

El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de noviembre de 1958 (1), se ocupa del siguiente caso: El procesado, “en acción rápida e inopinada que impidió que el ofendido pudiera darse cuenta, sacó una pistola de la que iba provisto e hizo dos disparos contra el Belarmino que no hicieron blanco y al oír tales disparos el acometido se volvió, estando en el mismo plano, distancia y de frente al procesado ..., haciéndole el procesado rápidamente otro tercer disparo que alcanzó a Belarmino penetrándole la bala por la región inframamaria derecha, cayendo la víctima desplomada y falleciendo a los pocos momentos”. La dificultad del supuesto de hecho objeto de esta sentencia reside en lo siguiente: El agente dispara alevosamente dos tiros que no alcanzan a la víctima; al disparar el tercer tiro —el que mata, el que hace que el delito se consume— ha desaparecido la alevosía. ¿Qué hacemos en un caso así: castigamos por homicidio, o por asesinato, o por asesinato frustrado en concurso con homicidio consumado? ¡He aquí el problema!

Por lo que alcanzo a ver, en el limitado tiempo en el que necesariamente ha tenido que ser preparado este artículo, fue mi querido maestro Quintano el único penalista español que estudió este grupo de casos que se inician como asesinato (en el alevoso es donde parece más factible que se produzca una situación así) y acaban como homicidio. Fue él también quien apuntó las tres posibles soluciones —homicidio, o asesinato, o concurso— sobre las que vamos a desarrollar nuestro estudio. Y si bien mostraba ciertas simpatías, pero sin adoptar una actitud tajante, por la tesis del homicidio (2), admitió que la cuestión era “ardua” y susceptible de ser decidida en cualquiera de los tres sentidos (3).

Objeto de este trabajo —escrito para el presente fascículo del ANUARIO DE DERECHO PENAL, dedicado a honrar la memoria del profesor

(1) *Repertorio Aranzadi*, número 3.367.

(2) Cfr. QUINTANO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I: *Infracciones contra las personas*, 1962, págs. 227-228; el mismo, *Curso de Derecho Penal*, tomo II, 1963, págs. 40-41.

(3) Véase QUINTANO, *Tratado*, I, 1962, pág. 227.

Quintano— es examinar los eventuales argumentos a favor y en contra de cada una de las “tres soluciones posibles” a un problema que, como tantos otros de la Parte Especial, seguramente le habría pasado desapercibido a la ciencia española si no hubiese sido porque mi maestro llamó la atención sobre él.

I

LA TESIS DEL HOMICIDIO

A favor de punir por homicidio consumado se declara la mencionada decisión del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1958, casando así la sentencia de la Audiencia que había condenado al procesado como autor de un delito de asesinato del artículo 406, circunstancia 1.^a del Código penal.

1. Abogan por esta solución, más que los argumentos positivos, los negativos, a saber: la inviabilidad que aparentemente presentan las otras dos alternativas posibles.

Castigar por asesinato consumado supone desconocer que, como con razón apunta Quintano, “al fin y al cabo, no se mató alevosamente” (4), supone desconocer que “el culpable de la muerte no mató *con alevosía*” (5).

La otra posibilidad, la de hacer entrar en juego un concurso, ofrece también, a primera vista, serias objeciones: pues es “anómalo una doble imputación de muerte con una única víctima” (6); y además: imputar al autor dos delitos contra la vida —uno frustrado y otro consumado— llevaría, al tener que aplicarse las reglas del concurso, a una pena evidentemente excesiva: “esta doble calificación concursal”, escribía Quintano con razón (7), haciendo sin duda referencia a este argumento de la excesiva penalidad, “...repugna a nuestra sistemática de aplicación de penas”.

En pocas palabras y resumiendo: Negativamente, la tesis del homicidio tiene en qué apoyarse; pues si sólo hay tres posibilidades imaginables de solución y dos de ellas (asesinato y concurso) son descartadas, ya no hay donde elegir: hay que inclinarse por la única solución que aún queda en pie: la de castigar por homicidio consumado.

2. a) Pero a esta tesis se le presentan las problemas cuando lo negativamente fundamentado se intenta argumentar positivamente. Veamos cómo lo hace el Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 12 de noviembre de 1958: “Aun cuando no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos hacia la víctima rápida e inopinadamente, sin que ésta pudiera darse cuenta, la circunstancia de ... no haber sido alcanzado el acometido con ninguno de esos dis-

(4) QUINTANO, *Curso*, II, 1963, pág. 40.

(5) QUINTANO, *Tratado*, I, 1962, pág. 227 (subrayado en el texto original).

(6) QUINTANO, *Curso*, II, 1963, pág. 41.

(7) *Tratado*, I, 1962, pág. 227.

paros, aleja toda creencia de obrar a traición y sobre seguro por cuanto al ruido de las detonaciones se vuelve el agredido enfrentándose con quien disparase que le hace rápidamente el tercer y mortal disparo ..., porque en estos últimos momentos del suceso que son los que dan realidad punible al hecho de autos sancionado no se aprovechaba el agresor de ventaja alguna buscada de propósito, estando ya prevenido el agredido no obstante la rapidez del último disparo”.

En este Considerando se contienen dos argumentos con los que se trata de demostrar, no por la vía de descartar las otras dos soluciones posibles, sino por la de exponer lo que habla a favor de la tesis del homicidio aisladamente considerada, que lo que procede es castigar en base al artículo 407. Ninguno de los dos argumentos jurisprudenciales convence.

Por lo que al primer argumento se refiere, no se entiende bien cómo es posible afirmar, primero, que “no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos hacia la víctima rápida e inopinadamente, sin que ésta pudiera darse cuenta” (esto es: no cabe desconocer que los dos primeros disparos han sido hechos a traición y sobre seguro); y, a continuación, desconocer lo que “no cabía desconocer”: “la circunstancia de no haber sido alcanzado el acometido con ninguno de esos disparos [esto es: los hechos a traición y sobre seguro], aleja toda creencia de obrar a traición y sobre seguro”. Pero no es sólo que la primera frase citada de la sentencia sea incompatible con la segunda; es que, además, en esta segunda frase se contiene un razonamiento sumamente raro. Pues la circunstancia de que los dos disparos hechos a traición y sobre seguro no alcanzaron a la víctima, sólo aleja, pienso yo, una creencia: la de que fueron estos tiros los que mataron; pero esa circunstancia no sirve para que esos dos primeros disparos se esfumen en el mundo del no-ser, como parece pensar el Tribunal Supremo cuando niega que haya habido comportamiento alevoso.

El segundo argumento de la sentencia de que “estos últimos momentos del suceso (sc. los momentos del disparo no alevoso) ... son los que dan realidad punible al hecho de autos sancionado” equivale a afirmar que dos tiros alevosos que no dan en el blanco no son realidad punible, que eso es un hecho ajeno a todo juicio penal de desvalor. Contra esto hay que decir: Si un asesinato frustrado no es una realidad punible, entonces es que el artículo 3.º del Código penal no está en el Código penal.

b) La tesis del homicidio no sólo fracasa porque los argumentos que en su favor se aducen son insatisfactorios; fracasa, también, porque no está en situación de hacer frente a estas dos objeciones.

Primera objeción: El primer sorprendido sería, sin duda, el mismo autor del delito si, después de haber realizado los dos fallidos disparos alevosos, se le dijese: “Ahora ya te da lo mismo disparar que no disparar; puedes matar a tu víctima impunemente (entendiendo

impunemente en su sentido literal y estricto)". Por muy sorprendido que se quedase el delincuente: la tesis del homicidio lleva a esa consecuencia de que al autor le es lo mismo, a efectos de pena, matar que no matar. Pues la pena de reclusión menor que se le impone por homicidio consumado si realiza el tercer disparo no alevoso, se la ha ganado ya con los dos tiros que sí fueron alevosos, esto es: con el asesinato frustrado (8).

Segunda objeción: Calificar de homicida al que dispara dos veces alevosamente y mata, finalmente, sin alevosía, es equiparar a este sujeto con el que "sólo" es homicida desde un principio y durante todo el proceso que desemboca en la muerte de la víctima; o sea: es equipararle con el sujeto que no actuó con alevosía ni en los dos primeros disparos fallidos ni en el último mortal.

3. Al comienzo de este trabajo hemos afirmado que el apoyo más sólido lo encontraba la tesis del homicidio en una consideración de orden negativo: en la consideración de que era la única que ofrecía una salida, dado que ni la tesis del asesinato ni la del concurso parecían viables. Pero ahora hemos llegado a otra conclusión ulterior que complica el problema: la tesis del homicidio no ofrece tampoco una salida. Como evidentemente son estas tres soluciones las únicas imaginables calificaciones del supuesto de hecho objeto de nuestro estudio, es preciso volver a examinar las dos primeramente descartadas, para ver si no lo han sido precipitadamente.

II

LA TESIS DEL ASESINATO

Conocemos ya una objeción contra ella: la que aduce Quintano (9) de que no es posible castigar por haber matado *con* alevosía a quien ocasionó la muerte cara a cara.

Todavía es posible oponerle un reparo más: Si la tesis de castigar por asesinato consumado en estos casos fuese correcta, y volviésemos a tener oportunidad de hablar con el agente después de los dos disparos alevosos fallidos, quizás le sorprenderíamos, otra vez, con lo que ahora habría que decirle. Que sería esto: "Ahora te da lo mismo que tu tercer tiro sea también alevoso o que esta última vez dispares sin

(8) Por supuesto que el no efectuar el tercer disparo no puede estimarse, en ningún caso, desistimiento de la frustración (que en la frustración el desistimiento desempeña el mismo papel que en la tentativa es correcta teoría dominante: cfr., por todos, QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., 1966, págs. 51-52), con la consecuencia de la impunidad del agente. Si se disparó y se falló, el camino de la retirada hacia la impunidad ha quedado cerrado para el delincuente; pues el culpable ha practicado "todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo ¡no lo han producido!, por causas independientes de la voluntad del agente [su falta de puntería]" (art. 3 Código penal).

(9) Cfr. *supra*, notas 4 y 5.

cobardía; no tienes escapatoria: en cualquier caso se te va a castigar por asesinato consumado”.

Con ello, la tesis del asesinato hace iguales al que conserva hasta el final su maldad asesina, matando alevosamente, y al que, en última instancia, rebaja su ánimo criminal y mata sin que concurra la circunstancia cualificativa de asesinato. En este punto dejamos la tesis del asesinato. Pero no para siempre: aún vamos a tener que volver a ella una tercera vez (infra IV). Pues frente a estas objeciones que acabo de hacer es posible alegar una sólida defensa que, no obstante y en última instancia, tampoco puede prevalecer. Ahora pasemos a la tercera tesis.

III

LA TESIS DEL CONCURSO

En realidad, la tesis del concurso encierra, a su vez, tres posibilidades: entre el asesinato frustrado y el homicidio consumado puede haber un concurso de leyes, o bien pueden figurar ambos delitos en concurso real, o bien, por último, concurrir idealmente.

No puedo entrar, dentro del marco de este artículo, en la dogmática jurídicopenal del concurso (10). Doy por supuestos los principios generales que rigen la concurrencia, limitándome aquí a examinar qué luz arrojan para el problema objeto de este trabajo.

1. La tesis de aplicar el *concurso real* (entre asesinato frustrado y homicidio consumado) al supuesto de hecho que nos ocupa no es sostenible ni en su fundamentación ni en sus resultados.

a) Por lo que se refiere a su fundamentación, hay que tener en cuenta que el concurso real exige que el sujeto haya cometido *dos acciones* independientes (esto se deduce de la definición del artículo 69 en relación con la del párrafo primero del artículo 71). Por eso no existe concurrencia material en casos como el que sirve de base a la sentencia de 12 de noviembre de 1958; pues ahí sólo existe *una* acción (11). No es posible decir que cada disparo constituye una acción por sí misma. Como no es posible decir que el que hurta las frutas de un árbol dándole sacudidas, realiza una acción cada vez que agita el tronco (12) y que, por ello, hay que castigarle por tantos hurtos (en concurso real) como sacudidas dio y no por un único hurto de una cuantía equivalente a la *totalidad* de las frutas sustraídas. “Sería incompatible con el concepto de acción”, escribe Maurach, con razón (13), “dividir en estadios, mediante cesuras arbitrarias, este pro-

(10) De ella me he ocupado, pero también incidentalmente, en mi libro sobre *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, págs. 302 y sigs.

(11) Para más detalles sobre el concepto de unidad de acción, véase, por ejemplo, ANTÓN, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, 1949, págs. 455-456.

(12) Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., 1965, § 54 III B 1 a, pág. 627.

(13) *Op. cit.*, § 56 II A 2 a, pág. 657.

ceso fluído que no sólo es dirigido por una voluntad unitaria de acción, sino que representa una progresiva realización de la voluntad". A este argumento hay que añadir, además, este otro: una concepción que vincule el calificativo de acción a cada movimiento corporal está irremediamente condenada al fracaso. Pues ya podemos tomar el movimiento corporal que queramos: siempre podremos dividirlo en dos movimientos corporales aún más breves; y así sucesivamente *ad infinitum*: la nueva subdivisión nos hará ver, cada vez, que aún no habíamos alcanzado la unidad de acción independiente buscada.

Hasta aquí los argumentos de por qué el asesinato frustrado y el homicidio consumado *no constituyen dos acciones* y, por ello, no pueden figurar en concurso real.

b) Pero no es sólo en su fundamentación donde la tesis del concurso real se presenta inadmisibles; más inadmisibles aún lo es en sus resultados.

Quintano pensaba evidentemente en el concurso *real* cuando hacía referencia a la "imposibilidad de esta doble calificación que repugna a nuestra sistemática de aplicación de penas" (14). Y es que, en efecto, si se aplican las reglas del artículo 70, la pena es insatisfactoriamente excesiva. Que ello es así, lo demuestra la siguiente consideración: Si castigamos por un concurso real de asesinato frustrado y homicidio consumado, entonces el juez, al imponer la pena, ha de moverse dentro del siguiente marco punitivo: de veinticuatro años y dos días a treinta años (art. 70). Por ello, de aceptarse esta tesis, lo que le interesa al delincuente que ha fallado dos tiros alevosos es disparar el tercero *también con alevosía*, pues entonces se le castiga, por asesinato consumado, a una pena cuyo marco va, si —como en el caso que comentamos— no concurren agravantes, de veinte años y un día a treinta años. Mientras que si en el último disparo prescinde de la alevosía, el "premio" que recibe por ello es el de aumentársele el límite mínimo de punición en cuatro años y un día.

Rechazada la tesis del concurso real (15), queda por examinar si la aplicación del concurso de leyes o del ideal está en situación de resolver satisfactoriamente el problema planteado.

2. Anticipo mi opinión respecto de la *tesis del concurso de leyes*: esta solución no convence tampoco ni en su fundamentación ni en sus resultados.

(14) *Tratado*, I, 1962, pág. 227.

(15) Por supuesto que sólo rechazamos la tesis del concurso real para supuestos como los que nos ocupan en este trabajo en que el asesinato frustrado (los dos primeros tiros) y el homicidio consumado (el último tiro) integran *una sola acción*. En cambio, es de aplicar el concurso real cuando el asesinato frustrado y el homicidio consumado constituyen *dos acciones independientes* (ejemplo: el autor dispara contra otra persona dos tiros alevosos, no da en el blanco, y abandona entonces, de momento, su propósito de asesinarle; al cabo de tres días vuelve a encontrarse con la víctima y la mata sin que concorra ninguna de las circunstancias del asesinato). Que la solución es distinta en el caso de una interrupción de la acción es algo sobre lo que QUINTANO había llamado la atención ya con toda claridad (cfr. *Curso*, II, 1963, pág. 41).

a) De modo general se puede decir que existe concurso de leyes cuando un mismo hecho constituye dos delitos y se da la circunstancia de que con la sola aplicación de un tipo penal queda *totalmente agotado* el juicio de desvalor. Concurso de leyes existe, por ejemplo, entre el robo del artículo 501, número 5, y el delito de coacción. El que se apodera del dinero de otro amenazándole con una pistola está realizando un hecho que es subsumible en dos tipos distintos: roba y coacciona al mismo tiempo. Pero el desvalor de su comportamiento queda agotado por completo castigándole únicamente por robo; pues el legislador ya ha tenido en cuenta, en el 501, número 5, que el hecho allí tipificado va acompañado de coacciones; por eso no es posible castigar al autor, además, por este último delito: aplicándole el tipo del robo no queda ya ningún “cabo suelto” que haya que someter a un ulterior juicio desvalorativo.

En cambio, existe concurso ideal cuando ninguno de los dos tipos infringidos agota totalmente el desvalor del comportamiento. Pensemos en el funcionario público que abre una carta y se apropia de su contenido. Si aplicamos el artículo 192 abarcaremos un trozo del desvalor de su acción: la violación del secreto de correspondencia; pero nos quedará un “cabo suelto” que no ha sido tenido en cuenta al imponer la pena: el “cabo suelto” de la lesión de la propiedad. Si, por el contrario, sólo le castigamos por hurto, no habremos tenido en cuenta el otro trozo de reprochabilidad de su acción: la lesión de su deber funcional al violar el secreto de correspondencia. Para agotar por completo, en un juicio de desvalor, la reprochabilidad de esta conducta, sólo queda una salida: aplicar los dos tipos penales, abarcando, así, los dos aspectos jurídicopenalmente relevantes de su acción. Aquí entra en juego, por consiguiente, no el concurso de leyes, sino el ideal.

Que el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio no puede regirse por las reglas del concurso de leyes difícilmente puede ponerse en duda. La acción *única* ha constituido, al mismo tiempo, un asesinato frustrado y un homicidio consumado. Si castigamos sólo por el primer delito *frustrado*, entonces nos queda un “cabo suelto” de la conducta que no es sometido a juicio de desvalor: el “cabo suelto” de que el sujeto ha *consumado* la lesión del bien jurídico “vida”. Si condenamos únicamente por homicidio consumado, estamos prescindiendo de un sector del desvalor contenido en el comportamiento: no estamos tomando en consideración que antes de matar cara a cara el autor había disparado, sin acertar, dos tiros alevosos. De todo ello se sigue: el concurso de leyes no es aplicable a este supuesto de hecho.

b) Por qué la aplicación del artículo 68 es insatisfactoria también en sus resultados no requiere un detenido razonamiento. Pues la entrada en juego del concurso de leyes significaría imponer al delincuente la pena de reclusión menor. Que esta pena no puede ser la adecuada es algo que he tratado de demostrar al ocuparme de la tesis del homicidio; a lo allí (supra I, 2, b) expuesto remito ahora.

3. En mi opinión, la aplicación del *concurso ideal* ofrece la solución correcta.

a) Correcta en su fundamentación, porque en el ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio, estamos ante *una* acción (cfr. supra III 1 a) que constituye *dos* delitos (asesinato frustrado y homicidio consumado) y cuyo desvalor sólo queda agotado teniendo en cuenta los dos aspectos de su reprochabilidad (cfr. supra III 2 a). Estamos, pues, ante un caso paradigmático de concurso ideal.

b) Pienso que los resultados a que llega la tesis del concurso ideal son también convincentes. Pues al imponer al autor la pena de reclusión menor en su grado máximo (art. 71, párrafo 2) le estamos castigando con más rigor que si los dos primeros disparos no hubiesen sido alevosos (reclusión menor en toda su extensión) y con menos rigor que si el tercer disparo hubiese ido acompañado, también, de la alevosía (asesinato consumado).

IV

OTRA VEZ: LA TESIS DEL ASESINATO

1. A pesar de haber tomado posición ya a favor de la tesis del concurso ideal, a pesar de haber rechazado (supra II) la del asesinato, a pesar de todos los argumentos a favor de aquélla y de todas las objeciones en contra de ésta, la opinión de que es un asesinato consumado lo que en realidad existe en los supuestos que examinamos tiene que volver a ser objeto de nuestro estudio. Pues contra nuestra solución la tesis del asesinato puede alegar reparos bastante bien fundamentados.

Los reparos son los siguientes: ¿Qué es eso de ir examinando el proceso de causación de muerte tiro por tiro sometiéndolo cada uno, por así decir, a una investigación microscópica? ¿No equivale eso a violentar la estructura del comportamiento punible tal como se dio en la realidad? ¿Por qué considerar el comportamiento sometiéndolo a cortes artificiales? ¿Por qué no considerarle *en su totalidad*?

Hasta aquí, las objeciones de la tesis del asesinato contra nuestra solución y contra el *procedimiento* que ha conducido a ella.

2. Pero la tesis del asesinato no está sólo en situación de atacar otras soluciones; puede también defenderse y alegar argumentos en su favor. Estos argumentos consistirían en mostrar que el supuesto aquí examinado no se diferencia en nada de un asesinato, donde la circunstancia cualificativa subsiste hasta que la muerte se produce. Es indiscutible que el autor cuya conducta enjuició el TS el 12 de noviembre de 1958, había demostrado ya, con sus dos primeros disparos, que estaba dispuesto a asesinar, a matar a traición; y si no lo consiguió no fue mérito suyo, sino que fue *la misma víctima* la que se volvió y la que hizo imposible que en el disparo final concudiese la

alevosía. ¿No son las circunstancias del tiro final meramente anecdóticas? ¿Es que disminuye o aumenta en algo la reprochabilidad del autor dispuesto a asesinar —y que demuestra que lo está disparando dos veces alevosamente— porque la víctima (lo que el autor no puede controlar) se dé o no se dé la vuelta? Además: Si la tesis del concurso ideal aquí defendida fuese correcta, la mayor o menor pena del delincuente dependería de circunstancias carentes en absoluto de fundamento material. Pues el destino de la alevosía basada en la sorpresa del ataque es el de desaparecer rápidamente si el autor no consigue la muerte en los primeros momentos: el ataque aleroso pone en guardia a la víctima y, con ello, deja de existir la circunstancia cualificativa del asesinato. Lo que quiere decir: cuanto más nervioso sea el autor o peor puntería tenga, más probabilidades de que consume la muerte como homicidio y se le imponga, así, una pena menor.

Estas consideraciones representan un argumento más a favor de la tesis del asesinato y una objeción más contra la nuestra. Un argumento a favor de aquella solución en cuanto que con dichas consideraciones parece quedar demostrado que no existe diferencia alguna en la reprochabilidad entre quien mata disparando dos tiros con alevosía y el último —el definitivo— sin ella, y el autor que, después de fallar dos tiros alerosos, mata, definitivamente, con otro aleroso también; y como no existe diferencia, los dos sujetos merecen el mismo castigo: el de asesinato consumado. Los razonamientos de la tesis del asesinato representan, asimismo, una objeción contra la posición aquí mantenida en cuanto que parecen echar por tierra una de las alegaciones en la que nos habíamos apoyado, a saber: la de que nuestra solución es justa porque trata con menos rigor al que dispara dos tiros alerosos fallidos y uno (el que acierta) sin alevosía que al que hasta el final es un asesino —tres tiros (también el último) alerosos—. Si, como parece, no existe diferencia entre estos dos comportamientos, entonces yo no he tratado lo desigual desigualmente, sino que he tratado desigualmente lo igual; por ello, mi tesis no puede aducir en su favor la idea de la justicia: es, en realidad, una tesis injusta.

3. Ha llegado el momento de pasar a la defensa y de intentar demostrar por qué —a pesar de toda la fuerza de convicción de los argumentos de la tesis del asesinato— la solución del concurso ideal es, no obstante, la correcta. Lo es, fundamentalmente, porque ella es la única que se basa en “hechos” de los que el Código penal declara expresamente que son penalmente relevantes, mientras que la tesis del asesinato acude al examen de circunstancias a las que nuestra ley penal no concede relevancia alguna. Naturalmente que tengo que examinar microscópicamente cada disparo; pues el Código penal exige que se *mate* alerosamente (¡no basta con que se *intente* matar alerosamente!), y si en el último disparo no encuentro la alevosía, no hay asesinato consumado. Ciertamente que la tesis del asesinato demuestra, bastante convincentemente, que este sujeto al que su mala puntería le libra de un último disparo a traición realiza un comportamiento en todo equiva-

lente al que consuma el hecho alevosamente. Pero no lo demuestra como lo quiere el Código: al Código Penal no le basta para castigar por asesinato con que se demuestre que un sujeto es igual de depravado que un asesino; exige, además, que esta *demonstración* la proporcione el autor ejecutando el “hecho” que el legislador penal ha tipificado como asesinato. Y si no realiza ese “hecho” no podemos condenar por asesinato, por mucho que en base a otros “hechos” no recogidos en la legislación penal lleguemos al convencimiento de que el sujeto no se diferencia en nada del que asesina realizando el tipo del artículo 406.

¿No son todo esto elucubraciones de jurista alejadas de la justicia y de la realidad? Porque no deja de ser extraño que concedamos a la tesis del asesinato que demuestra, sin lugar a dudas, la igual reprochabilidad del que dispara el tiro final sin y con alevosía y luego defendamos para éste la pena de asesinato consumado y para aquél una inferior. Pues bien: lo extraño deja de serlo si consideramos la cuestión dentro de un marco más amplio: dentro del principio básico del pensamiento penal occidental de la tipicidad. Las consideraciones sobre la mayor o menor reprochabilidad del sujeto carecen de trascendencia si no se han traducido en un hecho que el legislador ha convertido expresamente en un elemento del tipo. Este principio es absoluto y no admite quiebra alguna, porque de él depende la garantía del ciudadano frente al poder punitivo estatal. Admitir la tesis de castigar por asesinato a quien —por nerviosismo, por mala puntería o por lo que sea— no ha cometido un asesinato, sería conceder al juez la facultad —que, con razón, sólo está reservada a la ley— de castigar al sujeto por delitos que no ha cometido, pero por los que se les hace responder porque el magistrado, en base a criterios que no han sido recogidos por el Código penal, estima que el comportamiento es equivalente en reprochabilidad a la acción delictiva tipificada.