

Juan Antonio Martos Núñez

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

La circunstancia de precio, recompensa o promesa en el Sistema Penal Español

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA AGRAVANTE DE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA EN EL SISTEMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. A) *Concepto*. B) *Fundamento y naturaleza*. C) *Requisitos*. D) *Ambito de aplicación*. E) *Compatibilidad con otras circunstancias* F) *Comunicabilidad*. G) *La determinación de la pena en función de la concurrencia exclusiva de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa*. III. LA CIRCUNSTANCIA DE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA EN EL SISTEMA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL. A) *Delitos contra las personas*. B) *Delitos patrimoniales y económicos*. C) *Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCION

Cometer un delito es un comportamiento humano contrario a las exigencias del Estado de Derecho. Pero si la realización del crimen está motivada por fines abyectos, tales como, entre otros, la obtención de «precio, recompensa o promesa», entonces esa conducta ha merecido, históricamente, mayor desvalor ético y social.

En efecto, ya en el Derecho Romano la *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, dada por SILA, dirigida contra los asesinos *sicarii* y los bandidos *latrones*, castigaba el asesinato violento por cuenta ajena¹.

La naturaleza de los motivos hacía que fuesen moralmente diversos los homicidios, y estas diferencias morales las tuvieron en cuenta los magistrados juzgadores y los tribunales del pueblo y de los jurados, no solamente, como apunta MOMMSEN², «para hacer las correspondientes

¹ Véase al respecto, FERRINI, «Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano», en «Enciclopedia del diritto penale italiano», a cura di E. PESSINA; Milano, 1905, vol. I, págs. 379 y 382, y MOMMSEN, «Derecho Penal romano», traducción del alemán por P. DORADO, Bogotá, Editorial Temis, 1976, págs. 398 y s.

² Cfr., pág. 397.

declaraciones de culpabilidad, sino también para graduar la medida de la pena».

El *crimen inter sicarios* de la referida Ley Cornelia se recoge en nuestra Legislación histórica; concretamente, en la Partida VII, Título XXVII, Ley III que alude a los «omes desesperados que matan a los omes por algo que les dan». El Derecho Intermedio reguló casuísticamente esta circunstancia y los Prácticos, basándose en el momento constitutivo del pacto, la capacidad, el consentimiento, la competencia, etc., elaboraron la doctrina del *pactum scaeleris remuneratorio*.

En el umbral del movimiento codificador, los pensadores indagaron sobre la violencia y los motivos personales que determinaban su aparición. Así, BECCARIA³, a propósito de los atentados contra la persona, manifestaba que «ni el grande ni el rico deben satisfacer por precio los atentados contra el flaco y el pobre; de otra manera las riquezas que bajo la tutela de las leyes son el premio de la industria, se vuelven alimento de la tiranía». No hay libertad, según César BONESANA, cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser «persona», y se repunte como «cosa».

Por otro lado, la interrogante de ¿por qué la circunstancia de un salario es una agravación?, es resuelta por BENTHAM⁴ en los términos siguientes:

Primero. Porque aumenta la alarma y el peligro, ya que, si un hombre se empeña por dinero en la riña de otro, todos los que puedan temer una riña con cualquiera deben temer a este pendencista de profesión. Muchas personas vivirían en una alarma continua, sabiendo que hay hombres que venden su fuerza y su valor a los que lo necesitan, y que sus enemigos pueden aprovecharse de ésto para ejecutar por medio de estas personas extrañas lo que no pueden hacer por si mismos. El peligro parecerá mayor a medida que sus enemigos sean más opulentos y puedan tentar con mayores recompensas.

Segundo. Una acción semejante indica el carácter más vil y más depravado; porque el motivo del interés pecuniario tiene manifiestamente más fuerza en el delincuente que todos los motivos sociales.

En nuestro Ordenamiento, la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa aflora al mundo jurídicopenal en el Código de 1848, (artículo 10, circunstancia 3^a) que, por otra parte, configuraba como uno de los elementos constitutivos del delito de asesinato el matar a otro concurriendo la circunstancia de haber ejecutado el hecho «por precio o promesa remuneratoria» (artículo 333, número 1^o, circunstancia segunda).

Por consiguiente, el régimen jurídico de la circunstancia que nos ocupa es doble; de un lado, en el sistema de la Parte General del Derecho Penal, cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa, es una

³ BECCARIA, «Tratado de los Delitos y de las Penas», Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., 1978, pág. 102.

⁴ BENTHAM, «Tratados de legislación civil y penal». Edición preparada por Magdalena RODRIGUEZ GIL, Madrid, Editora Nacional, 1981, pág. 601.

circunstancia que modifica, agravándola, la responsabilidad criminal dimanante del hecho realizado; mientras que esa misma motivación, en el sistema de la Parte Especial, es un elemento constitutivo de determinados delitos (v. gr. el asesinato) o inherente a los mismos (v. gr. el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas).

II. LA AGRAVANTE DE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA EN EL SISTEMA DE LA PARTE GENERAL DEL CODIGO PENAL

A) CONCEPTO

En la circunstancia agravante de cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa, se considera el móvil de lucro de quien realiza el hecho por cuenta ajena, impulsando su conducta, como observa ANTON ONECA ⁵, «no la representación del resultado, sino la del provecho material que alguien da o promete. Esto es, anteponiendo un egoísmo crematístico al respeto a los derechos de la víctima, a quien se agravia sin ninguna razón de odio o resentimiento». Se trata, en efecto, de un supuesto particular de los motivos abyectos o fútiles, previstos en el artículo 61, 1º del Código Penal italiano.

Por otra parte, la valoración utilitaria del motivo, que impulsa la acción penal, sitúa la agravante, según Del ROSAL ⁶, dentro de la llamada concepción sintomática del delito, por cuanto prevalecen los móviles *lucranda* frente al respeto que merecen los valores protegidos por el Ordenamiento jurídico-penal. Además, prosigue el citado autor, apenas si queda espacio para la configuración conceptual de la agravante, mediante el expediente del arbitrio, ya que la fórmula legal señala taxativamente en «qué consiste» la agravación: haber obrado por «precio, recompensa o promesa».

Por todo ello, previamente al estudio específico de la referida circunstancia, MARTINEZ PEREZ ⁷ propone determinar el concepto de «móvil» y deslindarlo de nociones afines, tales como los términos «intención», «fin» o «motivo». A pesar de todo, el aludido penalista afirma que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, no existen diferencias sustanciales entre motivo y móvil, ya que el móvil constituye el aspecto dinámico del motivo, en el sentido de que el móvil es el motivo que ha decidido al sujeto a obrar. En todo caso, conviene reconocer que el vocablo «móvil» apunta hacia una significación peyorativa ausente en el «motivo» y, además, la locución «móvil» expresa mejor el significado psicológico, posibilitando su deslinde con respecto al fin o a la intención.

⁵ ANTON ONECA, «Derecho Penal», segunda edición anotada y corregida por José Julián HERNANDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTEZ MERINO, Madrid, ediciones Akal, S.A., 1986, pág. 390.

⁶ Del ROSAL, «Tratado de Derecho Penal español». Parte General, Madrid, ediciones Darro, 1972, vol. II, pág. 525.

⁷ MARTINEZ PEREZ, «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», en CPC, Madrid, Edersa, 1983, n.º 19, págs. 41 y 43.

Por el contrario, QUINTANO RIPOLLES⁸ considera que la mencionada circunstancia no está determinada exclusivamente por consideraciones de «móvil» innoble, sino por la existencia de un pacto previo, determinante de una más acendrada *voluntas scaeleris*, y, presuntamente, de un mayor riesgo social. Móvil bajo, de lucro, hay en muchísimos delitos; pero lo que prevé la circunstancia 2ª no es esa consideración personal, sino la real del pacto, la delegación del acto criminal en otra persona.

Finalmente, conviene citar a este respecto que la Doctrina del Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada, entre otras, la sentencia de 3 de abril de 1978, Aranzadi, 1286, que «la circunstancia agravante de precio presupone un *pactum scaeleris*, remuneratorio y previo a la comisión del delito, como merced impulsadora de la acción que lleva un mayor riesgo social por quien sin escrúpulos y con egoísmo inmoral delinque por móviles económicos, al ser el precio la razón determinante que yace en el fondo de la actuación delictiva, toda vez que el adverbio de modo «mediante» empleado en el texto punitivo de la circunstancia segunda del artículo 10 del Código Penal significa y es equivalente léxicamente a «por razón de» o «en atención a», por lo que ordinariamente dicho precio o recompensa se acuerda con anterioridad al delito, pero se paga después⁹».

B) FUNDAMENTO Y NATURALEZA

Sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de la agravante de precio, recompensa o promesa, la doctrina plantea dos cuestiones íntimamente relacionadas:

Primera. ¿Cuál es la *ratio legis* de la referida circunstancia?

Segunda. ¿Cuál es su naturaleza: objetiva o subjetiva?

La doctrina dominante sostiene que la comisión de un delito mediante precio, recompensa o promesa se fundamenta en la motivación económica que preside el comportamiento del sujeto activo y, por tanto, es de índole personal. En efecto, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON¹⁰ afirman que no cabe la menor duda de que la razón de agravación es fundamentalmente personal y subjetiva, puesto que, en definitiva, es la existencia de los «móviles de lucro» quienes fundamentan esta causa de agravación. Del mismo modo, está fuera de toda duda, para RODRIGUEZ DEVESA¹¹, que esta circunstancia modificativa es de «naturaleza subjetiva» porque lo decisivo es el «móvil de lucro».

⁸ QUINTANO RIPOLLES, «Comentarios al Código penal», segunda edición renovada por el autor y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1966, pág. 208.

⁹ En este sentido, vease, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1958 (A. 2467); 29 de mayo de 1971 (A. 2436); 5 de mayo de 1972 (A. 2033); 26 y 29 de marzo de 1973 (A. 1415 y 1440); 2 de mayo de 1973 (A. 1934); 3 de febrero de 1977 (A. 306) y 15 de diciembre de 1978 (A. 4161).

¹⁰ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, «Derecho Penal». Parte General, edición completa, adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983, Universidad de Valencia, 1984, pág. 755.

¹¹ RODRIGUEZ DEVESA, «Derecho Penal español». Parte General. Novena edición revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GOMEZ, Madrid, editorial DYKINSON, S.L., 1985, pág. 743.

La razón de esta agravante es, según CUELLO CALÓN¹², la baja del motivo, pues, como decía PACHECO, «nada hay tan bajo como el que mata por precio, a no ser el que mata alevosamente y sobre seguro». Conforme al tenor literal del número 2 del artículo 10, el delito debe ser cometido mediante el precio, recompensa o promesa, satisfecho u ofrecido por un determinado sujeto; por consiguiente, el texto legal reclama, en opinión de CORDOBA RODA¹³, el que el instigado cometa la conducta «en atención» al precio, recompensa o promesa. La dación u oferta de estas últimas ha de haber motivado, pues, la práctica del delito por el autor material.

Las consecuencias dogmáticas de esta motivación económica inciden, bien sobre el desvalor del injusto o, por el contrario, aumentan el juicio de reproche y, por ende, la culpabilidad del autor material del hecho. En la primera línea científica se sitúan, entre otros, BUSTOS RAMIREZ y MIR PUIG. En efecto, a juicio del primero de los autores mencionados, la naturaleza jurídica de esta circunstancia es discutible, pues algunos señalan que aumenta la culpabilidad; pero pareciera que lo fundamental es el móvil de lucro, y el ánimo de lucro (como lo demuestra el hurto) es un elemento subjetivo específico del injusto (de autor), luego se aumenta en virtud de él el desvalor del acto¹⁴. Por su parte, MIR PUIG¹⁵ considera que la circunstancia de precio, recompensa o promesa eleva la intensidad de la prohibición del injusto por cuanto «facilita la impunidad» y, con su esperanza, una decisión de delinquir que de otro modo, por miedo al descubrimiento y al castigo, tal vez no se adoptaría. En consecuencia, siendo aplicable la referida agravante tanto al que paga como al que recibe el precio, el aludido penalista ve un fundamento común a ambos y otro referido específicamente al ejecutor. El fundamento «común» reside en la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables cuando media el precio: éste rompe la cadena motivacional que une al inductor con el delito, mientras que el autor material no tiene ningún motivo que pueda relacionarlo con la víctima. El fundamento específico para el autor material es el motivo bajo que representa el precio y que afecta al desvalor subjetivo del injusto.

Si, como hemos visto, la *ratio legis* de la circunstancia 2ª del artículo 10 del Código Penal es la concurrencia en el autor material de móviles abyectos o fútiles, agravará, según MARTINEZ PEREZ¹⁶, por razones de culpabilidad; categoría dogmática en torno a la cual deben orientarse las circunstancias atinentes a los móviles, ya que —tratándose de móviles valorizados negativamente— suponen una mayor reprochabilidad en el autor. Sin embargo, el mencionado autor estima conveniente, como

¹² CUELLO CALÓN, «Derecho Penal». Revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNANDEZ. Decimoséptima edición. Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1975, tomo I, Parte General, volumen segundo, pag. 580.

¹³ CORDOBA RODA en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, «Comentarios al Código penal», edición, Barcelona, editorial Ariel, 1972, tomo I (ARTICULOS 1-22), págs. 558 y s.

¹⁴ Vid. BUSTOS RAMIREZ, «Manual de Derecho Penal español». Parte General, 1ª edición, Barcelona, editorial Ariel, S.A., 1984, págs. 419 y s.

¹⁵ MIR PUIG, «Derecho Penal». Parte General, Barcelona, P.P.U., S.A., 1984, págs. 575 y s.

¹⁶ Cfr., pag. 57.

artículo de previo pronunciamiento, aclarar ciertas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han manifestado en torno a la naturaleza objetiva/subjetiva de la circunstancia analizada.

En efecto, QUINTANO RIPOLLES¹⁷ afirma que la circunstancia de precio, recompensa o promesa es de agravación puramente objetiva. De ahí que comprenda, en principio, lo mismo al que ejecuta materialmente el delito que a quien lo propone, y al precio propiamente dicho, como a la recompensa o promesa; términos cuya querida laxitud permiten abarcar todas las modalidades posibles de la criminalidad delegada. Pero es que, además, la agravante de precio debiera reducirse, a juicio del referido autor, exclusivamente al que obra movido por este acicate. Entonces pudiera mejor vincularse el contenido de la agravante a la bajeza del móvil, cosa que no es tan hacedera ampliando su acción al oferente. Este puede obrar por estímulos no egoistas, e incluso nobles y altruistas, ajenos en absoluto a toda sombra de codicia, que parece debiera ser la piedra de toque para determinar una agravante de precio.

En base a esta posición dogmática, el Tribunal Supremo ha declarado que la mencionada circunstancia, pese a su carácter objetivo, «opera subjetivamente»¹⁸. De todas formas, la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia, salvo que tenga como contenido esencial averiguar si exige el elemento subjetivo de «aprovecharse» o «buscar de propósito», está, como subraya DIEZ RIPOLLES¹⁹, poco justificada, pues en todo caso incluso la averiguación de la presencia de tal elemento subjetivo puede incluirse en todo el análisis que se ha de realizar en cada circunstancia relativo a su pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad.

Por otra parte, a medida que la dogmática jurídico-penal se ha ido alejando de la vieja doctrina según la cual todo lo objetivo pertenece a la anti-juricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, la determinación de la naturaleza de la circunstancia objetiva, subjetiva, o, en su caso, mixta, pierde, como pone de manifiesto ALONSO ALAMO²⁰, la importancia práctica que, en otro momento, pudo tener. De ahí que la naturaleza objetiva o subjetiva no sea hoy predeterminante, necesariamente, según la citada autora, de la reconducción al injusto o a la culpabilidad.

Ciertamente, el presupuesto de la mencionada circunstancia modificativa es el dato objetivo de la concurrencia del precio, la recompensa o la promesa. Sin embargo, la *ratio legis* de la agravación es el móvil abyecto de lucro que fundamenta el comportamiento del autor material, manifestado en el pacto mercenario, en cuya virtud aquél negocia, previamente, con el inductor la comisión del delito merced a la retribución económica que éste le ofrece. Dicho móvil, en opinión de MARTINEZ PEREZ²¹,

¹⁷ Cfr., págs. 208 y s.

¹⁸ Confróntese las Sentencias de 31 de enero de 1973 y 3 de febrero de 1977, citadas por MARTINEZ PEREZ, cfr., pág. 58 nota 83.

¹⁹ DIEZ RIPOLLES, «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español», en ADPCP, 1977, pág. 644.

²⁰ ALONSO ALAMO, «El sistema de las circunstancias del delito». Estudio general. Universidad de Valladolid, 1981, pág. 348.

²¹ Cfr., pág. 59.

«no puede, desde luego, ser entendido como un elemento subjetivo del injusto, desde el momento en que de manera alguna incide sobre la forma de comisión del delito, ni tampoco afecta al bien jurídico. Es objeto exclusivamente, por tanto, del juicio personal de reproche».

Así las cosas, el paso siguiente consiste en determinar la categoría específica del tipo de culpabilidad, susceptible de comprender la concurrencia de la circunstancia de precio, recompensa o promesa en la comisión de un delito. Según JESCHECK²², los elementos del tipo de culpabilidad son los siguientes:

1. «Los elementos de culpabilidad objetivamente configurados». Son causas de atenuación o exclusión de la culpabilidad y nunca pueden operar en sentido agravatorio, sino beneficiando al autor que debe conocerlos, pues, de otro modo no podrían motivarle.

2. «Los elementos de culpabilidad subjetivamente configurados». Requieren que una circunstancia externa, siquiera solamente representada por el autor, haya incidido «efectivamente» en la formación de su voluntad.

3. «Los elementos de la actitud interna» (*Gesinnungsmerkmale*). Su especificidad consiste en que en ellos el «comportamiento espiritual contrario a los valores éticos» se expresa inmediatamente en el tipo. Ahora bien, como los factores sobre cuya base cabe inferir una determinada actitud interna, en parte pertenecen al ámbito del injusto y en parte al de la culpabilidad, los elementos de la actitud interna tampoco pueden contemplarse unitariamente como elementos de la culpabilidad, sino en parte como tales y en parte como elementos del injusto («concepción diferenciadora»).

La agravante 2ª del artículo 10 se basa en la vileza del móvil y agrava, consecuentemente, por razones de culpabilidad. Es circunstancia que pertenece, en opinión de ALONSO ALAMO²³, «a la culpabilidad subjetivamente concebida». Por consiguiente, pertenecen a la culpabilidad los elementos especiales de culpabilidad concebidos subjetivamente; es decir, una amplia gama de circunstancias que, según la citada autora²⁴, va desde las referibles al proceso de motivación y a los móviles, hasta aquellas circunstancias que, como la premeditación y el arrebató, están configuradas subjetivamente pero no pertenecen al proceso de motivación.

A este respecto, conviene aclarar, como apunta TORIO LOPEZ²⁵, que la distinción entre motivo y móvil quedaría remitida a las capas intelectual y anímica del agente, respectivamente. Así, «el móvil se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos, pasiones y

²² JESCHECK, «Tratado de Derecho penal», traducción y adiciones de Derecho español por Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE, 3ª edición, Barcelona, editorial Bosch, S.A., volumen primero, págs. 647 y ss.

²³ ALONSO ALAMO, Cfr., pág. 653.

²⁴ Idem., pág. 445.

²⁵ TORIO LOPEZ, «Motivo y ocasión en el robo con homicidio», en ADPCP, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1989, tomo XLII, págs. 617 y ss.

emociones que impulsan a la acción; el motivo sería la razón de ser del comportamiento o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican». El motivo comprende, pues, un momento valorativo y otro fáctico; en el móvil, por el contrario, subraya ALONSO ALAMO ²⁶, «predomina el lado tendencial. Perteneces a la capa profunda en una visión estratificada de la personalidad».

Los móviles de lucro justificativos de la agravación se ubican dentro de las partes motivadoras del acto culpable y, por tanto, se trata de una agravante cuya *ratio*, afirma Del ROSAL ²⁷, «descubre una determinada actitud psíquica, que, en buena parte, es expresión caracteriológica del agente». En este sentido, ARROYO DE LAS HERAS ²⁸ proclama que esta circunstancia de agravación es de «naturaleza subjetiva», incidiendo directamente sobre la culpabilidad, haciéndose el ejecutor material por precio acreedor de un mayor reproche en consideración al móvil de lucro perseguido por el mismo, que antepone a cualquier otra consideración o freno moral, lo que, por otra parte y en el aspecto político-criminal, le hace, asimismo, sumamente peligroso.

Por todo ello, la circunstancia de precio, recompensa o promesa, en la medida en que refleja «una motivación funcionalmente autónoma bien anclada en el *proprium*, revela una parte de sí mismo con tendencia a la codicia, susceptible de calificarse como un elemento de la actitud interna o espiritual del tipo de culpabilidad». En este caso, el fundamento de la agravante no descansaría en la actitud psíquica del sujeto, formada por los motivos (las «partes integrantes motivadoras» de la culpabilidad), sino en la necesaria concurrencia de, como observa RODRIGUEZ DEVESA ²⁹, «una personalidad adecuada a la imputación» (las «partes integrantes caracteriológicas»).

Sin embargo, esta posición científica ha sido unánimemente rechazada por la doctrina dominante, puesto que, como pone de relieve MARTINEZ PEREZ ³⁰, los auténticos o propios elementos de la actitud interna pertenecen de manera privativa a la culpabilidad. En efecto, incluso JESCHECK ³¹ reconoce que en el asesinato, parágrafo 211 del Código penal alemán (StGB), las motivaciones contrarias a los valores éticos (placer de asesinar, satisfacción del instinto sexual, codicia y móviles bajos) constituyen propios elementos de la actitud interna, mientras que los elementos que afectan a la peligrosidad o a la reprobabilidad del modo de comisión (alevosía, crueldad, empleo de medios que entrañan peligro común) pertenecen al tipo de injusto, en cuanto caracterizan el específico injusto de la acción y sólo de forma «mediata» describen también la actitud interna.

²⁶ Cfr., pág. 449. Sobre la Psicología de las motivaciones, véase por todos, ALLPORT, «La personalidad». Su configuración y desarrollo, séptima edición, versión castellana de Ismael ANTICH, Barcelona, editorial Herder, S.A., 1980, págs. 238 y ss.

²⁷ Cfr., pág. 525.

²⁸ ARROYO DE LAS HERAS, «Manual de Derecho Penal», Pamplona, editorial Aranzadi, S.A., 1985, volumen II, «El delito», pág. 549.

²⁹ Cfr., págs. 439 y s.

³⁰ Cfr., pág. 60.

³¹ Cfr., pág. 650.

Por consiguiente, la comisión de un delito mediante precio, recompensa o promesa, revela una motivación inmoral que describe inmediatamente la actitud interna del sicario y, por ende, pertenece al tipo de culpabilidad. Asimismo, la doctrina española mantiene que los auténticos elementos de la actitud espiritual se circunscriben al tipo de culpabilidad y son objeto, exclusivamente, del juicio personal de reproche. En consecuencia, la concepción diversificadora o diferenciadora de los elementos de la actitud espiritual, en que consisten particulares circunstancias, debe ser rechazada porque entrañan la admisión de un Derecho penal del ánimo³². La culpabilidad, por tanto, es, como subraya RODRIGUEZ DEVESA³³, «culpabilidad del acto concreto realizado, no de la conducción de la vida o de la manera de ser del sujeto».

La jurisprudencia española ha consagrado, de forma reiterada, algunos de estos elementos de la actitud interna o espiritual, v. gr. la «codicia», que demuestran la concurrencia de la circunstancia externa de precio, recompensa o promesa. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1979 (A. 1835) ha declarado que «toda la actuación de S. está inspirada por la codicia, ciertamente estimulada por B., hasta convertirse en el único motivo de aquél, de suerte que, de no ser por la recompensa —dineraria y en especie— generosamente ofrecida y entregada al ejecutor, éste no hubiera cometido el delito»³⁴.

En definitiva, la circunstancia agravante de precio, de acuerdo con su *ratio*, agrava por razones de culpabilidad exclusivamente, en la medida en que refleja una actitud interna o espiritual del agente particularmente reprochable: la codicia³⁵. Por ello, no puede mantenerse otro fundamento jurídico positivo para dicha agravante que el puramente subjetivista referido a la perversidad de ánimo del autor, valoración apriorística y consustancial a una determinada visión ética, a cuyo tenor, según GARCIA ARAN³⁶, se considera que la persecución de lucro «degrada», por así decirlo, el móvil delictivo normal. Mediante esta apreciación se afirma, por ejemplo, que es «mejor» matar por odio que matar por dinero.

C) REQUISITOS

Los elementos constitutivos de la circunstancia agravante, objeto de análisis, son los siguientes:

1. El presupuesto objetivo: la existencia de precio, recompensa o promesa.
2. Los sujetos: el autor moral y el ejecutor material.
3. El *pactum scaeleris*.
4. La motivación lucrativa del ejecutor material.

³² Vid. ALONSO ALAMO, «El sistema...», op. cit., págs. 428 y 432.

³³ RODRIGUEZ DEVESA, Cfr., pág. 440 nota 60.

³⁴ En este sentido, véase, entre otras, las siguientes Sentencias de nuestro Alto Tribunal: 3 de julio de 1954 (A. 1735); 20 de junio de 1959 (A. 2282); 28 de febrero de 1966 (A. 788) y 23 de noviembre de 1970 (A. 4943).

³⁵ Vid. MARTINEZ PEREZ, «La circunstancia...», op. cit., pág. 61.

³⁶ GARCIA ARAN, «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español» ediciones de la Universitat de Barcelona, 1982, pág. 152.

Estudiemos, a continuación, cada uno de estos elementos. Por lo que se refiere al «*presupuesto objetivo de la circunstancia agravante*», precio es, según ANTON ONECA³⁷, valor pecuniario en que se estima algo: en este caso la conducta. La recompensa alude a otras mercedes equivalentes —una colocación, un ascenso en la carrera—. La promesa ha de ser de precio o recompensa. Pero los tres conceptos responden a un interés económico, según la interpretación histórica y usual del precepto. No estarán comprendidos en él, a juicio del referido autor, los favores o matrimonios prometidos por una mujer al vengador de su afrenta. RODRIGUEZ DEVESA³⁸, por su parte, afirma que el precio es valor pecuniario en que se estima una cosa. Recompensa es retribución o remuneración por un servicio. El precio ha de consistir en dinero u otra cosa que lo valga y la recompensa ha de tener un valor económico. La promesa es, añade el mencionado autor, un pago diferido, el ofrecimiento de un precio o de una recompensa.

Nuestros comentaristas clásicos, por el contrario, entendieron que el término «recompensa» comprende todo tipo de ventajas y no exclusivamente las de carácter patrimonial. Así, PACHECO³⁹ mantenía que bajo el referido término la Ley no sólo habla de aquél a quien se da o se ofrece dinero, sino también de «aquél a quien se brinda con placeres ciertos en pago de su obra». Del mismo modo, GROIZARD⁴⁰ comentaba que esta circunstancia agravante deberá ser aplicada al sujeto que «mata por instigación del padre de una joven y con la promesa de que se casará con ella». En este sentido CUELLO CALON⁴¹ afirma que por precio ha de entenderse no sólo dinero, sino toda cosa que tenga un valor pecuniario, una joya, por ejemplo. La recompensa se refiere a cualquier otro pago, a cualquier otra clase de remuneración o retribución, como la obtención de un cargo. La promesa es, concluye el aludido penalista, el precio o la recompensa ofrecidos para después.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia dominantes consideran que el precio, recompensa o promesa, han de tener un carácter económico⁴². En efecto, como enseña CORDOBA RODA⁴³, pese a que, literalmente, los vocablos «recompensa» o «promesa» no se circunscriban a las de sentido económico, existen razones para restringir el ámbito de aplicación de la agravante a los casos de retribución patrimonial. Tales razones se basan en la consideración de que la concurrencia de una recompensa o promesa de carácter no económico, no revela, ni en el oferente ni en quien la recibe, un aumento de la gravedad de la conducta.

Por un lado, prosigue el citado comentarista, el instigador recurre a interponer un medio no dotado de desvalor adicional alguno respecto a aquéllos

³⁷ Cfr ., pag . 390.

³⁸ Cfr ., pag . 743.

³⁹ PACHECO, «El Código penal concordado y comentado», Madrid, 1870, tomo I, pag . 219.

⁴⁰ GROIZARD, «El Código penal de 1870 concordado y comentado», Burgos, 1870, tomo I, pag. 388.

⁴¹ Cfr., págs . 579 y s.

⁴² Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal». Parte Especial, 7ª edición, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1988, pag. 40.

⁴³ Cfr ., pag . 558 .

que originan la estimación de la inducción del número 2 del artículo 14. 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 desvaliosa⁴⁴.

Ahora bien, la merced puede actuar, según PUIG PEÑA⁴⁵, de la manera siguiente:

a) Merced convenida y entregada. En este caso actúa perfectamente la agravante, aunque el precio no se haya cobrado en su totalidad al realizar el delito (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1968).

b) Merced convenida pero no entregada. También actúa perfectamente la circunstancia, salvo en el caso de merced aceptada tácitamente.

c) Merced simplemente esperada. En este supuesto no actúa la agravante. El Tribunal Supremo ha declarado que la recompensa pedida con posterioridad al hecho no significa que procediera promesa (7 de junio de 1888). Tesis contraria parece mantener la discutible, en opinión del mencionado autor, sentencia de 25 de noviembre de 1964.

A propósito del *pretium delicti*, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 26 de febrero de 1979, que la agravante del artículo 10, núm. 2 del Código penal está formulada así: «cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa», lo que equivale a que han de mediar tales prestaciones bien dinerarias o de otra índole, generalmente crematística y ser a su vez causa del delito. Esto es, que si el sicario comete el hecho, es bien por haber recibido de antemano la recompensa, bien porque se le promete que la va a recibir.

En cuanto a «*los sujetos*», la circunstancia modificativa que examinamos precisa la concurrencia, por lo menos, de dos sujetos: uno que ofrece el precio, la recompensa o la promesa (el «autor moral», el «instigador», el «inductor» o el «mandante»); otro que recibe estas mercedes o retribuciones y, en virtud de las mismas, ejecuta el hecho delictivo («autor material», «instigado», «inducido», o «mandatario»).

Consecuentemente con la exigencia legal de que el hecho delictivo sea cometido «mediante» alguna de las citadas retribuciones, no debe estimarse la agravante si el instigado estaba ya decidido a cometer la infracción, por

⁴⁴ En el sentido del texto, consúltense, MARTINEZ PEREZ, Cfr., págs. 46 y s; ALONSO ALAMO, Cfr., pág. 652; GARCIA ARAN, Cfr., pág. 151 y BUSTOS RAMIREZ, Cfr., pág. 420. En contra, MIR PUIG estima que debe tenerse en cuenta que el carácter bajo del móvil que pueden representar el precio, la recompensa o la promesa no es el único fundamento de la agravante y que no afecta en absoluto al inductor, mientras que, por otra parte, hay beneficios honoríficos y profesionales no económicos que pueden constituir motivos perfectamente equiparables a los económicos (asi, por ejemplo, si alguien accede a cometer un delito bajo la promesa de obtener un importante cargo público). Por lo demás, la letra de la ley parece favorecer la interpretación amplia, puesto que junto al «precio» añade los términos de «recompensa» o «promesa» que han de ser distintos de aquél (Cfr. pág. 577).

⁴⁵ PUIG PEÑA, «Derecho Penal». Parte General, séptima edición actualizada con la colaboración de Gregorio ORTIZ RICOL, 1988, tomo I, pág. 457.

un acto suyo y por un motivo particular, sin haberse concertado, previamente, con terceros y sin que se le dé o prometa algo. Por tanto, en el artículo 10, circunstancia 2ª del Código penal no se contempla el supuesto de que la realización del delito sea, exclusivamente, el medio para obtener beneficios económicos. En cambio, esta hipótesis sí es abarcada, según MARTINEZ PEREZ ⁴⁶, por el término «codicia» (*Habgier*) descrito en el referido párrafo 211 del StGB alemán como elemento constitutivo del tipo de asesinato, posibilitando, de esta suerte, la inclusión de casos semejantes a los descritos por la agravante 2ª del artículo 10 de nuestro Código penal. Ciertamente, la doctrina alemana dominante considera que la esencia de la codicia reside en que el agente pretende un lucro que no está en relación con el medio elegido; es decir, la codicia se fundamenta en una relación medio/fin desproporcionada ⁴⁷.

Una concepción tan amplia, desde luego, no es de recibo en el sistema penal español vigente; por el contrario, sí sería posible, de *lege ferenda*, tanto en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 como en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, que introducen, *ex novo*, la circunstancia de obrar por motivos abyectos o fútiles, tanto en las Disposiciones generales sobre las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal (artículos 28, 4ª y 24, 4ª, respectivamente), como en el delito de asesinato (artículos 156, 2ª y 140, 2ª, respectivamente). En cambio, los Proyectos de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 y 1994 han vuelto a considerar como agravante cometer o ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa (artículos 21, 3ª y 145, 2ª, y 23, 4ª y 139, 3ª, respectivamente).

Sin embargo, el problema esencial es si esta circunstancia debe aplicarse tanto a quien ofrece como a quien recibe la retribución o, por el contrario, sólo debe estimarse en el ejecutor material. Para la «teoría extensiva», defendida por un sector doctrinal y por la jurisprudencia, la agravante comprende tanto al mandante como al mandatario; para la «teoría restrictiva», en cambio, la agravante debe aplicarse, únicamente, al que recibe el precio o la recompensa u obtiene la promesa.

En efecto, CUELLO CALON ⁴⁸ afirma que la circunstancia se refiere «tanto al que ofrece el precio como al que lo recibe». Este problema ya preocupó a los Prácticos y la doctrina, según PUIG PEÑA ⁴⁹, sostuvo que la responsabilidad debía ser igual para ambos. En este mismo criterio se ha inspirado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo al declarar que esta agravante afecta por igual a quien ofrece el precio que a quien lo acepta (8 de marzo de 1967 y 20 de octubre de 1972), pues sin cooperación recíproca no se concebiría la existencia del hecho punible (24 de junio de 1960), ello aparte de que el hecho supone igual perversidad moral en uno y en otro (13 de diciembre de 1954). Sobre el espinoso

⁴⁶ Cfr., págs. 47 y s.

⁴⁷ Idem., pág. 48 nota 34.

⁴⁸ Cfr., pág. 580.

⁴⁹ Cfr., pág. 456.

problema de si la agravante de precio es aplicable tanto al que lo ofrece como al que la recibe, o sólo a este último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en líneas generales, y salvo excepcionales y distintos supuestos, se ha pronunciado en el sentido de que tanto afecta al que impulsa al crimen y ofrece el precio para ejecutarlo como al que lo acepta y se vende para delinquir. Doctrinalmente, la citada STS de 20 de octubre de 1972 fundamenta filosóficamente esta agravación en los principios siguientes:

«La mayor intensidad del dolo penal que presupone un "pacto previo", una más acendrada *voluntas sceleris* y un "mayor riesgo social" que presupone también una mayor peligrosidad social ponderable en el aspecto político-criminal, es indudablemente más temible el ejecutor que el proponente, aunque en este caso es de ponderar la repulsiva cobardía del inductor que quiere eludir los peligros y responsabilidades dimanantes de la material ejecución del delito, pagando para que otro en su nombre delinca y asuma las consecuencias, escogiendo por cierto a quien ya fue penado por parricidio pero sin que conste que sea un habitual en la ejecución de delitos por precio y que además en la legal figura de la proposición sólo en el oferente que propone cabe apreciar esta agravante, pues de aceptarse su propuesta y oferta, dicho queda es convertible en el concierto que la conspiración criminosa representa, por lo cual un destacado sector criminal acepta sin reparo la posible agravación del precio en el autor moral por inducción que lo paga u ofrece destacándose la esencial diferencia con los supuestos en que lo reclama, obligando al inductor a pagarlo».

Sin embargo, esta línea jurisprudencial se quiebra en otras resoluciones de nuestro Alto Tribunal. Así, entre otras, la sentencia de 25 de mayo de 1976 (A. 2391) ha proclamado que, como viene declarando esta Sala, en concordancia con la mejor doctrina científica, la autoría por inducción prevista en el número 2º del artículo 14 del Código penal exige objetivamente un influjo psíquico (autoría intelectual) ejercido sobre el autor material del hecho, influjo que puede adoptar la más variada morfología, pues no se agota en las modalidades de mandato, orden, coacción, consejo y sociedad de los autores clásicos, sino que puede encarnar en otras conductas de igual eficacia instigadora, entre las que descuella la entrega de precio, promesa o recompensa por ejecutar el delito (*pretium delicti*) de ancestral ascendencia en la praxis criminal (*crimen sicariorum*) y de tan singular influjo criminógeno que, de tal pacto de soborno, se hace derivar una específica agravación en el elenco que contiene el artículo 10 del Código penal, de suerte que, concurriendo la entrega de precio como base de la inducción, no puede derivarse de ese mismo hecho la agravante 2ª del artículo 10 citado por ser ello contrario al principio *non bis in idem* fundamental en el Derecho punitivo, tal como ha declarado esta Sala cuando el precio es integrante, bien de la cooperación necesaria —S. de 23 de junio de 1952 (A. 1400)—, bien de la inducción —S. de 15 de junio de 1955 (A. 1826)—, incompatibilidad que se daría con cualquier otra forma de participación fundada en la agravante dicha.

La doctrina dominante es, hoy, la teoría restrictiva. En efecto, ANTON ONECA⁵⁰, en base al móvil que inspira el comportamiento del sujeto, considera que quien paga puede proceder incluso por motivación honorable, como el padre anciano que, incapaz para vengar por su mano la afrenta inferida a su hija, retribuya con este fin a un servidor. Si frecuentemente se reputa grave la conducta del que paga, es porque, como subraya el mencionado autor, suele ser premeditada, y quizá también por la cobardía que supone valerse de otra persona cuando no se tiene el valor de ejecutar el delito por sí mismo. La invocación del carácter «premeditado» y «cobarde» de la conducta de quien paga, para fundamentar la aplicación a él de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, no convence a CORDOBA RODA⁵¹, para quien «premeditado» lo es todo acto de inducción a un delito, sin que por ello quepa pensar siquiera en la posibilidad de apreciar una agravante en perjuicio del inductor. En cuanto a la «cobardía», aparte de lo anteriormente manifestado, no existe razón alguna para estimar aquel sentimiento como jurídicamente desvalioso; por todo ello, el referido comentarista concluye afirmando que la mencionada circunstancia sólo debe alcanzar a la acción de quien delinque en virtud del precio, recompensa o promesa; es decir, al autor directo⁵².

Desde el punto de vista de la peligrosidad, el que ejecuta el delito por precio es el que, en la inmensa mayoría de los casos, supone, según QUINTANO RIPOLLES⁵³, un peligro mayor para la comunidad. Es un mercenario del crimen que se mueve por codicia y tiende fatalmente a convertirse en un profesional.

Para BUSTOS RAMIREZ⁵⁴, el precio, recompensa o promesa ha sido la forma de inducir al hecho, de otro modo no se podría lograr castigar al que está detrás, de suerte que habría una violación del *non bis in idem*, si se considera tal circunstancia para incluirlo como inductor y, además, para aumentarle la pena. Más aún, continúa el citado penalista, se puede decir que el precio, recompensa o promesa da una posición de superioridad al sujeto que está atrás, en el sentido de que puede detener el curso de los hechos a su arbitrio, luego es más que un inductor y se homologa con el autor mediato que utiliza, en virtud de su posición de superioridad, a un autor inmediato doloso.

La teoría restrictiva, según MIR PUIG⁵⁵, podría defenderse para el supuesto en que la circunstancia de precio, recompensa o promesa despliega su función de convertir el homicidio en asesinato, puesto que parece evidente que el que paga el precio no mata «por» precio. Mas el artículo 10, 2º, cuando contempla el precio como agravante genérica, no dice «por

⁵⁰ Cfr., pág. 391.

⁵¹ Cfr., págs. 560 y 562.

⁵² En el sentido del texto, se manifiestan, entre otros, RODRIGUEZ DEVESA, «El Código se refiere a la persona que ejecuta el delito movida por el acicate del lucro obtenido o prometido» («Derecho...», op. cit., pág. 743); COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, «únicamente afecta a quien ha cometido el hecho delictivo» (Derecho..., op. cit., pág. 755).

⁵³ Cfr., págs. 209 y s.

⁵⁴ Cfr., pág. 420.

⁵⁵ Cfr., pág. 576.

precio», sino «mediante» precio. Entonces, el problema depende de la interpretación que se dé a la expresión legal «cometer el delito», que es lo que la ley exige que se haga mediante precio. Así las cosas, el referido autor sostiene que el Tribunal Supremo tiene razón al considerar que también el inductor comete un delito mediante precio, y ello por varias razones. En primer lugar, del artículo 49 se desprende que todos los «autores» del artículo 14 «cometen» el delito; en segundo lugar, en todo caso la inducción también es en sí misma un «delito» distinto al del autor. Puesto que también constituyen un «delito» la complicidad y el encubrimiento, a ambos será, asimismo, aplicable la agravante si la cooperación o el encubrimiento tienen lugar mediante o por precio.

La bondad de esta posición científica no está exenta, a mi juicio, de las objeciones siguientes:

Primera.— Ciertamente, MIR PUIG ha revelado el núcleo gordiano de la cuestión: la interpretación de la locución legal «cometer el delito». Sin embargo, la afirmación de que el «inductor comete un delito mediante precio» no es correcta, puesto que, como afirma CORDOBA RODA ⁵⁶, el entender el «delito» del número 2 del artículo 10 como comprensivo del acto de inducción, representaría una inadmisibles abstracción, contraria al significado propio del término legal. Solamente cabría admitir que quien da u ofrece la remuneración «comete el delito», según el sentido de dicha expresión legal, si, como subraya el aludido comentarista, el ejecutor fuera interpuesto como simple instrumento material, que no es el caso del supuesto contemplado en el número del artículo citado.

Segunda.— La invocación del artículo 49 en relación con el artículo 14 no conduce, necesariamente, a la afirmación de que todos los autores cometen el delito, como postula MIR PUIG. En efecto, si lo determinante, la *ratio legis* de la agravante es el móvil de lucro que impulsa el comportamiento del agente, la discusión debe trasladarse no al campo de la «*autoria mediata*» en el que el sicario es un mero instrumento para ejecutar el hecho, del que se vale el autor mediato, sino a la «*teoría de la participación criminal*», a título de inductor; ahora bien, como es sabido, la inducción debe ser directa y eficaz; es decir, si no va seguida de ejecución es impune; impunidad que se nos antoja como una variable dependiente de la intensidad del móvil lucrativo que inspira al ejecutor material, en función, claro está, de la dinámica delictiva necesaria para la comisión del hecho y, por ende, la esperanza de su no descubrimiento.

Por consiguiente, sólo comete el delito el autor material o directo que realiza el hecho típico mediante el precio, la recompensa o la promesa que le ofreció quien, no habiendo tomado parte directa en la ejecución del hecho, le indujo, directa y eficazmente, a ejecutarlo ⁵⁷.

⁵⁶ Cfr., pág. 561.

⁵⁷ En este sentido se manifiesta, también ARROYO DE LAS HERAS, para quien el problema de la responsabilidad, dimanante de la existencia de una merced, debe resolverse conforme a las reglas de la «inducción» si el hecho llegó a ejecutarse. En el caso de que el hecho no llegara a ejecutarse estaremos ante un supuesto de «conspiración» (Cfr., pág. 551).

Tercera.— Por otra parte, la tesis de MIR PUIG, de que en todo caso la inducción también es en sí misma un «delito» distinto al del autor, me parece incorrecta técnicamente. En efecto, esta posición científica olvida que la inducción no es una forma de autoría en sentido estricto sino, como apunta MUÑOZ CONDE ⁵⁸, una forma de participación, es decir, de cooperación dolosa en un delito doloso ajeno, aunque por su entidad cualitativa el legislador, a efectos de pena, la equipare a la autoría. Por consiguiente, debe regirse por los principios de la «*unidad del título de imputación*» (en virtud del cual, se mantiene, pese a la pluralidad de personas que intervienen en el delito, la «*unidad*» de éste) y por el principio de la «*accesoriedad de la participación*» (a cuyo tenor, la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor).

En estricta aplicación de lo anteriormente manifestado, resulta que el denominado «autor moral», en realidad, no es más que un partícipe, a título de inductor, en el hecho cometido por el autor material, mediante precio, recompensa o promesa; hasta el punto de que la punición del instigador dependerá de que el sicario, el autor principal, haya realizado una conducta típicamente antijurídica, en virtud del principio de «*accesoriedad limitada*». En consecuencia, la «comisión del delito» que exige la circunstancia 2.^a del artículo 10 del Código penal no depende, como quiere MIR, de la eficacia de la inducción y, por tanto, no le otorga una autonomía hasta el punto de configurarla *per se* como un delito distinto al realizado por el mandatario; ya que, si éste no comienza la ejecución del delito, no puede castigarse al inductor salvo que, como observa MUÑOZ CONDE ⁵⁹, su comportamiento encaje dentro de una de las formas de participación intentada especialmente punible, la «provocación» descrita en el número 3.^o del artículo 4 del Código penal.

En suma, la inducción no puede castigarse por sí misma, pues, como hemos apuntado, se precisa al menos la realización de un acto típicamente antijurídico que colme las exigencias del referido principio de la accesoriedad de la participación ⁶⁰. Por el contrario, cuando el autor material, previamente al pacto, ha resuelto la ejecución del delito, no podrá hablarse de la agravante de precio. En este caso, la responsabilidad del que da o promete no podrá atribuírsele a título de inductor, pues, según ARROYO DE LAS HERAS ⁶¹, su influjo no ha sido suficiente para mover la voluntad del ejecutor material. En cambio sí es posible la declaración respecto del mismo de una responsabilidad a título de «provocación», sin que al mismo alcance, de acuerdo con las reglas derivadas de la naturaleza misma de la agravante de precio, dicha circunstancia de agravación.

Por todo ello, opino, con la doctrina dominante, que, por lo que respecta a los sujetos, la agravante de precio, recompensa o promesa debe

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, «Teoría general del delito», 2.^a edición, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1989, págs. 176 y ss.

⁵⁹ *Idem.*, pág. 183.

⁶⁰ Vid. RODRIGUEZ DEVESA, «Derecho...», op. cit., pág. 811.

⁶¹ *Cfr.*, pág. 552.

aplicarse, exclusivamente, a «la persona que recibe estas retribuciones». Esta solución es, desde un punto de vista politicocriminal, satisfactoria, ya que, como señala MARTINEZ PEREZ ⁶², discrimina las responsabilidades de los sujetos, asignando a la conducta del sicario —ontológica y moralmente más grave— una pena de mayor entidad; simultáneamente, la amenaza de la pena puede posibilitar que consiga su efecto disuasorio en el sicario para que no acepte el mandato criminal.

Por otro lado, el *pactum scaeleris* remuneratorio es un elemento constitutivo de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, que precisa para su perfeccionamiento el acuerdo de dos voluntades, al menos, coincidentes en la «proposición» y «aceptación», respectivamente, del pacto criminal. Supone, por tanto, una persona que propone la comisión del delito a cambio de una determinada retribución económica; y otra que la acepta, obligándose, como contrapartida, a la ejecución material del hecho.

De aquí se desprende, ciertamente, la trascendencia de la aceptación del inducido (o, en su caso, de su solicitud), puesto que si falta dicha aceptación no se aplica la agravante, aunque puede actuar la figura de la proposición, según PUIG PENA ⁶³, tesis, en mi opinión, rechazable puesto que, si la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo (artículo 4, párrafo segundo del Código penal), parece claro que el oferente no está dispuesto en absoluto a cometer delito alguno; razón por la cual instiga a otro para que éste realice, mediante precio, recompensa o promesa, el delito. La solución correcta sería, pues, calificar dicha conducta como constitutiva de «provocación para delinquir» ⁶⁴.

El concierto debe ser previo; es decir, anterior al delito. A pesar de su difícil probanza, se sobreentiende implícito, según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1979, «cuando determinada persona se dedica a prácticas abortivas clandestinas, percibiendo una tarifa o cantidad determinada que, difundida por medios subrepticios, suelen ser abonadas por las gestantes inculpas, sus colaboradores necesarios, que acuden a sus servicios vituperables, recaudando de antemano las cantidades tácitamente exigidas y aceptadas». Del mismo modo, la STS de 25 de marzo de 1983 estimó la agravante, «en virtud de que el precio se convino antes de la intervención abortiva, aunque después se incrementase por el buen éxito de la operación».

La remuneración puede ser cobrada con posterioridad, no siendo necesario, para la estimación de la agravante, que la retribución se haya cobrado «efectivamente». Lo decisivo, por tanto, es que la merced haya sido

⁶² Cfr., pág. 53.

⁶³ Cfr., pág. 456.

⁶⁴ En el sentido del texto, véase, CORDOBA RODA, «Comentarios...», op. cit., pág. 562 y ARROYO DE LAS HERAS, «Manual...», op. cit., pág. 551. En el caso de que exista acuerdo de voluntades y no haya ejecución, estaremos, según ARROYO, ante un supuesto de «conspiración» con agravante de precio respecto del virtual ejecutor, y en el caso de desistimiento del ejecutor, el autor mediato responderá por provocación sin la concurrencia de la agravante de precio.

convenida en las condiciones referidas ⁶⁵. Tampoco es preciso que en el «*pactum*» conste la determinación exacta de la cuantía o la entidad de la retribución. Un problema importante se plantea cuando participa un «intermediario». Si la intervención es «únicamente» en la inducción no existe problema, pues, dado el carácter subjetivo de la circunstancia, según ARROYO DE LAS HERAS ⁶⁶, «no podrá verse afectado por ella». Es el supuesto contemplado en la STS de 20 de julio de 1982, de la mujer que conviene con su amante la muerte de su marido y aquél ajusta con otro la comisión del delito, mujer a la que el Alto Tribunal, a juicio del mencionado autor, erróneamente, aplicó la agravante.

Sin embargo, cuando el intermediario lucrativo actúa como enlace entre el mandante y el mandatario, lógicamente, beneficiándose de su mediación, entonces se le aplicará la agravación. Así acontece con el sujeto al que habitualmente acuden los que proponen la comisión de un delito, mediante precio, recompensa o promesa; intermediario que, posteriormente, negocia con el sicario la realización del crimen ofreciéndole una retribución inferior a la que él percibió.

Por último, cabe preguntarse si deberá estimarse la agravante en el supuesto de que la iniciativa criminal la tome el ejecutor material. En esta hipótesis, lo esencial es el concierto previo de voluntades para la realización del delito, mediante la distribución de los roles correspondientes, independientemente de quién provenga la solicitud. Si el autor mediato no acepta, el solicitante será reo de proposición para delinquir con la agravante de precio.

Pero es que, además, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia coinciden, unánimemente, en afirmar que un elemento capital de la agravante es el hecho de que sea «*la motivación lucrativa*» la que inspira el comportamiento del instigado. En efecto, este requisito es el que, según MARTINEZ PEREZ ⁶⁷, caracteriza auténticamente a esta circunstancia modificativa, resultando más acorde con él aquella interpretación que restringe al ejecutor material el ámbito personal de la agravante y permite inferir, en base al mismo, su verdadero fundamento. Subjetivamente, la referida circunstancia precisa que el sujeto realice el hecho por ánimo de lucro, lo que, además, desde un punto de vista político-criminal, hace que este delito sea más grave, pues lleva a la constitución de asociaciones del crimen, a dificultades en la persecución y en la prueba de los hechos; por tanto, he aquí, como subraya BUSTOS RAMIREZ ⁶⁸, «un aumento no sólo del merecimiento de pena, sino también de la necesidad de pena».

Las consecuencias jurídico-penales que se derivan del hecho de que la

⁶⁵ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de noviembre de 1974 apreció la agravante en un supuesto en el que el autor material de un delito de aborto, acordado previamente en virtud de precio, no llegó a percibirlo debido al mal estado en que quedó la embarazada (citada por MARTINEZ PEREZ, Cfr., pág. 54 nota 67).

⁶⁶ Cfr., pág. 550.

⁶⁷ Cfr., pág. 56. En este sentido, véase, también ALONSO ALAMO, «*La ratio* o fundamento de la agravante reside en la vileza del móvil de lucro» («El sistema...», op. cit., pág. 652).

⁶⁸ Cfr., pág. 420.

merced sea la causa impulsora de la acción son, en opinión de PUIG PEÑA ⁶⁹, las siguientes:

1^a. Que no cabe discutir el que esta circunstancia agrava por una mayor culpabilidad, pues revela una gran indignidad y bajeza de ánimo el delinquir impulsado por la entrega de cualquier merced, a no ser que se trate de situaciones forzadas...

2^a. Que esta circunstancia no es aplicable en aquellos casos en los que la promesa o precio forma parte integrante del tipo, como en el cohecho y en las maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

3^a. Que tampoco actúa cuando las cantidades recibidas representan el precio del producto con que luego se cometió el delito (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1944) o sirvieron ya para determinar el grado de participación del cooperador necesario (Sentencia de 23 de junio de 1952).

Por su parte, la eficacia motivadora de la retribución económica para la comisión del hecho criminal, ha sido, reiteradamente, destacada por nuestro Alto Tribunal, en los términos siguientes:

«Que aparezca claro... el encadenamiento causal a que obliga el término mediante» (Sentencia de 28 de febrero de 1966); «debe existir una conexión causal entre el precio y la comisión del crimen»; «el dinero era el resorte que movía la actividad delictiva (Sentencia de 12 de junio de 1964); «la retribución convenida debe haber servido de estímulo eficaz» (Sentencia de 18 de noviembre de 1974).

En definitiva, para el Tribunal Supremo, el precio ha de ser «la razón determinante que yace en el fondo de la actuación delictiva como merced impulsadora de la acción» ⁷⁰.

D) ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme a lo manifestado, la expresión legal «cometer el delito», descrita en la circunstancia 2^a del artículo 10 del Código penal, debe entenderse como equivalente a «realizar el hecho típico». De ahí que únicamente pueda cometer el delito el autor que, tomando parte directa en la ejecución del hecho, realizó materialmente el comportamiento descrito en el tipo penal.

Por consiguiente, las formas de participación criminal tales como la inducción, la cooperación necesaria, la complicidad y el encubrimiento, en

⁶⁹ Cfr., págs. 457 y s.

⁷⁰ En este sentido, véase, entre otras, las SS. de 5 de mayo de 1972; 31 de enero de 1973; 29 de marzo de 1973; 3 de febrero de 1977; 11 de febrero de 1977; 25 de febrero de 1977; 3 de abril de 1978; 15 de diciembre de 1978 y 26 de febrero de 1979 (citadas por MARTINEZ PEREZ, «La circunstancia...», op. cit., págs. 55 y s. nota 73).

absoluto implican «cometer el delito» y, por ende, tampoco fundamentan, por sí mismas, la apreciación de la referida agravante⁷¹. El Tribunal Supremo, en cambio, aunque ha limitado el alcance de la agravante al caso en que el delincuente por cuenta ajena es el ejecutor de los actos materiales del delito, quedando excluido quien por merced pecuniaria da consejos o proporciona medios para realizar el delito⁷², admite, no obstante, la aplicación de esta circunstancia a los partícipes, especialmente a los inductores y cooperadores necesarios.

Por lo que se refiere al *iter criminis*, el entendimiento de la citada expresión legal no supone, necesariamente, la «comisión del delito consumado»; es bastante con que el delito haya sido intentado o frustrado, pues, si bien es cierto que, a efectos de la apreciación de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, el delito sólo lo puede cometer el ejecutor material del comportamiento descrito en el tipo penal, no lo es menos que dicha infracción criminal se comete tanto si la ejecución es total, o sea, consumada, como si es parcial, a saber: intentada o frustrada.

Ahora bien, la agravante de precio ¿se extiende, también, a quienes mediante una retribución económica realizan actos preparatorios, tales como la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir?

A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1972, que apreció la agravante de precio en un supuesto de proposición para cometer el delito, entendiendo que en realidad el acusado «cometió» el delito, MARTINEZ PEREZ⁷³ afirma que dicha expresión no puede tener otro significado que el de ejecutar actos constitutivos del tipo; de ahí que el límite mínimo venga constituido por la tentativa, en la cual el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores (artículo 3, párrafo tercero del Código penal). Pero es que, en la referida expresión legal, ciertamente, no pueden incluirse ni la conspiración, ni la proposición, ni la provocación, porque, como observa el citado autor, en estos actos preparatorios no existe aún un «principio de ejecución» del tipo y, por consiguiente, no se puede alegar ni tan siquiera que el hecho haya sido parcialmente ejecutado.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1966, partiendo de la premisa de que la conspiración «no es un acto propiamente dicho sino un acuerdo preliminar de la ejecución, la consideró incompatible con la agravante de precio, pues la definición legal «la refiere a la comisión o ejecución, siquiera incipiente, del delito proyectado»⁷⁴.

Por otra parte, interesa destacar, por lo que respecta al ámbito personal de la agravante, que ésta solamente se aplica al ejecutor material del hecho típico, total o parcialmente realizado. Consecuentemente, el que da o promete la retribución económica, sea cual fuere su grado de participación en

⁷¹ En el sentido del texto, véase CORDOBA RODA; cfr., pág. 563 y MARTINEZ PEREZ; cfr., pág. 62.

⁷² Sentencia de 16 de marzo de 1944, citada por ANTON ONECA, cfr., pág. 391.

⁷³ Cfr., pág. 63 nota 103.

⁷⁴ Citada por RODRIGUEZ MOURULLO en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, «Comentarios...», op. cit., pág. 170.

el hecho delictivo básico, quedará fuera del ámbito de aplicación de la referida agravante.

Lo que no quiere decir, en ningún caso, que el inductor queda impune; por el contrario, su responsabilidad se fundamenta, a título de «inductor» (si la retribución económica dada o prometida «captó, directa y eficazmente» el conocimiento y la voluntad del sicario, motivándole a cometer el delito) o, en su caso, de «cooperador necesario» (si la ausencia de remuneración económica hubiese impedido la ejecución del delito), o, en su defecto, como cómplice. Así acontece en el supuesto de quien, con el fin de facilitar la práctica del aborto, entrega a la mujer embarazada la suma necesaria para retribuir al facultativo que debe provocar el aborto. En este caso, CORDOBA RODA ⁷⁵ afirma que la mujer no consiente que el facultativo le cause el aborto «en virtud» de precio, pues su consentimiento no viene «motivado» por la obtención de una satisfacción económica; razón por la cual deberá rechazarse aquí la aplicación de la causa modificativa, tanto en el delito de aborto consentido por la mujer como, a mi juicio, en el acto de «auxilio no necesario» de quien cooperó a la ejecución del delito de aborto, realizado por el facultativo, facilitando su práctica con un auxilio económico anterior o simultáneo al hecho, constitutivo de complicidad en el mismo.

Por consiguiente, como afirma MUÑOZ CONDE ⁷⁶, a propósito del asesinato, la circunstancia de precio, recompensa o promesa sólo afecta al que realiza el hecho motivado por ella. El que ofrece el precio puede, todo lo más, ser considerado como partícipe en el hecho cometido por el que lo recibe y ser castigado como inductor o cooperador necesario.

Sin embargo, en el supuesto de que la entrega o promesa de la retribución económica no haya motivado al inducido para la comisión del delito, porque éste ya había decidido, previamente, su realización, falta un elemento esencial para la estimación de la inducción, cual es el nexo causal exigible entre la instigación y el nacimiento en el instigado de la resolución criminal. En efecto, como ha destacado MIR PUIG ⁷⁷, tanto la doctrina como el Tribunal Supremo requieren, para la apreciación de la «inducción», que el ejecutor material no estuviera ya previamente decidido a cometer el delito (*omnimodo facturus*), lo que, frecuentemente, se expresa mediante la exigencia de «relación de causalidad» entre la instigación y la aparición de la resolución criminal en el ejecutor. No concurriendo tal requisito cabrá, según MIR, la «proposición» o «provocación», en su caso (artículo 4 del Código penal). Por tanto, la conducta del instigador, aunque no pueda reputarse como inducción, debe calificarse como punible en concepto de «provocación para delinquir», si reúne los elementos constitutivos de dicho acto preparatorio. Por lo demás, téngase en cuenta, como observa MARTINEZ PEREZ ⁷⁸, que la

⁷⁵ Cfr., pág. 563.

⁷⁶ Cfr., pág. 40.

⁷⁷ MIR PUIG, «Adiciones de Derecho español al tratado de Jescheck», op. cit., vol. 2º, pág. 974.

⁷⁸ MARTINEZ PEREZ, cfr., pág. 64 nota 107.

provocación no puede nunca ir acompañada de la agravante de precio porque la conducta constitutiva de provocación no supone «cometer el delito» en el sentido del artículo 10.2^a.

Asimismo conviene destacar que en relación con la inducción la provocación aparece, afirma RODRIGUEZ MOURULLO ⁷⁹, como una figura de captación, destinada a extender la responsabilidad penal, recogiendo supuestos de incitación que, debido a los límites dentro de los cuales se configura a la inducción —incitación directa, incitación que constituya *conditio sine qua non* de la ejecución del hecho, incitación dirigida a concretos y determinados destinatarios—, quedarían fuera del ámbito de lo punible. El castigo de la provocación como inducción, a tenor de lo señalado en el párrafo tercero del artículo 4 del Código penal, presupone, según el mencionado autor ⁸⁰, que la incitación del provocador haya representado un estímulo eficaz —aunque no entrañe, como en la inducción, una *conditio sine qua non*— y haya influido en la resolución del destinatario. Si el provocado rechaza tal estímulo y perpetra posteriormente el hecho sobre la base de una resolución que obedece a impulsos distintos al representado por la incitación previamente practicada por el provocador, éste responderá únicamente por provocación conforme a la regla contenida en el artículo 52; es decir, con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.

También se podrá calificar, técnicamente, como provocación el supuesto en que la dación u oferta de la retribución económica no haya sido aceptada por el instigado o, en el caso de que éste, pese a haber aceptado en primera instancia, desista, posteriormente, por su propia voluntad, de cometer el delito ⁸¹.

E) COMPATIBILIDAD CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS

Por lo que se refiere a las circunstancias «atenuantes» de la responsabilidad criminal, la agravante de precio es compatible, según ARROYO DE LAS HERAS ⁸², con el «estado de necesidad incompleto», pues el impulso de necesidad es perfectamente conciliable con el ánimo de lucro esencial de esta circunstancia de agravación; en cambio, debe estimarse incompatible con las eximentes incompletas de enajenación mental, miedo insuperable y fuerza irresistible, porque, circunscrita la agravante segunda del artículo 10 del Código penal a quien comete el delito mediante precio, recompensa o promesa, no resulta posible, como enseña CORDOBA RODA ⁸³, que en la realidad concorra el móvil de la remuneración económica con la perturbación psíquica en la medida en que ésta altere el proceso de motivación —desencadenado por la remuneración económica—.

⁷⁹ Cfr., pág. 189.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Sobre la eficacia del desistimiento, véase, por todos, MUÑOZ CONDE, «El desistimiento voluntario de consumir el delito», 1972.

⁸² Cfr., pág. 555.

⁸³ Cfr., pág. 564.

En cuanto a la compatibilidad de los denominados «*estados emotivos o pasionales*» con la agravante de precio, conviene precisar, en primer lugar, que bajo dicho nombre se comprenden la provocación, la vindicación próxima de una ofensa grave y el arrebato u obcecación, nomenclatura modificada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, que dejó sin contenido las circunstancias 5^a, 6^a y 7^a del artículo 9 del Código penal, redactando la circunstancia 8^a del referido precepto en los términos siguientes:

«La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad».

Dado que, el arrebato u obcecación es una atenuante subjetiva porque, como subraya GIMBERNAT ORDEIG⁸⁴, «requiere que se produzca una perturbación anímica en el agente», reproducimos los argumentos anteriormente esgrimidos, a propósito de las eximentes incompletas, para rechazar también su compatibilidad con la agravante de precio. Pero es que, además, téngase en cuenta que si, como afirma el citado autor⁸⁵, «para que puedan agravar, el precio, la recompensa o la promesa «deben condicionar la comisión del delito», parece claro que, cuando se obra por arrebato u obcecación, lo determinante no es la esperanza de obtener una retribución económica, sino la concurrencia de causas o estímulos tan poderosos que, afectando la inteligencia o la voluntad del sujeto, influyan en su comportamiento delictivo. Por consiguiente, los estímulos han de provocar un disturbio emocional que en alguna medida mengüe o cercene la imputabilidad, conforme establece la STS de 24 de abril de 1987.

Sobre la compatibilidad de la agravante de precio con «*otros estados pasionales de semejante entidad*», tales como la provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido y la vindicación próxima de una ofensa grave, la doctrina está dividida. Así, COBO DEL ROSAL⁸⁶ estima que estas atenuantes exigen, además de la presencia de situaciones objetivas de «provocación o amenaza» y de «ofensa grave», la concurrencia de un determinado estado de conmoción psíquica en el agente; el fundamento de dichas circunstancias es, pues, subjetivo y más concretamente, como subraya el citado autor, «pasional». Por el contrario, RODRIGUEZ DEVESA⁸⁷ considera que la provocación y la vindicación próxima de una ofensa grave «están concebidas de modo predominantemente objetivo, mientras que en el arrebato recae el acento en lo subjetivo».

En cualquier caso, téngase en cuenta que la *ratio* o fundamento de la circunstancia agravante reside en la vileza del móvil de lucro; por

⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, «Introducción a la Parte General del Derecho penal español», Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, pág. 86.

⁸⁵ Cfr., pág. 93.

⁸⁶ COBO DEL ROSAL, «Consideraciones sobre las atenuantes de "arrebato u obcecación" y "provocación y amenaza adecuada"», en *Anales de la Universidad de La Laguna*, V, 1967-1968, págs. 17 y ss., y 69 y ss. Véase, además, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, «Derecho...», op. cit., pág. 769 nota 4.

⁸⁷ Cfr., pág. 714.

consiguiente, el precio, entendido en sentido amplio, comprensivo de la recompensa y la promesa, no es, como observa ALONSO ALAMO⁸⁸, el «*motivo*» del delito en sentido estricto, no es la representación a partir de la cual se dispone, por ejemplo, la muerte de la víctima, sino más bien el «*móvil*» del delito que está frente al motivo, más cargado de facticidad, perteneciendo más bien a la capa anímica que a la intelectual. Por el contrario, la comisión de un delito concurriendo la provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido o, en su caso, la vindicación próxima de una ofensa grave, exige que el hecho punible se haya realizado «*motivado*» por la presencia de estas circunstancias en las que, por otra parte, no es necesaria la concurrencia de un «*móvil específico*» sino, únicamente, la satisfacción de reparar una ofensa grave o responder ante una provocación o amenaza adecuada, por parte de quien fue objeto de las mismas. Por consiguiente, la solución técnica del problema no reside, a mi juicio, en la naturaleza, subjetiva u objetiva, de las mencionadas circunstancias atenuantes, sino en la diversidad de fundamentos que inspiran tales atenuantes comparadas con la agravante de precio, que impiden su compatibilidad⁸⁹.

Particular interés ofrece, en el contexto de «*otros estados pasionales de semejante entidad*», la relación entre la agravante de precio, recompensa o promesa con la circunstancia de cometer el delito por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia, según la derogada redacción de la circunstancia 7ª del artículo 9 del Código penal. Como afirma CORDOBA RODA⁹⁰, es difícil que en la realidad concurra el móvil de la remuneración económica con la motivación ética; razón por la cual, la agravante de precio es incompatible con las atenuantes de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos, así como por arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad.

Sin embargo, MARTINEZ PEREZ⁹¹ opina que, si resulta perfectamente imaginable que, constando la mediación objetiva del precio e incluso reconociendo que la consecución de la retribución económica es el «*fin*» perseguido por el autor, pueda aplicarse la atenuante 7ª del artículo 9 si el «*móvil*» que inspiró la realización del hecho delictivo es susceptible de calificarse de ético o noble, o, mejor, si se estima que la conducta («*tendencia*») del agente es reveladora de una actitud anímica menos censurable.

La compatibilidad que defiende el mencionado autor precisa, en mi opinión, las matizaciones siguientes:

En primer lugar, no se trata de cualesquiera motivos morales, altruistas o patrióticos que informen la conducta del sujeto; por el contrario, estas motivaciones, en tanto pertenezcan más bien a la esfera intelectual que a la anímica, han de ser de «*notoria importancia*», objetivamente considerada; es decir, no desde la perspectiva del autor, sino a través de los valores dominantes en la sociedad.

⁸⁸ Cfr., pág. 652.

⁸⁹ En el sentido del texto, consúltese, MARTINEZ PEREZ, «La circunstancia...», op. cit., pág. 65.

⁹⁰ Cfr., pág. 564.

⁹¹ Cfr., pág. 66.

En segundo término, y, concretamente, por lo que respecta a los motivos «patrióticos», conviene subrayar, una vez más, que este factor no puede confundirse, menos aún identificarse, con los móviles estrictamente políticos o personales, a efectos de la «compensación racional», prevista en la regla 3ª del artículo 61 del vigente Código penal, compensación que, como ha proclamado reiteradamente el Tribunal Supremo ⁹², «no quiere decir que esté reservada al arbitrio personal del juzgador *a quo*, sino que implica un juicio de valor que supone una graduación de las circunstancias concurrentes, de acuerdo, más que con su número, con su entidad cualitativa e influencia en el caso concreto enjuiciado».

Sobre la compatibilidad de la agravante de precio, recompensa o promesa con las restantes agravantes que se regulan en el artículo 10 del Código penal, hay que pronunciarse afirmativamente, sin perjuicio de analizar, particularmente, la alevosía y la premeditación. En cuanto a la primera, circunscrita la agravante de precio al ejecutor material del delito, se puede apreciar si en el comportamiento del mandatario concurren los elementos constitutivos, señalados en la circunstancia 1ª del referido precepto, de naturaleza, básicamente, objetiva, consistente en el *modus operandi*: aseguramiento de la ejecución e indefensión de la víctima (Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 14 de octubre de 1987 y 5 de abril de 1988).

Para QUINTANO RIPOLLES ⁹³, «el oferente es un delincuente alevoso, que puede obrar por estímulos no egoístas, e incluso nobles y altruistas, ajenos en absoluto a toda sombra de codicia». Frente a esta opinión, ANTON ONECA ⁹⁴ mantuvo que la gravedad del comportamiento del dador o prometededor de la dádiva debe ser valorada a través de la premeditación y no mediante la alevosía, ya que esta circunstancia se refiere a medios, modos o formas de ejecución, no de inducción. En este sentido, CORDOBA RODA ⁹⁵ subraya que la alevosía sólo puede ser apreciada, dada la noción ofrecida por el número 1 del artículo 10 en relación al propio ejecutor del hecho, y, además, que, si el instigado realiza el delito por un medio alevoso con conocimiento del inductor, deberá éste quedar sometido a la circunstancia 1 del artículo 10, en virtud de la regla 2 del artículo 60; todo ello, añade el referido comentarista, sin perjuicio de restringir la agravante a quien delinque en virtud del precio, recompensa o promesa.

Por su parte, PUIG PEÑA ⁹⁶ considera que la idea de cobardía domina tanto en la agravante de alevosía como en la de precio, pero en ésta falta la circunstancia fáctica referente al aseguramiento del hecho que da origen a la alevosía. En cualquier caso, habrá que distinguir, como observa ARROYO DE LAS HERAS ⁹⁷, aquellos supuestos en los que el inductor

⁹² Así, entre otras, Sentencias de 10 de diciembre de 1981; 16 de julio de 1984; 25 de abril de 1985; 19 de febrero y 15 de septiembre de 1986 y 29 de abril de 1987. Sobre el patriotismo, véase, más ampliamente, MARTOS NÚÑEZ, «El patriotismo en el Derecho Penal», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Monográfico número 6, 1985, págs. 455 y ss.

⁹³ Cfr., pág. 209.

⁹⁴ Cfr., pág. 391.

⁹⁵ Cfr., pág. 564 nota 20.

⁹⁶ Cfr., pág. 458.

⁹⁷ Cfr., pág. 555.

ha concertado con el ejecutor material, exclusivamente, la realización del delito, sin concretar la forma, modo o medios de ejecutarlo; en esta hipótesis, el mandante no puede verse afectado por la alevosía. En cambio, si el concierto previo comprende, también, los medios, modos o formas de ejecución del delito, habrá que concluir afirmando que, si el *modus operandi* es alevoso, sus consecuencias agravatorias de la responsabilidad criminal afectarán, entonces, tanto al sicario como al inductor.

Finalmente, por lo que se refiere a la compatibilidad del precio, la recompensa o la promesa, con la premeditación, generalmente, se admite en base al *pactum scaeleris*, fundamento de la agravante de precio, que, por tanto, exige un acuerdo previo, «premeditado», de cometer el delito. Sin embargo, es posible que al ofrecimiento o entrega del precio acordado subsiga inmediatamente la comisión del delito; en este caso, el ejecutor material habrá realizado el hecho mediante precio, recompensa o promesa, pero no de forma premeditada. No obstante, ésto, que puede ser cierto respecto del que «recibe», no lo es, a juicio de PUIG PEÑA⁹⁸, respecto del que «entrega» y propone la comisión del delito.

La naturaleza subjetiva de la premeditación parece admitir la compatibilidad con las demás agravantes, siempre que, como apunta MANZANARES SAMANIEGO⁹⁹, «no se trate de valorar doblemente unos mismos hechos». La jurisprudencia la estima compatible con el precio, recompensa y promesa. Así, la STS de 17 de diciembre de 1953 tuvo la ocasión de proclamar lo siguiente:

«La naturaleza distinta de las circunstancias 2ª y 6ª del artículo 10 del Código penal impone que, cuando ambas coincidan en el culpable de algún delito, deben surtir su doble efecto agravatorio de acuerdo con las normas reguladoras del artículo 61, pues no puede admitirse la tesis sustentada por la Sala de instancia, que afirma que al menos en este caso se confundieron aquéllas hasta constituir una sola, cual es la de premeditación, y para poner de manifiesto lo erróneo de esa doctrina, aún sin concederle caracteres de generalidad, conviene recordar que el artículo 406 las presenta independientemente con fuerza cualificativa del delito de asesinato, por lo que si concurren las dos constituirá una cualquiera, motivo de agravación del homicidio, así cualificado con la otra, aparte de lo bien que se concibe la preexistencia del meditar sereno y reflexivo en el proyecto homicida siempre que se pague la mano extraña que haya de ejecutarlo, y también la posibilidad de una entrega de precio o promesa

⁹⁸ Cfr., pag. 458. En este sentido, véase, entre otros, ARROYO DE LAS HERAS, «Manual...», op. cit., pag. 554; MARTÍNEZ PÉREZ, «La circunstancia...», op. cit., pags. 66 y s.; CUELLO CALÓN, «Derecho...», op. cit., pag. 580 s. Juan del Rosal, «Tratado...», op. cit., pag. 526. En contra, BUSTOS RAMÍREZ estima que la agravante de precio, recompensa o promesa «es compatible con cualquier otra agravante, salvo la de premeditación, pues generalmente la presupone, aunque en un caso muy extremo podría concurrir sin premeditación» («Derecho...», op. cit., pag. 420).

⁹⁹ MANZANARES SAMANIEGO, en MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LOPEZ, «Código Penal» [Comentarios y Jurisprudencia], Granada, editorial COMARES, 1987, pag. 160.

del mismo que preceda próxima a la realización del crimen como simple acto de impetu, o sea, sin espacio preparatorio para estimarlo premeditado, y la persistencia de la procesada en su voluntad de matar antes y después del pago a su correo del precio de la muerte deseada, y aún el tiempo que transcurrió mientras dejaba libre al matador comprado para cumplir la consigna delictiva, en vez de detenerle su arrepentimiento, hace distinguir los hechos motivadores de la premeditación como circunstancia agravante específica, de aquel otro concepto de la entrega de cantidad, que elevó el homicidio consumado a la categoría punible de asesinato¹⁰⁰.

F) COMUNICABILIDAD

A efectos de su posible comunicación a los partícipes, el artículo 60 del Código penal establece lo siguiente:

«Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sirvan para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.

Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

Sobre la relación de este precepto con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su conexión con los elementos del delito, conviene precisar, siguiendo a DIEZ RIPOLLES¹⁰¹, que la vinculación tradicional de llevar las circunstancias subjetivas al párrafo primero del citado precepto y las objetivas al párrafo segundo, debe estimarse incorrecta, técnicamente, porque, como subraya el referido autor, «el artículo 60 sólo tiende a asegurar que nadie puede ser responsable de algo que carece de cualquier vínculo con él, como sería el caso de una circunstancia que no sólo no estuviera relacionada con su persona, sino que ni siquiera conociera que se daba su existencia en un hecho en el que él intervino de algún modo».

Mutatis mutandis, debe afirmarse respecto de la vinculación entre referencia de la circunstancia a lo «injusto» y «párrafo 2» del artículo 60, y referencia de la circunstancia a la «culpabilidad» y «párrafo 1» del citado precepto, aunque, ciertamente, esta vinculación parece más fundamentada que las anteriores, ya que, según DIEZ RIPOLLES¹⁰², «está acorde con la misión básica del artículo 60, reafirmar el principio de culpabilidad, como

¹⁰⁰ En este sentido, véase, también, entre otras, la STS de 24 de enero de 1957.

¹⁰¹ DIEZ RIPOLLES, «Naturaleza...», op. cit., pag. 644.

¹⁰² Cfr., pag. 646.

con el distinto enfoque que este principio presenta cuando se refiere a elementos de lo injusto o a elementos de la culpabilidad».

Por todo ello, el mencionado autor concluye afirmando que entre los párrafos del artículo 60 y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad no existe vinculación; aunque es cierto que, mientras que las referidas al injusto pueden ir al párrafo 1 ó 2, en cambio, es difícil pensar una circunstancia que, referida a la culpabilidad, vaya al párrafo 2, dada la redacción legal del mismo. Por consiguiente, DIEZ RIPOLLES¹⁰³ fórmula que las relaciones entre las circunstancias modificativas, su naturaleza, su referencia a lo injusto o a la culpabilidad y los párrafos citados del artículo 60, deben entenderse como mera coincidencia y ocasional, puesto que son tres parejas de conceptos que se han de analizar, y situar cada circunstancia en relación con ellos, de un modo independiente y por separado.

En base a estas premisas metodológicas, el problema de la comunicabilidad a los partícipes de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, exige, para una adecuada solución dogmática y político-criminal, el análisis de las cuestiones siguientes:

Primera.— Las circunstancias modificativas descritas en el párrafo primero del artículo 60, se pueden dividir en tres grupos:

1.º) Las que «*consistieren en la disposición moral del delincuente*» (v. gr. el arrebató y el arrepentimiento espontáneo, de los números 8 y 9 del artículo 9).

2.º) Las constituidas por las «*relaciones particulares con el ofendido*» (como el parentesco del artículo 11).

3.º) Las que consisten en «*otra causa personal*» (como la edad inferior a 18 años, del número 3 del artículo 9, y la reincidencia del número 15 del artículo 10).

Así las cosas, parece claro, en primera instancia, que la comisión del delito mediante precio, recompensa o promesa, afecta a la «*disposición moral del delincuente*» y, consecuentemente, a tenor del referido párrafo primero del artículo 60, «*tiene un carácter subjetivo y un contenido personal, limitando su aplicación a aquellas personas en quienes concurra*», sin que pueda comunicarse a los demás partícipes, ya sean coautores o partícipes *stricto sensu*, aunque éstos tuviesen conocimiento de dicha circunstancia. Por consiguiente, es una modificativa que agrava o atenúa la responsabilidad en atención a la postura o actitud del sujeto en relación a los valores éticos; sólo es aplicable a quien efectúa la infracción, como subraya CORDOBA RODA¹⁰⁴, «en consideración» al precio, recompensa o promesa. Así, también, se ha manifestado, reiteradamente, la doctrina establecida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras la de 3.7.1947, en obediencia al precepto del artículo 60 del Código penal vigente, de «no

¹⁰³ Idem., pág. 649.

¹⁰⁴ CORDOBA RODA, en CORDOBA RODA, RODRIGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABO RUIZ. «Comentarios al Código Penal» (Artículos 23-119), Barcelona, editorial Ariel. 1976, tomo II, pág. 253.

ser comunicables las circunstancias modificativas fundadas en una causa personal»¹⁰⁵.

Las modificativas señaladas en el párrafo primero del artículo 60, por tanto, aumentarán o disminuirán la responsabilidad criminal sólo de aquellos «culpables» en quienes concurran; es decir, tanto la de los autores como la de los cómplices y encubridores, ya que no existe razón alguna, en opinión de CORDOBA RODA¹⁰⁶, para restringir el alcance de este término a algunas de dichas tres categorías de sujetos.

No obstante, esta solución, impuesta por el artículo 60, no es correcta, según RODRIGUEZ DEVESA¹⁰⁷ más que cuando el precio desempeñe la función de «elemento accidental» del delito. Allí donde, como ocurre en el asesinato, sea un elemento constitutivo, la situación cambia y se ha de regir por las reglas generales de la accesoriedad si la muerte se califica de asesinato precisamente por el concurso del precio. En este caso, el mencionado autor sostiene que «no agravará» la responsabilidad del que comete el delito, porque le es inherente, ni tampoco de quien lo mandó ejecutar; pero hará que ambos sean responsables del asesinato cometido, uno como autor material y el otro como inductor, porque una de las formas más eficaces de mover la voluntad de otro es presentarle la perspectiva de un lucro.

ALONSO ALAMO¹⁰⁸, por su parte, —tras manifestar que a efectos del artículo 60 la agravante de precio, recompensa o promesa es, como de ordinario las circunstancias que han sido orientadas a la culpabilidad, una circunstancia personal que se resuelve a través del párrafo 1º del citado artículo, es decir, sólo alcanzará a aquellos culpables en quienes concurra—, rechaza el tratamiento diferenciado del móvil de lucro, según funcione como circunstancia a través del número 2 del artículo 10 o como elemento constitutivo del asesinato (artículo 406, 2º), como sostiene RODRIGUEZ DEVESA. El móvil de lucro, independientemente de su papel como circunstancia o elemento esencial, es, como destaca ALONSO ALAMO¹⁰⁹, «elemento de la culpabilidad subjetivamente concebido. Sólo debe alcanzar a aquellos culpables en quienes concurre».

Realmente, el problema que se debate, en el fondo de estas posiciones científicas, gira en torno a dos cuestiones capitales, tanto desde el punto de vista dogmático, como en orden a las exigencias de una política criminal que, en palabras de GIMBERNAT ORDEIG¹¹⁰, «sabe lo que quiere y adónde va». Me refiero a los delicados problemas de la participación en figuras delictivas de la Parte Especial en las que concurren elementos especiales constitutivos, tal y como acontece en el asesinato; la aplicación del referido artículo 60 a dichos elementos y la problemática doctrinal que plantea

¹⁰⁵ Sin embargo, la jurisprudencia, en ocasiones, ha aplicado el párrafo segundo del artículo 60 para resolver la cuestión de la comunicabilidad de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa; así procedieron las Sentencias de 20 de junio de 1982 y 14 de mayo de 1966, citadas por CORDOBA RODA, Cfr., pág. 253.

¹⁰⁶ Cfr., pág. 255.

¹⁰⁷ Cfr., pág. 743 y s.

¹⁰⁸ Cfr., págs. 653 y s.

¹⁰⁹ Idem., pág. 655.

¹¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, en «Prólogo» a la sexta edición del Código penal, Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989, pág. 15.

la naturaleza «autónoma» o, en cambio, el carácter de «delito circunstanciado» del asesinato.

En este orden de cosas, MARTINEZ PEREZ ¹¹¹ considera que el artículo 60 no puede ser aplicado a las «circunstancias» esenciales de los tipos de la Parte Especial (sea en delitos *sui generis*, sea en delitos cualificados), puesto que éstas no son, propiamente, circunstancias. En consecuencia, el mencionado penalista estima justo que la característica del precio, referida a los elementos de la actitud interna o espiritual, opere, exclusivamente, sobre el sujeto que actúa gracias a la remuneración, sin que, por tanto, sea posible comunicar este elemento personal a los partícipes ajenos a dicha circunstancia y sin que, por todo ello, deba calificarse la conducta de éstos de asesinato.

En este sentido, MIR PUIG ¹¹² pone de relieve cómo la doctrina tradicional y el Tribunal Supremo interpretan el artículo 60 del Código penal español de forma parecida al parágrafo 28 II del Código penal alemán, el cual determina que «los elementos personales especiales que agraven, atenuen o excluyan» la pena solamente podrán imputarse a aquel interviniente en el que concurran ¹¹³. Por otra parte, —frente a la tesis de que el párrafo primero del artículo 60 del Código penal español es aplicable tanto a las circunstancias agravantes o atenuantes en sentido estricto, como a las previstas en la Parte Especial que determinan la aparición de un tipo cualificado o privilegiado, aunque el mismo implique un delito distinto, con un nuevo *nomen iuris*: v. gr. el parricidio en lugar del homicidio—, MIR PUIG ¹¹⁴ cree que, en efecto, el referido artículo no es aplicable a los elementos cualificativos o privilegiantes personales de la Parte Especial, sino sólo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad previstas en los artículos 9, 10 y 11 del C.P. Esto se demuestra por razones terminológicas y sistemáticas. Así, los artículos colindantes con el referido precepto; a saber: los artículos 58, 59 y 61, relacionados con el artículo 60, acreditan, según el referido autor, que las modificativas «sólo» operan en los términos previstos en el artículo 61, ésto es, modificando, en principio, internamente, la penalidad típica de un delito, no cambiando la calificación típica. Pero es que, además, hay que distinguir, ya en la Parte Especial, entre elementos personales cuya concurrencia no sólo aumenta o disminuye la pena típica, sino que determina la aparición de un delito distinto (v. gr., el parentesco del artículo 405 determina la conversión del «homicidio» o «asesinato» en «parricidio») y aquellos otros que modifican la pena dentro del mismo delito (así, por ejemplo, el carácter de «facultativo» del autor o cooperador en un aborto (artículo 415 del CP), que actúa siempre en el interior del mismo delito de «aborto»).

Por consiguiente, el mencionado artículo 60 no puede aplicarse «nunca» en los casos de participación en delitos especiales, ya que, como

¹¹¹ Cfr., págs. 71 y s.

¹¹² MIR PUIG, «Adiciones...», op. cit., pág. 916.

¹¹³ Vid. JESCHECK, «Tratado...», op. cit., volumen segundo, pág. 903.

¹¹⁴ Cfr., pág. 918.

advierte QUINTERO OLIVARES ¹¹⁵, la referencia a las «circunstancias» agravantes o atenuantes que hace el párrafo primero del artículo 60 es tan concretizada que impide una interpretación que incluyera en dicho concepto a lo que son elementos integrantes de los tipos. De ahí que las circunstancias que, aún estando también recogidas en la Parte General, aparecen en los tipos de la Parte Especial, ya agravando o atenuando, ya fundamentando un tipo, pierden su condición de «modificativas de la responsabilidad criminal» pasando a integrarse como elementos de la respectiva infracción. Consecuentemente, el denominado por QUINTERO OLIVARES ¹¹⁶ «tipo del partícipe», se compondrá relacionando las reglas de los artículos 14 y 16 con el precepto de la Parte Especial, comprendiendo éste «todos» sus elementos, tanto los objetivos como los subjetivos.

RODRIGUEZ MOURULLO ¹¹⁷, por su parte, propugna en el marco de los delitos especiales impropios (aquéllos en los que la calidad especial del sujeto atenúa o agrava la pena de su autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, que sería el comisible por cualquier otra persona que no tuviera aquella especial calidad: v. gr., el parricidio), la posibilidad de ruptura de la unidad del título de imputación. No se participa en el delito *tout court*: se participa en el hecho, en el delito en cuanto hecho. No se participa en el «delito» en si (hecho ya valorado), sino en el «hecho».

Generalmente, a unidad de hecho corresponde unidad de valoración, pero a veces el mismo y único hecho es susceptible de ser calificado (valorado) en atención a la intención específica o por la personal condición de algunos de los participantes, conforme a figuras delictivas diversas. Por consiguiente, en lugar de hablar de unidad del «delito» es preferible estudiar la unidad del «hecho».

Así, cuando el ejecutor material se excede y comete un robo en vez del hurto para el que fue instigado, el instigador responderá conforme al delito de hurto y no de robo. Sería, pues, realmente motivo de escándalo que se hiciese responder a alguien como partícipe de un «hecho» que realmente no se ha cometido. La ley no puede consentirlo porque supondría quebrantar la estructura ontológica de la participación, que es, como subraya el mencionado autor ¹¹⁸, intervención en un «hecho ajeno», y presupone, por tanto, la unidad del hecho cometido.

En definitiva, la función decisoria en la cuestión de si el extraño debe responder como partícipe de un delito especial impropio o como partícipe del correlativo delito común, corresponde a la voluntad legal expresada en la concreta figura delictiva. A este respecto, la doctrina jurisprudencial dominante dictada a propósito del parricidio, infanticidio, aborto *honoris*

¹¹⁵ QUINTERO OLIVARES, «Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español», Barcelona, editorial CYMYS, 1974, págs. 65 y s.

¹¹⁶ Cfr., págs. 68 y s.

¹¹⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, «Comentarios...», op. cit., tomo I, págs. 865 y s.

¹¹⁸ Cfr., pág. 867.

causa y los impropios delitos especiales de funcionarios, sostiene que los extraños deben responder como partícipes del delito común, al amparo del artículo 60 del Código penal.

Esta pretendida fundamentación legal es absolutamente incorrecta, según RODRIGUEZ MOURULLO¹¹⁹, ya que el referido precepto se refiere a las «*circunstancias atenuantes o agravantes*» y no a las circunstancias constitutivas del delito. No es por ello «directamente» aplicable, como, en cambio, estima el Tribunal Supremo.

Segunda.— Si partimos de la base de que el asesinato es un delito independiente, el principio dogmático de la unidad del título de imputación, fundamento de la teoría de la participación, exige imputar también al partícipe el delito cometido por el autor principal. En este caso, DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO¹²⁰ consideran que el mencionado principio debe ser entendido como referido a la «*unidad de hecho*», el cual debe ser configurado como el núcleo del tipo y no referido a la total identidad de cualificación jurídica. Así, «no se puede negar que existe unidad de hecho cuando el autor principal mata por precio y el cómplice necesario coopera a esa muerte desconociendo en absoluto esa circunstancia. El hecho núcleo del tipo, «*matar a una persona*», es común, como también lo es el bien jurídicamente lesionado. Sin embargo, los elementos periféricos del núcleo, que condicionan la existencia de una nueva figura de delito, agravada o privilegiada, no son comunes». Ahora bien, dichos elementos periféricos serán imputables o no a los partícipes «en la medida que objetivamente los realicen y subjetivamente los admitan en su voluntad de participación». De ahí que la punibilidad del partícipe se determina, según los referidos autores, en base a su propia culpabilidad y no se haga depender de una condición tan extraña como puede ser una actitud psíquica del autor principal, situada exclusivamente en el ánimo de éste, pero no en el ánimo del partícipe.

Aceptando esta interpretación, se evitaría, en opinión de MARTINEZ PEREZ¹²¹, la insatisfactoria consecuencia de tener que castigar como asesinato la conducta del partícipe, cuando, en realidad, la «circunstancia» de precio, perteneciente a la culpabilidad, únicamente concurre en el autor en sentido estricto. De no admitirse esta exégesis, habría que preconizar, de *lege ferenda*, la necesidad de que, en el ámbito de la participación, todos aquellos elementos que se integren en el tipo de culpabilidad deban ser tratados, afirma el mencionado autor, «conforme al principio de que la culpabilidad de los partícipes es independiente de la de los demás intervinientes».

En el ámbito de la «*participación*», todos los elementos del tipo de culpabilidad deben ser tratados con arreglo al principio de que la culpabilidad de los coautores, inductores y cómplices es independiente de la de los demás intervinientes, según dispone el parágrafo 29 del StGB (Código

¹¹⁹ Idem., pag. 868.

¹²⁰ DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal español». Parte Especial. «Delitos contra las personas». Madrid, 1962, pag. 211.

¹²¹ Cfr., pags. 72 y s.

penal alemán). Esto es aplicable tanto a los elementos de culpabilidad que fundamentan la pena como a los que la excluyen, y tanto a los que agravan la pena como a aquellos otros que la atenúan. En este punto, los elementos de culpabilidad se distinguen de los elementos subjetivos del injusto, en los cuales sólo quiebra el principio de accesoriedad, cuando se trata, afirma JESCHECK¹²², de «elementos especialmente personales», ya sean referidos al hecho o bien al autor (en el asesinato, por ejemplo, de una parte, la alevosía, y, de otra parte, los móviles bajos).

La aplicación científica de la teoría de la participación, la naturaleza y la comunicabilidad, en el delito de asesinato, lleva a MUÑOZ CONDE¹²³ a establecer las posiciones dogmáticas siguientes.

El asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio que aparece con una «pena distinta» y no sólo más grave que la del homicidio; reclusión mayor en su grado máximo, conforme dispone el párrafo último del artículo 406. Sin embargo, el citado autor reconoce que ello no excluye de *lege ferenda* y desde el punto de vista dogmático y político-criminal no sea preferible una reducción de los tipos de delitos contra la vida a un tipo básico de homicidio completado por un tipo cualificado y otros privilegiados susceptibles de traducir en la determinación de la pena la diversa gravedad de los ataques dolosos a la vida. Pero la función preventiva y, en definitiva, motivadora del Derecho penal exige, más por razones político-criminales que dogmáticas, la creación, en todo caso, de un tipo específico que traduzca, en términos agravatorios, la mayor desaprobación de esta clase de hechos.

Las consecuencias jurídico-penales que se derivan de esta posición científica determinan, entre otros extremos, que las circunstancias mencionadas en el artículo 406 del Código penal no sean, por tanto, meras circunstancias agravantes genéricas, sino, como subraya MUÑOZ CONDE¹²⁴, «*elementos constitutivos del delito de asesinato*», siendo bastante con que concurra «alguna» de dichas circunstancias descritas en el referido precepto para la calificación de asesinato. En este caso, la agravante constitutiva del tipo de asesinato (v. gr. «*por precio, recompensa o promesa*») deja de ser ya una mera circunstancia agravante genérica del artículo 10 (que únicamente opera en la determinación del *quantum* de la pena a imponer), sus trayéndose, en virtud del artículo 59 del Código penal¹²⁵, a las reglas de la determinación de la pena, previstas en el artículo 61 del citado cuerpo legal.

Por consiguiente, no basta que el matador reciba posteriormente una determinada dádiva por la comisión del delito; es preciso que lo haya

¹²² Cfr., volumen primero, págs. 652 y s., volumen segundo págs. 903 y ss.

¹²³ Cfr., pág. 37.

¹²⁴ Idem., pág. 38.

¹²⁵ Dicho precepto establece lo siguiente:

«No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo y sancionarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse».

cometido por la motivación económica de obtener el precio, la recompensa o la promesa, circunstancia que solamente afecta al sicario que ejecutó el hecho inspirado en tal motivación; el oferente podrá ser considerado, a lo sumo, como un partícipe en el delito cometido por el mandatario y, en consecuencia, ser castigado como inductor o cooperador necesario.

Para RODRIGUEZ DEVESA¹²⁶, el asesinato es una «clase» dentro de los delitos contra la vida, y no una «especie» del homicidio común, con el que se diferencia por el empleo de determinados medios o la concurrencia de ciertos móviles abyectos (obrar por precio, recompensa o promesa) o un dolo especial¹²⁷. Por su parte, COBO DEL ROSAL y CARBONELL¹²⁸ entienden que en el asesinato las circunstancias pierden su naturaleza de circunstancias modificativas, lo que obliga a reconducirlas a la teoría jurídica del delito y fundamentarlas bien en un mayor contenido del injusto, bien en una mayor culpabilidad. La aparición de las circunstancias comporta un mayor reproche y, por consiguiente, una mayor culpabilidad, lo que fundamenta el incremento de la pena que se produce en el asesinato. No obstante, los citados autores opinan que debe descartarse que el asesinato contenga un injusto superior al homicidio y admitir la mayor culpabilidad porque así se desprende de la mayor responsabilidad. En cuanto a la circunstancia de precio, recompensa o promesa, COBO DEL ROSAL y CARBONELL¹²⁹ entienden que es necesaria una relación causal que va del precio a la muerte, y no al revés: es decir, es la obtención del precio lo que determinará la verificación del asesinato. Además, la ventaja no proviene para el sujeto activo de la muerte del pasivo, sino que procede del inductor, a quien beneficiará la acción. Habrá, por tanto, asesinato, si A, a quien beneficia la muerte de C, paga a B por causarla, lo que éste hace; y no lo habrá cuando A mate a su causahabiente C con el fin de heredar.

Desde un punto de vista «político-criminal» el problema de si el asesinato debe o no aparecer como delito distinto del homicidio o como formas agravadas del mismo carece de interés, a juicio de BAJO FERNANDEZ¹³⁰. En efecto, si se admite que debe existir una distinta gravedad en las formas de homicidio, adquiere menor importancia que la descripción se realice en forma prevista por el Código penal vigente o, por el contrario, combinando el homicidio simple con las circunstancias agravantes del artículo 10; o bien, configurando un tipo de homicidio simple acompañado de formas agravadas; o, por último, estableciendo como tipo básico la forma más grave de homicidio y después formas atenuadas o privilegiadas del mismo. En cualquier caso, la fórmula legal del asesinato como figura independiente, sin duda, permite destacar, como apunta TORIO

¹²⁶ RODRIGUEZ DEVESA, «Derecho Penal español». Parte Especial, novena edición, Madrid, 1983, pág. 48.

¹²⁷ Sobre la función y la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 406 el referido autor se manifiesta en términos semejantes a la tesis de MUÑOZ CONDE, ya citada.

¹²⁸ COBO DEL ROSAL y CARBONELL en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER y CARBONELL MATEU, «Derecho Penal». Parte Especial, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1987, volumen I, págs. 525 y s.

¹²⁹ Cfr., pag. 530.

¹³⁰ BAJO FERNANDEZ, «Manual de Derecho Penal». Parte Especial. «Delitos contra las personas», 2ª edición, Madrid, editorial Ceura, págs. 58 y s.

LOPEZ ¹³¹, «de forma más intensa y significativa que el homicidio simple, el valor y la intangibilidad de la vida humana».

En el fondo, la polémica sobre el asesinato debe enfocarse en torno a la consideración de si la agravación de la pena puede fundamentarse en la «*mayor peligrosidad del autor*» (prevención especial) o en atención a la «*mayor reprochabilidad*» por la maldad o perversidad de la intención criminal —revelada en el concurso de móviles especiales (precio, recompensa o promesa)— o de los medios utilizados. A este respecto, BAJO FERNANDEZ ¹³² subraya que, ciertamente, en un Derecho penal como el vigente, basado en los principios de «*concreción al hecho*» y de «*culpabilidad por el acto aislado*», la mayor pena del asesinato no puede fundamentarse en criterios de prevención especial ni tampoco en un incremento del juicio de reproche que, en el asesinato, se basa en elementos de la actitud interna, relacionados con fines ajenos al tipo de injusto y dotados de una considerable carga moral, incompatible con las exigencias del Estado de Derecho, en cuyo contexto el Derecho penal tiene como misión primordial proteger bienes jurídicos frente a los ataques más intolerables o las situaciones de peligro contra los mismos; en absoluto corresponde al Derecho penal democrático desvalorizar actitudes personales y, menos aún, imponer criterios morales.

Tampoco el incremento de la «*gravidad del injusto*», dimanante de los medios empleados para ocasionar la muerte de otro (estrágos, ensañamiento, alevosía, etc.), explica, en opinión del mencionado autor, una elevación de la pena tan enorme como la prevista en el artículo 406.

Finalmente, el asesinato por precio, recompensa o promesa debe entenderse, según BAJO ¹³³, como la otra cara del robo con homicidio, concurriendo en ambos casos las mismas razones político-criminales para el severo castigo de la conducta. Por otra parte, quien ofrece el precio, la recompensa o la promesa será inductor del delito de asesinato del número 2 del artículo 406, imponiéndosele, según BAJO ¹³⁴, «la misma pena que al autor».

Desde el punto de vista «*criminológico*», QUINTANO RIPOLLES ¹³⁵ ha destacado la sustantividad del asesinato, puesto que es el móvil, en efecto, el que por su bajeza o futilidad colora más perfectamente el homicidio, transmutándolo en el asesinato criminológicamente más típico. La profesionalidad es relativamente frecuente en los asesinos, estando, en este caso, bien caracterizada la circunstancia cualificativa de precio, aunque sólo en cuanto al que lo recibe, no en cuanto al que lo otorga. En el plano jurídico-penal, el referido autor ¹³⁶ no estima pertinente la alusión indiscriminada a

¹³¹ TORIO LOPEZ. «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio asesinato)», en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal», Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pág. 113.

¹³² BAJO FERNANDEZ, «Manual...», op. cit., pág. 60.

¹³³ Cfr., pág. 65.

¹³⁴ Idem., pág. 65 y s.

¹³⁵ QUINTANO RIPOLLES, «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», 2ª edición puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1972, tomo I, «Infracciones contra la persona en su realidad física», págs. 216 y 228.

¹³⁶ Cfr., pág. 276.

los móviles personales y situar sin más la circunstancia agravatoria de precio, recompensa o promesa en el campo de la culpabilidad y del subjetivismo. Por el contrario, QUINTANO opina que la mencionada circunstancia es tan real y objetiva como el pago en cualquier operación comercial, atendiéndose a lo estricto del precepto y no a las hipotéticas razones que tuviera en la mente del legislador para establecerlo. El *pretio pacto* aparece en él como una especie de negocio civil criminalizado, en que tanto da que se persigan finalidades pasionales, fanáticas, honorables o sórdidas, pues lo que importa a los ojos de la ley es el acuerdo y el precio.

Sin embargo, la cuestión más interesante y ardua, característica del asesinato venal, es la de si el precio opera cualificando a los partícipes no incluidos en la dádiva o promesa, por ejemplo, al criado o al amigo que desinteresadamente cooperan al asesinato pactado entre el amo y el verdadero sicario. En este caso, como quiera que el precio es un elemento real y objetivo, debiera comunicarse por el mero conocimiento, conforme dispone el párrafo segundo del artículo 60; sin embargo, QUINTANO¹³⁷ señala que ello repugna a la naturaleza de la motivación que debiera ostentar el asesinato pero que, desgraciadamente, no ostenta en nuestro Derecho. Según él y, a tenor de las características objetivas y civilistas que le son peculiares, «mediando» precio el asesinato surge y persiste *erga omnes* como surge la compraventa en el Derecho privado también frente a quienes no contrataron. Sin embargo, el referido autor advierte que esta solución dogmática es altamente dudosa y, en consecuencia, es harto probable que, llegado el caso, se procediere en beneficio del reo a la destipificación del asesinato respecto al partícipe no beneficiado de la merced pactada aunque la conociere.

Para BUSTOS RAMIREZ¹³⁸, el asesinato es un delito autónomo tanto por el sentido que surge de la tipificación como por la gravedad del marco penal y además porque sólo así puede evitarse una interpretación abusiva en la aplicación de la pena en relación a la aplicación de agravantes genéricas y atenuantes. No obstante, si se quiere ser consecuente con la autonomía del asesinato en que el delito base es el de homicidio, ciertamente, hay que ir, como sostiene el mencionado autor¹³⁹, «a una diferente tipificación del asesinato que deje lugar teórico y práctico para el homicidio y en que el aumento del marco penal (de todos modos hoy exagerado) corresponda realmente a un aumento de desvaloración, que exceda de la desvaloración propia al ámbito situacional del homicidio.

Por lo que se refiere a la calificante «por precio, recompensa o promesa», es un elemento del tipo de asesinato, que sólo puede estar referida al autor; el inductor lo será en todo caso, según BUSTOS¹⁴⁰, de asesinato y si a él, además, se le aplica la agravante (no la calificante conforme al

¹³⁷ Idem., pág. 278.

¹³⁸ BUSTOS RAMIREZ, «Manual de Derecho Penal», Parte Especial, Barcelona, editorial Ariel, S.A., 1986, pág. 28.

¹³⁹ Cfr., pág. 29.

¹⁴⁰ Idem., págs. 30 y s.

artículo 59) de «mediante» precio, promesa o recompensa», dependerá de la comprensión que se tenga del asesinato. Si se le estima como un tipo autónomo, entonces, el mencionado autor opina que no podría considerarse la agravante respecto al inductor, ya que se la estaría tomando en cuenta dos veces, una para considerarlo justamente inductor de asesinato y otra para agravarle la pena, lo que contradice el principio de *ne bis in idem*.

A efectos de comunicabilidad, BUSTOS¹⁴¹ entiende que la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa «requiere de un elemento subjetivo específico de autor, luego no es comunicable».

Para MAPELLI CAFFARENA¹⁴², el fundamento ético de la circunstancia de precio, recompensa o promesa —excesivamente destacado por el Tribunal Supremo: la «repulsiva cobardía» (STS de 20 de octubre de 1972); la «depravación moral» (STS de 26 de febrero de 1979); la «inmoralidad o falta de escrúpulo» (STS de 15 de diciembre de 1978)—, no necesariamente concurre aún mediando precio y, en consecuencia, habría que concluir que la pena se agrava por la presencia única y exclusiva de un ánimo de lucro.

Para resolver el problema planteado con la aplicación en unos casos —como agravante— del precio, únicamente a la persona en quien concurre, conforme a la regla del párrafo primero del artículo 60, y en otros supuestos —como elemento típico— se aplique al instigador en base a los principios de unidad del título imputado, aunque en esencia sea el mismo elemento, MAPELLI¹⁴³ considera que el citado artículo 60 no conduce a una solución satisfactoria, porque para la elaboración de la responsabilidad del partícipe hay que tener en cuenta que el sicario se mueve por precio. Por ello, existe una mayor reprochabilidad frente a quien conociendo que el móvil de un asesinato es meramente lucrativo se decide a participar en él aún no beneficiándose personalmente. Consecuentemente, aunque el fundamento del precio es subjetivo porque el ánimo de lucro lo es, ello no quiere decir, apunta el referido autor, que estemos ante un elemento de la culpabilidad; bien, al contrario, es un elemento subjetivo del injusto.

En definitiva, MAPELLI¹⁴⁴ sostiene que el precio no condiciona ninguna modalidad dolosa, porque se trata de un móvil que no guarda relación con la finalidad del autor, sino con el pacto precedente; por otra parte, la extensión del artículo 406 a la comisión con dolo eventual obliga a una reflexión político criminal sobre la conveniencia de introducir una cláusula de atenuación de la pena para estos casos y sobre la conveniencia de mantener la autonomía de este tipo delictivo, ya que, en efecto, el asesinato con dolo eventual es, como subraya el mencionado autor, «un paso hacia el delito circunstanciado y no autónomo como hoy se concibe». Por consiguiente, si matar o herir a otra persona por dinero parece un comportamiento especialmente intolerable, lo adecuado será, en opinión de

¹⁴¹ Cfr., Parte General, pág. 420.

¹⁴² MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», en ADPCP, Madrid, 1988, pág. 448.

¹⁴³ Cfr., págs. 449 y s.

¹⁴⁴ Idem. págs. 451 y 464.

QUINTERO OLIVARES¹⁴⁵, «crear el correspondiente tipo cualificado en el ámbito de los delitos contra las personas, como ya se hace en el asesinato «por precio, recompensa o promesa».

En este sentido, el delito de asesinato de nuestro Código, pese a constituir conforme a su texto legal un delito específico, no es más que, según CUELLO CALON¹⁴⁶, un homicidio agravado por la concurrencia de alguna de las circunstancias que este artículo menciona. El objeto material de ambas infracciones es el mismo, una vida humana, y la diferencia entre ellas radica solamente en la concurrencia o ausencia de las circunstancias específicas aludidas, bastando con que una sola de ellas concorra en un homicidio para que este delito se transforme en el de asesinato¹⁴⁷.

La razón de que la concurrencia de la circunstancia de precio cualifique el homicidio radica, respecto del mandante, según el mencionado autor, en el hecho de englobar en la propia perfidia a una persona indiferente y de servirse de ella para fines propios mediante recompensas o promesas de carácter económico; respecto del mandatario, en el móvil bajo, el de lucro, que le determina a la comisión del delito¹⁴⁸. En suma, para CUELLO CALON, son culpables del delito de «asesinato cualificado por precio, recompensa o promesa», tanto el que paga el precio o hace la promesa como el que lo realiza materialmente.

Tercera.— El discurso jurídico y criminológico sobre la naturaleza, relación con los elementos del tipo o de la culpabilidad y la comunicabilidad de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, a los partícipes del delito cometido, debe resolverse, a mi juicio, en base al «método inductivo», según la técnica del «caso-expediente», formulada por HASSEMER¹⁴⁹.

En efecto, si Luis entregó a Juan 5 millones de pesetas para que éste mate a Rolando, amante de la esposa de Luis, ¿qué consecuencias jurídico-penales pueden inferirse si, efectivamente, Juan mata a Rolando por el precio convenido?

En primer lugar, conviene matizar que, en el caso enjuiciado, el mandatario Juan no es un mero «instrumento» de su mandante Luis, hasta el punto de que éste se sirva del matón para sus fines propios, pues ambos, por la vía del «concierto previo», pueden satisfacer, mutuamente, sus objetivos. Tampoco puede afirmarse que el mandante, Luis, sea un partícipe

¹⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, «Derecho Penal». Parte General, con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y J. Miguel PRATS CANUT, Barcelona, editorial Gráficas Signo, S.A., 1986, pág. 604.

¹⁴⁶ CUELLO CALON, «Derecho Penal». Decimocuarta edición, revisado y puesto al día por Cesar CARMARGO HERNANDEZ, Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1975, tomo II, «Parte Especial», volumen segundo, pág. 504.

¹⁴⁷ Así se manifiestan, también, ANTON ONECA, «esta circunstancia califica el asesinato» (Derecho..., op. cit., pág. 391); MIR PUIG, «el precio constituye, respecto al ejecutor, un motivo bajo, sobre todo en los delitos contra las personas; en el asesinato constituye una de las posibles circunstancias que lo cualifican» («Derecho..., op. cit., págs. 575 y s.») y PUIG PEÑA, «el asesinato no es, pues, mas que el homicidio agravado por las circunstancias descritas en el artículo 406» («Derecho Penal», Parte Especial, sexta edición, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1969, tomo III, pág. 501.

¹⁴⁸ Cfr., págs. 506 y s.

¹⁴⁹ HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal». Traducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO, Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1984, págs. 17 y ss.

«ajeno» a la inspiración personal que motiva el comportamiento de Juan, ya que éste actúa «mediante» o «por» precio, recompensa o promesa que le ofrece Luis. Más aún, en esta hipótesis, la inducción fue directa y eficaz; alcanzó el propósito perseguido: la muerte de Rolando a manos de Juan, mediante o por la retribución económica ofrecida o entregada por Luis. Por tanto, el precio, la recompensa o la promesa «sí» guarda relación, y muy estrecha, a mi juicio, con la finalidad del autor material del hecho, siendo el pacto previo, la fuente de la que emana la esperanza, por parte del sicario, de conseguir una ventaja patrimonial a costa del precio, la recompensa o la promesa, efectivamente realizada por el instigador.

Por consiguiente, el pacto acordado entre Luis y Juan no puede reputarse «negocio jurídico criminalizado», en la medida en que éste se fundamenta en una situación engañosa que pone de relieve el dolo o maquinación insidiosa, de tal modo que la actividad desarrollada a través de la misma tenga encaje en los tipos delictivos desarrollados en el articulado de la norma penal como infracciones constitutivas de estafa¹⁵⁰. Nada más lejos de la realidad criminológica que la del engaño mutuo o imputable a alguna de las partes que conciertan el pacto previo.

Así pues, Luis ordena a Juan matar a Rolando, ofreciéndole, a cambio, una retribución económica. Se dan, pues, los requisitos esenciales del «delito circunstanciado». Un hecho penalmente relevante, la muerte de Rolando a manos de Juan, en el que concurre la circunstancia de precio, recompensa o promesa. Conforme al Derecho Penal vigente, este hecho debe calificarse de «asesinato», imputable a Juan, quien, con conocimiento y voluntad, persiguió y obtuvo intencionadamente la muerte de Rolando, amante de la esposa de Luis; Juan actuó, pues, con dolo directo respecto a la producción del resultado letal. La consecuencia jurídico-penal asignada a ese hecho es la pena de «reclusión mayor en su grado máximo»: de 26 años, 8 meses y un día a treinta años de privación de libertad, según los marcos penales vigentes.

Ahora bien, ¿cómo debe calificarse la conducta de Luis y cuál es su responsabilidad jurídico-penal por este hecho?

El inductor, se dice, en base a la teoría de la unidad del título de imputación, debe ser castigado como el autor material, con la misma pena que quien, efectivamente, cometió el delito, porque el artículo 14 «considera» autor al que, sin haber tomado parte directa en la ejecución del hecho, «induce directamente a otro a ejecutarlo» (números 1º y 2º). El inductor, se dice, lo es de un asesinato. Este planteamiento, sin embargo, olvida que, aunque la inducción fue directa y eficaz, jurídicamente, el delito que realmente puede atribuirse al instigador, en base al «principio de concreción al hecho» y a la «teoría de la independencia de la participación», es, idealmente, que no materialmente, la «muerte de otro»; en este caso de Rolando. Luis, en realidad, no quiso el «asesinato» de Rolando, sino su «homicidio»: la muerte de otro ser humano. Por eso, de *lege ferenda*, podría

¹⁵⁰ Véase por todos, MARTOS NUÑEZ, «El perjuicio patrimonial en el delito de estafa», Madrid, editorial Civitas, S.A., 1990, págs. 107 y ss.

estimarse que la «participación del inductor lo es en el delito común básico; no en el tipo cualificado o autónomo de asesinato». Desde un punto de vista de justicia material, la solución que se propone soslaya el rigor penológico del artículo 406 y nos sitúa en el marco penal del artículo siguiente: el homicidio, cuya consecuencia jurídica es la pena de «reclusión menor»: doce años y un día a veinte años de cárcel; tiempo, en mi opinión, suficiente para restablecer el orden jurídico violado, ofreciendo a un tercero matar a una persona mediante o por precio, recompensa o promesa.

En cuanto a la «naturaleza» de la circunstancia que inspiró a Juan para cometer el delito, resulta evidente su pertenencia al ámbito «*subjetivo*» en la medida en que, mientras que los actos preparatorios constitutivos de la circunstancia segunda del artículo 10 del Código penal son punibles, los correspondientes a la circunstancia primera, la alevosía, del referido precepto, no son punibles porque exigen, como mínimo, un «*principio de ejecución*»: la tentativa criminal del párrafo tercero del artículo 3 del citado cuerpo legal. En efecto, sería el supuesto en que Juan, a pesar de haber recibido los 5 millones que le ofreció Luis, desiste voluntariamente de cometer el delito. Ciertamente Luis respondería, en este caso por provocación para cometer un «*homicidio*», no un «*asesinato*», en la persona de Rolando, a través de la ejecución, en este supuesto no consumada, que mediante o por precio llevaría a efecto Juan. La responsabilidad penal de Luis vendría dada por la regla prevista en el párrafo tercero del artículo 52, a saber: la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado. En consecuencia, «*prisión mayor*» (de seis años y un día a doce años de privación de libertad) o, en su caso, «*prisión menor*» (de seis meses y un día a seis años de cárcel).

En este caso, parece evidente que los marcos penales permiten una solución más «*flexible*» de acuerdo con las exigencias de una política criminal fundamentada en la «*culpabilidad por el hecho cometido*»; de donde resulta que la impunidad a la que se hizo acreedor Juan por su desistimiento voluntario de consumir el hecho, se corresponde, a mi juicio, justamente, con los límites penales, mínimo y máximo (seis meses y un día a doce años), merecedores de la instigación a un tercero, en este caso a Juan, para cometer un delito que no se llegó a realizar o, en su defecto, a consumir.

Por consiguiente, afirmo que el fundamento de la circunstancia de precio, recompensa o promesa y su comunicabilidad o no, ya sea como agravante o bien como elemento constitutivo del tipo, no descansa, en mi opinión, en criterios de «*prevención*» (general o especial), ni, tampoco, en un mayor incremento del injusto ni del juicio de reproche, sino, por el contrario, en el *modus operandi* de destrucción del «*bien jurídico protegido constitucionalmente*». En efecto, la «*vida humana*» como derecho fundamental de la persona y bien jurídico necesitado y digno de intensa protección jurídico-penal frente a los ataques más intolerables, no puede ser lesionada caprichosamente, mediante un pacto previo y por razones estrictamente materiales. La dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, unido al derecho a la

vida y a la integridad física y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, por imperativo, todo ello, de los artículos 10.1 y 15 de la Constitución española, impiden que este valor, este bien fundamental sobre el que se apoyan los demás bienes de la personalidad, sea susceptible de negociarse *erga omnes*, aunque, ciertamente, exista una tarifa de servicios de matones dispuestos a liquidar, al mejor postor, la vida humana. Por eso, a efectos de comunicabilidad, esta circunstancia afecta a la «disposición interna» del que quiere cometer el delito mediante o por precio, recompensa o promesa; en absoluto puede comunicarse, ya sea como elemento personal, o como elemento constitutivo, o bien como circunstancia cualificante, e, incluso en atención a su pretendida naturaleza de elemento subjetivo del injusto, a aquel partícipe en quien no concurra.

G) LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN FUNCION DE LA CONCURRENCIA EXCLUSIVA DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA

Si el Tribunal aprecia la concurrencia de circunstancias agravantes, ello supondrá, lógicamente, el incremento de la penalidad señalada en abstracto para el delito cometido. Dicho Tribunal se encuentra facultado para apreciar circunstancias agravantes, aunque no hayan sido formuladas por la Acusación, pública o particular. En este caso, no se podrá interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo de lo previsto en el número 4º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵¹, así como tampoco será necesario —para la apreciación— el planteamiento de la tesis del artículo 733 de la citada Ley¹⁵².

No obstante lo anterior, esta doctrina es válida siempre que, como ha proclamado la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1974, se trate de agravantes ordinarias (genéricas o específicas), ya que, tratándose de agravantes cualificadoras de sub-tipos, que permitan la imposición de una pena superior a la del delito básico, entonces el Tribunal no podrá apreciar tales agravantes sin hacer uso previo de la tesis¹⁵³.

¹⁵¹ El número 4º del referido precepto de nuestra Ley Procesal dice que se podrá interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma:

«Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733».

¹⁵² El mencionado artículo reza así: Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:

«Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número... del artículo... del Código Penal».

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos, que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público, que sea materia de juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día».

¹⁵³ Citada por LLORCA ORTEGA en «Manual de determinación de la pena», (Cuestiones técnicas y jurisprudencia), 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, pág. 56.

Asimismo, conviene destacar que las reglas que analizamos a continuación afectan, como subraya LLORCA ORTEGA ¹⁵⁴, a la concurrencia de las agravantes ordinarias descritas en los artículos 10 y 11 del Código penal. Las agravantes específicas, que atraen pena-tipo (v. gr. artículos 506 ó 516), quedan fuera del ámbito de aplicación de estas reglas.

Por consiguiente, en los casos en los que concurra, exclusivamente, una circunstancia agravante, v. gr. la de precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán la pena en su grado medio o máximo, a tenor de lo señalado en la regla segunda del artículo 61 del Código penal. La sentencia no podrá imponer la pena por debajo del grado medio, pudiendo recorrer, a discreción, este grado y el máximo, no siendo susceptible de revisar en casación el *quantum* de pena impuesta dentro de estos límites, según establecen, entre otras, las sentencias de 21 de mayo de 1985; 8 de abril de 1986; 12 de marzo de 1987 y 9 de diciembre de 1988.

Por otra parte, la presencia de más de una circunstancia de agravación, la de precio más cualquiera otra de las enumeradas en los artículos 10 y 11, obliga, por imperativo de la regla 2ª del artículo 61, a imponer la pena en su grado máximo.

Desde un punto de vista dogmático, los criterios de determinación de la pena en función, básicamente, de las necesidades de prevención especial, se fundamentan, a juicio de GARCIA ARAN ¹⁵⁵, en las circunstancias del hecho y del autor; es decir, en la «gravedad del hecho y en la personalidad del delincuente», tal y como dispone la regla 4ª del referido artículo 61:

«Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio».

En todo caso, dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la extensión de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menos gravedad del mal producido por el delito, según establece la regla 7ª del mencionado precepto.

La gravedad del hecho depende de las oscilaciones que se producen dentro de la relación descrita por el tipo, es decir, las modalidades de comisión o perpetración de la ofensa aumentan la gravedad cuando, en opinión de la citada autora ¹⁵⁶, «afectan en mayor medida al bien jurídico entendido como relación social que se protege». La personalidad del delincuente, por su parte, a la luz de las exigencias preventivo especiales, no puede llevar, como subraya GARCIA ARAN ¹⁵⁷, «a una pena superior a la que se considera adecuada a la gravedad del hecho en los términos

¹⁵⁴ Cfr., pág. 56.

¹⁵⁵ Cfr., pág. 212.

¹⁵⁶ Idem., pág. 217.

¹⁵⁷ Idem., pág. 226.

expresados». Pero es que además, en la determinación de la personalidad del delincuente, no pueden incluirse las características personales del autor, el grado de su rebeldía a los mandatos jurídicos, así como tampoco el conjunto de rasgos ya existentes con anterioridad al delito, pues, como apunta la referida penalista, ello supondría «la determinación del castigo por lo que se es» y, añadido yo, no por lo que «se hace». Debe excluirse, por consiguiente, toda tentativa de fundamentar la personalidad del delincuente y, por ende, la determinación ulterior de la pena, en base a la «culpabilidad del autor»; concretamente, a la culpabilidad por la conducción de vida, *Lebensführungsschuld*, y la culpabilidad de carácter.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada¹⁵⁸ que «gravedad de hecho» equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, en su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo de un bien jurídico, y «personalidad del delincuente» representa una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y análisis de su proyección social. La determinación exacta de la pena corresponde al Tribunal de instancia en ejercicio de un arbitrio no revisable en casación, en tanto no se rebase el techo legal del grado medio.

En materia de participación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido la doctrina de que cuando concurren varios partícipes «cabe establecer diferencias punitivas entre ellos, siempre que la discriminación no obedezca a arbitrariedad sino a valoración de datos o circunstancias»¹⁵⁹.

En suma, la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa, conforme al artículo 58 del Código penal, se tomará en consideración para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas previstas para la aplicación de las penas en la Sección 2ª, Capítulo IV, Título III, Libro I del referido cuerpo legal. Sin embargo, el principio general consagrado en el mencionado precepto quiebra cuando se den los presupuestos siguientes:

— Las circunstancias agravantes que por si mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley (v. gr. artículo 10, 3ª en el delito de incendios).

— Que la Ley haya expresado la circunstancia agravante al describir y sancionar un delito (por ejemplo artículo 10, segunda, en el delito de asesinato). La circunstancia que motiva la calificación de la conducta homicida conforme al delito de asesinato no podrá ser tomada en consideración como causa de agravación del artículo 10.

— Cuando la circunstancia agravante sea de tal manera inherente al delito que, sin su concurrencia, éste no se hubiera podido cometer (v. gr. la agravante de fraude en la estafa, la de abuso de confianza en la apropiación indebida).

¹⁵⁸ Confrontese, entre otras, las Sentencias de 17 de febrero, 11 y 14 de noviembre de 1986; 20 de febrero de 1987 y 14 de junio de 1988.

¹⁵⁹ Así se manifestó la Sentencia de 23 de julio de 1988.

III. LA CIRCUNSTANCIA DE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA EN EL SISTEMA DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Cualquier delito se puede cometer mediante precio, recompensa o promesa. Por esta razón, y en base a la importancia dogmática y criminológica, fundamentada en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, vamos a analizar la operatividad de la agravante de precio en determinados delitos, que clasificaremos en atención a los bienes jurídicos protegidos.

A) DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Afectan a las figuras delictivas siguientes:

- 1^a El asesinato.
- 2^a El delito de mutilaciones para eximirse del servicio militar o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento.
- 3^a La problemática del consentimiento en los supuestos de transplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.
- 4^a El delito de aborto.

Por lo que se refiere al asesinato, aparte de lo anteriormente manifestado conviene señalar, a estos efectos, que, si el contenido del pacto abarca la muerte, aunque sólo esté eventualmente representada, ésto es, según MAPELLI¹⁶⁰, «suficiente, tanto para el autor moral como para el autor material». Por el contrario, si en el pacto sólo se habló de causar lesiones, pero posteriormente el autor se excedió y produjo la muerte con dolo eventual, el tratamiento debe ser diferente en consonancia con la responsabilidad que en estos casos se impute al inductor. Si éste no responde de exceso cualitativo, tampoco el precio como circunstancia agravante o elemento cualificante debe apreciarse para el autor material en ese segmento fáctico no acordado. Por ello, afirma el citado autor, procede aplicarle el derogado artículo 420 *in fine*. Por último, si hubo un pacto de matar, pero el autor, en la ejecución posterior, por temor u otra circunstancia, produce lesiones graves sin desear la muerte aunque se la represente como posible, los hechos deberán castigarse, sostiene MAPELLI, por el asesinato con dolo eventual.

Por otra parte, y desde una perspectiva criminológica, el asesinato por precio, recompensa o promesa entraña el «efecto criminógeno» de generar, de una parte, la «pareja criminal» y, de otra, la «organización criminal». En efecto, por lo que se refiere a la primera, se trata de una pareja criminal formada por el mandante, el alma del crimen, y el mandatario, el que lo ejecuta. Generalmente, no existe entre los mandantes y los mandatarios la

¹⁶⁰ Cfr., pág. 451.

vida en común necesaria para que una persona adquiera sobre otra una influencia suficiente como para impulsarla al crimen. Pero, sobre todo, no hay entre ellos diferencias de nivel moral e intelectual que otorgue a uno la facultad de dominar al otro.

En realidad se trata en esta hipótesis, como apunta PINATEL ¹⁶¹, de un verdadero contrato en el que cada una de las partes aporta lo necesario para conseguir el resultado pretendido: uno, la inteligencia, la riqueza, la posición social que garantiza la impunidad; el otro su habilidad y su temperamento de sicario. Esta división del trabajo corresponde, según el referido criminólogo, a la diferencia psicológica y criminológica de los dos individuos. Finalmente, interesa destacar que, desde la óptica criminológica, el «crimen por mandato» constituye una especie de justicia personal.

A tenor de la psicología criminal del asesino, la disposición «*adquisitiva*», como enseña Von HENTIG ¹⁶², no conoce ningún mandamiento moral que no sea el propio y crudo provecho. Aunque está demostrado que estos seres humanos reverencian al poder establecido y se introducen fortuitamente en nuestra necesidad de superioridad, siguen siendo eminentemente antisociales, son particularmente peligrosos.

En cuanto a la «organización criminal», interesa señalar que el artículo 175 del Código penal castiga con la pena de prisión menor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, a los que «con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favoreciesen la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en el artículo 173», es decir, aquellas asociaciones ilícitas que:

- 1º. Tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
- 2º. Las que, aún teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución.
- 3º. Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar.
- 4º. Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

Parece claro, por tanto, que «*la cooperación relevante en la actividad criminal (asesinatos, secuestros, chantajes, etc.) de dichas asociaciones, v.gr. con bandas armadas u organizaciones terroristas, puede estar motivada, entre otros factores, por «móviles económicos» en la medida en que haya un «promotor» según el sentido legal, cooperador que instigue, mediante/por precio, recompensa o promesa, a la realización de estos hechos*», susceptibles de castigarse con las penas de reclusión mayor en su grado máximo si a consecuencia del hecho resultare muerte o lesiones de las comprendidas en los artículos 418, 419 ó 421, y en la de reclusión mayor en los demás casos, conforme establece el párrafo primero del artículo 233.

¹⁶¹ PINATEL en BOUZAT et PINATEL «Traité de Droit Pénal et de Criminologie», troisième édition, Paris, Editions Dalloz, 1975, tome III, «Criminologie», p. 504.

¹⁶² Von HENTIG, «Estudios de Psicología criminal». Traducción castellana y notas de Jose María RODRIGUEZ DE VESA, Madrid, editorial Espasa-Calpe, S.A., 1960, volumen II «El Asesinato», pág. 170.

Dichas penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades, atentaren contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, según dispone el párrafo tercero del referido precepto.

Por otra parte, cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, se reputan actos de colaboración con las mismas, sancionados con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas, conforme establece el artículo 174 bis a). Asimismo, el que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquellas, utilizando los medios que describe el artículo 174 bis b), cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor, según prescribe el referido artículo.

Por consiguiente, al «*sicario asalariado*», integrado o no en una banda armada, organización terrorista o rebelde, no se le puede castigar porque, desde el punto de vista de la fenomenología criminal, responda a un «*tipo criminológico de autor*», sino, en virtud al «*hecho criminal cometido y, a sabiendas, querido*»¹⁶³.

Sobre el delito de mutilaciones para eximirse del servicio militar o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento, cometido mediante precio, previsto en el artículo 423 del Código penal, conviene destacar que, en este caso, «*se trata de una circunstancia agravante que por sí misma constituye un delito especialmente castigado por la Ley*», y, en consecuencia, no produce el efecto de «*aumentar la pena*», conforme dispone el párrafo primero del artículo 59.

En efecto, el artículo 423 configura un tipo cualificado, castigado con la pena inmediatamente superior a la señalada en el artículo 422; es decir, prisión mayor. En materia de participación, ciertamente, es posible la inducción o la cooperación de otras personas en concepto de partícipes, pero no en concepto de autores en sentido estricto, pues, como señala MUÑOZ CONDE¹⁶⁴, «*ésto sólo lo son el propio mutilado y el que realiza directamente la mutilación, ya que ambos tienen el dominio del hecho (coautores)*».

¹⁶³ Sobre la pareja criminal, véase, por todos, Mario CARRARA, «Le couple criminel du mandant et du mandataire dans la criminalité de sang», dans Archives d'anthropologie criminelle, 1901, p. 613 a 617. En cuanto a las técnicas de organización criminal, consúltese, por todos, Mary Mc Intosh, «La organización del crimen», traducción de Nicolás GRAB, México, editorial siglo XXI, S.A., 1977. Finalmente, confróntese Juan TERRADILLOS: «Terrorismo y Derecho». Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, «Derecho...», op. cit., pág. 111.

En todo caso, el consentimiento del lesionado o mutilado es, en este delito, irrelevante, por imperativo legal, ya que «el consentimiento a que se refiere el párrafo segundo de este artículo no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422 del Código penal», según dispone el párrafo tercero del artículo 428 de dicho cuerpo legal.

Por consiguiente, siguen vigentes, apunta BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE ¹⁶⁵, «las objeciones formuladas por la doctrina respecto a la colocación sistemática de este delito y a sus efectos perturbadores sobre todo el Capítulo de las lesiones».

Por otra parte, MANZANARES SAMANIEGO ¹⁶⁶ observa que no se concibe fácilmente la intervención del precio en los casos del párrafo primero del artículo 422, a no ser en los partícipes. La agravación por precio afectará tanto a quien lo da como a quien lo recibe, sin que pueda apreciarse la agravante genérica segunda del artículo 10.

La aplicación efectiva de este artículo, según el referido autor, ha sido nula o casi nula.

Por lo que se refiere al consentimiento en los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, obtenido mediante precio o recompensa, previsto en el párrafo segundo del artículo 428 del Código penal, no puede eximir de pena porque aquél está «viciado», v. gr., abusando de una situación económica angustiosa, donar un riñón a cambio de una importante cantidad de dinero. De ahí que, entre los efectos positivos de la reforma penal de 1983, OCTAVIO DE TOLEDO ¹⁶⁷ destaque el siguiente: «disciplinar el modo válido de emisión del consentimiento y las circunstancias objetivas y subjetivas que desaconsejan otorgarle eficacia y que, por tanto, se constituyen en límites de la misma».

A este respecto conviene anotar que la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en su artículo 4 letra c) autoriza la extracción y el trasplante si el donante otorga su consentimiento «expreso, libre y consciente», o, como dice el R.D. 426/1980, de 22 de febrero, que desarrolla la anterior disposición en su artículo 2 c), si lo presta «en forma expresa, libre, consciente y desinteresada», lo que constituye una excepción al principio general recogido en el párrafo primero del artículo 428 del Código penal, excepción que se extiende además a las esterilizaciones y cirugía transexual.

Por consiguiente, el principio de disponibilidad y el carácter individualista del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, la salud personal y la integridad física, se limitan mediante la exigencia típica de que el consentimiento no se haya obtenido «mediante precio o recompensa» ¹⁶⁸.

¹⁶⁵ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE en MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA ARAN, «La reforma penal de 1989», Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989, pág. 101.

¹⁶⁶ MANZANARES SAMANIEGO, «Código Penal», op. cit., pág. 936.

¹⁶⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «La reforma del consentimiento en las lesiones», en «Comentarios a la Legislación Penal», Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1985, tomo V, «La reforma del Código Penal de 1983», Vol. 2º pág. 950.

¹⁶⁸ Confróntese, entre otros, COBO DEL ROSAL, «El artículo 426 del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal», en ADPCP, 1964; GARCIA ARAN, «Algunas consideraciones

Finalmente, se plantea, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, la aplicación de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa en el delito de aborto cometido por facultativo con abuso de su arte y a los que, sin hallarse en posesión de título sanitario, se dedicaren habitualmente a dicha actividad, según prescriben los párrafos primero y segundo del artículo 415 del Código penal.

En primera instancia, el Tribunal Supremo consagró que la agravante de precio es aplicable a los profesionales que, movidos por el lucro, ponen el ejercicio de su profesión para la comisión del delito, ya que, si la idea de retribución va implícita al solicitar los servicios de cualquier facultativo o artista, también lleva aparejada esa solicitud el que no sea para un fin ilícito, toda vez que lo ilícito no entra en el ejercicio de ninguna profesión (STS de 5 de diciembre de 1964); por consiguiente, la agravante de precio es compatible con el tipo agravatorio del párrafo 1º del artículo 415 —aborto cometido por facultativo—, compatibilidad que también hay que admitir en el caso del párrafo 2º del mismo artículo porque uno y otro contemplan una tipicidad especial caracterizada por la peligrosidad del sujeto para la comisión de ese delito, declarada una *ex lege* —la del facultativo— y la otra por los Tribunales —la de los habituales—, y dentro de ella han de entrar en juego las circunstancias modificativas que puedan concurrir, según ha proclamado la STS de 10 de mayo de 1968, A. 2440.

Sin embargo, QUINTANO¹⁶⁹ estimó equivocado este criterio en los casos de profesionales, pues, existiendo ya en el artículo 415 una agravación específica para facultativos y habituales cooperadores del aborto, consistente en la imposición de las penas señaladas en los artículos anteriores, en su grado máximo, y multa de 250.000 a 5.000.000 de pesetas para los facultativos y 100.000 a 1.000.000 de pesetas para los habituales no facultativos, además de la sanción complementaria del artículo 417 de inhabilitación especial, se menoscaba idealmente el principio del *non bis in idem*, al estimar en tales personas la agravante de precio, que, por otra parte, es una de las características más genuinas del profesionalismo. En suma, para el mencionado autor, la profesionalidad va como embebida en la tipicidad positiva del delito de aborto.

Del mismo modo, CORDOBA RODA¹⁷⁰ considera que el «abuso del arte», como circunstancia específica de determinadas infracciones, no exige ciertamente el que el delito se cometa mediante remuneración. Ahora bien, precisa el referido comentarista, no cabe desconocer que la práctica del aborto por parte de un facultativo, ordinariamente, cuando no siempre, responderá a la percepción de una retribución por el mismo; y que, en consecuencia, el estimar en tales supuestos no sólo el tipo agravado sino

sobre la esterilización consentida en Derecho Penal español», en «Estudios Jurídicos en honor del Prof. Pérez Vitoria», Barcelona, 1983; JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en CPC n.º 16, 1982; ROMEO CASABONA, «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», en CPC, n.º 17, 1982 y SUAREZ MONTES, «El consentimiento en las lesiones», 1959.

¹⁶⁹ QUINTANO, «Tratado...», op. cit., pág. 643 y «Comentarios...», op. cit., pág. 210.

¹⁷⁰ CORDOBA RODA, «Comentarios...», op. cit., tomo I, pág. 565.

además, la circunstancia segunda del artículo 10, vulnerará el principio *non bis in idem*.

Por su parte RODRIGUEZ DEVESA¹⁷¹ opina que la agravante de precio, recompensa o promesa del artículo 10, circunstancia 2^a, no es aplicable al comportamiento descrito en el párrafo primero del artículo 415 por ser inherente a la comisión del delito, en virtud del artículo 59. La citada agravación, por tanto, no debe alcanzar a los profesionales, en tales casos, puesto que, si la profesionalidad ha sido ya estimada para fundamentar la agravación, dicha agravación específica debe, a juicio de ARROYO DE LAS HERAS¹⁷², subsumir a la agravación genérica de precio, razón por la cual la adopción del criterio jurisprudencial supone una transgresión manifiesta del referido principio *non bis in idem*.

De ahí que la moderna jurisprudencia haya rechazado la aplicación en los párrafos primero y segundo del artículo 415 de la agravante de precio, por estimarla inherente a los respectivos tipos y en base a los argumentos tecnico-jurídicos siguientes:

En primer lugar, si bien es cierto que algunas sentencias de la Sala Segunda atendieron más a reglas deontológicas que a postulados jurídicos, entendiendo ser de aplicación la agravante de precio en el supuesto de aborto cometido o en el que cooperare con abuso de su arte, la referida agravante no es aplicable en tales supuestos por ser inherente al delito, conforme a los cánones prescritos en el artículo 59 de nuestro primer texto punitivo, según establece la STS de 30 de enero de 1982.

En segundo lugar, no se debe, sobre la penalidad ya recargada por razón de dicha profesionalidad, sumar la agravación de precio, al hallarse embebida dentro de aquélla, y ser injusto exigir a los facultativos que actúen gratuita y desinteresadamente en el ejercicio de su actividad liberal, y no a medio de precio, como acaece casi siempre, y tanto actúen lícita como ilícitamente, pues si la norma exige el abuso del arte, y la profesión efectiva del arte es retribuida, el precio no puede considerarse como agravación de la agravación, por ser el impulso de la actuación profesional, por lo que no puede lesionarse el conocido principio *non bis in idem* valorando duplicadamente un sólo acto, como causa del delito del profesional sanitario, con su mayor sanción, y como razón de agravación por precio, al ser éste una circunstancia de dicha infracción criminal, al que por lo mismo viene a integrar, al no poderse prácticamente y por lo regular cometer sin su presencia, tal y como ha proclamado la STS de 17 de abril de 1975, A. 1651.

En tercer y último lugar, la agravante de precio es compatible con los diferentes tipos de aborto excepto cuando se trate del aborto cometido por profesional, abuso de su arte, tipificado en el artículo 415 del Código penal, pues esta agravante específica del abuso profesional absorbe la genérica de precio, puesto que éste no es sino una parte de la actividad que se ejecuta, según declara la STS de 7 de julio de 1983.

¹⁷¹ RODRIGUEZ DEVESA, «Derecho...», op. cit., Parte Especial, pág. 88.

En consecuencia, el precio, la recompensa o la promesa de carácter económico es una «*circunstancia inherente*» al tipo de aborto agravado específicamente por la profesionalidad y la habitualidad, previsto en los párrafos primero y segundo del artículo 415 del Código penal; es decir, sin su concurso resulta, como apunta RODRIGUEZ MOURULLO¹⁷³, «absolutamente imposible» la comisión de la referida figura legal, según evidencia la realidad criminológica del delito de aborto cometido por facultativos y por habituales no profesionales.

En materia de participación criminal, la doctrina general, sobre la base de la circunstancia 2ª del artículo 10 del Código penal, equipara en el trato agravatorio tanto al dador como al tomador del precio; a este respecto QUINTANO¹⁷⁴ sostiene no agravar el precio para el dador cuando le fue previamente exigido por quien había de recibirlo, haciendo de ello una condición para su actuar. En este sentido, la STS de 4 de julio de 1958 establece que «el precio deja de ser agravante al constituir elemento de autoría», lo cual le parece justo a QUINTANO, ya que, en los casos tan frecuentes en que se califica como autor por inducción o auxilio necesario a quien no tiene otra intervención que la de sufragar el gasto, su conducta quedó agotada con ello, sin que pueda serle nuevamente computado el mismo acto a título de agravante.

B) DELITOS PATRIMONIALES Y ECONÓMICOS

En la doctrina penal española es dominante la teoría de que la agravante de precio, recompensa o promesa es compatible con los delitos patrimoniales, porque el requisito del ánimo de lucro no parece forzosamente excluirla. Así, QUINTANO¹⁷⁵ postula que en un robo es dable perfectamente la posibilidad del previo acuerdo mercenario, y lo mismo en el hurto o en la estafa. No es lo mismo robar, hurtar o estafar con la finalidad del lucro propio para sí, que poner sus facultades al servicio de otra persona mediante una recompensa o remuneración prefijada. En uno y otro caso existe el *animus lucri faciendi*. Por tanto, así como en el robo «personal» la voluntad es una y directa, encaminada a la comisión del delito, en el «mercenario» hubo un pacto previo de voluntades, en el cual el ejecutor «profesionalizó» su acto, haciéndose acreedor a una penalidad agravada por lo peligrosa que resulta dicha conducta. En este sentido, CORDOBA RODA¹⁷⁶ afirma que el supuesto contemplado por el número 2 del artículo 10 es el de quien comete el delito mediante una remuneración dada por un tercero, no el de quien lo efectúa simplemente por lucro, resultando perfectamente concebible, para el citado comentarista, la realización de una

¹⁷² ARROYO DE LAS HERAS; «Manual...», op. cit., tomo II, pág. 553.

¹⁷³ RODRIGUEZ MOURULLO, «Comentarios...», op. cit., tomo II, pág. 247.

¹⁷⁴ Cfr., págs. 643 y s.

¹⁷⁵ Cfr., págs. 210 y s.

¹⁷⁶ Cfr., pág. 566. En este sentido, véase, también MARTINEZ PEREZ. «La circunstancia...», op. cit., págs. 67 y s.

infracción contra la propiedad, v. gr. de unos daños, en atención a la oferta de una recompensa.

Por el contrario, ANTON ONECA¹⁷⁷ considera que, siendo su fundamento el móvil de lucro, y significando las agravantes un «más» respecto al tipo normal, es notorio que no debe estimarse en los delitos contra la propiedad ni en ninguno otro donde sea esencial este estímulo del provecho económico (cohecho, por ejemplo). Asimismo, BUSTOS RAMIREZ¹⁷⁸ opina que la mencionada circunstancia es incompatible con aquellos delitos que ya lleven insito el ánimo de lucro, como los delitos contra el patrimonio.

A mi juicio, la solución correcta del problema radica en estimar la compatibilidad, exclusivamente, en los delitos patrimoniales «*sin enriquecimiento*», es decir, en los daños, incendios o estragos cometidos mediante precio, recompensa o promesa; en cambio, habrá que estimar incompatible la agravante de precio, recompensa o promesa en aquellos delitos patrimoniales «*de enriquecimiento*», cuya comisión exige, expresa (artículos 500, 514 y 529) o tácitamente, el ánimo de lucro, puesto que, en este caso, se trata de un «*elemento subjetivo del injusto típico*», necesario para la realización del delito y no una mera circunstancia concurrente o no en su comisión, aunque sea de la misma naturaleza económica que el móvil requerido por los delitos patrimoniales¹⁷⁹.

Por el contrario, la afectación «*suprapatrimonial*» del bien jurídico protegido en los delitos económicos, el «orden público económico», permite sostener la compatibilidad de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa en la comisión de un delito económico, al no ser inherente a él el ánimo de lucro, específico de los delitos patrimoniales de enriquecimiento, ya que, además del beneficio económico, el abuso de poder y la influencia social son elementos constitutivos del delito económico¹⁸⁰.

Sin embargo, conviene precisar que en el «*delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas*» —de notoria trascendencia socioeconómica, pese a su ubicación sistemática entre los «delitos contra la propiedad»—, previsto en los artículos 539, 540 y 541 del Código penal, la solicitud de la dádiva o promesa o el empleo de dichas mercedes son elementos constitutivos del tipo, de tal modo inherentes a él, que impiden la apreciación de la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa ya prevista en la ejecución del delito castigado en el artículo 539.

C) DELITOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS

El problema de la corrupción administrativa, en orden al quebrantamiento de los deberes profesionales de los funcionarios públicos, mediante

¹⁷⁷ ANTON ONECA, «Derecho...», op. cit., pág. 391.

¹⁷⁸ BUSTOS RAMIREZ, «Derecho...», op. cit., Parte General, pág. 420.

¹⁷⁹ Véase al respecto, BAJO FERNÁNDEZ, «Manual de Derecho Penal». Parte Especial, Madrid, editorial Ceura, 1987, tomo II «Delitos patrimoniales y económicos», pág. 16.

¹⁸⁰ Consúltese, MARTOS NUÑEZ, «Derecho Penal Económico», Madrid, editorial Montecorvo, S.A., 1987, pág. 168 y ss.

la circunstancia de precio, recompensa o promesa, se plantea, básicamente, en el delito de cohecho, previsto y penado en los artículos 385 a 393 del Código penal.

En base a que la «dádiva» o «presente», el ofrecimiento o promesa referidos a esa dádiva o presente, sobre los que recae la acción, deben ser, a juicio de MUÑOZ CONDE¹⁸¹, «de contenido económico, lo que se demuestra sobre todo a la hora de establecer la pena de multa, que se fija en función del valor de la dádiva», es evidente que la finalidad de obtener un beneficio económico es inherente al delito de cohecho y, por tanto, la concurrencia de una merced económica no puede estimarse de nuevo como circunstancia agravante sin conculcar, manifiestamente, el referido principio *non bis in idem*¹⁸².

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO ALAMO, «El sistema de las circunstancias del delito». Estudio general. Universidad de Valladolid, 1981.
- ALLPORT, «La personalidad». Su configuración y desarrollo. Séptima edición, versión castellana de Ismael ANTICH, Barcelona, editorial Herder, S.A., 1980.
- ANTON ONECA, «Derecho Penal», segunda edición anotada y corregida por Jose Julian HERNANDEZ GUIJARRO y Luis BENEFYTEZ MERINO, Madrid, ediciones Akal, S.A., 1986.
- ARROYO DE LAS HERAS, «Manual de Derecho Penal», Pamplona, editorial Aranzadi, S.A., 1985, volumen II, «El delito».
- BAJO FERNANDEZ, «Manual de Derecho Penal». Parte Especial. «Delitos contra las personas», 2ª edición, Madrid, editorial Ceura, 1987.
- Delitos patrimoniales y económicos», tomo II, 1987.
- BECCARIA, «Tratado de los Delitos y de las Penas», Buenos Aires, editorial Helias, S.R.L., 1978.
- BENTHAM, «Tratados de legislación civil y penal». Edición preparada por Magdalena RODRIGUEZ GIL, Madrid, editora Nacional, 1981.
- BERDUGO, en MUÑOZ CONDE, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE y GARCIA ARAN, «La reforma penal de 1989», Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989.
- BUSTOS RAMIREZ, «Manual de Derecho Penal», Parte General, Barcelona, editorial Ariel, S.A., 1984.
- «Parte Especial», 1986.
- CARRARA, Mario, «Le couple criminel du mandant et du mandataire dans la criminalité de sang», dans Archives d'Anthropologie criminelle, 1901.
- COBO DEL ROSAL, «El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en el Código penal, en ADPCP, 1964.
- «Consideraciones sobre las atenuantes de «arrebato u obcecación» y «provocación y amenaza adecuada», en Anales de la Universidad de La Laguna, V, 1967-1968.

¹⁸¹ Cfr., págs. 726 y s.

¹⁸² En el sentido del texto, QUINTANO afirma que «el precio está excluido en los casos en que la comisión del delito previsto lleve aneja la condición del previo pacto económico, como en el cohecho» («Comentarios...», op. cit., pág. 210).

- y VIVES ANTON, «Derecho Penal». Parte General, edición completa adaptada a la reforma de 25 de junio de 1983, Universidad de Valencia, 1984.
- y CARBONELL, en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER y CARBONELL MATEU, «Derecho Penal», Parte Especial, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1987, volumen I.
- CORDOBA RODA, en CORDOBA RODA, RODRIGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABO RUIZ, «Comentarios al Código penal» (Artículos 23-119), Barcelona, editorial Ariel, 1976, Tomo II.
- CUELLO CALON, «Derecho Penal». Decimocuarta edición, revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNANDEZ, Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1975, tomo II, «Parte Especial», volumen segundo.
- DIEZ RIPOLES, «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español», en ADPCP, 1977.
- FERRINI, «Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano», en «Enciclopedia del diritto penale italiano», a cura di E. PESSINA, Milano, 1905, vol. I.
- GARCIA ARAN, «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español», edicions de la Universitat de Barcelona, 1982.
- «Algunas consideraciones sobre la esterilización consentida en Derecho Penal español», en «Estudios Jurídicos en honor del Prof. Pérez Vitoria». Barcelona, 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español», Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.
- «Prólogo» a la sexta edición del Código penal, Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989.
- GROIZARD, «El Código penal de 1870 concordado y comentado», Burgos, 1870, tomo I.
- HASSEMER, «Fundamentos del Derecho Penal», traducción y notas de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO, Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1984.
- Von HENTIG, «Estudios de Psicología Criminal». Traducción castellana y notas de José María RODRIGUEZ DEVESA, Madrid, editorial Espasa-Calpe, S.A., 1960, volumen II «El asesinato».
- JESCHECK, «Tratado de Derecho Penal». Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE; 3ª edición, Barcelona, editorial Bosch, S.A., volumen primero, 1981.
- JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídicopenal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en CPC, n° 16, 1982.
- LLORCA ORTEGA, «Manual de determinación de la pena» (Cuestiones técnicas y jurisprudencia), 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988.
- MANZANARES SAMANIEGO, en MANZANARES SAMANIEGO y ALBACAR LOPEZ, «Código penal» (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, editorial COMARES, 1987.
- MAPELLI CAFFARENA, «El dolo eventual en el asesinato», en ADPCP, Madrid, 1988.
- MARTINEZ PEREZ, «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa», en CPC, Madrid, Edersa, 1983, n° 19.
- MARTOS NUÑEZ, «El patriotismo en el Derecho Penal», RFDUCM, Monográfico número 6, 1985.
- «Derecho Penal Económico», Madrid, editorial Montecorvo, S.A., 1987.

- «El perjuicio patrimonial en el delito de estafa», Madrid, editorial Civitas, S.A., 1990.
- Mc INTOSCH, «La organización del crimen», traducción de Nicolás GRAB, México, editorial siglo XXI, S.A., 1977.
- MIR PUIG, «Adiciones de Derecho español al tratado de Jescheck», volumen 2º, 1981.
- «Derecho Penal. Parte General, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., 1990.
- MOMMSEN «Derecho Penal Romano». Traducción del alemán por P. DORADO, Bogotá, editorial Temis, 1976.
- MUÑOZ CONDE, «El desistimiento voluntario de consumir el delito», Barcelona, editorial Bosch, S.A., 1972.
- «Teoría general del delito», 2ª edición, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1989.
- «Derecho Penal». Parte Especial, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 1990.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «La reforma del consentimiento en las lesiones», en «Comentarios a la Legislación Penal», Madrid, Edersa, 1985, Tomo V, «La reforma del Código penal de 1983», Vol. 2º.
- PACHECO, «El Código penal concordado y comentado», Madrid, 1870, Tomo I.
- PINATEL en BOUZAT et PINATEL. «Traité de Droit Penal et de Criminologie», troisième édition, Paris, éditions Dalloz, 1975, tome III, «Criminologie».
- PUIG PEÑA, «Derecho Penal». Parte General, séptima edición actualizada con la colaboración de Gregorio ORTIZ RICOL, 1988, Tomo I.
- QUINTANO RIPOLLES, «Comentarios al Código penal», segunda edición renovada por el autor y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1966.
- «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», 2ª edición puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, Edersa, 1972, tomo I, «Infracciones contra la persona en su realidad física».
- QUINTERO OLIVARES, «Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal», Barcelona, editorial CYMYS, 1974.
- «Derecho Penal». Parte General, con la colaboración de Fermin MORALES PRATS y J. Miguel PRATS CANUT, Barcelona, editorial Gráficas Signo, S.A., 1986.
- RODRIGUEZ DEVESA, «Derecho Penal español». Parte General. Novena edición revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GOMEZ, Madrid, editorial DYKINSON, S.L., 1985.
- «Derecho Penal español». Parte Especial. Reedición de la duodécima edición. Revisada y puesta al día, 1989.
- ROMEO CASABONA, «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980», en CPC, nº 17, 1982.
- Del ROSAL, COBO Y RODRIGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal español». Parte Especial. «Delitos contra las personas», Madrid, 1962.
- Del ROSAL, «Tratado de Derecho Penal español». Parte General, Madrid, ediciones Darro, 1972, vol. II.
- SUAREZ MONTES, «El consentimiento en las lesiones», 1959.
- TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo y Derecho». Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989.

TORIO LOPEZ, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)», en «Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal», Universidad de Deusto, Bilbao, 1983.
«Motivo y ocasión en el robo con homicidio», en ADPCP, Madrid, 1989.