

La premeditación en el Derecho positivo español

CESAR CAMARGO HERNANDEZ

Fiscal Provincial y Profesor Adjunto de Derecho penal

SUMARIO I. *Antecedentes legislativos*: A) Fueros municipales. B) Antiguas leyes: 1) Las Partidas.—2) Ordenamiento de Alcalá.—3) Novísima Recopilación. C) Códigos penales: 1) Código penal de 1822.—2) Códigos penales de 1848 y 1850.—3) Código penal de 1870.—4) Código penal de 1875. 5) Código penal de 1928.—6) Código penal de 1932.—II. *La premeditación en el vigente Código penal*: A) La premeditación como circunstancia agravante genérica: 1) Concepto.—2) Elementos. B) Como circunstancia calificativa. C) Como circunstancia agravante específica. D) Ambito de aplicación: 1) Regla general.—2) Delitos a los que no es aplicable: a) Por haber expresado la premeditación la ley al describirlos o penarlos. b) Por ser inherente a los mismos.—3) Delitos a los que es aplicable: a) Delitos contra el Jefe del Estado. b) Parricidio. c) Lesiones (castración, mutilación y lesiones menos graves). d) Violación. e) Abusos deshonestos violentos. f) Daños. g) Robo con violencia en las personas.—4) Casos especiales: a) De aplicación. b) De inaplicación.—E) Sus relaciones con otras circunstancias: 1) Sus relaciones con las circunstancias atenuantes: a) Eximentes incompletas: 1. Compatibles.—2. Incompatibles: a') Por falta del elemento esencial de calma y frialdad de ánimo. b') Por falta del elemento temporal. c') Por falta de plena imputabilidad.—b) Con las restantes atenuantes; 1. Circunstancias atenuantes compatibles con la premeditación. 2. Circunstancias atenuantes incompatibles con la premeditación. 3. Atenuantes análogas.—2) Sus relaciones con las demás circunstancias de agravación: a') Regla general. b') Examen especial de sus relaciones con la alevosía.—F) Codelincuencia: 1) Regla general.—2) Coautores.—3) Cómplices.—4) Encubridores: a) Encubrimiento como forma de coparticipación. b) Encubrimiento como delito autónomo.—G) Sus efectos en cuanto a la punibilidad: 1) Actuando como genérica.—2) Actuando como específica.—3) Como calificativa.—4) Concurrencia con otras circunstancias.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A) *Fueros municipales*.—En nuestros Fueros municipales, al igual que en el Derecho germánico, la responsabilidad, generalmente, tiene por base el hecho material, siendo, por tanto, pu-

ramente objetiva (1). No obstante, en algunos Fueros, se requiere la voluntad de causar el mal (2) imponiéndose una penalidad menor (3) o declarándose la exención de pena (4), cuando dicha voluntad no concurra. Mas, si como acabamos de ver, se distingue entre el hecho doloso y el culposo no se tiene en cuenta la mayor intensidad del primero y, por tanto, no se hace la menor alusión a la premeditación en estas fuentes.

B) *Antiguas Leyes*.—En nuestras Leyes antiguas (Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Leyes del Estilo, Las Siete Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenanzas Reales de Castilla, etc.), no se encuentra una alusión concreta a la premeditación; no obstante, embrionariamente, se atisba su idea en las Partidas y aparece embobido su concepto en el del acecho en el Ordenamiento de Alcalá, en la Nueva Recopilación y en la Novísima Recopilación.

1) *Las Partidas*.—Partida VII, título VIII, ley VII: «*Como el físico o el especiero que muestra o vende yeruas a sabiendas para matar ome, deve auer pena de omicida.*» «Físico, o especiero, o otro ome qualquier que vendiere a sabiendas yeruas, o ponçoñas a algún ome, que las compre con intención de matar a otro con ellas, e gelas mostrare a conocer, o a destemprar, o dar porque mate a otro con ellas, también el comprador como el vendedor, o el que las mostro como el que las diesse, denen auer pena de omicida por ende, maguer el que las compro no pueda cumplir lo que cuydaua porque se le non guiso. E si por auentura matare con ellas, entonce el matador, deve morir deshonorradamente echandolo a los leones, o a canes, o a otras bestias brauas que lo mateu» (5).

2) *Ordenamiento de Alcalá*. — Título XXII: «*De los omecillos. Ley primera: Como los que fieren sobre açechanças o sobre conseio o fabla fecha deben morir por ello.* Acaesce muchas veçes que algunos omes estan açechando para ferir, o fazer fabla, o conseio para ferir o matar á otros, e fieren áquellos á quien estan açechando é entendiendo para ferir, o matar, et siempre que fué fecho conseio o fabla, estos atales deben aver pena mayor, que los que

(1) Puede servir de ejemplo, entre otros muchos, el Fuero de Molina en el que, con relación a las heridas y mutilaciones, las cantidades que se exigen al delincuente, tarifas o precios de la sangre, son proporcionales a la gravedad de la herida o mutilación. Véase SANCRO IZQUIERDO, *El Fuero de Molina*, Madrid, 1916, págs. 115 y 116.

(2) Por ejemplo, el de ESCALONA-MUÑOZ, *Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas* (Madrid, 1847, vol. I, pág. 486), en el que se dice: «Si quis hominem acciderit, nolens, infra civitatem, iudicium faciat; et si volente occiderit suspendatur in loco.»

(3) Fuero de Santa María de Cortes: «Si quis forte acciderit hominem et non sponte, pectet homicidio et non sit inimicus nec pectet coto», (ILINOJOSA, *Documentos para la Historia de León y Castilla*, Madrid, 1919, pág. 85.)

(4) En el Fuero de San Miguel de Escalada se declara exento de pena al que «in ioco, sine ira» hiriere a otro.

(5) MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885, página 626.

fieren en pelea. Et porque los derechos mandan, que estos tales sean tenudos á pena de muerte, así como si mataren, e fasta aquí en algunos logares por fuero o por costumbre non se usaba así, é por esto atrebianse muchos a fazer estos yerros: por ende establescemos que qualquier ó qualesquier que sobre açechanças, ó sobre conseio ó habla fecha firiere a alguno, que muera por ello, maguer aquel a quien firiere no muera de la herida» (6).

3) *Novísima Recopilación*.—Libro XII, título XXI, *De los homicidios y heridas*, Ley III, «Pena del que hiriere a alguno, precediendo asechanzas o Consejo para ello. Acaesce algunas veces, que algunos hombres están asechando para herir ó matar á otro, y hacen habla o Consejo para ello, y hieren á aquellos á quienes están asechando y atendiendo para los herir ó matar, sobre que fué hecho el Consejo ó la habla; y estos tales deben haber mayor pena que los que hieren en pelea, porque los Derechos mandan que estos tales sean tenudos á pena de muerte, así como si matasen; y porque en algunos lugares por Fueros y por costumbres no se usa así, y por esto se atrevían muchos á hacer los tales yerros; por ende establecemos, que qualquier o qualesquier que por asechanzas, ó sobre conseio ó habla hecha hiriere á alguno; que muera por ello, magüer aquel á quien hirió no muera de la herida» (7).

Para algunos autores, como por ejemplo, el que fué catedrático de la Universidad de Valladolid, don José Muro Martínez (8), la expresión *habla fecha* equivale a *premeditación*.

C) *Códigos penales*.—Es a partir de la sanción del Código penal de 9 de julio de 1822 cuando por primera vez, en nuestro Derecho positivo, se emplea la palabra *premeditación* para designar esta agravante que anteriormente aparecía confundida con el acecho. circunstancia esta última que en este Cuerpo legal, es considerada con independencia de la primera.

Las disposiciones referentes a la *premeditación* contenidas en nuestros Códigos penales, son las siguientes:

1) *Código penal de 1822*.—Art. 106: «Se tendrán por circunstancias agravantes: ...3.ª La mayor malicia, premeditación y sangre fría con que se haya cometido la acción.»

Art. 605.—«Los que maten a otra persona voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte. Es homicidio voluntario el cometido espontáneamente, a sabiendas y con intención de matar a una persona, siendo indiferente en este caso que

(6) Autor y obra anteriormente citados, pág. 606.

(7) Obra anteriormente citada, pág. 1804. No reproducimos la Ley II del Título XXIII del Libro VIII de la Nueva Recopilación por ser igual a la disposición transcrita.

(8) *Códigos españoles y Colección legislativa*, tomo II, 2.ª edición, «L.: Publicidad», Madrid, 1881, Título XXII, Ley 1.ª de Ordenamiento de Alcalá, página 27.

el homicida dé la muerte a otra persona distinta de aquella a quien se propuso hacer el daño.»

Art. 609: «Son asesinos los que matan a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes: ...2.^a Con previa asechanza, ya aguardando a la persona asesinada, o a la tenida en lugar suyo, en uno o más sitios para darle muerte (9); ya observando la acción oportuna para embestirle; ya poniendo espías o algún tropiezo o embarazo para facilitar la ejecución; ya buscando auxiliadores para el mismo fin; o ya empleando de antemano cualquiera otro medio insidioso para sorprender a dicha persona y consumar el delito.»

Con relación a este Código, dice acertadamente Antón Oneca (10) que en él la premeditación «no tenía vida independiente. La premeditación era elemento general del asesinato; pero eran preciso, además, una de varias circunstancias (dones o promesas, previa asechanza, alevosía, veneno, explosión, actos de ferocidad o crueldad, fin de cometer otro delito o de impedir se estorbe la ejecución, el descubrimiento o la detención)», así, para este autor, la premeditación aquí viene a ser *el elemento subjetivo común a todas estas circunstancias* que han de acompañarla.

2) *Códigos penales de 1848 y 1850.*—Art. 10: «Son circunstancias agravantes: ...6.^a Obrar con premeditación conocida.»

Art. 333. «El que matare a otro, y no esté comprendido en el artículo anterior, será castigado: 1.^o Con la pena de cadena perpetua a la de muerte, si lo ejecutare con alguna de las circunstancias siguientes: ...4.^a Con premeditación conocida.»

Es agravante específica del delito de lesiones graves, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 343.

3) *Código penal de 1870.*—Art. 10: «Son circunstancias agravantes: ...7.^a Obrar con premeditación conocida.»

Art. 418: «Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matare a alguna persona, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ...4.^a Con premeditación conocida.»

Es agravante específica de las lesiones graves, último párrafo del artículo 431 (II).

4) *Código penal de 1875.*—Art. 10: «Son circunstancias agravantes: ...6.^a Obrar con premeditación conocida.»

(9) Obsérvese en este lugar la marcada influencia del artículo 208 del Código penal francés.

(10) *Derecho penal* (Parte general), Madrid, 1940, pág. 365, nota 4.^a

(11) Las disposiciones de este Código, en lo que a esta materia se refiere, son reproducidas por el Código penal de Ultramar de 23 de mayo de 1879 y por el de la Zona del Protectorado español en Marruecos de 1 de junio de 1914. Sobre este último Código, MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho de Marruecos*, Reus, Madrid, 1941, págs. 65 y sigs.

Art. 321: «Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matare a alguna persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ...4.ª Con premeditación conocida.»

En el penúltimo párrafo del artículo 334 se considera la premeditación como agravante específica de las lesiones graves (12).

5) *Código penal de 1928*.—Art. 66: «Agravan la responsabilidad las circunstancias siguientes:

5.ª Obrar con premeditación conocida.

Existe esta circunstancia cuando la resolución anterior para delinquir y su persistencia, se revelan por el intento repetido de ejecutar la infracción, o por la índole de los medios preparados para realizarla, o por el tiempo transcurrido entre la resolución, demostrada por actos exteriores y su ejecución.»

Del asesinato.—Art. 519. Es culpable de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ...2.ª Premeditación conocida.»

Según lo dispuesto en el artículo 535, la premeditación es agravante específica de los delitos de lesiones (castración, mutilación causada de propósito, lesiones graves y lesiones menos-graves).

Examinando la noción anteriormente transcrita, el profesor Cuello Calón (13) considera elementos esenciales de esta agravante: «a) La resolución, demostrada por actos exteriores de cometer un delito; b) Por su persistencia; c) Que se revele por el intento repetido de ejecutar la infracción, o por la índole de los medios preparados para realizarla o por el tiempo transcurrido entre la resolución y la ejecución.»

6) *Código penal de 1932*.—Este Código, en los artículos 10, número 5 (Circunstancias agravantes); 412, número 4.º (Asesinato) y 423, penúltimo párrafo (Lesiones graves), reproduce las respectivas disposiciones del Código penal de 1870.

II. LA PREMEDITACIÓN EN EL VIGENTE CÓDIGO PENAL

El vigente Código penal de 23 de diciembre de 1944, como la mayoría de los anteriores, regula la premeditación en su triple aspecto de circunstancia agravante genérica, específica y cualificativa. Examinémosla en cada uno de ellos.

A) *La premeditación como circunstancia agravante genérica*

(12) Este Código fué publicado en Tolosa y solamente estuvo en vigor durante poco tiempo en los territorios ocupados por las tropas de Don Carlos de Borbón durante la segunda guerra carlista.

(13) *El nuevo Código penal (Exposición y comentario)*, Bosch, Barcelona, 1929, pág. 135. Sobre esta cuestión, véase, además, la obra del Padre Moxres, *Derecho penal español*, San Lorenzo de El Escorial, 1929, tomo 1.º, páginas 440 y ss.

En este sentido la regula el Código en el artículo 10, que dispone: «Son circunstancias agravantes: ... 6.^o Obrar con premeditación conocida».

1) *Concepto*.—Como acabamos de ver, el vigente Código, a diferencia del de 1928, no define la premeditación (14) y esta laguna, colmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha tratado de ser suplida con un criterio gramatical por nuestros comentaristas, los que, siguiendo al Diccionario de la Academia, dicen que es «consideración o meditación reflexiva sobre algún hecho, antes de ejecutarlo». En este sentido se muestran Pacheco (15) y Groizard (16). Estos autores sostienen que el expresado concepto armoniza con la definición técnica de esta circunstancia, cosa que, a nuestro juicio, no es exacta, pues en él no se encuentran comprendidos ninguno de los elementos esenciales de la circunstancia [agravante de premeditación, y, como consecuencia—prescindiendo de los casos de dolo de ímpetu—, es aplicable a cualquier delito intencional en el que siempre precede la meditación sobre el hecho a su ejecución. Para la existencia de la premeditación es preciso que una vez tomada la resolución de realizar un hecho delictivo, entre ésta y su ejecución, transcurra un tiempo prudencial y que durante el mismo reine en el ánimo del agente la suficiente calma y frialdad.

2) *Elementos*.—Para que pueda haber premeditación es necesario que concurren los siguientes elementos: persistencia en la resolución, transcurso de cierto tiempo y calma y frialdad del ánimo.

A estos tres elementos de la premeditación, por imperativo legal, hay que añadir el de que ésta sea conocida.

Dice Viada (17) que «con este calificativo ha querido, sin duda, dar a entender el legislador que no basta que se sospeche la premeditación, sino que es necesario que se vea por los hechos y por las demás circunstancias del delito».

Estudiando este elemento, entiende Ferrer Sama (18) que esta aclaración expresa que hace el Código, al exigir que la premedita-

(14) Muy discutida es la cuestión referentes a si esta circunstancia debe o no ser definida por los Códigos. CARRARA (*Programa*, § 1.124, nota 1.^a, página 113) sostiene «que un buen Código no debe limitarse a indicar la agravante de la premeditación, sino definir lo que entiende por premeditación». En este mismo sentido se muestran, entre otros, FERRER SAMA (*Comentarios*, I, pág. 302) y PANIZO PIQUERO (*Tesis doctoral*, pág. 146). Otros autores entienden que, dadas las grandes dificultades que presenta dar una acertada definición de esta circunstancia, es preferible que su significado se determine por los Tribunales, a su prudente arbitrio. Sobre esta cuestión ver PAOLI, *Il Mord e il Tolschlag nel Diritto tedesco*, en «Riv. Penale», 1925, págs. 397 y ss.

(15) Obra cit., tomo 1.^o, pág. 224.

(16) Obra cit., tomo 1.^o, pág. 476.

(17) *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1800, tomo I, pág. 267.

(18) *Comentarios*, I, pág. 362.

ción haya de ser conocida, es totalmente innecesaria, «pues, evidentemente, nunca habría de ser apreciada la agravante cuando el carácter premeditado del acto no fuese suficientemente conocido».

B) *Como circunstancia calificativa*.—En nuestra legislación el delito de homicidio cuando concurra la circunstancia de premeditación se transforma en el más grave de asesinato, obrando así esta circunstancia como calificativa. Dispone el Código en su artículo 406, que «es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ... 4.ª Con premeditación conocida».

C) *Como circunstancia agravante específica*.—La premeditación, de acuerdo con las disposiciones de nuestro Código, sólo obra como agravante específica en relación al delito de lesiones graves previstas y penadas en los artículos 420 y 421 (19).

Esta regla general tiene una excepción—último párrafo del artículo 420—referente a las lesiones dolosas causadas por el

(19) En los citados artículos se dice:

Art. 420. «El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro será castigado como reo de lesiones graves:

1.º Con la pena de prisión mayor, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbecil, impotente o ciego.

2.º Con la de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere perdido un ojo a algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él, o inutilizado para el trabajo a que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado.

3.º Con la pena de prisión menor, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él, o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días.

4.º Con la de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, si las lesiones hubieren producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405 o con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406, las penas serán la de reclusión menor, en el caso del número 1.º de este artículo; la de prisión mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, en el caso del número 2.º; la de prisión mayor, en el caso del número 3.º y la de prisión menor en el caso del número 4.º del mismo.

No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que el padre causare al hijo excediéndose en su corrección.»

Art. 421. «Las penas del artículo anterior son aplicables, respectivamente, al que, sin ánimo de matar, causare a otro alguna de las lesiones graves, administrándole, a sabiendas, sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu.»

La disposición contenida en el último párrafo del artículo 420 ha sido diversamente interpretada por la doctrina española. Para el profesor SÁNCHEZ TEJERINA es una excusa absolutoria que no puede justificarse y debe desaparecer; el profesor CUELLO CALÓN sostiene que este precepto no debe entenderse como una declaración de impunidad; estas lesiones se castigarán, según su importancia, con las penas establecidas en este artículo, pero sin la agravación que su penúltimo párrafo establece. La posición últimamente expuesta es la generalmente admitida.

padre al hijo excediéndose al usar del derecho de corrección. En este caso no se apreciará la premeditación como circunstancia agravante específica, pero sí como genérica, puesto que legalmente nada se opone a ello.

Aunque el texto legal sólo menciona al padre, de acuerdo con el profesor Cuello-Calón (20), creemos aplicable este beneficio a la madre.

D) *Ambito de aplicación.*—Estando la premeditación principalmente considerada en nuestro Código penal como circunstancia genérica de agravación y no conteniendo el número 6.º del artículo 10 ninguna limitación en cuanto al alcance de su aplicación como, por ejemplo, ocurre con la de alevosía, cuyos efectos son limitados por la ley a los delitos contra las personas, puede afirmarse que es aplicable, como tal agravante genérica, a todas las infracciones mientras no sea inherente a las mismas o el legislador la haya atribuido determinados efectos con relación a algún delito en particular.

Al estudiar esta cuestión, de gran importancia no solamente doctrinal sino también práctica, comenzaremos por señalar los principios generales que rigen en la materia para, seguidamente y en concreto, examinar el problema en relación a determinados delitos.

1) *Regla general.*—Dispone el Código penal en su artículo 59 que «no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta *haya expresado al describirlo y sancionarlo*».

Consideramos de gran utilidad para la interpretación y recta aplicación de este precepto, en lo que a la premeditación se refiere, las siguientes reglas dadas por los comentaristas que amplían su excesiva estrechez.

a) No deberá aplicarse la agravante de premeditación, «no sólo cuando el delito de que se trate no sea concebible sin las condiciones del acto premeditado, sino también cuando lo general sea que al delito acompañen las condiciones dichas, porque entonces falta la base de esta agravante, cual es la nota de ejecución excepcional en cuanto a la mayor reflexión puesta por el agente en el acto. Por ejemplo, la estafa puede admitirse lógicamente sin premeditación, pero como lo general es que dicho delito sea cometido premeditadamente, no debe de estimarse la agravante» [Ferrer Sana (21)].

b) La premeditación se apreciará como agravante con relación a aquellos delitos respecto a los cuales tenga *carácter accesorio*; pero no producirá el efecto de aumentar la pena en aque-

(20) *Derecho penal*, tomo 2.º, pág. 508.

(21) *Comentarios*, I, pág. 375.

llos otros que *tenga carácter principal o sea parte de lo principal* [Pacheco (22)].

c) «Siempre que en un acto delictivo puede aducirse con eficacia la atenuante de impulso repentino, cabe *a contra sensu* ser apreciada la agravante de premeditación [Quintano Ripollés (23)].

2) *Delitos a los que no es aplicable*.—De acuerdo con lo establecido en la regla anterior, la premeditación no será aplicable cuando haya sido expresada por la ley al describir o pensar el delito o cuando sea inherente al mismo. Examinemos ambos supuestos.

a) *Por haber expresado la premeditación la Ley al describirlos o penarlos*.—Cuando el Código hace concretamente referencia a la premeditación, con relación a algún delito, atribuyéndola efectos especiales no puede ser al mismo tiempo apreciada como circunstancia genérica de agravación por prohibirlo expresamente la Ley cuando, haciendo aplicación del principio *non bis in idem*, dice, en el precepto antes citado, que no producen el efecto de aumentar la pena las agravantes expresadas al describir o sancionar el delito. En este supuesto están comprendidos los siguientes delitos:

1. *Asesinato*.—Habiendo expresado la Ley esta circunstancia al describir el delito, produce el efecto de transformar el homicidio en este otro más grave con relación al cual, por tanto, no puede al mismo tiempo producir sus efectos como agravante genérica (24).

2. *Lesiones graves*.—Al sancionar el delito de lesiones graves (art. 420) la Ley tiene especialmente en cuenta la concurrencia de la premeditación, señalando una pena más grave de la que establece para el delito no específicamente circunstanciado. Por tanto, y en virtud de las razones anteriormente aducidas, tampoco respecto a este delito puede actuar la premeditación como agravante genérica (25), por producir sus efectos como específica. Lo indicado es también aplicable a la disposición contenida en el artículo 421, que no es más que una norma aclaratoria del anterior, con relación a determinados hechos.

b) *Por ser inherentes a los mismos*.—Los penalistas españoles (26) coinciden, por regla general, en que la premeditación no produce sus efectos, por aplicación de lo dispuesto en el párrafo

(22) *El Código penal etc.*, I, pág. 226.

(23) *Comentarios*, I, pág. 226.

(24) Como luego indicaremos con relación al asesinato, la premeditación puede ser apreciada como agravante genérica cuando concorra con otra de las agravantes expresadas en el artículo 406 y ésta sea estimada como cualificativa.

(25) De la excepción referente al exceso en el uso del derecho de corrección nos ocuparemos después.

(26) PACHECO, obra cit., pág. 225; GROIZARD, obra cit., pág. 478; FERRER SAMA, *Comentario*, I, pág. 375; QUINTANO, obra cit., pág. 226; PUIG PEÑA, obra cit., pág. 525.

segundo del artículo 59, en los delitos siguientes: delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado (exceptuando el homicidio y las lesiones acusadas al Jefe del mismo), falsedades, fraudes, auxilio e inducción al suicidio y homicidio con consentimiento de la víctima, infanticidio, aborto, mutilación para eximirse del servicio militar, rufianismo y proxenetismo, estupro, corrupción de menores, rapto, usurpación del estado civil, bigamia, robo con fuerza en las cosas, hurto, alzamiento de bienes, estafas, apropiación indebida, defraudación de flúido eléctrico, maquinaciones para alterar el precio de las cosas y usura.

Algunos de estos delitos pueden ejecutarse sin premeditación, pero lo normal y corriente es que requieran cierto tiempo en su preparación durante el cual la voluntad persista en su resolución, o, como dice Quintano Ripollés (27), son modalidades delictivas éstas «en que la premeditación es como consustancial a su gestación, que forzosamente ha de ser lenta o al menos laboriosa».

En igual sentido se muestra el profesor Antón Oneca (28) cuando afirma que, «en rigor, raro es el delito donde no sea posible (la concurrencia de la premeditación) por ser ya elemento inherente al mismo. En las mismas falsificaciones y estafas caben resoluciones súbitas o premeditadas. Pero la Jurisprudencia ha corregido la excesiva amplitud de la Ley».

3) *Delitos a los que es aplicable.*—De acuerdo con las normas anteriormente expuestas y por no concurrir ninguna de las excepciones establecidas por el artículo 59, la circunstancia agravante de premeditación será aplicable, como genérica, a los delitos siguientes:

a) *Delitos contra el Jefe del Estado (homicidio y lesiones).* Tanto al delito de homicidio del Jefe del Estado (art. 142) como al de lesiones causadas al mismo, ya sean éstas graves (art. 144, 3.º), menos graves o constitutivas de falta (art. 145), es aplicable, cuando concurren los elementos necesarios al efecto, la circunstancia agravante de premeditación en concepto de genérica. Esta es también la opinión del profesor Cuello Calón (29) para quien, como «el delito está constituido por el simple homicidio del Jefe del Estado si concurre en el hecho alguna de las circunstancias que cualifican el asesinato será estimada como una agravante».

b) *Parricidio.*—A este delito, consistente en la muerte de alguno de los parientes taxativamente mencionados en el texto legal (art. 405), es perfectamente aplicable la premeditación como agravante genérica, ya que dicha circunstancia no puede ser considerada como inherente al mismo.

c) *Lesiones (castración, mutilación y lesiones menos graves).*

(27) Obra y lugar anteriormente citados.

(28) Obra citada, tomo 1.º, pág. 367.

(29) *Derecho penal*, vol. II, pág. 33. Ver también, VIADA, I, pág. 269.

Produciendo esta agravante efectos específicos exclusivamente con relación a las lesiones graves previstas y penadas en el artículo 420, ha de ser apreciada como genérica con relación a los delitos de castración (art. 418), mutilación (art. 419) y lesiones menos graves (art. 422). También es aplicable a las faltas de lesiones (arts. 582 y 583, 1.º).

d) *Violación*.—No siendo consustancial a este delito la premeditación, cuando concorra, podrá ser apreciada con relación al mismo como agravante genérica, ya que no requiere, como por ejemplo el de estupro, una lenta preparación.

e) *Abusos deshonestos violentos*.—No diferenciándose este delito, previsto en el artículo 430, del de violación en su grado de tentativa, nada más que por la existencia o no del ánimo de yacer, es aplicable al mismo lo anteriormente expuesto y, en consecuencia, en este supuesto podrá también ser apreciada la premeditación como agravante genérica.

f) *Daños*.—Los comentaristas (30) suelen considerar aplicable a estos delitos la circunstancia agravante de premeditación, por no creer que su concurrencia sea normalmente necesaria para la ejecución de los mismos.

g) *Robo con violencia en las personas*.—Especial interés ofrece el estudio de la aplicación de la agravante de premeditación a estas figuras complejas reguladas por el artículo 501 de nuestro vigente Código penal que dice: «El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

1.º Con la pena de reclusión mayor a muerte cuando, *con motivo o con ocasión del robo*, resultare homicidio.

2.º Con la pena de reclusión mayor, cuando el robo fuere acompañado de violación o mutilación *causada de propósito*, o *con su motivo u ocasión* se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del artículo 420, o el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día, o cuando se intentare el secuestro de alguna persona.

3.º Con la pena de reclusión menor cuando *con el mismo motivo u ocasión* se causare alguna de las lesiones penadas en el número segundo del artículo 420.

4.º Con la pena de presidio mayor cuando la violencia o intimidación que hubiere concurrido en el robo hubiere tenido una gravedad manifiestamente innecesaria para su ejecución, o cuando en la perpetración del delito se hubieren por los delincuentes inferido a personas no responsables del mismo lesiones comprendidas en los números 3.º y 4.º del citado artículo 420.

5.º Con la de presidio menor en los demás casos.”

(30) Véase, por ejemplo, GROIZARD, obra cit., vol. 1.º, pág. 478. QUIN-
TANO RIPOLAÉS (obra cit., I, pág. 226) se muestra partidario de la incompatibilidad «aunque más por motivos de dificultad práctica de apreciación que por razones jurídicas, que no las hay».

De este precepto se desprende que en determinados casos, homicidio y lesiones que se expresan, sólo se requiere que *con motivo u ocasión del robo* se produzca alguno de estos resultados, los que podrán ocasionarse en virtud de una conducta dolosa, culposa (31) o fortuita (32); Dada la naturaleza de la circunstancia agravante de premeditación (mayor cantidad de dolo), sólo podrá ser apreciada con relación al primero de los supuestos anteriormente indicados.

De lo dicho se deduce que la agravante de premeditación será aplicable al delito de robo con homicidio o lesiones, cualquiera que sea su clase, cuando estos últimos delitos sean ejecutados intencionalmente y con relación a ellos y no al robo. También es aplicable la premeditación al robo acompañado de violencia o mutilación causada de propósito. Por el contrario, no es aplicable al robo acompañado de detención o secuestro, por ser la premeditación circunstancia que ordinariamente acompaña a estos hechos, dada la preparación que suelen requerir.

4) *Casos especiales*.—Comprendemos en este apartado aquellos otros delitos con respecto a los que la posibilidad o imposibilidad de la concurrencia de la agravante de premeditación obedece a razones distintas de las hasta ahora aducidas. Estos supuestos son los siguientes:

a) *De aplicación*.—1. *Asesinato*.—Cuando la premeditación concorra en este delito con una o más de las otras circunstancias enumeradas en el artículo 406 y siempre que se estime como calificativa una de éstas, dicha circunstancia, no obstante haberla expresado la Ley al describir el delito, podrá ser apreciada como agravante genérica.

2. *Lesiones graves*.—Como ya hemos dicho anteriormente, las lesiones graves intencionalmente causadas por el padre al hijo excediéndose en el derecho de corrección, por disposición expresa de la Ley contenida en el último párrafo del artículo 420, se exceptúan de la agravación específica establecida en el párrafo anterior del mismo artículo y, por tanto, cuando concorra la premeditación, producirá, en este caso, sus efectos agravatorios como circunstancia genérica.

(31) Este supuesto presenta grandes analogías con la preterintencionalidad al ser el hecho doloso (en cuanto al robo) y culposo (en cuanto a la muerte o lesiones), o sea, una suma de dolo y culpa; pero se diferencian esencialmente en que en el delito preterintencional hay una sola infracción de la norma penal y un sólo resultado, no querido, pero que se debía de haber previsto, y en esta figura compleja hay dos infracciones y dos resultados; una, querida, robo, y otra, no prevista y previsible, muerte o lesiones.

(32) En este caso se trata de un verdadero delito *cuantificado por el resultado*.

No obstante la producción fortuita de la muerte o lesiones, el supuesto no podría ser comprendido en el número 8 del artículo 8.º por falta del requisito de la licitud del acto originario.

b) *De su aplicación.*—1. *Homicidio.*—Por ser la premeditación una de las circunstancias que unida al mismo lo transforma en el más grave de asesinato, no podrá nunca ser apreciada con relación a este delito.

2. *Riña tumultuaria.*—Como la premeditación es una circunstancia personalísima, esto es, aplicable únicamente a la persona en quien concurra, fácilmente se comprenderá que siendo uno de los elementos esenciales, tanto del homicidio en riña tumultuaria (art. 408) como de las lesiones en igual forma causadas (artículo 425), el que no conste quién sea el autor del hecho es imposible su aplicación con relación a estas especiales formas delictivas.

E) *Sus relaciones con otras circunstancias.*—La cuestión referente a la compatibilidad o incompatibilidad de la circunstancia agravante de premeditación con otras circunstancias, y sobre todo con las atenuantes, da lugar a una serie de dificultosos problemas cuya resolución es de un indudable interés no sólo teórico, sino también práctico.

1) *Sus relaciones con las circunstancias atenuantes.*—Al examinar esta cuestión, y a efectos de una mayor claridad y sistematización, distinguiremos, al estudiar estas relaciones, entre las eximentes incompletas y las restantes atenuantes, estudiando ambas cuestiones por separado.

a) *Eximentes incompletas.*—No obstante la declaración que nuestro Código hace en el número 1.º del artículo 9 de que son circunstancias atenuantes «todas las expresadas en el capítulo anterior (eximentes) cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir la responsabilidad en sus respectivos casos», hay algunas que jamás se podrán transformar en atenuantes, ya sea por imposibilidad material, menor edad, por expresa disposición de la Ley (art. 64 del Código penal) o por razones de índole técnica, fuerza irresistible y obediencia debida (33). Consecuencia de lo expuesto es que nunca podrán concurrir con la premeditación, por lo que limitaremos nuestro estudio a las restantes.

1. *Compatibles.*—De las distintas circunstancias eximentes que pueden transformarse en atenuantes, únicamente resulta compatible con la agravante de premeditación la de obrar «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (circunstancia II.ª del art. 8.º). Solamente puede ser esta eximente apreciada como atenuante en los casos de exceso intencional, tanto en el cumplimiento del deber como en el ejercicio del derecho, con los que es perfectamente compatible, dándose los requisitos necesarios, la agravante objeto de nuestro estudio (34).

(33) No siendo tema de este trabajo el examen de esta cuestión, nos remitimos a lo que dice FERRER SAMA (*Comentarios*, tomo I, págs. 282 y 285), a cuyos argumentos nos adherimos.

(34) Ver lo que hemos dicho en este mismo capítulo al tratar del exceso en el ejercicio del derecho de corrección en lo referente a las lesiones graves.

cuando ambas circunstancias concurren en un mismo delito. Confirma lo anteriormente expuesto el profesor Ferrer Sama (35) cuando dice que «el exceso, tanto en el cumplimiento de un deber como en el ejercicio de un derecho, podrá originar la apreciación de la eximente incompleta cuando el agente conozca su propio «exceso».

2) *Incompatibles*: a') *Por falta de elemento esencial de frialdad y calma de ánimo*.—Al estudiar este elemento nos ocupamos, en otro trabajo con la extensión que merece, del problema referente a la compatibilidad de la circunstancia agravante de premeditación con los estados emotivos y pasionales. En virtud de lo entonces expuesto, consideramos incompatible esa agravante con la eximente incompleta de miedo insuperable (10.º del art. 8.º, en relación con la 1.º del art. 9.º).

b') *Por falta del elemento temporal*.—La Jurisprudencia exige como requisito esencial para la apreciación de la legítima defensa y del estado de necesidad como eximentes, completas o incompletas, que la agresión o el mal que amenace sean *actuales o inminentes* (36), o sea, que la reacción defensiva ha de seguir inmediatamente a la agresión. Requiriendo la premeditación el transcurso de cierto tiempo entre la resolución y la ejecución, es evidente la incompatibilidad entre estas circunstancias. Además es de tener en cuenta que, por regla general, el que actúa ante una agresión injusta o para evitar un mal no suele tener la calma y frialdad de ánimo que la premeditación requiere.

c') *Por falta de plena imputabilidad*.—La premeditación requiere una plena capacidad de conocer y querer, por lo que es totalmente incompatible con la enajenación mental incompleta y con el trastorno mental transitorio, en los casos en que pueda ser apreciado como atenuante. El problema referente al trastorno mental adquirido premeditadamente para delinquir está resuelto por nuestra legislación en el sentido de excluir la exención o la atenuación y, por tanto, no hay problema, puesto que quedaría solamente la agravante de premeditación (37).

b) *Con las restantes atenuantes*.—1. *Circunstancias atenuantes compatibles con la premeditación*.—A nuestro juicio podrá ser apreciada la circunstancia agravante de premeditación conjuntamente con las atenuantes siguientes:

a') *Menor edad*.—Muy discutida es la cuestión referente a si la circunstancia atenuante consistente en ser el culpable mayor

(35) *Comentarios*, I, pág. 284.

(36) Véase CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, I, págs. 340, 346 y 374; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 278.

(37) Con relación a la sordomudez, cuando proceda su estimación como eximente incompleta, no pueden establecerse reglas fijas, teniendo que ser resuelta la cuestión en relación al caso concreto. En general, habrá que incluirse por la incompatibilidad.

de dieciséis años y menos de dieciocho (3.ª del artículo 9.º) es o no compatible con la agravante de premeditación.

En contra de la posibilidad de su apreciación conjunta se pronuncia Ferrer Sama (38) cuando dice que «en cuanto a la atenuante consistente en ser el culpable menor de dieciocho años parece más discutible la tesis de la incompatibilidad y, no obstante, en buena lógica, debe reconocerse así, pues o se admite en el menor de tal edad plena capacidad de conocer y querer, en cuyo caso no existiría la atenuante, o, de lo contrario, no hay más remedio que considerar en tal persona menguadas dichas facultades, con la consecuencia que ello supone en orden a la premeditación».

Para nosotros, la Ley cuando dice que es circunstancia atenuante «la de ser el culpable menor de dieciocho años», establece una presunción *iuris et de iure* de que dicho menor tiene disminuidas sus facultades de conocer y querer; mas como se trata de una presunción, establecida para suplir las dificultades de prueba en el caso concreto, no puede concedérsele mayor alcance que el que realmente tiene, aplicándola a otros casos con relación a los que no ha sido establecida. El Derecho penal ha de estar siempre en contacto con la realidad, y cuando en él se acuda a la presunción ha de ser por imperiosa necesidad y dentro de confines bien delimitados.

Tratándose de una presunción, unas veces la realidad jurídica coincidirá con la natural y otras no (39), y si bien ésta producirá sus efectos lo mismo en uno que en otro caso, con relación al supuesto concreto para el que ha sido establecida, nunca podrán ampliarse estos efectos a otros distintos. Por tanto, cuando se acredite que el menor de dieciocho años y mayor de dieciséis tiene completamente desarrolladas sus facultades intelectivo-volitivas se apreciará la atenuante en virtud de la presunción, y, cuando concorra, se podrá aplicar además la agravante de premeditación, puesto que al no afectar a la misma la presunción, para ello solamente tendremos que atender a la realidad. Cuando efectivamente el menor no tenga debidamente desarrolladas sus facultades no podrá ser apreciada la premeditación por las mismas razones expuestas al ocuparnos de los casos de imputabilidad disminuída al estudiar el problema en relación con las eximentes incompletas (40).

Creemos que esta interpretación es la que está más de acuerdo con los intereses sociales (41):

(38) *Comentarios*, I, pág. 379.

(39) Muy distinto sería si se tratase de una *ficción* que, aunque se asemeja a la presunción *iuris et de iure*, en que ninguna de las dos admite prueba en contrario, se diferencia esencialmente en que la *ficción* nunca puede coincidir con la realidad natural (*fictio nunquam convenit cum veritate*), mientras que la presunción puede, en algunos casos, coincidir.

(40) QUINTANO RIPOLLÉS también se muestra partidario de la compatibilidad (*Comentarios*, I, pág. 227).

(41) Sobre esta cuestión, véase FERRER SAMA, *Antijuricidad, voluntariedad y motivación como exponente de la personalidad del menor*, Oviedo, 1951.

b') *Preterintencionalidad*.—Considera el Código penal en el número 4.º del artículo 9.º como circunstancia atenuante «la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo». Según los penalistas españoles (42) esta atenuante es de aplicación en el caso en que el delito querido y el producido sean el mismo, pero que el daño causado sea mayor que el propuesto. Siendo así, no obstante haber dolo en cuanto a lo que el agente se propuso efectuar y culpa en cuanto al resultado producido, a nuestro parecer no hay nada que se oponga a la apreciación conjunta de la premeditación y de esta atenuante, puesto que el delito producido es el mismo que se quiso y únicamente interviene la culpa con relación al resultado más grave.

En este mismo sentido se pronuncia Ferrer Sama cuando dice que «en la hipótesis a que se refiere esta atenuante no cabe pensar que el sujeto haya premeditado el resultado que realmente se causó, puesto que en cuanto al mismo falta hasta el conocimiento y la voluntad normales; pero sí puede darse el caso de que, habiendo deseado con premeditación causar un resultado, se produzca otro más grave sin quererlo el sujeto e incluso sin haberlo previsto. La premeditación del resultado que se intentaba originar ¿puede estimarse respecto al resultado más grave realmente producido? Puesto que esta atenuante debe apreciarse en los casos en que varía el mal, pero no cambia el delito cometido, creemos que nada se opone a considerar existente la premeditación, puesto que si se premeditaban lesiones, por ejemplo, y éstas se han causado efectivamente, aunque más graves, se dan las condiciones precisas para su apreciación (43).

c') *Motivos morales, altruistas o patrióticos*.—Establece el Código, en el número 7.º del artículo 9.º, una nueva circunstancia de atenuación: «la de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia. Para nosotros la premeditación es totalmente independiente de los motivos y perfectamente compatible con los mismos; por tanto, consideramos que ambas circunstancias son perfectamente compatibles.

d') *Arrepentimiento espontáneo*.—En el número 9.º del artículo 10 comprende el Código tres circunstancias distintas: reparar o disminuir los efectos del delito, dar satisfacción al ofendido y confesar a las autoridades la infracción, todo ello por impulsos de arrepentimiento espontáneo y antes de que haya tenido el

(42) CUBELLO CALÓN, *Derecho penal*, I, 432; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, 23; SHABELA, obra citada, II, 127, etc. Para la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo esta circunstancia solamente será aplicable cuando el mal recaiga sobre la misma persona a quien se quiso agraviar, aun cuando el resultado constituya delito distinto del que se propuso el culpable. En este sentido se pronuncia también el profesor SÁNCHEZ TEJERINA, obra citada, t. I, pág. 297.

(43) *Comentarios*, I, pág. 397. Con relación a este problema, HERRERA RUEDA, *El delito preterintencional*, Tesis doctoral inédita, especialmente páginas 248 a 255.

culpable conocimiento de la apertura del procedimiento judicial. Si se tiene en cuenta que la premeditación pertenece a una fase anterior a la ejecución y que los tres supuestos indicados se producen con posterioridad a la misma, fácilmente se comprende que no puede haber incompatibilidades de ninguna clase entre estas circunstancias y la de premeditación.

2. *Circunstancias atenuantes incompatibles con la premeditación.*—a) *Por falta del elemento de calma y frialdad de ánimo.*—Cuando el hecho haya sido ejecutado estando su autor embriagado o éste obre en virtud de estímulos tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebato u obcecación (circunstancias 2.^a y 8.^a del artículo 9.^o) es indudable que se encuentra en un estado psicológico totalmente opuesto al de calma y frialdad y que, por tanto, la concurrencia de cualquiera de estas atenuantes excluye la aplicación de la agravante de premeditación.

Al exigir el Código que para que la embriaguez pueda ser apreciada como atenuante ésta no ha de haber sido adquirida con el propósito de delinquir, resuelve el problema referente a la embriaguez premeditadamente adquirida al efecto de delinquir en el mismo sentido que con relación al trastorno mental, o sea, en el de que no concurre la atenuante, pudiendo, en su caso, ser apreciada la agravante de premeditación.

b) *Por faltar conjuntamente la calma y la frialdad de ánimo y el elemento cronológico.*—Considera el Código penal como circunstancia atenuante «la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada por parte del ofendido» y «la de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados» (circunstancias 5.^a y 6.^a del artículo 9.^o). Por las mismas razones expuestas en el apartado anterior, estimamos ambas circunstancias incompatibles con la de premeditación; pero, además, como por la Ley se exige que la provocación o la amenaza hayan precedido inmediatamente o que se ejecute el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, es evidente que tampoco pueden concurrir con la premeditación ya que ésta no podría aparecer por falta de su elemento cronológico (44).

3. *Atenuantes análogas.*—A la atenuante 10.^a («X, últimamente, cualquiera otra circunstancia de análoga significación de las anteriores»), le será de aplicación lo referente a aquella con la que sea considerada como análoga para su apreciación.

2) *Sus relaciones con las demás circunstancias de agravación.*
a) *Regla general.*—Con relación a nuestro Derecho positivo se puede sostener, como regla general, que la circunstancia agra-

(44) En este mismo sentido: SÁNCHEZ TEJERINA, obra citada, I, pág. 305; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 380; etc.

vante de premeditación es compatible con todas las restantes, enumeradas en el art. 10 (45).

b) *Examen especial de sus relaciones con la alevosía.*—No obstante desprenderse de la anterior regla general la perfecta compatibilidad entre las circunstancias agravantes de premeditación y alevosía, dado lo debatido que ha sido la cuestión en el campo doctrinal (más por razones de índole histórica (46), y por la influencia de la doctrina francesa, que por la dificultad del problema) y el interés que presenta, examinaremos la cuestión por separado, dedicándole especial atención.

Como decimos en otro trabajo (47), para nosotros no ofrece duda que estas dos circunstancias agravantes son perfectamente compatibles e independientes, y buena prueba de ello es que puede haber alevosía sin premeditación, premeditación sin alevosía y concurrir ambas circunstancias conjuntamente en un mismo hecho (48).

La existencia de la alevosía sin premeditación se desprende claramente del caso citado por Groizard (49) y Viada (50): «Encuentra un caminante a otro privado de sentido. Acaba éste de recibir un golpe violento; el caballo que montaba lo ha arrojado al suelo. Se acerca el primero a socorrerle y reconoce en él un enemigo; entonces se lanza sobre él y lo asesina cobardemente.»

Casos de premeditación sin alevosía los tendremos siempre que concurriendo todos los requisitos necesarios para la apreciación de la primera, el hecho se realice cara a cara y estando la víctima en completas condiciones de defensa.

La premeditación puede perfectamente concurrir con la alevosía en hechos como el siguiente: un individuo que debe una importante suma a otro, sabedor de que se la piensa reclamar, toma

(45) En igual sentido: FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 381; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I, pág. 227; etc.

Sobre el problema de la compatibilidad de la premeditación con otras circunstancias, agravantes o atenuantes, del delito en el Derecho italiano: CAMMAROSANO, *La premeditazione e la sua compatibilità con altre circostanze del reato*, en «Archivio Penale», fascículos V-VI, mayo-junio 1949, págs. 189 y ss.

(46) Dice ALIMENA (*La Premeditazione*, pág. 273) que en las legislaciones más antiguas se delimitaron dos clases de homicidio: de un lado, aquellos en los que predominaba el ímpetu, la determinación imprevista, inopinada; de otro, aquellos en los que se descubre la insidia, la traición, la frialdad. Después se distinguieron los homicidios desde el punto de vista del propósito criminoso en las dos grandes categorías de homicidio simple y premeditado, y puesto que en la insidia se encuentra casi siempre la premeditación, se identificaron una y otra, y, consiguientemente, el homicidio proditorio, el perpetrado con acecho, el insidioso en general, se estimaron como casos especiales de una forma amplia: el homicidio premeditado.

(47) *La alevosía*, obra citada, pág. 81.

(48) Ver CARRARA, *Programa*, vol. 1.º (Parte especial), § 1.167, págs. 184 y siguientes.

(49) Obra citada, I, página 453.

(50) Obra citada, I, página 253, cuestión primera.

la resolución de matarle, a cuyos efectos adquiere una pistola. Teniendo conocimiento de que suele llegar a su casa a altas horas de la noche, le espera durante varias consecutivas hasta que por fin le ve llegar y, esperando hasta que se acerque a la puerta de su casa, cuando descuidadamente está abriéndola le dispara un tiro por la espalda, sin ser visto, causándole la muerte.

F) *Codelincuencia*. 1) *Regla general*. — Dispone el Código penal en su artículo 60 que «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, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo en aquellos culpables en «quien concurren».

Siendo la premeditación una de las circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente, por aplicación de este precepto legal, sólo podrá ser apreciada en relación a aquel en quien concurre.

En esta regla general se reconoce el principio de que las circunstancias personales son incommunicables por propia naturaleza.

Sostienen algunos comentaristas (51) que esta disposición sólo se debe aplicar cuando la premeditación actúa como circunstancia genérica de agravación; pero no cuando obra como cualificativa.

Nosotros, como hemos dicho, creemos que la premeditación por propia naturaleza es incommunicable y que, por tanto, la regla del artículo 60 tiene carácter general, siendo de aplicación tanto cuando es de apreciar esta circunstancia con el carácter de genérica como cuando obra como cualificativa (52).

Pasaremos a examinar la cuestión en las distintas formas de participación en el delito.

2) *Coautores*.—La premeditación sólo concurre en el coautor o en los coautores que hayan premeditado, no pudiendo comunicarse a los restantes que no se encuentren en esta situación, aunque tuviesen conocimiento de que los otros partícipes obraban premeditadamente.

En lo que a la inducción se refiere, la cuestión ha dado lugar a enconadas disputas, pues mientras unos consideraban inherente la premeditación tanto al inductor como al inducido, otros, por el contrario, entendían que no era así, y que, tanto uno como otro, podían obrar, ora con dolo simple, ora con dolo premeditado.

Esta última posición es la que estimamos más acertada, por no considerar la premeditación como inherente a estas formas de

(51) VIADA, obra citada, I, pág. 453; GROIZARD, obra citada, I, 479 y IV, 275; QUINTANO RIPOLLÉS, I, pág. 371.

(52) En este mismo sentido: CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, II, pág. 455; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal*, II, pág. 178; etc. También es ésta la posición aceptada por nuestro Tribunal Supremo. Sobre esta cuestión: FERRER SAMA, *Comentarios*, II, 256; ANTÓN ONECA, obra cit., I págs. 420 y ss.; PACHECO, obra cit., I, pág. 399; PUG PEÑA, I, pág. 654.

coautoría. El que se presta a ejecutar un hecho delictivo por mandato, indudablemente es un delincuente muy peligroso; pero como en estos casos, generalmente, se comete el delito mediante precio, recompensa o promesa (circunstancia. 2.^a del art. 10), ya agrava la responsabilidad la concurrencia de esta circunstancia (sin perjuicio de apreciar la premeditación, en los casos en que además concorra), con lo que quedan suficientemente protegidos los intereses sociales.

3) *Cómplices*.—La regla de incommunicabilidad de la agravante de premeditación también es aplicable con relación a los cómplices (53). De ello resulta que sólo les será aplicable cuando hayan premeditado su acción.

Groizard (54) afirma que el cómplice que no ha premeditado, pero en los momentos de prestar su cooperación al autor principal conoce que éste ha premeditado el homicidio, debe ser penado como cómplice de un homicidio premeditado (asesinato). Como, con acierto, objeta Cuello Calón (55), esta doctrina no es aceptable, por estar en contradicción con el precepto del art. 60.

4) *Encubrimiento*.—Como, no obstante la reforma introducida por la Ley de 9 de mayo de 1950, en nuestro Derecho positivo, en la mayoría de los casos, se sigue el censurado y anticientífico sistema de considerar al encubridor como *copartícipe* en el delito (56), hemos de estudiar separadamente este supuesto y aquel otro en el que se considera al encubridor como autor de un delito autónomo.

a) *Encubrimiento como forma de coparticipación*.—Por las mismas razones aducidas al estudiar la cuestión en lo que a los cómplices se refiere, entendemos que solamente podrá apreciarse la premeditación, con relación a los encubridores, cuando en ellos concorra. Consecuencia de lo expuesto es que el que, por ejemplo, albergue u oculte o un reo de asesinato cualificado por la premeditación, sólo podrá ser sancionado como encubridor de un homicidio.

b) *Encubrimiento como delito autónomo*.—Considerándose en nuestro Derecho únicamente como delito autónomo la recepción (Capítulo sexto bis del Título décimotercero del Libro segundo), que es un delito contra la propiedad; por las razones expuestas anteriormente, al ocuparnos del ámbito de aplicación de esta agravante, creemos que, en la mayoría de los casos, es inherente al mismo y, por consecuencia, no aplicable en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 59.

(53) Entre otros muchos penalistas patrios en este sentido: CUELLO CALÓN *Derecho penal*, II, pág. 455.

(54) Obra citada, IV, pág. 445.

(55) Obra y lugar anteriormente citados, nota 53.

(56) Sobre esta cuestión: MOSQUETE MARTÍN, *El delito de encubrimiento*. Bosch, Barcelona, 1946.

G) *Sus efectos en cuanto a la punibilidad.*—Como vimos, en nuestro Derecho positivo está regulada la premeditación en un triple aspecto: como circunstancia agravante genérica, como circunstancia agravante específica y como cualificativa.

Si bien, cualquiera que sea la forma en que se la considere, su efecto, que es el de aumentar la punibilidad (como consecuencia de una mayor culpabilidad), lo produce de distinta forma y con distinta intensidad, según sea apreciada de una u otra manera, como seguidamente veremos.

1) *Actuando como genérica.*—De acuerdo con lo dispuesto en el número 2.º del art. 61, se impondrá la pena señalada por la Ley al delito en su grado máximo.

Cuando concorra solamente la circunstancia agravante de premeditación y el agrado máximo lo constituya la pena de muerte, la aplicación de su efecto agravatorio (no la apreciación de la concurrencia de la agravante) quedará al arbitrio de los Tribunales, quienes podrán dejar de imponer dicha pena, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias del delito y del culpable (párrafo segundo del número segundo del artículo 61).

2) *Actuando como específica.*—En este sentido sólo actúa con relación al delito de lesiones graves previsto y penado en el artículo 420 del Código penal, y cuando concorra la circunstancia se impondrán las penas que, para cada supuesto, señala el mismo artículo en su penúltimo párrafo. Estas sanciones agravadas son las siguientes:

Para las lesiones del número 1.º, la reclusión menor, en lugar de la de prisión mayor, que corresponde al delito no específicamente circunstanciado.

Para las del número segundo, la de prisión mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, en lugar de la de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.

Para las del tercero, prisión mayor, en vez de la de prisión menor, y

Para las del cuarto, prisión menor, en lugar de la de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

3) *Como cualificativa.*—Cuando concorra con el delito de homicidio da lugar a la formación del de asesinato y, en lugar de imponerse la pena correspondiente al primero (reclusión menor) agravada, se impondrá la señalada para el segundo (de reclusión mayor a muerte).

4) *Concurrencia con otras circunstancias.*—Cuando concorra con alguna circunstancia atenuante, de acuerdo con lo dispuesto en la regla tercera del artículo 61, será compensada racionalmente con la misma, para la determinación de la pena, graduando el juzgador el valor de cada una.

Cuando concorra con otras agravantes, cualquiera que sea su número y entidad, según dispone el Código, en la regla sexta del

artículo 61, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la señalada al delito en su grado máximo; pero en este supuesto entra en funcionamiento lo dispuesto en la regla séptima, según la cual: «Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes...»