

ELEMENTOS DE AUTOR EN EL ASESINATO

ALFONSO SERRANO MAÍLLO *

El presente trabajo defiende que ni siquiera en la regulación de unos delitos tan trascendentales como los que afectan a la vida humana, y a los cuales precisamente se ha prestado una atención sobresaliente (I), ha sido nuestro legislador capaz de superar la toma en consideración —inconsciente— de elementos relativos al autor, en cuanto que reflejan en alguna medida aspectos de su personalidad (IV) —por tal motivo se analiza tanto la naturaleza jurídica del asesinato (II) como los problemas dogmáticos que encierra (III). Ello es quizá criticable, pero la idea que se pretende seguir aquí es que tales elementos personales referidos al autor —a pesar de su discrepancia con el Derecho penal (puro) de la culpabilidad y del hecho— sobreviven en realidad a lo largo y ancho de la legislación —donde pasan más inadvertidos que en el ejemplo del asesinato propuesto—, y campan cómodamente en la práctica de la Administración de Justicia a todos los niveles —desde el arresto al Juez y a la prisión. Un Derecho penal científico y comprometido no puede pasar por alto la presencia efectiva de tales elementos, sino que debe tomarlos en serio —en el sentido que convenga, como puede ser restrictivo de la punibilidad. La peligrosidad criminal podría ser un ejemplo de la situación descrita (V).

* Profesor titular de Derecho Penal. UNED.

I. RELEVANCIA Y ESTRUCTURA DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

El problema de la naturaleza jurídica del asesinato en el Código penal de 1995 destaca en el estudio de la estructura de los delitos contra la vida humana independiente (artículos 138 y siguientes). Precisamente, estos delitos pueden considerarse posiblemente como los más trascendentales del Código, y, por ende, de la legislación penal.

En efecto, de entrada puede reconocerse que protegen el bien jurídico más importante del ordenamiento, al menos en lo que se refiere a los de naturaleza individual, cuyo portador es la persona humana. Ello es coherente asimismo con la propia percepción social de la vida como valor ético-social preferente, por encima de otros que históricamente pudieran acaso ponerse a su altura. Y lo mismo puede decirse a partir de la regulación que establece la Constitución española de 1978, así como del reconocimiento de diversas Declaraciones internacionales¹. La muerte de otra persona —o más concretamente de *ciertas personas*— parece haber sido asimismo una de las pocas conductas que han estado permanentemente prohibidas en las diversas culturas y civilizaciones que ha conocido nuestro planeta. Desde un punto de vista natural «la vida es el soporte biológico no sólo del individuo, sino de la especie. *Sobre ella descansan todos los demás valores de que el hombre es portador*»². Realizan de la misma manera una función de clasificación. Me parece curioso reseñar que posiblemente puede considerarse a estos delitos como unos de los más conocidos del ordenamiento entero (antiguo artículo 407).

Aparte de ello hay que resaltar la «función simbólica y sistemática» que ejercen los delitos contra la vida, representando el «referente lógico y valorativo» y el «paradigma metódico de toda la Parte especial»³, lo cual viene a implicar un lugar de referencia, un

¹ La vida se protege en la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte especial*, 18.ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 21 (énfasis añadido).

³ TORÍO LÓPEZ, A., «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (Parricidio-asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*.

modelo ⁴. Estos delitos desempeñan una función de *escaparate* no sólo en lo referente al resto de la Parte especial —sobre todo para el establecimiento de las penas, tanto cuantitativa como, quizá en menor medida, cualitativamente, por imperativo del principio de proporcionalidad ⁵—, sino de todo el Código en su conjunto, tratándose de una especie de *carta de presentación*. Más aún, muchas entidades que más propiamente se encuadrarían en lo que se denomina Parte general del Derecho penal, sólo han surgido, se han desarrollado y han sido estudiadas en el marco de los delitos contra la vida humana, pasando a continuación a trasladar sus efectos a otras figuras delictivas y, finalmente, a conformar verdaderas instituciones generales del Derecho penal; un ejemplo de ello vendría dado por una cuestión tan relevante como la causalidad ⁶. La regulación en todos sus aspectos de los delitos contra la vida constituye un buen indicio de la línea político-criminal que se sigue, de sus características técnicas —mejores o peores—, de su grado de evolución, de su respeto por distintos principios jurídico-penales..., y es que «La Parte especial es, por ello, el resultado, consciente o inconsciente, de una *política criminal*» ⁷. Esta relevancia de la Parte especial en el diseño de la Política criminal, así como su influencia en las figuras de Parte general, entre otras cuestiones, es plenamente coherente con que aquella constituye la *espina dorsal*

Semana de Derecho penal en memoria del Profesor Julián Pereda, S. J., Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 79; el mismo, «Delitos contra la vida en el Código penal de 23-XI-1995», en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995* (A. Asúa Batarrita editora), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, p. 105.

⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente», en *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 947 y s.; RUIZ VADILLO, E., «Consideraciones generales sobre los delitos de homicidio y de lesiones en el nuevo Código penal de 1995», en *III Congreso Andaluz de Ciencias Penales*, s/e, El Puerto de Santa María, 1996, p. 165.

⁵ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 1999, p. 2.

⁶ Vid. HUERTA FERRER, A., *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948, pp. 32 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 15 y ss.

⁷ RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 4.

del Derecho penal ⁸, realzando la importancia de los delitos que nos ocupan.

Las dudas de los distintos Proyectos ⁹, más las serias dificultades que encierra esta labor de diseño y planificación de una Política criminal si se quiere llevar a cabo de manera coherente ¹⁰, ayudan a comprender algunas de las disfunciones de la regulación, especialmente la que nos ocupa en este trabajo.

Por si todo ello fuera poco, el Código de 1995 ha llevado a cabo un reforzamiento plenamente consciente de la importancia señalada ¹¹. En primer lugar ha operado una reestructuración sistemática de la Parte especial, que comienza ahora a la sazón con los delitos contra la vida, bajo la rúbrica «Del homicidio y sus formas» (Título primero del Libro II) ¹². Ello es debido, posiblemente, a lo recién expuesto, pero sobre todo a los valores efectivos imperantes en la sociedad española ¹³. En segundo lugar ha pretendido llevar a cabo una profunda reforma en dichos delitos, y en efecto lo ha logrado en lo que se refiere a su estructura, si bien externamente. Ello ha sido

⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., «Nullum crimen sine culpa» en la reforma del Código penal español de 1983», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 6 (monográfico), 1983, p. 593.

⁹ Vid. *infra* nota 31.

¹⁰ LUZÓN PEÑA, D.M., «El anteproyecto de Código penal de 1991: observaciones de urgencia», en *Jueces para la democracia*, 33, 1991, p. 61.

¹¹ GRACIA MARTÍN, L., en Díez Ripollés, J.L. *et al.*, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, vol. I, *Libro II, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 26 y s. [número marginal (n.m.) 1].

¹² Como era de esperar no ocurre lo mismo con las Faltas, recogidas en el Libro III, ya que excepto la muerte de otro por imprudencia constituye siempre delito en sentido estricto —naturalmente si es una conducta típica—, menos si se ha causado por imprudencia leve; en cualquier caso sí que comienza con las «Faltas contra las personas» (Título primero).

¹³ Con esto no se quiere entrar en si tales valores *han cambiado o no*. Efectivamente parece que los valores en la sociedad española han cambiado y están cambiando (1), si bien es difícil precisar el alcance respecto a la concreta materia que nos ocupa; aparte de graves problemas metodológicos.

(1) Vid. DÍAZ, J.A., «Tendencias de cambio en los valores de los españoles: un análisis prospectivo», en *Tendencias de futuro en la sociedad española. Primer foro sobre tendencias sociales* (J.F. Tezanos *et al.* editores), Sistema, Madrid, 1997, pp. 289 y ss., concluyendo que cambian «en el sentido de valorar la igualdad y la solidaridad entre los españoles...», p. 324.

asimismo consciente por parte del legislador, y en bastantes aspectos acertado. Así merece calificarse la opción del recurso al *numerus clausus* para los casos de imprudencia (artículo 142), y que si bien se trata de una cuestión de Parte general (artículo 12) tendrá importancia para considerar distintas muertes imprudentes como concurso (ideal), en vez de como un delito único; y lo mismo cabe decir respecto a la provocación, conspiración y proposición para delinquir (artículos 17.3 y 141). Positiva ha sido la derogación del parricidio como delito *sui generis*¹⁴, así como la de ciertas circunstancias del asesinato. Como digo, se han eliminado la antigua circunstancia agravante específica 3.^a (del artículo 406) de que se llevase a cabo «Por medio de inundación, inundación, veneno o explosivo», que todavía podrá tener relevancia a través de la alevosía, como es el caso paradigmático del veneno; y la antigua 4.^a de «premeditación conocida», criticada por la doctrina y difícil de distinguir a veces nítidamente del dolo.

Por lo que se refiere al también derogado delito de infanticidio como figura *sui generis*¹⁵, se ha criticado con razón que pueda llegar ahora a convertirse en un asesinato —sobre todo si el TS continúa su línea jurisprudencial¹⁶. Si había acuerdo en que la regulación anterior debía reformarse —posiblemente superando, por obsoleta, la motivación o móvil subjetivo de ocultar la deshonra (elemento subjetivo del injusto) en que se basaba la antigua figura, pero

¹⁴ Antiguo artículo 405; *vid.* acerca de este delito RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., *El parricidio*, Tesis doctoral inédita, Madrid, 1992, *passim*; la misma, «El parricidio en el Derecho comparado», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3, 1993, pp. 641 y ss. Ahora la circunstancia mixta de parentesco del actual artículo 23 podrá entrar como agravante —supuesto más corriente—, pero también no tomarse en cuenta en absoluto e incluso llegar a configurar una circunstancia atenuante, todo ello «según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito».

¹⁵ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «El infanticidio», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2, 1992, pp. 513 y ss.

¹⁶ GRACIA MARTÍN, L., conferencia inédita pronunciada en la UNED, 1996. El T.S. venía considerando que en estos casos, si no se afirma el móvil que fundamentaba la aplicación de la figura privilegiada del infanticidio, concurría la circunstancia agravante de alevosía, y no la de abuso de confianza, con lo que la calificación jurídica sería la del asesinato, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 62 nota 29. TORIO LÓPEZ, «Delitos contra la vida...», cit., p. 106, considera expresamente que con el nuevo Código penal se trataría de asesinato. *Vid.* en general respecto a la figura derogada del infanticidio, GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., pp. 26 y ss.

sin renunciar a la atenuación en razón, por ejemplo, por la especial situación que experimenta la mujer que acaba de dar a luz ¹⁷—, lo mismo puede decirse respecto a que no se construyese una figura agravada para aquella constelación de casos. Sin embargo, ya durante la vigencia del Código anterior algunos autores resaltaron lo erróneo de tal construcción jurisprudencial, que apreciando alevosía obligaba a la calificación de los hechos como asesinato —ya que de hecho la Ley no obliga a ello en absoluto—, debiendo por el contrario aplicarse en su caso la circunstancia agravante de abuso de superioridad... ¹⁸; a mi modo de ver, incluso es dudoso que deba aplicarse por regla general alguna de tales circunstancias (agravantes), ya que quien atenta contra la vida de un niño no puede elegir otra manera de llevar a cabo el delito —no puede obligársele a que espere unos cuantos años—, de manera que no se trataría de circunstancias propiamente —que ha elegido el agresor—, sino que son consustanciales al hecho, inseparables del mismo ¹⁹ —sólo procedería, en su caso, una agravación de acuerdo con los criterios de individualización del Código penal. La toma en consideración de la circunstancia podría en todo caso reservarse, caso por caso, a aquéllos en que se apreciase una agravación específica del injusto y/o de la culpabilidad... —según las concepciones.

La pena del asesinato se ha moderado un tanto, pero ha de seguir considerándose exagerada, desproporcionada y de un marco excesivamente amplio —lo cual constituye uno de los puntos centrales de este

¹⁷ GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 180 y s.; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, «El infanticidio», cit., pp. 536 y ss.

¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 62 nota 29; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 38. Establece como agravante la circunstancia 2.^a del art. 22 «Ejecutar el hecho [...] con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido...».

¹⁹ Esta interpretación de las circunstancias que destaca su carácter esencialmente *accidental* puede encontrarse un tanto forzada, así por ejemplo si «Circunstancia es todo hecho, relación o dato concreto, determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad», CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, vol. II, *Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 350.

trabajo ²⁰. La reforma ha incluido finalmente un nuevo artículo 143.4, el cual ha sido asimismo criticado con razón por su excesivo intervencionismo y las dudosas implicaciones dogmáticas que conlleva ²¹.

En pocas palabras: sea como fuere, lo que me importa resaltar en este momento es que los delitos contra la vida humana independiente, o los de homicidio si se quiere, destacan entre todo el ordenamiento por su gran importancia. En segundo lugar, que el legislador de 1995 se ha ocupado especialmente de estos delitos, como lo demuestra su reubicación sistemática y más en concreto la reforma que han sufrido.

Acabo de hacer referencia a la existencia en el Código penal derogado (Texto refundido de 1973) de ciertos delitos con una naturaleza jurídica distinta —*sui generis*— de la del homicidio. La naturaleza jurídica de las diversas instituciones del ordenamiento, y en la misma medida las de su rama penal, constituye el punto de partida básico para poder definir e interpretar adecuadamente las mismas, así como para resolver de forma coherente, plausible y aceptablemente segura los diversos problemas que pueda presentar. El recurso a la naturaleza es el único método válido en el marco de la seguridad jurídica ²².

Como es sabido, durante la vigencia del anterior texto legal existía una importante polémica —sobre todo a nivel doctrinal— acerca de la naturaleza jurídica de algunos de los delitos contra la vida humana independiente, o sea acerca de lo que he llamado aquí la estructura interna de tales infracciones. Como carece de sentido referirse a aquella discusión, habremos de concluir que para la doctrina que podía considerarse mayoritaria por un lado los delitos de asesinato y de parricidio —entre los castigados con pena más grave— tenían una

²⁰ El Código penal derogado, Texto refundido de 1973, castigaba en su artículo 407 el homicidio con la pena de prisión de 12 años y un día a 20 años (*reclusión menor*) y en el 406 *in fine* el asesinato con la de prisión de 26 años, 8 meses y un día a 30 años (*reclusión mayor en su grado máximo*).

²¹ *Vid.* por todos GIMBERNAT ORDEIG, E., «Diatriba del nuevo Código penal», en *La Ley*, 4043, (24 mayo) 1996, p. 6. La regulación del artículo 143 en general, lo mismo que la del 155, puede considerarse discutible y no muy progresista, SERRANO MAÍLLO, A., *La compensación en Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 146 y s.

²² GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., pp. 96 y s. (nn.mm. 6 y ss.).

naturaleza jurídica distinta (*sui generis*) a la del homicidio, o sea que no eran meros homicidios agravados, sino delitos distintos, independientes, autónomos; si bien, por otro lado, desde un punto de vista político-criminal tal situación debía superarse por motivos de diversa índole —obsolescencia, carga ética, problemas técnicos...²³. A mi modo de ver, también las posiciones —quizá en algún grado voluntaristas— contrarias a admitir delitos ajenos a alguna forma de homicidio se encontraban determinadas por tal criterio de conveniencia político-criminal, en el marco de la interpretación teleológica de los tipos que tomaba una importancia ya entonces decisiva²⁴.

Las razones para la reclamación de que se superara tal estructura heterodoxa pasaban como digo por las graves dificultades técnicas y dogmáticas que conllevaba la situación, y que afectaban de manera decisiva a campos como el del concurso, la participación o el error, así como a aspectos de carácter procesal²⁵. La prescripción, cuya naturaleza es material²⁶, también podía verse afectada. En el fondo, tales problemas carecían posiblemente de una solución plausible, de entre las diversas que se venían proponiendo. En segundo lugar y consecuentemente, la carga de inseguridad jurídica que conllevaba tal situación era sin duda perjudicial. De la misma manera, una estructura de tales características carecía de explicación, no resultando en absoluto necesaria ni comprensible desde cualquier perspectiva aceptable, sino que antes al contrario únicamente implicaba complicaciones como digo innecesarias. Finalmente, la situación respondía o encontraba su razón de ser en el fondo en una tendencia hacia lo ético, en una moralización o subjetivización del Derecho penal en cuanto que tomaba en cuenta de manera destacada elementos

²³ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 23.

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 67 y ss.

²⁵ *Vid.* para la problemática en el contexto del Código penal derogado, Texto refundido de 1973, entre otros, GUALLART DE VIALA, A., «Parricidio-asesinato ¿concurso de leyes o concurso ideal de delitos?», en *Actualidad penal*, 37, 1990, pp. 401 y ss.; SERRANO MAÍLLO, A., «Parricidio-asesinato en el Código penal español», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 82, 1991, pp. 389 y ss.

²⁶ REY GONZÁLEZ, C., *La prescripción de la infracción penal (En el Código penal de 1995)*, Universitat Internacional de Catalunya-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 25 y ss.

personales del sujeto, de su carácter o de su personalidad insuficientemente relacionadas con el hecho ²⁷. Así, por ejemplo, el parentesco en el caso del parricidio. La aludida tendencia ética es, como veremos enseguida, incompatible con el Derecho penal contemporáneo de la culpabilidad y del hecho. Este era el poco atendible trasfondo de la diversa naturaleza, y mientras el legislador no se decidiese a reformar la regulación legal efectiva, todo intento de interpretación superadora caería, en mayor o menor medida, en un voluntarismo comprensible pero incompatible con la realidad positiva.

Por todo ello parecía muy claro que el legislador debía superar aquella situación, y vista la atención que han recibido estos delitos —entre otras razones— se presenta como muy posible que fuera efectivamente consciente de tal necesidad. Por otra parte, lo que sí parece indudable es que el legislador de 1995 ha pretendido plasmar los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, sobre todo por exigencias constitucionales y de seguridad jurídica.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ASESINATO

El problema se centra en decidir si efectivamente el Código penal de 1995 ha logrado superar aquella situación. Ya he hecho referencia a que la reforma en este punto puede recibir un juicio irregular, pero no creo que se haya logrado evitar que el asesinato siga manteniendo un carácter *sui generis* respecto al homicidio ²⁸. Por lo que se refiere a la doctrina, ésta se encuentra dividida, mostrándose quizá mayoritariamente de la opinión contraria ²⁹, pero en general se

²⁷ COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL MATEU, J.C., «El delito de asesinato. Consideraciones sobre el delito de asesinato», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989, p. 193.

²⁸ Acerca de la naturaleza *sui generis*, ya RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, 2.^a ed., Trivium, Madrid, 1987, p. 44.

²⁹ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Akal, Los Berrocales del Jarama, 1991, pp. 18 y 33 y s.; CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general* (Lecciones 26-40), UNED, Madrid, 1997, p. 150; GONZÁLEZ RUS, J.J., en CARMONA SALGADO, C. et al., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 64; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. et al., *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi,

admite que no se trata de una cuestión resuelta, sino que seguirá siendo discutible y que «habrá ríos de tinta»³⁰. También creo que éste constituye un primer argumento a favor de que la cuestión no ha cambiado, todo sigue igual; naturalmente ahora sólo referida al asesinato, al haber desaparecido el parricidio.

Otro argumento favorable al mantenimiento de la situación se extrae de la evolución a través de los distintos Proyectos, que por otra parte son una muestra clara de las dudas del legislador³¹. Asimismo la tramitación parlamentaria es ejemplo de la ausencia de una línea clara. Así las cosas, puede considerarse criticable que el legislador haya venido dudando en la regulación de estos tan relevantes delitos, a la vez que precisamente estas dudas junto a los restantes argumentos esgrimidos no permiten suponer que el Código haya supuesto un cambio en la estructuración interna de aquéllos.

En cualquier caso no se trata ya en nuestros días de averiguar lo que el legislador quiso, de acuerdo con la superada teoría subjetiva de la interpretación, sino que lo único relevante es lo que la Ley dice:

Pamplona, 1996, p. 688; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., en RODRÍGUEZ RAMOS, L. *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Universidad Complutense de Madrid, 1996, pp. 29 y s.; TORIO LÓPEZ, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida...», cit., p. 112. A favor de su consideración como homicidio agravado, por todos y plenamente vigente, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Los delitos de homicidio en el Derecho penal vigente y en el futuro Código penal», en *Documentación jurídica*, 37/40, 1983, pp. 321 y ss.

³⁰ VALLE MUÑIZ, J.M., Prólogo a *Código penal y Leyes penales especiales*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 18.

³¹ El Proyecto de Código penal de 1992 hablaba en su artículo 145 de «reo de asesinato», palabra esta última que repetía en el artículo siguiente, rezando la rúbrica del Título «Del homicidio y sus formas»; la rúbrica se mantiene en el Proyecto de 1994, pero ahora ya no se menciona el término «asesinato», sino que se habla en todo momento de «homicidio» (arts. 138 a 142). Las dudas se extienden asimismo a las circunstancias calificativas del *asesinato* —u homicidio agravado—: en el Proyecto de 1994, frente al de 1992 y frente al Código penal definitivo, se recogen como tales la «premeditación conocida» (art. 139.2.^a) y «Cuando la víctima fuese ascendiente, descendiente o cónyuge del culpable» (art. 139.5.^a). Si bien se mira, incluso el hecho de que el Proyecto de 1994 —cuya fórmula como se ve ha sido abandonada— rehusase al término *asesinato* puede explicarse por la inclusión de la circunstancia 5.^a, recién referida, que en el fondo responde al tradicional *parricidio*.

«lo que el intérprete debe investigar es no lo que el legislador ha querido, sino aquello que en la ley aparece realmente querido: la mens legis, y no la mens legislatoris»³².

A mi modo de ver, pues, la naturaleza jurídica del asesinato es distinta a la del homicidio, se trata de un delito diferente y no de un mero homicidio cualificado por la concurrencia de una circunstancia agravante específica —con todas las consecuencias que ello conlleva. Existen otros argumentos que se centran más directamente en la voluntad de la ley. Argumentos nominales han sido traídos a colación. Algunos autores han considerado que el cambio de la rúbrica del Título es significativo, ya que ahora reza «Del homicidio y sus formas», lo cual ha sido realizado de manera consciente³³. No comparto este argumento, y además no me parece decisivo. Para empezar no está clara la importancia de la rúbrica, la cual responde a una naturaleza de texto no normativo, que no incluye mandatos ni prohibiciones, como serían también por ejemplo los preámbulos o exposiciones de motivos o ciertos pasajes que puede incluir el legislador excediéndose de su labor, todo lo cual suele tener un gran valor interpretativo, pero siempre y cuando no entre en contradicción con las (verdaderas) normas³⁴. Esto es precisamente lo que ocurre en nuestro caso, al chocar con el término expreso de «asesinato» (artículos 139 y 140). La legislación en general y la penal en concreto —a pesar de la reforzada importancia que reviste en su caso el principio de legalidad— suelen contradecir a menudo lo que anuncian las rúbricas que se proponen, razón por la cual tampoco son de definitiva ayuda. Como digo, esto acontece en el Código

³² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 1.º, 12.ª ed. revisada y puesta al día por J.L. de los Mozos, Reus, Madrid, 1988 (reimpresión), p. 545 (énfasis suprimido); *vid. asimismo* pp. 546 y s.; y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., «Consideraciones sobre la última reforma del Código penal», en *Revista de Derecho Público*, 1975, p. 184; el mismo, «Nullum crimen sine culpa...», *cit.*, p. 597.

³³ BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios...*, *cit.*, p. 33; GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto de nuevo Código penal. Dos estudios de parte especial*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 16; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, s/e*, Madrid, 1996, p. 84.

³⁴ Sigo en esto a D. MANUEL CUADRADO IGLESIAS, *Apuntes de Cátedra*, inéditos, 1989-90 (Lecc. 7).

penal con una cierta asiduidad, careciendo ello de efecto alguno, y tal es el caso incluso del propio artículo 143, que no recoge en propiedad homicidio alguno³⁵. Otros delitos contra la vida humana independiente no se incluyen en este Título. Finalmente, y si se me permite, me parece que el propio legislador español muestra muy poca confianza en rúbricas, epígrafes o denominaciones en lo que respecta al Derecho penal —acaso por la ya mencionada gran importancia del principio de legalidad. Así el Código penal español carece de indicación o título alguno al inicio de los distintos artículos, como es costumbre de numerosos Códigos comparados de países de nuestro entorno cultural; y como tiene por norma asimismo nuestro legislador³⁶.

En la misma dirección gramatical de que se trata de un delito autónomo podría también interpretarse la fórmula «reo de...» homicidio y de asesinato (artículos 138 y siguiente)³⁷; desde luego esta expresión destaca un poco más la separación cualitativa entre ambos delitos³⁸. El Código recurre al término reo en diversas oca-

³⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 45.

³⁶ Así los Códigos penales de Alemania, Austria, Italia o Portugal. Respecto a nuestro país, El Consejo de Ministros aprobó, mediante Acuerdo, las *Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley* (Resolución de 15 noviembre 1991; BOE núm. 276, del 18), a tenor de cuyo artículo 14, párrafos segundo y tercero, «Los artículos se titularán siempre, indicándose en el título el contenido o materia a la que aquéllos se refieren. La indicación de «artículo», su número y su denominación se titularán en el margen izquierdo de la línea superior a la del texto del artículo correspondiente» (Anexo del Acuerdo); *vid.* asimismo artículo 18. No hace falta decir que desde luego las Cortes no tienen obligación de ceñirse a estas Directrices (art. 66.2 de la Constitución española de 1978); en cualquier caso, el propio Acuerdo se remite a «...las indudables ventajas que proporciona la mayor calidad técnica de las Leyes y que pueden sintetizarse en la realización del principio de la seguridad jurídica». Es interesante en cualquier caso comparar los criterios que establecen estas Directrices con la realidad de nuestro Código penal. Agradezco a mi amigo D. Diego Castro-Villacañas Pérez que me haya facilitado esta información.

³⁷ TORÍO LÓPEZ, «Delitos contra la vida...», *cit.*, p. 106. También es cierto que con anterioridad se utilizaba la fórmula «...será castigado, como homicidio...» (art. 407), no así para el asesinato, «reo de asesinato» (antiguo art. 406).

³⁸ Desde luego el Código penal no ha tenido una gran preocupación por el lenguaje, que ha sido poco cuidado, de manera que los argumentos puramente

siones: reo de homicidio imprudente (artículo 142.1), reo del delito de lesiones (artículo 147.1), reo de detención ilegal o secuestro (artículo 166), reo de hurto (artículo 234)... En Derecho, en cualquier caso, está claro que no tiene interés la discusión por los nombres, sino sólo por la efectiva naturaleza.

El asesinato acarrea una poderosa carga sociológica³⁹, argumento de peso. Se encuentra firmemente arraigada en la conciencia de la sociedad la idea del asesino, en clara referencia a una modalidad de autor que va desde luego mucho más allá de la mera intención/causación de la muerte de otra persona. El grito de «¡asesino!» es el que se reserva para estos casos, y detrás de este terrible clamor se encuentra la concepción social del autor a que se refiere este trabajo, como mostraría un análisis semiótico: «El discurso es, por tanto, algo más que una actualización o concreción de un sistema de signos; es una *representación de la realidad realizada por un sujeto social*»⁴⁰ —tipo de autor que encuentra reflejo en la Criminología⁴¹. Se trata de la propia «realidad cultural»⁴². Esta concepción social también se refleja en la evolución histórica de estos delitos⁴³. Detrás del término —nominalmente irrelevante— se esconde toda una concepción social —decisiva— que la Ley reconoce —como en realidad no podía ser de otra manera si no quiere caerse en una dictadura de tecnócratas.

gramaticales, por sí solos, no son decisivos, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Un buen Código para reformar», en *La Ley*, 4043, (24 mayo) 1996, p. 10.

³⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, cit., p. 39; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed., J.M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 15; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 35.

⁴⁰ ALONSO BENITO, L.E., *La mirada cualitativa en Sociología. Una aproximación interpretativa*, Fundamentos, Madrid, 1998, p. 25 y *passim*, con bibliografía (énfasis añadido). En general, *vid.* BARTHES, R., «Elementos de semiología» (traducción de R. Alcalde), en *La aventura semiológica*, Paidós, Barcelona et al., 1990, pp. 17 y ss.

⁴¹ VON HENTIG, H., *Estudios de psicología criminal, vol. II - El asesinato* (traducción de J.M. Rodríguez Devesa), Espasa-Calpe, Madrid, 1960, *passim*; LEYTON, E., *Compulsive killers: the story of modern multiple murder*, Washington Mews Books, New York, 1986, *passim*.

⁴² DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J., COBO DEL ROSAL, M. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, p. 192.

⁴³ *Vid. infra* IV.

Un argumento material de peso en toda esta problemática se encuentra a mi modo de ver en la gravedad de la pena ⁴⁴. En el artículo 138 se castiga a «El que matare a otro [...] con la pena de prisión de diez a quince años», mientras que para el asesinato la duración de la privación de libertad es de quince a veinte años y de veinte a veinticinco —asesinato agravado—, de acuerdo con los artículos 139 y 140. La pena de prisión, pues, por matar a otro tiene un recorrido desde los diez hasta los veinticinco años —la concurrencia de agravantes genéricas permitiría alcanzar una pena muchísimo menor ⁴⁵. Independientemente de que ello pudiera ser contrario a principios básicos del ordenamiento, como los de igualdad, legalidad —por falta de concreción—, proporcionalidad, culpabilidad o resocialización, un tal espectro de posibilidades tiene difícil acomodo en la idea de delitos de la misma naturaleza, o bien formas del homicidio. Más concretamente, una elevación de tales características: más del doble a partir del mínimo posible, no puede compatibilizarse con ninguno de los criterios que se mantienen en doctrina y jurisprudencia como para poder creer que se trata en los casos en que el Código habla de asesinato de meras formas del homicidio ⁴⁶.

Estas reflexiones son coherentes con otras de carácter más general. En primer lugar no se trata del único —ni siquiera del más destacado— ejemplo en que el Código sigue criterios poco respetuosos con los anteriormente reseñados principios de culpabilidad y del hecho ⁴⁷. En segundo lugar, parece que en general el Código penal de 1995 no ha superado de manera decidida al anterior, no ha significado una reforma tan decisiva como para que pueda hablarse de nuevo Código en vez de reforma: sigue respondiendo a la estructura fundamental del régimen anterior ⁴⁸; esta falta de superación se

⁴⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 15.

⁴⁵ Regla 3.^a (y en su caso 1.^a) del art. 66.

⁴⁶ *Vid. infra* IV; también BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, cit., pp. 7 y s. y 22. Acerca de su incompatibilidad con algún principio jurídico-penal, SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal...*, cit., p. 33.

⁴⁷ Así, por ejemplo, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993 (reimpresión), pp. 486 y s. (nn.mm. 26 y ss.).

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 11 y s. Las consecuencias de tal conclusión son sin duda duras: «Hay pues un largo camino por recorrer hasta tener

reflejaría, pues, también desde el punto de vista de la estructura interna de los delitos contra la vida ⁴⁹ —aunque desde luego se ha reformado la parte externa.

En cualquier caso, desde el punto de vista crítico, me parece que el mero hecho de que la cuestión siga abierta es ya de por sí poco feliz. Y para la perspectiva de mi intención, casi sirve la imposibilidad de excluir la relevancia de aspectos personales del autor en estos delitos.

Por último, sólo resta añadir que esta interpretación que reconoce elementos personales en la regulación del Código penal no queda excluida en ningún caso por la Constitución, en la que por otra parte ni siquiera queda claro si reconoce el principio de culpabilidad — desde luego expresamente no—, ni con qué amplitud o sentido ni con qué límites; la misma discusión es igualmente extensible al Código penal ⁵⁰. La Constitución, pues, en ningún caso excluye esta posibilidad apuntada.

III. PROBLEMAS DOGMÁTICOS QUE PLANTEA

Algunas de las principales desventajas que implica la tipificación del asesinato como delito independiente —si se acepta, claro, este punto de partida— son de tipo técnico y dogmático, presentándose en distintas figuras ⁵¹. Debe comenzarse reconociendo que estos problemas se han relativizado en el nuevo régimen de 1995 ⁵², debido sobre todo a la desaparición de la figura del parricidio y a la pre-

un nuevo Código Penal, que además de nuevo sea plenamente aceptable y eficaz», RODRÍGUEZ RAMOS, «Un buen Código para reformar», cit., p. 11; quedando hasta cierto punto intacta la necesidad de abordar la elaboración de un verdaderamente nuevo Código, pero no de cualquier manera ni a cualquier precio, sino con la seriedad y rigor que exige la propia naturaleza del mismo, ya SERRANO GÓMEZ, A., «Reformas penales en 1974», Separata de *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, (noviembre) 1974, pp. 3 y s.

⁴⁹ TORÍO LÓPEZ, «Delitos contra la vida...», cit., p. 105.

⁵⁰ Vid. acerca de la discusión por todos CERREZO MIR, J., «El delito como acción culpable», en *Anuario*, 1996, pp. 9 y ss.

⁵¹ MORALES PRATS, *Comentarios...*, cit., pp. 687 y s.

⁵² Acerca de la problemática en el marco penal anterior, *vid. supra* nota 25.

visión expresa de un tipo para los casos de concurrencia de tres —o dos— circunstancias agravantes (específicas) —si bien esto último es más perturbador desde otras perspectivas. Como este trabajo no pretende adentrarse en estos profundos problemas y éstos han sido analizados ya por la doctrina con tanta atención como desacuerdo, me conformaré con enunciarlos e insistir en que a menudo son cuestiones prácticamente irresolubles ⁵³.

La intención de la Ley parece ser que la concurrencia de dos circunstancias obligue a apreciar la modalidad agravada de asesinato del artículo 140. Sin embargo, mediante una interpretación que fuerza un tanto la literalidad del texto pero que quizá sea más adecuada a partir de una consideración de los principios de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización, que acentuarían la interpretación teleológica y constitucional de los tipos penales, puede entenderse que para la apreciación del asesinato agravado habrán de concurrir las tres circunstancias agravantes ⁵⁴: si el artículo 140 exige para su aplicación que «en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo» 139, y para que exista un asesinato del propio artículo 139 ha de concurrir una, que al calificar el asesinato básico no podría tomarse en cuenta para la nueva agravación, entonces el «más de una» (dos) implica que deberían probarse las tres ⁵⁵.

Otro problema se plantea con la concurrencia de circunstancias. Si concurren dos circunstancias agravantes, la que no se utilice en la calificación del asesinato (no agravado), no podrá utilizarse como circunstancia agravante genérica ⁵⁶, tratándose por lo tanto de un

⁵³ BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios...*, cit., p. 34.

⁵⁴ SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 41. Esta interpretación podría asimismo apoyarse en que en los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994 se establecía la concurrencia de «dos o más» de las circunstancias agravantes, de modo que el cambio de la fórmula puede considerarse coherente con un cambio en el contenido.

⁵⁵ Esta interpretación fue apuntada por CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (coordinador) *et al.*, *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 739, si bien la acaban considerando incompatible con la Ley.

⁵⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, cit., p. 23; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, cit., p. 41. Si se interpreta que la segunda circunstancia agravante obligará a apreciar la modalidad agravada del asesinato, se enfrentará con este problema cuando concurren las tres circunstancias del artículo 139.

tipo penal alternativo. Esta es la interpretación más acorde con la naturaleza jurídica descrita. Ello no significa que la circunstancia no deba agravar en ningún caso, sino que puede ser relevante en el marco de la regla 1.^a del artículo 66 —que establece criterios de individualización judicial aplicables a todos los supuestos de dicho artículo, y en realidad coherentes con los que pueden extraerse de todo el Código⁵⁷.

El error sobre una de las circunstancias implica un error de tipo⁵⁸, de manera que salvo que sea burdo dejará impune la conducta por asesinato, debiendo condenarse como homicidio, que se aplicaría subsidiariamente. En otros supuestos, como el de aberratio ictus, es de aplicación un concurso ideal⁵⁹ —aunque puede ser dudoso, si bien la condena por el delito consumado no captaría posiblemente tampoco todo el contenido del hecho.

Finalmente, la cuestión referente a los requisitos de la participación, carece de una solución plausible, pero quizá y en aras del principio (de interpretación) pro reo habría que considerar insuficiente la solución tradicional⁶⁰ —aún a costa de la ruptura del título de imputación. Me parece de todas maneras muy dudoso, como en realidad anuncié al principio de este epígrafe para todos los problemas que se plantean, y desde luego la postura contraria sería más coherente con la naturaleza jurídica defendida.

⁵⁷ De esta manera el alcance práctico de esta interpretación es en teoría mínimo debido a que la circunstancia puede llegar a tener la misma importancia que si se apreciase explícitamente, de acuerdo con tales criterios de individualización de la pena (regla 1.^a del art. 66). Ahora bien, digo en teoría porque en la práctica de los Tribunales sí tendrá importancia que no se considere expresamente la circunstancia agravante como genérica —en el sentido de que si se sigue la interpretación que aquí se sugiere se impondrán a menudo penas algo más leves.

⁵⁸ GRACIA MARTÍN, *Delitos...*, cit., p. 27; el mismo, *Comentarios...*, cit., p. 33 (n.m. 21).

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, cit., p. 26; GRACIA MARTÍN, *Delitos...*, cit., pp. 28 y 50; el mismo, *Comentarios...*, cit., p. 34 (n.m. 23); MIR PUIG, S., «Sobre la relación entre parricidio y asesinato», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 830 y ss.

⁶⁰ De otra opinión BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...*, cit., pp. 26 y s. Vid. art. 65 del Código penal.

De esta manera también ahora tiene razón Gracia Martín cuando destaca las incongruencias de la mayor parte de los autores que defienden una naturaleza autónoma al asesinato ⁶¹. Sin embargo y a pesar del decidido recurso por la sistemática en aras de la seguridad jurídica sobre todo, puede ser lícito adoptar soluciones concretas para casos específicos y bien delimitados cuando parezcan éstas más justas materialmente, cuando favorezcan al reo y no existan razones especiales —de naturaleza preventiva sobre todo— en contra de tal opción (solución ad hoc).

IV. ELEMENTOS PERSONALES EN EL ASESINATO

La legislación tiene mucho de oportunismo y mucho de inercia histórica. En la tipificación como delito autónomo del asesinato han podido influir un aspecto sociológico, un aspecto de oportunidad y un aspecto histórico. Caben otras posibilidades, pero estas tres me parecen decisivas. Al destacado papel sociológico, psicopsicológico y lingüístico en la colectividad ya me he venido refiriendo. Intimamente conectado con él se encuentra un aspecto de oportunidad. En efecto, ¿cómo puede presentarse ante la sociedad un Código penal que no tipifique el asesinato? Me refiero a su sentido vulgar de cualquier conducta que quite la vida a otro voluntariamente (dolo). Y lo mismo en lo referente a la pena asignada, que ha de ser desde este punto de vista necesariamente grave. Puede ser que aquel carácter de escarapate haya influido —como pudiera haber influido en otras figuras o instituciones del Código.

El aspecto histórico —por último—, así como la interpretación de esta naturaleza, me parecen contundentes en general, y ahora pueden arrojar una luz decisiva. No es difícil encontrar de forma nítida referencias subjetivas del autor como reflejo de su personalidad a lo largo de las distintas etapas históricas —así como sus regulaciones— del delito de asesinato ⁶². Esta idea ya ha sido anunciada

⁶¹ GRACIA MARTÍN, *Delitos...*, cit., p. 28.

⁶² Así se ha denunciado que se trata de una regulación «muy anticuada», TORIO LÓPEZ, «Delitos contra la vida...», cit., p. 106. Estos delitos son de «los que menos han variado desde el Código de 1850 hasta el vigente [por el anterior, derogado]», ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial del Derecho penal*, Dykinson, Salamanca-Madrid, 1988, p. 233.

en este trabajo. En efecto, aunque se han visto antecedentes más remotos para el asesinato en leyes romanas de la época de la República o en algunas tribus árabes, un antecedente mucho más cercano se encuentra en las Partidas, en las cuales reza lo que sigue: «Assesinos son llamados una manera que ha de omes desesperados, e malos, que matan a los omes a trayción, de manera que non se pueden dellos guardar» (P. VII, 27, 3). La referencia lo es claramente a lo que hoy podría considerarse como un tipo de autor (en sentido amplio), frente al homicidio: «Homicidium en latín tanto quiere dezir en romance, como matamiento de ome. E deste nome fue tomado Omezillo, segun lenguaje de España» (P. VII, 8, 1)⁶³. Esta concepción de asesinato, en lo referente a las circunstancias calificadoras, ha evolucionado.

La elevada pena que se establece para los delitos de asesinato respecto al homicidio —de diez a veinticinco años—, desafortunada agravación que ya nos ha ocupado, tiene difícil explicación desde la contemplación de un Derecho penal regido por los principios de protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad —en sentido amplio, incluyendo este último propiamente dicho y aspectos relativos al injusto⁶⁴. No puede explicarse de forma plausible si se parte de la importancia esencial e independiente del valor del bien jurídico protegido como criterio rector para la fijación de la pena en la Parte especial del Código; tampoco es suficiente el recurso a un eventual aumento del injusto y/o de la culpabilidad, ya se trate de una especial peligrosidad de los medios o de la acción, ya de una reprochabilidad sobresaliente; limitadas son las razones de Política criminal; fallan de la misma manera la explicación por la acti-

⁶³ En el mismo sentido P. I, 6, 12 y ss.

Esta línea de pensamiento puede verse ya apuntada en SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, cit., pp. 34 s. El recurso a las descripciones provenientes de las Partidas es coherente con el origen romano que se atribuye por algunos autores al asesinato, vid. GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, cit., p. 95 (n.m. 2). Más en general, acerca de la evolución histórica del asesinato, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I - *Infracciones contra las personas*, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1962, pp. 169 y ss., que hace también referencia de manera parcial al texto de las Partidas; vid. también al respecto pp. 34 y s.; SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho penal...*, cit., pp. 29 y s. nota 1.

⁶⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., PPU, Barcelona, 1997, p. 746 (n.m. 44).

tud interna del autor, el criterio del grado de menoscabo del objeto de la acción, o desde luego criterios preventivos de cualquier tipo...⁶⁵. Por lo que se refiere a la supuesta peligrosidad del asesino, debe reseñarse que aparte de su ineficacia teórica para agravar las penas o justificar tipos agravados, no tiene porqué haber relación al respecto: un asesino puede perfectamente no resultar peligroso en absoluto, o en menor medida que quien ha cometido un (simple) homicidio; de manera que tampoco ésta puede ser la razón.

Decidida la naturaleza sui generis del delito de asesinato, junto a la imposibilidad de explicarla recurriendo a las posiciones defendidas, puede interpretarse que nos encontramos ante elementos personales referidos al carácter, voluntad, disposición moral, forma de ser..., todo lo cual remite de forma más o menos remota a un tipo de autor —eso sí, con una cierta carga ética. Hay que reconocer que hasta ahora la doctrina mayoritaria se manifestaba decididamente contraria a que pudiera tratarse de un tipo (normativo) de autor⁶⁶, pero no es menos cierto que tanto el mantenimiento de su naturaleza jurídica sui generis como la agravación de la pena a que puede llegarse suponen cambios respecto a la situación del Código penal derogado, Texto refundido de 1973.

El legislador parece pues que ha venido a tomar en cuenta, junto con los criterios de fijación de pena tradicionales a los que me acabo de referir —directamente relacionados con el principio del hecho—, elementos relacionados con el autor, con su carácter o con su personalidad; se trataría de la valoración de elementos marcadamente subjetivos, personales.

Pero no debemos alarmarnos. La exposición precedente —que por otra parte como veremos enseguida es predicable de otras figuras jurídico-penales— se relaciona, es cierto, con la doctrina de los

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal...* cit., pp. 7 y s.; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed. (traducción de J.L. Manzanares Samaniego), Comares, Granada, 1993, pp. 43 y ss.; TORÍO LÓPEZ, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida...», cit., pp. 79 y ss.

⁶⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, vol. I - *Delitos contra las personas*, 2.^a ed., Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 3 y s.; GRACIA MARTÍN, *Delitos contra los bienes jurídicos fundamentales...*, cit., p. 28. La doctrina debe considerarse unánime —al menos hasta el momento—.

tipos de autor, pero hay que advertir que esta correspondencia es hasta cierto punto vaga. La teoría del tipo (criminológico) de autor implica que las características de la personalidad del autor en su conjunto se correspondan con alguna modalidad criminológica de delincuente, tratándose de una «constatación empírica»; mientras que la teoría del tipo normativo de autor hace hincapié en «si el hecho concreto se ajusta a la representación que se hace el intérprete del modo de actuar de un típico autor (lo que presupone un juicio de valor)»⁶⁷. La relación viene dada porque también en el asesinato cobran relevancia aspectos subjetivos de la personalidad y del carácter del autor —que le convierten en «asesino»—, pero ahora estas interpretaciones no determinan al tipo: «Los tipos de nuestro Código Penal están contruidos [...] como acciones «típicas» en el sentido recalcado, que la acción convierte al autor en autor»⁶⁸. Otra cosa es que la realización de la acción, con las circunstancias que la rodean, pueda implicar algo ajeno al hecho concretamente imputado.

Si bien se mira, incluso el recurso a la teoría del tipo normativo de autor (sobre todo), en la línea seguida por Dahm, podría ser más

⁶⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, tomo I - *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2.^a ed. (traducción de D.M. Luzón Peña *et al.*), Civitas, Madrid, 1997, p. 182 (n.m. 11); continúa, «Por eso, en el fondo la teoría del tipo normativo de autor no tiene mucho que ver con el Derecho penal de autor, puesto que no se ocupa de la personalidad del autor, sino que lo que hace es comparar su hecho concreto con el modelo conductual representado de la acción que se espera de un típico autor de ese delito», pp. 182 y s. (n.m. 11); también ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 13.^a ed. a cargo de L. Conti, Giuffrè, Milano, 1994, p. 553. De manera sugerente —aunque apartándose en cierta manera de la interpretación que se sigue en el texto, así como de la concreta concepción de la peligrosidad— Jescheck considera que «en el sistema del Derecho penal de autor la pena se vincula directamente a la peligrosidad del autor, la que, para justificar de alguna manera la pena, tiene que reconducirse a la «culpabilidad por el modo de vida». Aquí lo decisivo es el reproche consistente en que el autor se ha convertido en una personalidad criminal», JESCHECK, *Tratado...*, cit., p. 47. Acerca del tipo criminológico de autor o «tipo criminal», *vid.* FERRI, E., *Principios de Derecho criminal. Delincuente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia* (traducción de J.A. Rodríguez Muñoz), Reus, Madrid, 1933, pp. 238 y ss.

⁶⁸ WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.^a ed. (traducción de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 179.

benévolo de cara a limitar la aplicación de la exagerada pena que se establece para el delito de asesinato: no sería suficiente con que se dieran los requisitos objetivos del tipo, sino que se haría precisa una interpretación por parte del Juez o Tribunal para ver si se podía afirmar, además, la presencia de ciertas características en el autor. Se trata de la función limitativa de las construcciones basadas en aspectos personales del autor, a la que me referiré enseguida —en el caso del asesinato, por el contrario, se trata de una función agravante.

Los tipos (normativos) de autor se relacionan inequívocamente en la actualidad con las tendencias fascistas —y con sus construcciones jurídicas y jurídico-penales más en concreto—, sobre todo de la escuela de Kiel alemana. Surge la escuela de Kiel en Alemania como consecuencia del nacional-socialismo, teniendo corta duración y desapareciendo como escuela con la derrota en la Guerra Mundial ⁶⁹. Fue la doctrina oficial de la época nacional-socialista que perseguía fines políticos, siendo sus principales representantes Dahm y Schaffstein ⁷⁰. El delito encuentra su fundamento en la infracción del deber ⁷¹. Destaca su estructura del tipo de autor (*Tätertyp*) ⁷²,

⁶⁹ JESCHECK, *Tratado...*, cit., p. 188: «debido principalmente a motivaciones políticas, nació durante los años 30 la Escuela de Kiel» que desaparece «sin ulteriores repercusiones, junto al sistema político del que provenían»; *vid. infra* nota 82.

⁷⁰ SCHAFFSTEIN, F., «Das Verbrechen als Pflichtverletzung», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1935, *passim*.

⁷¹ ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte general*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, p. 29; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 257. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 4.ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por H. Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994, p. 217, ponen de manifiesto que uno de los principales representantes de la Escuela —Schaffstein— arremetió contra el bien jurídico, no sólo por tratarse de un concepto individualista y liberal, «sino porque tampoco sirve para una nueva concepción del delito, y por eso lo reemplaza por el deber, lo fundamental es entonces la lesión del deber». *Vid.* también JAÉN VALLEJO, M., *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, p. 34.

⁷² DAHM, G., «Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, pp. 266 y ss.; el mismo, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Th. Weicher, Leipzig, 1940, pp. 21 y ss. y *passim*; SCHAFFSTEIN, F., «Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57, 1938, pp. 330 y ss. y 336.

encuadrado en la tipicidad (Der Typus ist der Schatten des Tatbestandes) ⁷³, entendiendo el delito como un todo ⁷⁴; y orientado por el «sano sentimiento popular» (gesundes Volksempfinden) ⁷⁵. Dahm es quien desarrolla la teoría del tipo normativo de autor; no siendo suficiente la ejecución de los elementos del tipo, sino que han de concurrir una serie de condiciones personales del sujeto, como ladrón, asesino, etc. ⁷⁶, las cuales se extraen en referencia al hecho concreto cometido. Dicho con otras palabras, no es suficiente con la mera realización formal de los hechos descritos por la Ley, sino que además debe poder afirmarse el tipo (normativo) de autor definidos en la misma, interpretación ésta que se realiza desde el punto de vista del espíritu jurídico popular ⁷⁷; con ello se produce una desconexión entre la Parte general y la Parte especial. La prevención general recibe un carácter preferente sobre la especial. Siguiendo a García-Pablos de Molina, puede entenderse que «la Escuela de Kiel adaptó, convenientemente, las premisas filosóficas de la «fenomenología» y de la consideración del Derecho como «orden concreto». C. Schmidt, y su filosofía del «orden concreto», influyeron en el modo de establecer los de Kiel el «objeto» de la ciencia Penal. Ahora bien, aquélla no excluía la consideración de las normas ni imponía el rechazo de la generalización conceptual, pues, en definitiva, todo «orden concreto» no deja de ser, en último término, un orden «abstracto»» ⁷⁸.

Antón Oneca señala como notas de mayor interés de esta escuela que frente al legalismo de la dirección dogmática se proclamó fuente

⁷³ DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht*, cit., p. 37.

⁷⁴ Vid. al respecto del ROSAL FERNÁNDEZ, J., «Estimación de la teoría del “tipo de autor” en la legislación penal española», en *Anuario*, 1948, pp. 38 y ss.; SCHAFFSTEIN, F., «Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 55, 1936, pp. 18 y ss.

⁷⁵ DAHM, «Der Methodenstreit...», cit., p. 250.

⁷⁶ DAHM, «Der Methodenstreit...», cit., pp. 252 y ss.; el mismo, *Der Tätertyp im Strafrecht*, cit., pp. 21 y ss. Vid. RODRÍGUEZ DEVESEA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, 18.ª ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 798; SERRANO GÓMEZ, A., *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, UNED, Madrid, 1981, pp. 85 y s.

⁷⁷ DAHM, G., «Verbrechen und Tatbestand», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker und Dünnhaupt, Berlin, 1935, cit., p. 45.

⁷⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 375. En general, vid. RÜPING, H., *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 2.ª ed., C.H. Beck, München, 1991, pp. 97 y ss.

de Derecho el sano sentimiento jurídico del pueblo alemán; que el delito se concibió no como ataque a bienes jurídicos, sino como infracción del deber de fidelidad al pueblo, lo cual trajo como consecuencia una gran desconfianza hacia las causas de exculpación; y, finalmente, que abandonado el Derecho penal de resultado, se proclamó el Derecho penal de la voluntad. Se hizo una dura crítica a la prevención especial ⁷⁹. Se ha acusado a esta escuela por su irracionalidad ⁸⁰. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée concluyen que «En definitiva, intuicionismo, irracionalismo e ideologismo son las características fundamentales de la metodología que trae la escuela de Kiel» ⁸¹. Hoy en día carece de apoyos esta concepción del delito en la doctrina o en la jurisprudencia ⁸².

Un importante punto débil a mi modo de ver que no debe perderse de vista —en especial a los efectos de este trabajo— es la gran carga de inseguridad jurídica que conlleva ⁸³; lo cual debe intentar corregir mediante algún tipo de evaluación —en especial de naturaleza objetiva— cualquier posición que quiera relacionarse con pre-

⁷⁹ ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, cit., p. 29.

⁸⁰ MIR PUIG, *Introducción...*, cit., p. 259, mantiene que «La Escuela de Kiel, como la propia ideología nacionalsocialista que representó, hundió sus raíces en el irracionalismo. En opinión de Olgiati, ello se manifiesta en los aspectos siguientes: a) negación de la racionalidad del Derecho y, en consecuencia, la necesidad de prescindir en la investigación jurídica del método conceptual; b) la aspiración hacia sistemas jurídicos de fondo emotivo, constituidos sobre la base del sentimiento, de una visión instintiva e intuitiva y de una íntima propensión hacia el objeto, en una especie de simpatía intelectual; c) la búsqueda de una consideración unitaria, totalitaria, completa y concreta, del dato jurídico. En resumen, rechazo de la lógica y giro hacia la interioridad esencial de la vida».

⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Manual...*, cit., p. 218.

⁸² Esta doctrina, esta escuela y estos autores desaparecen de la escena con el final de la Guerra Mundial, con la derrota del régimen nacional-socialista del III Reich; acerca de la superación de las teorías, del abandono de lo oscuro o de lo refutado, *vid.* por todos FEYERABEND, P.K., *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento* (1970) (traducción de F. Hernán), Ariel, Barcelona, 1989, pp. 42 y 166 nota 123.

⁸³ Acerca de los principios de legalidad y oportunidad en el ámbito procesal, *vid.* DAHM, G., «Bemerkungen zur Reform des Strafverfahrens», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 54, 1935, pp. 401 y ss. En general, *vid.* PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1994, p. 21.

misas de esta naturaleza. Merece la pena, sin embargo, volver a resaltar el aspecto limitativo de la responsabilidad criminal que presenta esta teoría; aspecto éste en el que resulta ciertamente útil y convincente, como ha resaltado Roxin: «en el campo de la restricción de la punibilidad esta teoría no es, ni ahora ni antes, totalmente obsoleta»⁸⁴.

Así las cosas, pues, es posible interpretar el (supuesto) tipo de autor que recoge (parcialmente) el asesinato de nuestro Código penal de manera más indulgente. De entrada, el desarrollo de los tipos de autor en un sentido más o menos estricto puede encontrarse en construcciones modernas anteriores o por lo menos contemporáneas a la escuela de Kiel, sobre todo en cuanto que tipos que comprenden o toman en consideración elementos personales del autor —incluida su peligrosidad. Tal es el caso desde luego de la escuela positivista italiana, la Terza Scuola⁸⁵ o de autores como

⁸⁴ ROXIN, *Derecho penal...*, cit., p. 183 (n.m. 12).

⁸⁵ La polémica entre clásicos y positivistas había dejado sin resolver cuestiones importantes en la ciencia del Derecho penal, incluido el método. Frente a aquellas dos corrientes surge la escuela crítica o Terza Scuola, cuyas principales figuras fueron B. Alimena y M. Carnevale (1). Mientras el primero se inclina más por los clásicos, Carnevale, por el contrario, se aproxima en muchos aspectos al positivismo, aunque uno y otro niegan algunas de las concepciones antropológicas de esta corriente. La escuela crítica, según García-Pablos de Molina, tiene peculiaridades «en su método; en su eclecticismo o dualismo metodológico, ya que trató de combinar el método abstracto, racionalista y deductivo del clasicismo, con el método empírico, inductivo y experimental del positivismo criminológico» (2). En realidad no hizo ninguna aportación decisiva en el método; se declaran partidarios del determinismo, mientras que otorgan a la pena un carácter aflictivo y de prevención, ejerciendo una función de defensa social; defendió la autonomía del Derecho penal, distinguió los imputables de los inimputables y apareciendo las medidas de seguridad que tenían su fundamento en la peligrosidad (3). La vida de esta escuela fue efímera, sin escapar de las críticas de diversos sectores.

(1) ALIMENA, B., *I limiti e modificatori dell'imputabilità*, Bocca, Torino, 1894, *passim*; el mismo, *Principii di diritto penale*, 2 vols., Pierro, NAPOLI, 1910 (I) y 1912 (II), *passim* [hay versión española de E. Cuello Calón: *Principios de Derecho penal*, 2 vols., Madrid, 1915 (I) y 1916 (II)]; CARNEVALE, M., «Una terza scuola di diritto penale in Italia», en *Rivista di discipline carcerari*, (julio), 1891.

(2) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal...*, cit., p. 340.

(3) Vid. ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, cit., p. 25; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Manual...*, cit., p. 214; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal*.

Altavilla ⁸⁶, von Liszt ⁸⁷ o Gramatica ⁸⁸, sólo por mencionar los ejemplos más destacados y menos sospechosos; más aún, otro desarrollo decisivo de la teoría proviene de Erik Wolf ⁸⁹; por otro lado, además, tampoco el recurso a los tipos de autor tiene que ser necesariamente autoritario o intervencionista ⁹⁰.

La estructura con que relaciono al asesinato en este trabajo, pues, podría interpretarse en esta clave mucho mejor que en otra de sentido irracional —de lege data sin embargo parece que lo que incluye el asesinato responde a caracteres moralizantes ⁹¹.

V. CONCLUSIONES. LA IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIAR A ELEMENTOS PERSONALES

La conclusión principal que ha pretendido alcanzar este trabajo, siempre que se acepte la premisa de que parte, a saber, que en la

Parte general, vol. I - *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, p. 30; SERRANO GÓMEZ, *Introducción...*, cit., pp. 63 y ss.

⁸⁶ ALTAVILLA, E., *Teoria soggettiva del reato*, Jovene, Napoli, 1932, *passim*; el mismo, «La appartenenza del reato alla personalità psicologica del suo autore», en *Scuola positiva*, 1939; el mismo, *Il delinquente. Trattato di psicologia criminale*, Morano, Napoli, 1949, *passim*.

⁸⁷ VON LISZT, H., *La idea de fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo* (1882) (traducción de C. Pérez del Valle), Comares, Granada, 1995, *passim*, en especial pp. 68 y ss. *Vid.* asimismo ROXIN, C., «Franz von Liszt y la concepción polímicriminal del Proyecto Alternativo» (traducción de D.-M. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 37 y ss., especialmente pp. 40 y ss.; el mismo, *Derecho penal...*, I, cit., p. 178 (n.m. 4).

⁸⁸ GRAMATICA, F., *Principi di Diritto penale soggettivo*, Fratelli Bocca, Torino, 1934, *passim* [hay versión española de J. del Rosal y V. Conde: *Principios de Derecho penal subjetivo*, Reus, Madrid, 1941]. En la misma línea, si bien con posterioridad, *la Defensa Social*, ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, 2.ª ed., Cujas, Paris, 1971, *passim* (1.ª ed. de 1956); GRAMATICA, F., *Principios de defensa social* (traducción de J. Muñoz y Núñez de Prado y L. Zapata Aparicio), Montecorvo, Madrid, 1974, *passim*.

⁸⁹ Así DAHM, «Der Methodenstreit...», cit., p. 256; SCHAFFSTEIN, «Rechtswidrigkeit und Schuld...», cit., p. 331.

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, vol. III - *El delito*, 5.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1992, pp. 72 y ss.

⁹¹ COBO DEL ROSAL y CARBONELL MATEU, «El delito de asesinato...», cit., pp. 193 y ss.

regulación actual del asesinato —en especial en su modalidad agravada— se incluyen aspectos subjetivos, esto es referidos al delincuente, a algún aspecto de su personalidad o de su voluntad, se refiere precisamente a la dificultad real que existe en la práctica —«práctica» en su más amplia expresión, o sea en referencia a la interpretación y a la aplicación del Derecho— para hacer desaparecer tales elementos. Estos, además, pueden llegar a desempeñar una notable y útil función limitadora en el Derecho penal contemporáneo, coherente con los principios que inspiran el mismo.

El punto de partida pasa por las dificultades que encuentra tal concepción subjetivizante en la actualidad, ya que la idea contemporánea del Derecho penal se corresponde más con la de un Derecho penal por el hecho. En efecto, parece existir un extendido acuerdo en que el Derecho penal ha de atender al hecho concreto que se enjuicia, dejando de lado los aspectos que tengan relación con el autor, por ejemplo con su personalidad; y lo mismo es aplicable en lo que respecta a su peligrosidad. Así lo expresa, por ejemplo, Mir Puig: exigencia del Derecho penal contemporáneo, el que corresponde a un Estado democrático de Derecho, es entre otros «El principio de responsabilidad por el hecho. Exige un “derecho penal del hecho” y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser —directa o indirectamente—. Aunque el hombre contribuye a la formación de su personalidad, ésta escapa en buena parte a su control. Debe rechazarse la teoría de la “culpabilidad por la conducta de vida” o la “culpabilidad por el carácter”»⁹². Para ser más claro, si bien sin ánimo exhaustivo, en el tratamiento de la agravación por la circunstancia de reincidencia (artículo 22.8.^a del Código penal), los autores que se muestran favorables a su mantenimiento no consideran que tenga que ver sino con la culpabilidad por el hecho⁹³; lo mismo acontece respecto a las demás circunstancias (atípicas) que el Código penal refiere en materia asimismo de culpabilidad y que concurrían en el delincuente: «No es que el objeto del juicio de reproche sea la vida del delincuente —culpabilidad por conducta de vida— o su carácter, sino que esos datos son relevantes para determinar si la

⁹² MIR PUIG, S., «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 175.

⁹³ CEREZO MIR, *Derecho penal...*, cit., pp. 28 y 101.

realización de la acción u omisión típica y antijurídica le era o no reprochable y, en su caso, en qué medida le era reprochable»⁹⁴. No hace falta insistir más en este bien conocido punto, el cual fue ya expresado quizá de manera inmejorable hace más de un siglo por Carrara: no debe punirse la maldad del hombre, sino la perversidad de la acción, si no se quiere confundir el oficio del legislador penal con el de moralista. Y no hace tampoco falta insistir en la conveniencia tanto de superar la existencia de un delito sui generis como el de asesinato en nuestro Código penal, así como sobre todo de suprimir la gravísima pena que contempla para el supuesto agravado —por lo menos.

Se insiste, pues, en que el Derecho penal es Derecho penal del hecho. Sin embargo, como vemos, ni siquiera en la regulación de los delitos posiblemente más relevantes del Derecho penal español se ha podido excluir tomar en consideración aspectos relativos al autor. Por lo menos esta interpretación no puede ser excluida: el hecho de que un Código reconozca y siga el principio de culpabilidad «dista mucho, empero, de significar que le sea enteramente fiel y que se conforme con todas sus exigencias»⁹⁵.

No es el único caso. Otros preceptos desperdigados a lo largo del Código, aunque más bien aislados, responden asimismo a un Derecho penal de autor, como sería el supuesto por ejemplo del artículo 299 acerca de la receptación habitual⁹⁶. Cuestiones más decisivas, relacionadas ya con la propia teoría general del delito y con la ciencia jurídico-penal implican la toma en consideración de aspectos personales desligados del hecho delictivo concreto mismo. Esto fue ya advertido por Jiménez de Asúa: «La tendencia [...] se muestra incluso en modernas legislaciones. El joven doctor suizo Näf estudiaba la llamada doctrina del «Derecho penal de autor» en el Código de su país. A su entender, el dualismo de penas y medidas de seguridad supone ya un enfoque hacia la concepción del autor [...], así como las fórmulas para aplicar la pena [...] puesto que toman en

⁹⁴ CEREZO MIR, *Derecho penal...*, cit., p. 28.

⁹⁵ RIVACOBA RIVACOBA, M., «Culpabilidad y penalidad en el Código penal argentino», en *Teorías actuales en el Derecho penal. 75.º Aniversario del Código penal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, p. 304.

⁹⁶ CEREZO MIR, *Derecho penal...*, cit., pp. 28 y s.

cuenta la peligrosidad del agente. También halla Näf algunas muestras en las disposiciones de la Parte especial del Código suizo, en que se toman en cuenta los motivos, la peligrosidad, etc.»⁹⁷. Otro caso claro viene constituido a mi modo de ver por el error de prohibición, para cuya valoración será imprescindible en muchos casos recurrir a aspectos de tal naturaleza, concretamente derivados de la vida previa del autor: el juicio acerca de la vencibilidad o invencibilidad de tal error habrá de tomar en cuenta la conducta de vida previa —si se toma el criterio de la persona concreta inmersa en tal error⁹⁸. «Igualmente, el enjuiciamiento del estado pasional, de la actio libera in causa y de la imprudencia consciente resulta a menudo imposible sin atender al desarrollo de la actitud interna del autor»⁹⁹; habiéndose relacionado igualmente el castigo, en su caso, del delito imposible con la peligrosidad¹⁰⁰. Lo mismo cabe decir respecto a la individualización de la pena en el Código penal español, al establecer el Código la relevancia a tal efecto de «las circunstancias personales del delincuente» (regla 1.^a del artículo 66), pudiendo decirse que «estamos ante manifestaciones residuales de Derecho penal de autor»¹⁰¹.

⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, III, cit., p. 75; el libro citado de NÄF es *Täterstrafrecht des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Tesis doctoral, Buchdruckerei Thurgauer Volkszeitung, Freiburg (Suiza), 1951.

⁹⁸ JESCHECK, *Tratado...*, cit., pp. 382 y 413 y ss.

⁹⁹ JESCHECK, *Tratado...*, cit., p. 382; *vid.* asimismo p. 47; y JAKOBS, *Strafrecht...*, cit., pp. 486 y s. (n.m. 26).

¹⁰⁰ RIVACOBIA RIVACOBIA, «Culpabilidad y penalidad...», cit., p. 305.

¹⁰¹ LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, vol. I, Universitas, Madrid, 1996, pp. 61 y s.; también RIVACOBIA RIVACOBIA, «Culpabilidad y penalidad...», cit., pp. 307 y s.

Un ejemplo claro de la toma en consideración de elementos ajenos a la concreta culpabilidad por el hecho realizado en la individualización de la pena viene constituido por el art. 133, párrafo segundo, del Código penal italiano, a cuyo tenor habrán de tenerse en cuenta «la capacidad para delinquir del culpable (capacità a delinquere), deducida de: 1) de los motivos para delinquir y del carácter del reo...» (art. 133 II) —*vid.* también art. 61. Esta disposición no puede desconectarse de la toma en consideración de elementos del autor (1), desde un punto de vista amplio, coherentemente también con el carácter flexible del Código penal italiano a la hora de dar amplio arbitrio al juez para fijar la pena (2); este párrafo segundo representa una concesión a la escuela positivista italiana, al ser el art. 133 resultado de una solución de compromiso en el momento de elaboración del Código (3).

La conclusión básica de este trabajo pretende llamar la atención sobre las difícilmente superables dificultades con que se encuentra el Derecho penal a la hora de prescindir de aspectos relativos al autor del hecho delictivo. Si ello ocurre —o al menos me parece que puede interpretarse de esta manera— en la regulación de los delitos más relevantes por las diversas razones apuntadas, habiendo sido objeto de una decidida atención por parte del legislador de 1995 y habiendo sido exhaustivamente estudiados por doctrina y jurisprudencia, ¿qué otra cosa cabe esperar de las regulaciones de otros delitos y —sobre todo— de otras instituciones a lo largo del Código penal, de Leyes especiales o de otras normas procesales, administrativas...?

Y si la situación a nivel teórico —al que se refiere tanto el párrafo anterior como el presente trabajo en su conjunto— da pie a dudar si es factible la eliminación de aspectos ajenos al hecho, la problemática en la práctica cotidiana del Derecho revela ésta como tarea probablemente imposible. Por citar sólo un ejemplo, piénsese en la influencia que tiene la peligrosidad criminal —además apreciada de manera personal y subjetiva, o sea absolutamente acientífica— en multitud de figuras jurídico-penales, como pudiera ser la individualización de la pena ¹⁰² —y tantas otras. En acertadas palabras de Luzón Peña, «guste o no, sea ello aceptable o rechazable, no se puede desconocer que el Derecho vigente concede relevancia, en ocasiones extraordinaria, a circunstancias personales del sujeto distintas al «hecho» mismo». El legisla-

(1) DELL'OSSO, G., *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 55 y s. y 60 sobre todo.

(2) SERRANO MAÍLLO, A., *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 92 y ss.; el mismo, *La compensación...*, cit., pp. 156 y ss.

(3) DELL'OSSO, *Capacità a delinquere...*, cit., pp. 64 y ss.; FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, 3.^a ed., Zanichelli, Bologna, 1995, p. 709. Vid. asimismo arts. 20 y ss. del *Proyecto preliminar de Código penal para los delitos italiano de 1921*, apud FERRI, *Principios...*, cit., pp. 740 y s.

¹⁰² Las investigaciones llevadas a cabo en Alemania —en nuestro país esta cuestión empírica todavía no ha sido abordada— confirman que los antecedentes penales constituyen el factor de individualización más importante, ALBRECHT, H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 324; SCHÄFER, G., *Praxis der Strafzumessung*, 2.^a ed., C.H. Beck, München, 1995, p. 127 (nn.mm. 275 y s.); SCHÖCH, H., voz «Strafzumessung», en *Kleines kriminologisches Wörterbuch* (G. Kaiser et al. editores), 3.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 527.

dor, y tampoco la doctrina científica, pueden permanecer ajenos a esta cuestión, a su realidad; esta labor de mostrarnos lo que hacemos, de ruptura con los prejuicios (ideología) que nos rodean y de vigilancia epistemológica, constituye una de las labores básicas de toda investigación y por ello pertenece a un orden superior¹⁰³.

Hasta ahora hemos comprobado las dificultades existentes a la hora de prescindir efectivamente, en el plano de lo real y de lo cotidiano, de referencias a elementos subjetivo-personales del autor; y hemos comprobado que en un cierto número de supuestos se trata de agravaciones de las penas. El ejemplo propuesto, alrededor del cual ha girado la exposición, ha sido el delito de asesinato, en el cual ambas características son sin duda criticables, debiendo modificarse —o suprimirse— la regulación.

Lo fundamental a mi modo de ver, insisto, reside precisamente en tomar conciencia con seriedad de la dificultad de renunciar a tales elementos subjetivos —lo cual implicaría entre otras cosas la imposibilidad de un Derecho penal de la culpabilidad por el hecho en estado puro si queremos ser realistas, como reconoce Jescheck¹⁰⁴—; así como de la opción de recurrir a los mismos pero con carácter limitativo de la punibilidad en los supuestos en que la reacción penal no sea necesaria, falta de necesidad que vendrá indicada precisamente por aquellos aspectos o circunstancias personales. Este aspecto limitativo de la punibilidad ha sido destacado ya en el caso de los tipos normativos de autor¹⁰⁵, como hemos visto, y puede

¹⁰³ Vid. por todos BOURDIEU, P., CHAMBOREDON, J.C. y PASSERON, J.C., *El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos* (1973) (traducción de F.H. Azcúrra), Siglo Veintiuno, México-Madrid, 1994, pp. 14 y s. y 27 y ss.

¹⁰⁴ JESCHECK, *Tratado...*, cit., p. 382. Para el caso concreto del asesinato, el propio Torío reconoce que «Puede un homicidio simple, ausentes, pues, las notas definitorias del asesinato, ser en concreto más grave que un asesinato en que, por ej., son comprensibles generalmente, los motivos del autor», TORÍO LÓPEZ, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida...», cit., p. 113. En este caso, además, me parece que ello es igual o más coherente con el Derecho penal contemporáneo, propio de un Estado de las características del que nos ha tocado vivir —o, mejor, que intentamos construir—; de manera que no se trata en absoluto de cambiar las reglas del juego.

¹⁰⁵ ROXIN, *Derecho penal...*, I, cit., p. 183 (n.m. 12); WELZEL, *Derecho penal...*, cit., p. 181.

ser extendido a otros campos; aspecto limitativo y complementario que diera por bueno Jiménez de Asúa en el párrafo citado más arriba, al hablar de «La tendencia conciliadora, que desea —muy razonablemente— hacer uso del que ya no debe llamarse «Derecho penal de autor» —para no caer en equívocos nazis— como complemento de la constante tendencia objetiva del acto»¹⁰⁶. Sin embargo, esta última reflexión, apenas apuntada y de carácter más general, queda fuera de las modestas aspiraciones de este trabajo.

¹⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, III, cit., p. 75. En sentido parecido LUZÓN PEÑA, *Derecho penal...*, I, cit., p. 62; y *supra* nota anterior.