosía con las atenuantes genéricas, sino con la imposición de una pena inferior en un grado a la del art. 139 CP, que luego individualizaría en 10 años de prisión. En parecidos términos, la STS de 31 diciembre 2002 también apreció la alevosía y dos atenuantes, y procedió del mismo modo, concretando finalmente la pena en 9 años de prisión.

²⁴ Véase, por ejemplo, entre otras, la STS de 20 junio 2001, en la cual se puede leer: «Cierto es que una parte de la doctrina sostiene que el art. 65 (antiguo art. 60) CP sólo es aplicable a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas. Pero no es menos cierto que la jurisprudencia de esta Sala (ver STS de 13-10-1992) viene sosteniendo que rige también para las circunstancias específicas de los tipos de la parte especial (p. ej., en el asesinato o en el robo), dado que no existen entre unas y otras circunstancias razones que fundamenten una solución diferenciada y que el texto de la ley no distingue entre genéricas y específicas. No se debe olvidar tampoco que una parte de la doctrina, que considera que el art. 65 es aplicable sólo a las circunstancias genéricas, postula su aplicación por analogía a las específicas y que admite que en los casos de delitos especiales impropios el no cualificado sea punible según el delito genérico o, en todo caso, atenuadamente en los delitos especiales propios, con lo cual, en los resultados, se viene a coincidir con la solución jurisprudencial más tradicional».

²⁵ Una amplia exposición de la doctrina puede verse, entre otros, en BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Ed. Universidad de Zaragoza/Civitas, Madrid, 1995, 50 ss., 215 ss., quien personalmente se muestra partidario de limitar el ámbito de aplicación del antiguo art. 60 (hoy equivalente al art. 65), a las circunstancias genéricas.

En efecto, aunque el art. 65 CP no existiera, y dejando al margen la polémica cuestión de la participación en los delitos especiales²⁶, la solución que se alcanzaría en estos casos no debiera variar a la expresada en dicha disposición. Entre los principios que están en la base de este precepto cabría destacar el principio de responsabilidad personal, el de culpabilidad y el de accesoriidad limitada. A tenor de estos principios, la pena justa será aquella que sea medida conforme a la gravedad del hecho cometido por el sujeto y de su reprochabilidad personal, de tal modo que se deberían hacer incommunicables al partícipe, en virtud del carácter individual de la responsabilidad penal, aquellas circunstancias personales pertenecientes a la culpabilidad y también aquellas otras de carácter objetivo que el partícipe no conozca.

Por tanto, parece que habrá que entender que el título de imputación de cada interviniente en los hechos que fueron objeto de estas sentencias va a depender del carácter que se asigne a cada una de las circunstancias del art. 139 CP. Si de circunstancias relativas a la forma de ejecución del hecho se tratase, entonces se imputará a los partícipes un delito de asesinato si en el momento de su intervención conocían que el hecho se ejecutaba o se iba a ejecutar de ese modo. Y si de circunstancias de reprochabilidad personal se tratase, entonces sólo se podrá imputar un asesinato en aquellos en quienes concurren las mismas.

La cuestión decisiva, como se comprenderá, será el carácter que se atribuya a la circunstancia 2ª del art. 139 CP. Dejamos tan sólo apuntada ahora esta cuestión, y volveremos sobre ella más adelante [*infra* III,c)].

b) *Valoración de la contribución.*

El segundo aspecto de los razonamientos jurídicos de las SSTs que merece nuestra atención es el relativo a la valoración que se ha hecho de la contribución de las mujeres en el asesinato del propio marido,

²⁶ Ampliamente sobre esta cuestión, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, Ed. Universidad de Barcelona, 2003, 124 ss.

Mi posición al respecto la dejé ya expresada en ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999, 328 ss., y en particular, me pronuncié en contra de la posibilidad de acudir en estos delitos al art. 65 CP, porque dicho precepto se refiere únicamente a las «circunstancias agravantes o atenuantes», pero no a los elementos que fundamentan la responsabilidad del autor, como hace, por ejemplo, el § 28 I StGB (334).

La situación va a cambiar con la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que introduce un precepto similar al recogido en el StGB alemán, pero que, a mi juicio, su redacción es bastante discutible [*infra* III.c).3].

recordemos: ambas ofrecen dinero por matar a su marido y dan una valiosísima información para hacerlo.

Los pronunciamientos del TS a este respecto han suscitado en nosotros el interés por tres cuestiones. En primer lugar, la relación que existe entre ambas conductas (ofrecer dinero y dar información). En segundo lugar, la distinción que realiza el TS entre cooperación necesaria y la mera complicidad. Y por último, la delimitación entre la cooperación necesaria y la coautoría. Los argumentos que ofrece el Alto Tribunal en los dos primeros puntos pueden ser más o menos asumibles. Sin embargo, la argumentación del Supremo con respecto a la tercera cuestión merece, a nuestro juicio, una valoración muy crítica.

1. Evidentemente, tanto la conducta de Laura como la de Adela puede ser calificada, sin dificultad, como una inducción [art. 28 párr. 2º letra a) CP]. Lo que sucede es que su participación en estos hechos no se detiene ahí, sino que aportan una información decisiva a la hora de tender una emboscada a las respectivas víctimas, lo cual las haría también responsables en concepto de cooperación necesaria [art. 28 párr. 2º letra b) CP].

Para valorar esta conducta, debemos hacer previamente una serie de consideraciones de carácter general.

Si aceptamos un concepto extensivo del tipo, en el sentido de que los tipos de la parte especial del Código comprenden también, al ponerlos en conexión con las disposiciones de la parte general, tipos de participación, habría que concluir que el bien jurídico protegido tanto en las distintas formas de autoría como en las de participación, sería el mismo. Ahora bien, el comportamiento previsto en estos tipos de participación tiene un contenido de desvalor específico, que les distingue de los tipos de autoría. Se podría decir que aquéllos aparecen como un *minus* valorativo frente a éstos²⁷. Incluso, dentro de los tipos de participación también se podría advertir una cierta graduación, por cuanto que la mera complicidad se encuentra en una relación de subsidiariedad expresa (art. 29 CP) con respecto a la inducción y a la cooperación necesaria. Lo que sucede, a nuestro modo de ver, es que

²⁷ Seguimos la opinión, en este punto, entre otros, de OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, EDERSA, 1999, 309 ss., quien además sugiere de *lege ferenda* no «una atenuación facultativa de la pena bajo el presupuesto de una equiparación punitiva general a la pena del autor, sino al contrario: (...) el reconocimiento general de una punibilidad menor para el instigador; y la posibilidad, con carácter optativo, de equiparar el marco abstracto de la pena a la autoría para los casos más graves» (376).

Idéntica sugerencia en PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, 418-419.

no resulta tan clara la relación que existe entre la inducción y la cooperación necesaria²⁸.

Con todo, el TS declara solemnemente en la sentencia de 31 octubre 2001, en su f.j. 1º, que «los actos de participación que superen la mera inducción y que implican una aportación en fase inmediata a la ejecutiva absorben la inducción anterior». Parece como si el TS considerase que se da una *relación de consunción* entre la cooperación necesaria y la inducción. La amenaza para el bien jurídico en estos casos sería mayor en la colaboración que en el ofrecimiento del dinero. La facilitación de aquella información comportaría un *plus* desvalorativo, puesto que la colaboración presupone la previa resolución de cometer el crimen y con ella se avanza un paso más hacia su comisión. Esa contribución supondría un estadio más avanzado de su comisión, que se superpone al ofrecimiento del dinero.

Con ser ésta una argumentación aceptable, sin embargo, se le podría dar también la vuelta. ¿Por qué no sería la inducción la *lex consumens* y la cooperación necesaria la *lex consumptæ*? De hecho el desvalor de la inducción a través del ofrecimiento del dinero ha sido un hecho tan decisivo, o más, en la comisión del delito, que la propia colaboración. Es aquel ofrecimiento el que ha hecho despertar en el autor la resolución de cometer el crimen, por lo que bien se podría decir que todo lo que venga después podría quedar consumido por aquella inducción. Conforme a ello, no sería descartable que la cooperación necesaria se convirtiese entonces en un *hecho posterior copenado*.

Es más, tampoco habría por qué descartar una relación de subsidiariedad tácita entre ambas figuras, de tal modo que la inducción fuese la *lex principalis*, de aplicación preferente, y la cooperación necesaria la norma secundaria o subsidiaria. En este sentido, se puede traer a cola-

²⁸ Hay autores incluso que delimitan el ámbito de la cooperación necesaria, de modo similar a como se hace en la inducción, a través de «un juicio sobre el proceso motivacional del autor y no, como a veces se interpreta, de una mera evaluación de sus posibilidades objetivas» (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁵, 759). En este sentido se han pronunciado también GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, quienes consideran que «habría cooperación necesaria cuando el partícipe incide sobre el proceso de decisión del autor, motivándolo con su ayuda a ejecutar el delito. *Estaría así muy cerca de la inducción*, aunque con diferencias tan claras como que aquí el partícipe no «determina», no hace nacer en el autor la idea de cometer el hecho, sino que únicamente contribuye psíquicamente a que lo realice con su apoyo» (GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, en GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT/PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL/BALDÓ LAVILLA/SILVA SÁNCHEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de «vigilancia». (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater)», *PJ* 27 (1992), 196.

ción la opinión de algunos autores con respecto a la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, que consideran que «si se acumulan en un sujeto la inducción y la cooperación necesaria al suicidio de una misma persona cabrá considerar a la segunda modalidad de participación subsidiaria de la primera e incluso un acto posterior impune»²⁹.

Lo cierto es que la opción por una u otra solución no tiene mayor trascendencia práctica, en cuanto que tanto la inducción como la cooperación necesaria tienen señalada la misma pena. Lo que sí estaría descartado en cualquier caso es la aplicación de los dos tipos a la vez. Si se admitiese esta posibilidad incurriríamos entonces en una vulneración del principio *non bis in idem*, dado que con la toma en consideración de uno sólo (ya sea la inducción, ya sea la cooperación necesaria) ya abarcaría todo el contenido de injusto del hecho.

Conforme a lo expuesto, y máxime teniendo en cuenta como comienza la STS de 31 octubre 2001 (véase el f.j. 1º antes citado), resulta entonces más que discutible que al final de la misma, en el f.j. 18º, *se tenga en cuenta los dos títulos de imputación* (inducción y cooperación necesaria), aunque sea solamente a efectos de individualización de la pena³⁰.

²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, en *Comentarios I*, art. 143 n.m. 131. En este sentido se podría aducir que la inducción al suicidio se contempla antes que la cooperación y además tiene señalada mayor pena (de cuatro a ocho años de prisión, mientras que la cooperación necesaria al suicidio es de dos a cinco años de prisión). Además, la cooperación es graduable (el auxilio necesario es punible, pero la complicidad no), mientras que la inducción siempre recibe la misma pena.

Esta regulación proviene del PCP/1992, y con él, por primera vez en nuestra historia desde que en el CP/1928 se introdujo la inducción al suicidio, ésta pasa a ser una conducta más grave que la cooperación necesaria al suicidio. A este respecto, JUANATEY DORADO se pronunció en el sentido de que no le parecía desacertada la mayor incriminación de la inducción al suicidio, «porque, dado el carácter especial de este delito..., parece más grave persuadir o convencer a una persona, que no tenía ninguna intención de quitarse la vida, de que se suicide (haciendo surgir así el peligro, antes inexistente, para el bien jurídico protegido: la vida en contra de la voluntad de su titular), que ayudar a quien ya ha tomado la firme resolución de morir, para que, por ejemplo, pueda hacerlo mediante métodos indoloros o no violentos» [JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ed. Ministerio de Justicia e Interior, 1994, 118; y también EADEM, «Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al art. 149 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992», PJ 28 (1992), 109 ss.].

³⁰ «La recurrente —dice el último párrafo antes del fallo— es partícipe en el delito intentado de asesinato, al que ha inducido y cooperado, concurriendo la agravación de parentesco. En virtud de la ejecución imperfecta, aunque se ejecutaron todos los actos que producirían el resultado, optamos por la reducción en un grado de la penalidad precedente. La concurrencia de la agravación de parentesco y la doble imputación en la participación en el hecho hacen procedente la pena de 12 años y seis meses que sustituye a la impuesta en la sentencia impugnada de la que se confirman los demás pronunciamientos penales contenidos en el fallo de la sentencia» (STS de 31 octubre 2002, f.j. 18º).

2. Sentado, pues, aunque no sin algunas observaciones al respecto, que el TS parece considerar prevalente el suministro de la información frente al ofrecimiento del dinero, la segunda cuestión que se suscita es cómo valorar dicha conducta, si de coautoría, de cooperación necesaria o de simple complicidad.

La respuesta que el TS da a esta cuestión en ambas resoluciones merece, a nuestro juicio, una valoración desigual, aunque no tanto por el resultado a que llegó, como por la argumentación que desarrolló. No podemos detenernos en este momento, con la tranquilidad que sería deseable, en explicar adecuadamente por qué pensamos así, pero, aunque sea brevemente, sí que vamos a realizar algunas consideraciones críticas. En mi modesta opinión, la STS de 31 octubre 2002 resulta en este punto muy criticable.

En primer lugar, y yendo de menos a más, hay que resaltar que la STS de 14 febrero 2003, opta expresamente, como criterio de distinción entre la cooperación necesaria y la complicidad, por el de los bienes escasos. Textualmente dice en el apart. 2 del f.j. 5^a que «la actividad desarrollada por la recurrente en orden a la culminación de los planes ilícitos se reputó necesaria, aplicando la teoría comúnmente admitida para la delimitación conceptual de esta modalidad participativa, cual es, la «teoría de los bienes escasos». Tan escasos eran que la sentencia, con buen criterio, califica la actividad contributiva de la censurante de insustituible. Es la única persona que podía aportar tal información, y la información era indispensable para llevar a cabo la muerte de Felipe, tal como se planeó».

Se esté o no de acuerdo con el criterio de distinción ofrecido por esta sentencia, que como es sabido se debe GIMBERNAT ORDEIG³¹, lo cierto es que ofrece, al menos, una explicación de por qué es neces-

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho penal*, Ed. Universidad de Madrid, 1966, 151 ss. En particular, conviene recordar que este autor distingue, a la hora de concretar el concepto de escasez, entre contribuciones consistentes en la entrega de una cosa y aquellas consistentes en un mero hacer. Para estas últimas, que son las que en nuestro caso nos interesan, GIMBERNAT alude a tres factores (167 ss.): 1) Acude al «criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta», el cual se corresponde con el principio según el cual «abundante será toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa», esto es, no será escasa, y por tanto, será constitutiva de mera complicidad, aquella actividad que la mayoría de los hombres no ponen reparos en prestarla. 2) Exige que «la conducta debe haber sido causal para el resultado», pues, «no es posible hablar de *condición* necesaria de un resultado respecto de una conducta que no ha sido siquiera *condición*, esto es, que no ha influido materialmente en el resultado». 3) Considera que «la conducta claramente criminal condicionante del resultado no constituye cooperación necesaria cuando, dadas las circunstancias del caso concreto, no supone la remoción de un obstáculo serio».

ria la cooperación. Sin embargo, la STS de 31 octubre 2002 pasa totalmente por alto esta cuestión. Esta sentencia se limita a afirmar directamente que «en puridad, estos actos son propios de una coautoría» (f.j. 1º).

3. La ausencia de toda referencia en la STS de 31 octubre 2002 a la complicidad puede entenderse y hasta se puede disculpar, pero en lo que en absoluto podemos estar de acuerdo es en la forma en que el TS afronta a continuación la cuestión, que es decisiva, de la distinción entre coautoría y cooperación necesaria.

Como hemos señalado, el TS comienza diciendo que «en puridad estos actos son propios de una coautoría» y se muestra partidario de la teoría del dominio funcional del hecho para definirla³².

Como es sabido, quizás la «más amplia, más elaborada y más influente» de cuantas construcciones han realizado los defensores de la teoría del dominio del hecho sea la de Claus ROXIN. En pocas palabras, ROXIN³³ considera que, en los delitos de dominio, éste puede presentarse de tres formas: como dominio de la acción en la autoría directa unipersonal; como dominio de la voluntad en la autoría mediata; y como dominio funcional en la coautoría. Según él, es coautor «todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito imprescindible para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido»³⁴. Cada coautor puede desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos³⁵.

El TS parece muy apegado a esta concepción, y sin embargo, a mi juicio, no la emplea adecuadamente en su razonamiento. No se puede comenzar diciendo que estos actos son propios de una coautoría, pero inmediatamente a continuación, y porque «exista legalmente una dife-

³² Aclara que «de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, caracteriza al coautor el tener el condominio del hecho, el dominio funcional del hecho. Los intervinientes comparten la decisión conjunta a la realización del hecho, en este caso, la muerte de la víctima, y cada uno de ellos realiza un aporte que, por su importancia, se reputa de calificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo» (f.j. 1º STS de 31 octubre 2002).

³³ Así la califica DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Ed. PPU, 1991, 583, en donde se contiene, por lo demás, un completo y detallado resumen de las ideas centrales que sostiene el ilustre autor alemán.

³⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., trad. J. Cuello Contreras/J.L. Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, 310-311.

³⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*⁷, 309.

renciación entre coautor y cooperador necesario, quizás artificiosa» — apostilla³⁶—, calificar la conducta de cooperación necesaria. O los actos son ya constitutivos de coautoría, o lo serán de cooperación necesaria, pero no se puede decir que son constitutivos de coautoría y a la vez de cooperación necesaria, máxime si se parte, como ha hecho expresamente la STS de 31 octubre 2002, de la teoría funcional del hecho. Precisamente, según esta teoría, lo que distingue a un coautor de un cooperador necesario es que los coautores tienen todos ellos el dominio del hecho, mientras que el cooperador no.

Además, resulta también ilógico con el punto de partida inicial que diga que la diferencia entre ambas figuras se encuentra **«forzosamente... en el momento del aporte, el coautor lo hace en la fase ejecutiva, y el cooperador en un momento anterior»**. Ciertamente, la exigencia de que la intervención tenga lugar en la fase ejecutiva es uno de los aspectos más significativos que caracterizan la concepción roxiniana del dominio funcional del hecho³⁷, pero es también uno de

³⁶ Puede que no le falte razón al TS en este punto, pero la cuestión no es tan sencilla como a simple vista pudiera desprenderse de las palabras del Alto Tribunal. De hecho en la doctrina se discute vivamente sobre ello. Es cierto que un amplio sector doctrinal aboga en la actualidad por la supresión de la cooperación necesaria y por la correlativa previsión de una atenuación facultativa para el cómplice (véase, por todos, CEREZO MIR, «Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal», ADPCP 1979, 567 ss., en particular, 575 ss.). Ulteriores referencias en PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, 107 ss., quien particularmente se adhiere a la opinión de CEREZO.

Sin embargo, en contra de la desaparición de la figura de la cooperación necesaria se ha pronunciado, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA-CONLEDO, para quien «con la actual... apelación de la ley a la necesidad de la contribución tenemos un criterio complicado de concretar, pero al menos hay un criterio, una pista de aquello que hemos de buscar, que desaparecería si se optara por la solución recomendada por CEREZO. Quizá por tanto el NCP ha hecho bien en ser cauto y mantener la actual cooperación necesaria» («Autoría y participación», LL 1996-2, 1287).

Recientemente, BOLEA BARDÓN es partidaria de suprimir la figura del cooperador necesario, pero en vez de prever una atenuación facultativa, lo que sugiere, de modo similar a lo que otros autores han hecho para la inducción, es establecer el criterio inverso, esto es, contemplar una «agravación facultativa de la pena para el cómplice» (*La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, 127).

³⁷ Recientemente ha vuelto a insistir en ello, véase ROXIN, «Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*. (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra), Ed. Civitas, Madrid, 2000, 155 ss. (trad. M.T. Castiñeira Palou). Concretamente, señala este autor que «una interpretación estricta, que también yo defiendo, exige para la coautoría una contribución esencial en el estadio de la ejecución. Fuera de los casos de autoría mediata, a los que ahora no me refiero, no es posible dominar un proceso de ejecución, cuando ni siquiera se está allí. También es disparatado elevar de rango y considerar autoría el influjo del hombre de atrás, cuando no resulta suficiente para la autoría mediata, pasando por encima de la coautoría. Pero la interpretación que yo defiendo, aunque va ganando terreno, sigue siendo minoritaria» (175).

los más polémicos, por lo menos en su país³⁸. En este punto cabría traer a colación la crítica formulada por GIMBERNAT ORDEIG, quien ha demostrado suficientemente, a juicio de algunos autores³⁹, que el propio ROXIN no es completamente coherente con su punto de partida al exigir una aportación ejecutiva en el coautor. Los coautores —decía el autor muniqués— sólo pueden realizar su plan si actúan conjuntamente y cada uno de ellos puede desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho. «Pues bien —dice GIMBERNAT—, esto que, según Roxin, es lo que permite afirmar la existencia del dominio funcional del hecho puede concurrir perfectamente en una persona que sólo actúa en la fase preparatoria del delito»⁴⁰. Si lo decisivo es el criterio del «desbaratamiento del plan» o también llamado dominio negativo del hecho, entonces también podría ser autor quien actúa sólo en la fase preparatoria. De hecho, el TS habla de un «aporte que, por su importancia, se reputa de cualificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo». Dicha importancia, a nuestro juicio, se podría predicar igualmente de una aportación en la fase de preparación delictiva.

³⁸ La opinión mayoritaria en Alemania, como el propio ROXIN reconoce (véase la nota anterior), es aquella que admite la coautoría a través de la realización de actos preparatorios. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ cita en este sentido, entre otros, a WELZEL, BOCKELMANN, MAURACH, CRAMER, JESCHECK, SEELMANN, BEULKE, STRATENWERTH, ARZT, KÜPPER, OTTO, JAKOBS, LESCH, BLEI, LACKNER/KÜHL (véase *La responsabilidad penal del coautor*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, 349-350, con más referencias). En España, por el contrario, es doctrina minoritaria. Tan sólo MUÑOZ CONDE, CONDE-PUMPIDO y SOTO NIETO se han mostrado partidarios de esta opinión [véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 350, quien además cita algunas SSTs en las que se ha admitido tal posibilidad, si bien también hay otras en las que se resalta la necesidad de que el aporte se lleve a cabo durante la fase ejecutiva (n. 219)].

La solución contraria, además del propio ROXIN, ha sido defendida por GALLAS, HERZBERG, RUDOLPHI, BLOY, PUPPE, BOTTKE, SANSOM, ZIESCHANG, entre otros [GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 350, con más referencias]. En la doctrina española, en cambio, los papeles se invierten y ésta es la solución mayoritaria. Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ cita en este sentido a MIR PUIG, CEREZO MIR, GÓMEZ BENÍTEZ, BACIGALUPO ZAPATER, JAÉN VALLEJO, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, GONZÁLEZ RUS, GRACIA MARTÍN, CHOCLÁN MONTALVO, HERNÁNDEZ PLASENCIA, GÓMEZ RIVERO, JUANES PECES, MORENO Y BRAVO, PÉREZ ALONSO, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y a ALCÁCER GUIRAO [*La responsabilidad penal del coautor*, 350-351, además habría que incluir dentro de este grupo de autores a la propia autora sevillana, pues personalmente se muestra contraria a admitir una coautoría mediante contribuciones prestadas en la fase preparatoria (372 ss.)].

³⁹ Es la opinión, por ejemplo, de DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría*, 674. En contra, PÉREZ ALONSO, *La coautoría*, 256 ss., quien replica tanto a GIMBERNAT como a DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO.

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 149. Y a continuación pone un ejemplo muy ilustrativo: «Imaginemos, para presentar un caso bien claro, que un determinado resultado delictivo sólo se puede llevar a cabo utilizando una complicadísima máquina cuyo proceso de fabricación, por ser un secreto absoluto, sólo lo conoce una determinada persona».

Si se concibe el dominio funcional del hecho en términos puramente negativos⁴¹, no parece que sea estrictamente necesaria una aportación ejecutiva del sujeto, pues no sería descartable la coautoría también cuando la aportación fuese previa a la ejecución. En cualquier caso, y con independencia de lo dicho, esto nada tiene que ver con que la colaboración constitutiva de cooperación necesaria, como afirma el TS, tenga que ser previa a la ejecución. Según lo dispuesto en el **art. 29 CP**, la complicidad (o cooperación no necesaria) puede ser *anterior o simultánea* a la ejecución del hecho. *Mutatis mutandi*, la cooperación necesaria puede ser también anterior o simultánea a la ejecución del hecho. Buena prueba de ello es la conducta de Rafael, que el TS no tiene ningún inconveniente en calificar de cooperación necesaria, y es simultánea a la ejecución.

Es más, al afirmar que los actos propios de la cooperación necesaria se encuentran «forzosamente... en un momento anterior» a la fase ejecutiva, se puede plantear a su vez otra serie de problemas para distinguir la cooperación necesaria de la mera conspiración, que es un acto preparatorio punible, en aquellos casos en que esté expresamente previsto en la ley, como es el art. 141 CP. A tenor de lo dispuesto en el art. 17.1 CP, «la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo», de donde se deduce que es preciso el concierto previo o *pactum sceleris* entre dos o más personas para cometer un delito concreto y la resolución firme de hacerlo, pero no es necesario que se inicie una ejecución material delictiva. Si esa resolución firme se materializa en actos externos que ya pueden integrarse en el tracto ejecutivo, estaremos en una fase del *iter criminis* que rebasa la simple conspiración.

De estas últimas observaciones parece que se deduce que el criterio decisivo para distinguir la coautoría de la cooperación necesaria no puede ser tan sólo el del momento del aporte, como señala el TS en el caso «Rodríguez Menéndez».

Quizás lo decisivo para distinguir la coautoría de la cooperación necesaria, y más si nos ponemos en la posición que adopta el propio TS cuando califica de «artificiosa» la distinción entre ambas formas de intervención en un delito, sea en definitiva la exigencia de reali-

⁴¹ La cuestión de si el dominio funcional supone un dominio positivo o sólo un dominio negativo del hecho es una cuestión muy polémica. Comparto la opinión de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, quien considera que a cada coautor le falta el dominio positivo sobre el hecho global, que sólo lo tienen los coautores de manera conjunta. Lo único que tienen, por tanto, es el dominio negativo, en la medida en que puede evitar o dificultar la comisión delictiva mediante la retirada de su aportación (*La responsabilidad penal del coautor*, 400 ss.).

zación de actos ejecutivos típicos⁴². Esto es, para ser coautor lo más sencillo para el TS habría sido adoptar una postura objetivo-formal y exigir que Laura cometiese también el acto típico de matar a José Emilio. En este sentido, el TS se podría haber acercado a las recientes formulaciones de un sector de la doctrina española que reclama la realización de acciones típicas para ser considerado coautor, pero sin caer en los clásicos inconvenientes de la teoría objetivo-formal estricta.

Así, por ejemplo, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO ha exigido la realización de una *acción típica nuclear* como requisito para definir al coautor, que es aquel que posee el dominio positivo y conjunto del hecho⁴³. Este autor considera que «no se da un caso de coautoría, sino de autoría individual de quien clave el cuchillo... o golpea y de participación del que sujeta, pues éste no determina positivamente el hecho»⁴⁴. Por su parte, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ se muestra partidaria de considerar como «*presupuesto imprescindible para poder ser calificado como coautor la realización de acciones típicas* (o más correctamente, de alguna acción típica o de par-

⁴² No es éste, de todas formas, el criterio que suele manejar la jurisprudencia del TS. Véase, por ejemplo, la STS de 11 septiembre 2000, que condenó a los tres acusados como coautores del asesinato de una vendedora de la ONCE en los siguientes términos: «No cabe hablar en el caso presente de actores y espectadores, sino que todos tuvieron el dominio funcional del hecho al conducir forzosamente en el vehículo a la víctima al lugar del crimen, adquirir previamente la gasolina, introducirla con el esfuerzo conjunto en la nevera, donde finalmente sólo uno prendió la gasolina porque no era necesaria para ello la intervención de tres mecheros, bastando con uno de ellos, pero con el consentimiento de los demás» (f.j. 21^o). «La «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común» (f.j. 21^o).

O también la STS de 2 enero 2003, en la cual podemos leer, que «la coautoría definida en el art. 28 CP implica que todos los que concurren a la comisión de un delito aportan una acción causal que contribuye eficazmente a la consecuencia del fin que el grupo se propone. No es preciso, para tener por coautor a un partícipe, que ejecute materialmente los actos que integran el núcleo del tipo, bastando con que su aportación, en el momento de la ejecución, se incorpore o agregue a la de los demás con decisiva eficacia. En el caso de un homicidio perpetrado por la agresión de un grupo, son coautores cuantos intervienen en la agresión realizando actos de violencia física, bien infiriendo heridas a la víctima, se sepa o no quién o quiénes provocaron la herida mortal, bien colaborando decisivamente a que los demás le puedan herir, reduciéndola e impidiéndole toda defensa».

⁴³ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría*, 504 ss., 677 ss.

⁴⁴ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría*, 679. Véase la réplica de ROXIN, «Las formas de intervención en el delito», cit., 172-173, quien critica a DÍAZ que restringe de forma excesiva la coautoría.

te de la acción típica)»⁴⁵. Pero para superar las dificultades que plantearía este requisito objetivo-formal ante los delitos resultativos en los que la descripción típica no contiene una enumeración concreta de los medios comisivos, como sucede en el caso del delito de homicidio, la autora sevillana busca un criterio material que permita catalogar qué conductas conducen a quien las realiza a calificarle de autor, y este criterio sería, según ella, que la conducta del coautor, «desde un punto de vista *ex ante*, es capaz de lesionar de forma directa mediata o inmediateamente, siquiera parcialmente, el bien jurídico protegido penalmente»⁴⁶.

c) *Naturaleza de la circunstancia del «precio, recompensa o promesa».*

Por último, y una vez comentada la calificación que ha hecho el TS de las conductas de las dos mujeres que inducen y cooperan en la muerte del propio marido, resta por examinar la naturaleza de la circunstancia de «precio, recompensa o promesa» del art. 139 CP.

1. Como es sabido, esta segunda circunstancia cualificativa del delito de asesinato coincide sustancialmente con la tercera de las agravantes genéricas previstas en el art. 22 CP. La única diferencia reseñable estriba en la preposición empleada en el art. 22, que se refiere a «ejecutar el hecho *mediante* precio, recompensa o promesa», en lugar de matar «*por* precio, recompensa o promesa» del art. 139. Sin embargo, suele entenderse que son expresiones sinónimas, equivalentes a «por razón de» o «en atención a»⁴⁷.

«Precio es —según indica ANTÓN ONECA— el valor pecuniario en que se estima algo: en este caso la conducta»⁴⁸. No es preciso que el precio se satisfaga en dinero efectivo, sino que basta cualquier cosa que tenga un valor económico, como por ejemplo una joya. Así sucedió en el caso

⁴⁵ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 442. Véase también en este sentido su comentario «¿Autoría material del delito mediante suministro de instrumentos necesarios para la comisión delictiva? Comentario al Auto del TS 1856/2001, de 21 de septiembre», en *Revista de Ciencias Penales* 4 (2002), 181 ss.

⁴⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 461 ss.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», CPC 1983, 51-52. El Diccionario de la Real Academia Española establece que, en su acepción advverbial, el vocablo «mediante» significa «en atención», «por razón», «respecto», con lo que en la formulación de la circunstancia genérica se estaría expresando realmente que agrava la comisión de un delito «en atención al» precio o «por razón del» precio, como sucede en el delito de asesinato.

⁴⁸ ANTÓN ONECA, *PG*², 390. La 1ª acepción del Diccionario de la Real Academia Española que da de la voz «Precio» es «valor pecuniario en que se estima una cosa».

Rodríguez Menéndez, en el que la mujer ofreció como precio por matar a su marido, además de 50 millones de pesetas, un reloj marca Cartier.

La *recompensa* es, según CÓRDOBA RODA, la retribución o remuneración que se satisface por una cosa o servicio⁴⁹, considerándose como tal, por ejemplo, una colocación o un ascenso en la carrera⁵⁰.

Y la *promesa* consiste en «la manifestación volitiva de satisfacer en el futuro una retribución»⁵¹, y ha de ser de precio o de recompensa⁵².

Otros autores, en cambio, prefieren distinguir estos conceptos no tanto en función de la naturaleza del pago, como por el momento del mismo. Así, el precio supondría «el pago por adelantado del encargo de muerte; la recompensa el pago *a posteriori*; y la promesa el pago futuro»⁵³. Con ser ésta una interpretación que no se opone al tenor literal del texto legal, sin embargo, preferimos distinguirlos, siguiendo la doctrina mayoritaria, en función de la cualidad del pago, reservando la promesa, eso sí, para el pago futuro tanto del precio como de la recompensa, siendo además indiferente que éstos se reciban antes o después de ejecutar el hecho con tal de que se haya pactado su abono con anterioridad a la realización de la conducta. Lo importante es que lo que haya movido al sujeto a cometer el delito sea, precisamente, el precio, la recompensa o la promesa. De tal modo que si no fuese así, si la cantidad de dinero se recibe o promete tras haber adoptado ya la resolución delictiva o a cuenta de los gastos que el crimen comporte, no se podrá apreciar esta circunstancia⁵⁴.

2. La cuestión más importante que plantea esta circunstancia en los casos resueltos por las SSTS que comentamos es, sin duda, su carácter bilateral o no, es decir, si la agravación es aplicable solamente a quien recibe el precio, recompensa o promesa, o si también afecta a quien lo ofrece.

No es ésta una cuestión pacífica en la jurisprudencia, y buen ejemplo son las dos sentencias que comentamos. Mientras que la STS de 14 de febrero de 2003 sobre el caso de Onda se decantó por el carácter bila-

⁴⁹ CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código penal*, t. I, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, 557.

⁵⁰ ANTÓN ONECA, *PG*², 390.

⁵¹ CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, 557.

⁵² ANTÓN ONECA, *PG*², 390.

⁵³ Así, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*³, 17.

⁵⁴ Así lo consideró el TS en la sentencia de 25 abril 1985 en la que una persona entregó a otra 800 dólares «para lo que fuera preciso», no explicitando que fuera por la comisión del crimen, sino que bien podía ser para cubrir unos gastos de desplazamiento y alojamiento, por lo que el TS no apreció la circunstancia agravante.

teral de esta circunstancia, en cambio, la STS de 31 de octubre de 2002 sobre el caso Rodríguez Menéndez entendió que no era extensible al inductor⁵⁵

En cambio, entre las SSTS que no extienden esta circunstancia al inductor, cabe citar, entre otras, las siguientes: SSTS 17 noviembre 1983, 5 noviembre 1985, 10 marzo 1986, 25 enero 1993 y la del caso Rodríguez Menéndez de 31 octubre 2002. El principal argumento que se empleó en esta última sentencia para impedir que se apreciase también esta circunstancia en el inductor fue que ello conculcaría el principio *non bis in idem*. Se dice que se estaría considerando dos veces: una al calificar el hecho como inducción y otra al apreciar la circunstancia del art. 139 CP.

Sin embargo, en este caso concreto, si se da por buena la valoración que hizo el propio TS de la conducta de las mujeres, en el sentido de que la cooperación necesaria absorbe la inducción, creo que el argumento del *bis in idem*, entonces, no resulta totalmente convincente. La contribución que desvalora el TS y que hace merecedora de castigo a estas mujeres no es la instigación a través del precio, sino su colaboración al hecho ajeno con una actividad insustituible. Por ello, y desde el punto de vista del TS, no tendría por qué descartarse la aplicación de esa circunstancia también al cooperador necesario. No creo que sea esa la razón determinante de la posibilidad o no de apreciar esta circunstancia también en el partícipe.

A mi juicio, para contestar a esta pregunta es preciso determinar antes cuál sea la naturaleza y el fundamento del efecto agravatorio en estos casos, porque sólo así se podrá contestar razonadamente a este problema. Además, en estrecha relación con el mismo se encuentra la cuestión del carácter económico o no de esta circunstancia. Examinaremos, pues, en primer lugar, la naturaleza de esta circunstancia (letra α) y su fundamento (letra β), para luego pronunciarnos acerca del tema de la bilateralidad de la misma (letra δ).

α) Por lo que se refiere a la **naturaleza** de esta agravación, hay que empezar por preguntarse acerca del *carácter económico o no* de esta cir-

⁵⁵ Como hemos dicho, no se puede decir que exista una opinión dominante dentro de la jurisprudencia.

Entre las SSTS que declaran el carácter bilateral de esta circunstancia, y por tanto, aplicable tanto al ejecutor material como al que entrega o promete el precio, recompensa o promesa, caben citar, entre las más recientes, las siguientes: SSTS 7 julio 1983, 25 abril 1985, 21 octubre 1991, 14 septiembre 1992, 13 noviembre 1998, 11 marzo 2003 y la del caso de Onda de 14 febrero 2003.

cunstancia. En principio, se podría decir que el «precio» sí lo tendría, pues este concepto alude a la cantidad de dinero que se paga por algo. Sin embargo, cuando de una «recompensa» o una «promesa» se trata, éstas no tienen por qué quedar circunscritas de antemano a una cantidad económica. De hecho, en la doctrina, no así en la jurisprudencia, se discute acerca del carácter económico de estos conceptos.

En efecto, mientras que un sector de la doctrina, que hoy constituye la opinión dominante, es partidario de atribuir carácter económico a tales conceptos⁵⁶, otro, en cambio, sostiene la posibilidad de admitir esta agravación aun en aquellos casos en que lo que se ofrece no tiene carácter económico⁵⁷, como pueda ser, por ejemplo, una relación sexual tal y como se ofreció, además de los 50 millones de pesetas y un reloj marca Cartier, en el caso «Rodríguez Menéndez». La jurisprudencia se suele pronunciar en el mismo sentido que la doctrina mayoritaria, y tan sólo se cita como excepción, una antigua sentencia de 1909⁵⁸.

A nuestro modo de ver, tanto si se fundamenta la agravación de la pena en estos casos desde el punto de vista de un mayor contenido de

⁵⁶ En este sentido se podría citar, entre otros, a ANTÓN ONECA, *PG*², 390; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual I*, 65; BUSTOS RAMÍREZ, *PE*², 25; CARBONELL MATEU, en Vives Antón, *Comentarios I*, 236; CEREZO MIR, *PG III*, 159; CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, 558; GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, art. 139 n.m. 31; MARTÍNEZ PÉREZ, *CPC 1983*, 46; MARTOS NÚÑEZ, *RDPC 2* (1992), 461; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*¹⁸, 743; SERRANO GÓMEZ, *PE*⁸, 38.

⁵⁷ Ésta fue la opinión de nuestros comentaristas decimonónicos GROIZARD (t. I³, 461) y PACHECO (t. I², 219).

En la actualidad los autores que consideran que no es preciso el carácter económico de la oferta se basan, sobre todo, en que esta circunstancia opera cuando el autor carezca de un propio motivo para la realización del hecho y la ventaja que objetan al autor no se deriva de la muerte misma, sino del puro hecho de matar. En este sentido, GONZÁLEZ RUS, en *Compendio*, Cobo del Rosal (dir.), 51; QUERALT JIMÉNEZ admite como recompensa «una boda o un divorcio» (*PE*³, 17) y PEÑARANDA RAMOS considera que concurre la agravación en el caso de dos asesinatos cruzados, en los que cada uno de los asesinos se compromete recíprocamente a prestarse el servicio de eliminar al enemigo del otro (*Compendio I*, 215).

MIR PUIG admite también que la recompensa o promesa tenga otro carácter que no sea económico, si bien ello se derivaría del fundamento tiene, según él, esta circunstancia: la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables, lo cual dota de un mayor injusto subjetivo a esta circunstancia. De este modo considera que «hay beneficios honoríficos y profesionales no económicos que pueden constituir motivos perfectamente equiparables a los económicos» (p.ej. un cargo político) (*PG*⁶, L. 26/30).

⁵⁸ Véase la STS de 8 marzo 1909 (nº 115 de la Colección publicada por la RGLJ, t. 82-1, Madrid, 1910, 247 ss.). De todas formas, incluso en este caso no sería descartable la presencia del carácter económico de la promesa, porque de las preguntas 5ª y 17ª que se formularon al Jurado, «se deduce —dice la sentencia en uno de sus considerandos— que los procesados ejecutaron la muerte del Ramón Expósito mediante la oferta que respectivamente se hicieron, la Catalina de continuar sus relaciones ilícitas con el Molina Carrillo, y éste de mantener en lo sucesivo los hijos de aquélla» (249-250).

injusto, como si es desde el punto de vista de una mayor reprochabilidad personal del autor, creo que existen razones suficientes, aunque es justo reconocer que tampoco absolutamente decisivas, para restringir la esfera de esta circunstancia a los supuestos de retribución en sentido patrimonial.

Desde el primer punto de vista, según CÓRDOBA RODA, las razones para esgrimir la necesidad del carácter patrimonial de la retribución «descansan en la consideración de que la concurrencia de una recompensa o promesa de índole distinta a la económica no muestra la existencia, ni en quien ofrece ni en quien recibe aquélla, de un aumento de la gravedad de la conducta. Por un lado, el instigador recurre a interponer un medio no dotado de desvalor adicional alguno respecto a aquellos que originan la estimación de la inducción... Por otro, no cabe desconocer que quien lleva a cabo un hecho delictivo, actúa de ordinario para alcanzar una meta trascendente a la respectiva figura legal, y que el instigado por una gratificación distinta a la económica no realiza una conducta por ello más desvaliosa»⁵⁹.

Desde el punto de vista de un mayor reproche personal, la cantidad económica que se paga o el valor económico de lo que se da u ofrece no tiene importancia. Lo relevante no es que se mate por una cantidad muy elevada de dinero, como sucedió en el caso Rodríguez Menéndez, o simplemente «por un puñado de dólares», como sucedió en el caso de Onda. Lo relevante es que se mate sin motivo propio y que lo que mueva a esa persona a matar sea la obtención de un lucro por el mero hecho de matar. Como se suele decir «la ventaja que obtiene el autor no es una consecuencia derivada de la muerte, sino del hecho de matar»⁶⁰, y eso —añadimos nosotros— fue lo que le movió a actuar. Pero tiene razón GRACIA MARTÍN cuando recalca que «no es la fuerza causal del motivo para generar la resolución delictiva lo que fundamenta la mayor reprochabilidad, sino la vileza del mismo»⁶¹.

β) En efecto, a nuestro modo de ver, el **fundamento de la agravación** de la pena cuando concurre precio, recompensa o promesa obedece a un *móvil especialmente despreciable*, que consiste en el móvil venal o de lucro. Esta circunstancia agravante viene a ser una concreción de la más genérica prevista en el CP italiano, que agrava la pena del homi-

⁵⁹ CÓRDOBA RODA, en *Comentarios I*, 558. «Aún así —continúa—, no se nos oculta lo discutible de esa interpretación restrictiva, en atención a la indudable relatividad de la argumentación esgrimida, basada en las referidas consideraciones axiológicas».

⁶⁰ GONZÁLEZ RUS, en *Compendio*, Cobo del Rosal (dir.), 51. «La obtención del beneficio no depende tanto del resultado mortal cuanto de la realización de la acción homicida».

⁶¹ GRACIA MARTÍN, en *Comentarios I*, art. 139/33.

cidio por «haber actuado por motivos abyectos o fútiles» (art. 577.4 en relación con el art. 61.1), o también prevista en el StGB alemán, que considera «asesino» a quien mata a una persona «por motivos bajos» (*aus niedrigen Beweggründen*) (§ 211 II)⁶².

Los términos «motivo» y «móvil» se emplean a menudo como sinónimos, y con ellos se quiere hacer referencia a la fuerza necesaria para producir el acto voluntario. Pero esa fuerza puede tener diferente naturaleza. A veces es de signo cognitivo o intelectual, otras de carácter afectivo o anímico. A esta fuerza subjetiva que impulsa el comportamiento humano se suele referir uno empleando conceptos muy afines, como «fines», «motivos» y «móviles», pero que no tienen por qué tener el mismo contenido. En efecto, y aunque haya que reconocer con TORÍO LÓPEZ que la relación entre los tres es muy «fluida», es posible, sin embargo, ofrecer algunas pautas para su distinción. Siguiendo a este autor, quien a su vez se apoya en SARTRE, se podría decir que «toda acción supone la persecución de un objetivo por parte del sujeto, reconocido por él como *desideratum*», y que constituye el «fin» de su comportamiento. El fin, por tanto, es siempre conocido; mientras que el móvil puede ser también inconsciente. «El móvil se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan la acción. El motivo, finalmente, sería la razón de ser del comportamiento o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican»⁶³. De este modo, «la distinción, ciertamente comprometida — como reconoce el propio TORÍO LÓPEZ—, entre motivo y móvil, quedaría remitida a la capa intelectual y a la anímica del sujeto, respectivamente»⁶⁴.

Si la circunstancia de precio, recompensa o promesa agrava la pena por razones atinentes a los móviles, en la medida en que éstos estén valorados negativamente, como es el caso, ello supone una mayor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica⁶⁵.

⁶² El PCP/1980 ofrecía una configuración del asesinato en la dirección de estos textos legales al considerar como circunstancia constitutiva del mismo matar a otro «por precio, recompensa, promesa u otros móviles abyectos o fútiles» (art. 156.2).

⁶³ TORÍO LÓPEZ, «Motivo y ocasión en el robo con homicidio», ADPCP 1970, 617-618.

⁶⁴ TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1970, 617. Siguen este planteamiento respecto de la circunstancia de precio, recompensa o promesa, entre otros, ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, 445 ss. y 652; MARTÍNEZ PÉREZ, CPC 1983, 41 ss. y 57. También asume esta distinción, aunque para el tema que aborda no tenga relevancia, SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos de justificación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, 34 s.

⁶⁵ Resulta importante aclarar que esta agravación de la pena obedece exclusivamente a una mayor culpabilidad por el hecho, y no a que demuestre una personalidad especialmente peligrosa en el autor. Esto, como es sabido, podría justificar la imposición de una medida de seguridad, pero no de un incremento de la pena.

Ahora bien, este fundamento de la agravación de la pena se podría poner en tela de juicio desde una perspectiva finalista. Según WELZEL, los denominados por él «momentos especiales de ánimo»⁶⁶ se tratan, en realidad, de «elementos subjetivos del injusto, que fundamentan o fortalecen el juicio de desvalor social respecto del hecho»⁶⁷. En nuestro país, por lo que yo alcanzo a ver sigue este planteamiento respecto de la circunstancia de precio, recompensa o promesa, GRACIA MARTÍN, pues no deja de fundamentar la agravación —entiendo— en un mayor desvalor de acción, concretado «en una determinada desvaloración del medio de que se sirve el instigador y del motivo que anima la resolución delictiva del instigado»⁶⁸.

Sin embargo, como ha criticado ROXIN, a mi juicio con razón, parece que no es posible ubicar estos elementos subjetivos, así, sin más, en el tipo de injusto aduciendo como apoyo que fundamentan o refuerzan el juicio de desvalor social respecto del hecho, pues «el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad»⁶⁹. «La influencia de una circunstancia sobre el juicio de desvalor social —dice este autor— no prueba su pertenencia al injusto. La idea rectora para la delimitación ha de ser más bien la circunstancia que es decisiva para ubicar sistemáticamente los elementos subjetivos en el injusto: la referencia al tipo delictivo. Un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido; pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto. En cambio, cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél (y agravantes por regla general), se trata de elementos de la culpabilidad»⁷⁰.

⁶⁶ WELZEL, *PG*¹¹, 115.

⁶⁷ WELZEL, *PG*¹¹, 116. No obstante, su posición es más matizada, pues se trata de características que apuntan, según él, a una valoración que trasciende tanto el aspecto del injusto como de la culpabilidad (*ibidem*).

⁶⁸ GRACIA MARTÍN, en *Comentarios I*, art. 139 n.m. 33. En este sentido también cabe citar a CUELLO CONTRERAS, quien considerada que elementos, como el precio, recompensa o promesa en el asesinato, «no constituyen puros elementos de la culpabilidad... porque, como sabemos desde WITTGESTEIN, un juicio sobre el sujeto es impensable: el juicio sobre el sujeto, al que en Derecho penal denominamos culpabilidad, es siempre, además, y previamente, un juicio sobre los actos de ese sujeto, es decir, sobre el injusto que ha realizado... nunca cabe perder de vista que el injusto, una vez constatado, es susceptible de graduación, mayor o menor gravedad, y, por lo tanto, más o menos reprochable en función de la mayor o menor cantidad de injusto» (*PG*³, VIII 43).

⁶⁹ ROXIN, *PG*¹², § 10 n.m. 71.

⁷⁰ ROXIN, *PG*¹², § 10/71. «En el asesinato el criterio de la «codicia» (como también cualquier otro «móvil abyecto» en el § 211) es un elemento de la culpabilidad, ya que el deseo de ganancia del autor es independiente del bien jurídico protegido («vida humana»), tampoco caracteriza ninguna forma específica de ataque (como v.gr. «con medios

Se puede decir, por tanto, que *la circunstancia de precio, recompensa o promesa agrava la pena por una mayor culpabilidad*⁷¹. Habría que concebir esta circunstancia, entonces, como un elemento de la culpabilidad previsto expresamente por la ley en el tipo, entendido éste en sentido amplio, para agravar la pena del homicidio. Con otras palabras, si admitimos la distinción entre el tipo de injusto y el tipo de la culpabilidad, esta circunstancia formaría parte del tipo de la culpabilidad del asesinato⁷².

que impliquen peligro colectivo») y tampoco aporta nada en otros aspectos a la caracterización del tipo delictivo, pues el asesinato, como muestran sus restantes elementos, no es un delito de enriquecimiento. El móvil de codicia únicamente aumenta la culpabilidad de un homicidio y por eso no es un elemento subjetivo del tipo, sino sólo un motivo para una mayor responsabilidad penal» (PG I², § 10/73).

En nuestro país ha vinculado la comisión del asesinato a un mayor contenido de injusto, entre otros, DEL ROSAL BLASCO. Para este autor «el fundamento agravatorio del precio no debe sino residir en el refuerzo que para una voluntad criminal significa el estímulo económico, lo que convierte a la acción en más peligrosa, por más viable, desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, ya que tras ella se encuentra una más firme voluntad de lesionar dicho bien jurídico» [LH-Torío López (1999), 692]. En este sentido, el citado autor hace suya la sugerencia de MORALES PRATS de reconducir la *ratio* de esta circunstancia hacia el incremento del contenido de injusto y, más concretamente, del desvalor de acción. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el propio MORALES PRATS reconoce que «probablemente, ésta es una propuesta vana, vía interpretativa, ante la consolidada interpretación jurisprudencial y doctrinal de la circunstancia..., por lo que sería necesaria su reformulación legal en un sentido limitador, que exprese el incremento de injusto o, más particularmente el incremento de la *peligrosidad objetiva*, de la acción en el contexto «ex ante» del desvalor de acción» (Comentarios a la PE³, 57-58). «En este sentido —continúa MORALES PRATS—, la circunstancia sería «salvable» si quedase reconducida a la idea de que el precio o recompensa implican la idea de *profesionalidad* en el sujeto que lleva a cabo la conducta letal (empleo de sicarios o de ejecutores profesionalizados), lo que evidentemente «ex ante» comporta un mayor peligro objetivo de la acción para el bien jurídico... No obstante —termina diciendo—, ésta es, ante todo, una propuesta «de lege ferenda», con evidentes dificultades de articulación «de lege lata», a la vista del tenor del art. 139.2^a del Código Penal» (58).

⁷¹ Así lo entienden, entre otros, ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, 652; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual I*, 65; CEREZO MIR, PG III, 159; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, PG⁵, 896; CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, 564; DE JORGE BARREIRO, en Rodríguez Mourullo (dir.) *Comentarios*, 399; RODRÍGUEZ DEVESA, PE¹⁸, 49; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios* (1997), 137; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE (1962), 195; SANZ MORÁN, ADPCP 1995, 809.

En este sentido, también se pronunció inicialmente GONZÁLEZ RUS, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, t. I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, 63. Le sigue, CASTELLÓ NICÁS, CPC 1998, 22. Sin embargo, este autor considera ahora que los efectos agravatorios «no pueden explicarse más que desde consideraciones relacionadas con la función preventiva de la pena» [en Cobo del Rosal (dir.), *Compendio*, 47]. Aunque puede que no le falte razón a este autor a la hora de *explicar* el salto punitivo que se produce en el asesinato con respecto al homicidio, sin embargo, creo que este argumento puede tener dificultades a la hora de *justificar* dicho aumento si lo confrontamos con los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

⁷² Admiten la construcción de un tipo de culpabilidad, distinto del tipo de injusto, entre otros, GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», ZStW 67 (1955), 29 ss., y 46; JAKOBS, PG², 17/43 ss.; JESCHECK, PG⁵, § 42, con ulteriores referen-

Dentro del tipo de la culpabilidad se suele distinguir tres grupos de elementos⁷³:

- En primer lugar, cabe mencionar los *elementos concebidos objetivamente*, que consisten en ciertas circunstancias exteriores al sujeto que son idóneas para ejercer influencia sobre la formación de la voluntad.
- En segundo lugar, se encuentran los *elementos configurados subjetivamente*, es decir, aquellos elementos especiales del tipo de la culpabilidad que han influido realmente en la formación de la voluntad del autor.
- Y por último, forman parte asimismo del tipo de la culpabilidad los llamados *elementos de la actitud interna o espiritual* (*Gesinnungsmerkmale*). Según SCHIMIHÄUSER, quien ha estudiado monográficamente estos elementos, un elemento de la actitud interna es un elemento del hecho punible que a través de la descripción directa de una disposición anímica del autor moralmente censurable respecto al hecho antijurídico, determina la culpabilidad típico-delictiva⁷⁴. Estos elementos describen, por tanto, una actitud o disposición interna o espiritual del sujeto, que es contraria a la moral o a los valores éticos fundamentales, en el momento de realizar su conducta en la concreta situación en que actuó.

La delimitación entre estos elementos, en muchas ocasiones, puede resultar difícil de llevar a cabo. De hecho en la doctrina no se puede decir que exista una posición unánime acerca de, no ya el contenido de estos elementos, sino hasta de su propia ubicación sistemática dentro de la teoría del delito. En particular, hay autores que consideran que estos elementos de la actitud interna o espiritual forman parte del injusto⁷⁵; otros admiten que algunos de ellos pertenecen también a la culpabilidad⁷⁶;

cias. En contra de construir un tipo de la culpabilidad, entre otros, WELZEL, *PG*¹¹, 82; y en nuestro país, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*⁵, 569; CUELLO CONTRERAS, *PG*³, XI 322 ss.

⁷³ Seguimos en este punto a JESCHECK, *PG*⁵, § 42 II. Proceden también de este modo, entre otros, ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, 443 ss., 651 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CPC 1983, 59 ss.

⁷⁴ SCHMIDHÄUSER, *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Ed. Mohr/Siebeck, Tübingen, 1958, 217.

⁷⁵ Como, por ejemplo, MAURACH/ZIPF, quienes consideran a estos elementos «como auténticos elementos típicos objetivos que reclaman congruencia del dolo» (*PG I*⁷, § 22 n.m. 52).

⁷⁶ JAKOBS, por ejemplo, para quien «estos elementos pertenecen todos sin excepción al menos también al injusto. Sólo en la medida en que su interpretación se desprende que la valoración mencionada atiende a la vez a elementos que son independientes de la

otros entienden que estos elementos son puros componentes de la culpabilidad⁷⁷; otros consideran que ocupan un lugar intermedio entre el injusto y la culpabilidad⁷⁸; y, en fin, otros admiten una concepción diferenciadora, según la cual habría unos elementos propios de la actitud interna, que se integran dentro del ámbito de la culpabilidad, y otros que serían componentes en parte del injusto subjetivo y en parte también de la culpabilidad, que serían elementos impropios de la actitud interna⁷⁹.

En cuanto a la circunstancia de precio, recompensa o promesa hay que decir que el principal problema que se plantea, si dejamos al margen estas cuestiones de ubicación sistemática, es si ha de ser concebida como un elemento del tipo de culpabilidad subjetivamente configurado o bien como un elemento de la actitud interna o espiritual del autor. La primera opinión ha sido mantenida en nuestro país por ALONSO ÁLAMO, quien considera que a los elementos de la culpabilidad subjetivamente configurados pertenecen «una amplia gama de circunstancias que va desde las referibles al proceso de motivación y a los móviles..., hasta aquellas circunstancias que... están configuradas subjetivamente pero no pertenecen propiamente al proceso de motivación»⁸⁰. Concebidos así estos elementos resulta coherente calificar esta circunstancia como elemento subjetivamente configurado⁸¹. Sin embargo, a nuestro juicio, creemos que sería más adecuado concebirlo como un elemento de la actitud interna o espiritual.

acción y sólo se refieren a una medida intensificada de deslealtad al Derecho, pertenecen también a la culpabilidad» (PG², 8/98).

⁷⁷ Como GALLAS [ZStW 67 (1955), 46]; o SCHMIDHÄUSER inicialmente [*Die Gesinnungsmerkmale* (1958), 217 ss.], entre otros.

⁷⁸ Así, entre otros, HARDWIG, «Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht», ZStW 68 (1956), 14 ss. El propio WELZEL considera que «en el caso de características como «maldad», «sin escrúpulos», «sin consideraciones», «por bajos móviles», etc., se trata de características de ánimo que apuntan a una valoración que trasciende tanto el aspecto de injusto como de culpabilidad» (PG¹¹, 116). También en este sentido se pronunció, STRATENWERTH, «Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale», FS-von Weber (1963), 188, quien considera que la discusión sobre la adscripción a uno u otro lugar sistemático, parte de un presupuesto equivocado: a saber, que todas las exigencias mencionadas por la ley para la descripción del comportamiento punible permiten limpiamente asignarlas o al injusto o a la culpabilidad. No hay que descartar, según él, que la ley no pueda haber recogido valoraciones ético-sociales que no respondan a semejante esquema.

⁷⁹ Ésta podría considerarse la opinión dominante en Alemania, pudiendo citar como seguidores más destacados de la misma a JESCHECK, PG⁵, § 42 II 3 a); ROXIN, PG I², § 10/79, quien admite elementos impropios de la actitud interna «según una concepción muy discutida, pero correcta, que pertenecen en parte al injusto y en parte a la culpabilidad».

⁸⁰ ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, 445.

⁸¹ ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, 652.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, aunque en un principio admite el planteamiento de esta autora, sin embargo, termina su exposición mostrando sus dudas al respecto. «A nuestro juicio —dice—, aun reconociendo la dificultad de deslindar unos momentos de otros, quizá fuese más adecuado entenderla en este último sentido»⁸², es decir, como elemento de la actitud interna. Y más partidario aún de esta opinión parece MARTOS NÚÑEZ, quien llega a afirmar que «la comisión de un delito mediante precio, recompensa o promesa revela una motivación inmoral que describe inmediatamente la actitud interna del sicario», por lo que la pena se agrava «por razón de culpabilidad exclusivamente, en la medida en que refleja una actitud interna o espiritual del agente particularmente reprochable: la codicia»⁸³.

No negamos que esta circunstancia tenga que ser lo que haya motivado a actuar al autor, y que esa fuerza impulsora sea especialmente vil o despreciable. Sin embargo, no estimo que sea ésa exactamente la razón que explica la agravación de la pena. A mi modo de ver, lo que fundamenta la agravación no es que el sujeto resulte motivado por el dinero, sino el hecho de que con ello demuestra un talante especialmente despreciable. Nada le va ni le viene en este hecho, salvo el emolumento, y sin embargo, es capaz de llegar hasta matar a una persona por ello. Al comportarse de este modo, actuando sólo por motivos crematísticos o lucrativos, revela en su comportamiento una actitud más reprochable que la propia o «normal», si se me permite la expresión, de cualquier otro homicida. Con este comportamiento el sicario demuestra una disposición anímica contraria hacia los valores éticos fundamentales de nuestra sociedad. Por esta actitud éticamente más reprochable es por lo que entiendo que se agrava la pena en el delito de asesinato⁸⁴.

⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CPC 1983, 61.

⁸³ MARTOS NÚÑEZ, RDPC 2 (1992), 459 s.

⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS habla de «una suerte de 'doble decisión' contra el bien jurídico» lo que explica la agravación de la pena, en función de una «mayor culpabilidad que se puede suponer en quien primero resuelve matar, no importa a quién, con tal de obtener la ventaja que se le ofrece y luego, sólo en atención a ella, ejecuta la muerte» (*Compendio*, 214). Estoy de acuerdo con este autor en que se agrava la pena por una mayor culpabilidad, pero discrepo en que sea debido a una especie de doble decisión. Esta perspectiva creo que responde a una concepción, a mi modo de ver, como un elemento de la culpabilidad subjetivamente configurado. Yo entiendo que más bien hay una sola decisión, pero más intensa, que revela una disposición de ánimo éticamente censurable con respecto al hecho antijurídico. Además, también es discutible, a mi juicio, el elemento que este autor añade a esta circunstancia de la necesidad de una «posición de sustancial igualdad» entre quien ofrece y el destinatario de la oferta. Creo que ello introduce una cierta objetivización en la configuración de este elemento de la culpabilidad, que la ley no ha recogido. Si el destinatario tuviese una intensa dependencia respecto de la voluntad del inductor, cabe preguntarse si no estaríamos ya ante supuestos de inexigibilidad de otra conducta, que daría pie más bien a un elemento objetivamente configurado de la culpabilidad.

Cuestión distinta, y en la cual no podemos entrar ahora, es si resulta adecuada desde el punto de vista político-criminal, esta construcción del asesinato sobre la base de elementos puramente culpabilísticos⁸⁵.

8) Siendo el fundamento de la agravación de la pena, como hemos indicado, una mayor culpabilidad de quien actúa movido por ese móvil crematístico, no resulta muy comprensible cómo determinados hechos, que sí constituyen asesinato en otros países, sin embargo, en España no lo sean. También demuestran esa mayor reprochabilidad personal hechos como matar a otro para heredarle, para cobrar un seguro de vida, o simplemente para robarle.

A la vista de estos supuestos sería posible imaginar, entonces, otro fundamento para la agravación de la pena para el asesinato por precio. Si nos fijamos en los tres casos que hemos mencionado, tienen en común que no hay una tercera persona implicada, no se induce a nadie a que mate por una cantidad de dinero, sino que es el propio autor quien actúa motivado por su codicia. Esto pudiera dar a entender que la circunstancia de precio, recompensa o promesa debe tener carácter plurisubjetivo, es decir, que para apreciarla sería preciso que hubiese un concurso de personas o codelinuencia⁸⁶. Ello implicaría una mayor peligrosidad de la conducta, y por tanto, el fundamento de la agravación podría obedecer además a un mayor contenido de injusto.

Ésta ha sido la opinión de MIR PUIG, quien distinguía un doble fundamento en esta agravación⁸⁷. Por un lado, habría un fundamento específico para el autor, que sería la vileza del móvil, y sólo sería referible a él. Pero, por otro lado, junto a este fundamento especial existiría también un fundamento común al autor y al inductor, que estibaría en una mayor dificultad en descubrir el hecho: el sicario no tiene ningún vínculo con la víctima, pero además aquella persona que sí pueda estar vinculada con ésta y pueda ser entonces un sospechoso para la policía, ha podido, así, buscarse una coartada. Todo ello hace más peligrosa la acción, pues sería más difícil detener a los responsables.

Esta configuración de la circunstancia de precio, recompensa o promesa recuerda a un elemento impropio de la actitud interna, que en par-

⁸⁵ Crítico al respecto, TORÍO LÓPEZ, LH-Pereda (1983), 105 ss. Le sigue, entre otros, SANZ MORÁN, ADPCP 1995, 809 ss.

⁸⁶ Así, por ejemplo, CUELLO CALÓN, *PE*¹⁴, 506.

⁸⁷ Véase sobre esta fundamentación MIR PUIG, *PG*⁶, L. 26/28. También se podría citar entre los partidarios de esta opinión a MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pues incluyen a la circunstancia de precio, recompensa o promesa entre las objetivas (*PG*⁴, 559); QUERALT JIMÉNEZ, *PE*³, 17.

te pertenece a la culpabilidad, pero en parte también al injusto. Puesto que es, en parte, componente del injusto, resulta coherente, desde esta perspectiva, que se extendiese la agravación también a los demás partícipes (inductor), en virtud del principio de accesoriedad limitada. Esto nos sitúa ante la tercera y última de las cuestiones que habíamos apuntado: el **carácter bilateral o no** de esta agravación.

Este modo de fundamentar la agravación de la pena supone que esta circunstancia tenga carácter bilateral, y que se extienda tanto al autor material del asesinato, como al inductor. Esta extensión de la circunstancia de precio, recompensa o promesa podía tener apoyo en la redacción legal de la circunstancia del apart. 2º del art. 10 ACP. Si se interpretaba la expresión «cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa» en el sentido de que cometía también un delito el partícipe, entonces dicha agravación resultaría también aplicable a éste⁸⁸. Sin embargo, el tenor del precepto actualmente correlativo (art. 22.3ª CP) ha cambiado, y ya no se refiere a «cometer el delito», sino a «ejecutar el hecho», por lo que «el CP reserva la terminología «ejecutar el hecho» para la conducta del autor en sentido estricto (art. 28, a)»⁸⁹. Por otra parte, es evidente que el inductor no «mata» a otro «por precio», como requiere el art. 139 CP, sino que es el autor material quien lo hace, ni tampoco «ejecuta el hecho mediante precio», como exige la circunstancia 3ª del art. 22 CP, sino sólo el autor.

Por tanto, y como conclusión de todo lo que hemos dicho, a nuestro juicio, **la circunstancia de precio, recompensa o promesa sólo produce efectos agravatorios con respecto al autor material del asesinato**. El principal argumento a favor de esta interpretación estriba en el tenor literal de la ley (arts. 22.3ª, 28 y 139 CP), como acabamos de ver. Pero si además admitiéramos, aunque hay que reconocer que esto puede ser más discutible, que, como nosotros hemos sostenido, el fundamento de la agravación de la pena radica en una mayor culpabilidad y que la circunstancia de precio, recompensa o promesa es un elemento de la actitud interna, entonces se puede decir que en virtud de los principios generales que rigen la participación (responsabilidad personal, culpabilidad y accesoriedad limitada), el tipo agravado de asesinato del art. 140 CP sólo sería aplicable a los autores directos de la muerte, pero no a los inductores que ofrecieron el dinero. Así pues, estaríamos de

⁸⁸ Así lo hizo, coherente también con su fundamentación de esta circunstancia, MIR PUIG, *PG*⁶, L. 26/26.

⁸⁹ Como acaba reconociendo el propio MIR PUIG, *PG*⁶, L. 26/26. También MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (*PG*⁴, 559). Ya bajo la vigencia del ACP, entre otros, CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, 561; ahora críticos en este sentido, entre otros, PEÑARANDA RAMOS, *Compendio I*, 213; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios* (1997), 136.

acuerdo con la solución que en el fondo se dio al caso Rodríguez Menéndez, aunque no en la forma en que llegó a ella (desde el punto de vista del propio TS no parece absolutamente convincente el argumento del principio *non bis in idem*), y no estaríamos en absoluto conformes con la decisión del caso de Onda, pues no se debió haber condenado a la mujer por el tipo cualificado de asesinato del art. 140 CP, sino por el asesinato simple del art. 139 CP.

3. No quisiera concluir este comentario sin llamar la atención, brevemente, pues no podemos detenernos ahora en ello, sobre la posibilidad de que este esquema argumental pudiese verse afectado a partir del 1 de octubre de 2004, con la entrada en vigor del **nuevo art. 65.3 CP**. Según este precepto, «cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

Evidentemente todo dependerá de cómo se interprete la expresión «condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan la culpabilidad* del autor». En cualquier caso, parece que la circunstancia de precio, recompensa o promesa no fundamenta la culpabilidad del autor, sino que simplemente determina un tratamiento punitivo diferente: agrava la pena. Por tanto, en principio, este precepto no sería aplicable en casos como los enjuiciados por las sentencias que comentamos.

Al margen de estas consideraciones, no deja de ser discutible, a mi modo de ver, la introducción de una disposición como esta. Por un lado, por haberse decantado por la línea jurisprudencial que venía aplicando una atenuante analógica cualificada en el caso de la participación de un *extraneus* en delitos especiales. Pero por otro lado, y en lo que más atañe a casos como los comentados, porque pone en entredicho el principio de accesoriadad limitada y de responsabilidad personal que, entre otras consecuencias, suponen la independencia de la culpabilidad de los codelincuentes. Si el partícipe es inimputable, o actúa bajo error de prohibición invencible, o bajo una causa de exculpación, lo que corresponde no es imponer una pena inferior en grado a la del autor, sino excluir *su* responsabilidad penal. A mi juicio, el tenor literal de este precepto es equívoco, pues más que condiciones que fundamentan la culpabilidad, habría que entender que se refiere a elementos personales referidos al autor que fundamentan el injusto.