

## TEMA 1: EL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

### I.- Cuestiones comunes a los delitos contra la vida

Los delitos que protegen la vida humana independiente se recogen ahora (CP 1995) en el Título I “el homicidio y sus formas”. Los cambios introducidos por el CP 1995 en esta materia son básicamente dos:

- Las desaparición de los delitos de infanticidio y parricidio como tales figuras delictivas
- La tipificación expresa del homicidio imprudente y de los actos preparatorios

En el estudio de este grupo de delitos existen algunas cuestiones comunes que serán tratadas con carácter previo al análisis de cada uno de los tipos delictivos. En concreto, se trata del examen del bien jurídico protegido y del objeto material de estos delitos.

#### *1.1.- El bien jurídico protegido*

La opinión casi unánime lo define como la vida humana independiente. Una minoría lo identifica con la capacidad de autodeterminación del sujeto, de modo que no se protege sólo la realidad biológica de la vida, sino también las facultades de decisión y disposición que conlleva dicha realidad como un todo. Esta distinta concepción tiene que ver con la disponibilidad del bien jurídico vida. Su fundamento constitucional se sitúa en el art. 15 CE: dcho a la vida, del que se desprende un deber de respeto y de protección a la vida por parte del Estado.

Las posiciones doctrinales sobre la disponibilidad de la vida son las siguientes:

- a) la mayoría: bien indisponible. Sus argumentos: El art. 15 CE tan solo contiene una garantía del ciudadano frente al Estado, que queda así obligado a respetar y proteger la vida frente a los ataques ajenos. No recoge un dcho subjetivo a la vida, pues el Estado está obligado a intervenir con independencia de su titular. Esa es la razón por la que se castiga la inducción y auxilio al suicidio en el CP. La no incriminación del suicidio se explica por razones de política criminal.
- b) Una minoría: bien disponible. Sus argumentos: una interpretación sistemática del art. 15 CE permite sostener que en él se contiene un derecho a morir (a decidir el momento y la forma de morir). Leer arts. 1.1, 10 y 17 CE. El derecho a morir está implícito dentro del derecho a la vida del art. 15 CE. No puede haber un deber de vivir en aras de un interés social (demografía, etc.) en un sistema jurídico que considera a la libertad personal como valor superior de su ordenamiento. Por ello el suicidio no se castiga en el CP. Es algo lícito. Se castiga la participación en el suicidio, porque la facultad de disposición de su titular está limitada a él mismo, no autoriza los ataques provenientes de terceros, pues dada la trascendencia de la decisión de quitarse la vida, en su adopción y en la ejecución de la propia muerte no deben interferir los terceros.

#### *1.2.- objeto material y sujeto pasivo*

El objeto material y el sujeto pasivo del delito coinciden: matar a “otro”= ser humano con vida independiente. Hay que distinguirlo del objeto material del aborto.

- límite mínimo: ¿cuándo comienza la vida humana independiente? Con el nacimiento (es un proceso, no un hecho instantáneo):
  - mayoría doctrinal: expulsión total del claustro materno
  - una minoría doctrinal: comienzo de los dolores del parto. Se rechaza porque el tipo se refiere a “otro”, lo que indica que ha de ser un sujeto

ya nacido. Algún autor (González Rus) ha utilizado el criterio de la dependencia para distinguir al nacido del no nacido, de manera que si el ataque se dirige de forma directa sobre el feto estamos ante homicidio, mientras que si se realiza a través del cuerpo de la madre, que es quien lo aísla y protege, estamos ante aborto.

- El Tribunal Supremo ha adoptado en la mayoría de sus resoluciones por la tesis de la respiración pulmonar autónoma. Si bien, tras este criterio se oculta el de la expulsión completa del claustro materno, refiriéndose a la respiración pulmonar autónoma para probar que el nacido no ha muerto, pero considerando en realidad que la vida independiente comienza con esa separación completa del claustro materno. No obstante en alguna de sus sentencias se ha adoptado la tesis del comienzo de la dilatación como momento del nacimiento.

- límite máximo: muerte (se concibe también como un proceso). Se utiliza un concepto legal de muerte para hacer posibles los trasplantes de órganos. Se distingue así entre el concepto de muerte clínica: cese de las funciones cardiorrespiratorias, y el de muerte cerebral que alude al cese de las funciones cerebrales. Éste último es el manejado como concepto legal de muerte, siempre y cuando el cese sea irreversible. La irreversibilidad se alcanza al transcurrir unos determinados tiempos, como prueba de que la muerte del sujeto ha tenido lugar. Estos criterios se fijan en la legislación de trasplantes de órganos (RD 2770/1999): cese de funciones cardiorrespiratorias y de la actividad cerebral durante unos determinados tiempos.

## **II.- HOMICIDIO DOLOSO**

### **1. Tipo de injusto**

- Sujetos activo y pasivo: indiferenciados. Cualquiera puede serlo.
- Conducta típica: matar a otro: acción de matar + resultado de muerte (delito de resultado y de medios indeterminados). Es un tipo resultativo de causar, castiga la causación de la muerte cualquiera que sea la forma o modo de producirlo. Hay que comprobar la relación causal entre la conducta y el resultado muerte:

Primero: relación de causalidad natural que se fija, normalmente, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones que busca la ley causal general. Así, suprimido mentalmente el disparo se elimina la muerte. Si se desconoce la ley causal general (caso de la colza o del contergán) bastará para su determinación con el apoyo de medios sólidos garantizados –por ejemplo, los epidemiológicos–, siempre que no sea incompatible con las leyes causales conocidas hasta el momento. En el caso de la colza, la ciencia no pudo determinar el agente concreto que había causado las muertes, pero si se demostró que todos los afectados habían ingerido aceite de colza, y no se pudo demostrar que ninguna otra sustancia produjera dichos resultados dañosos (en algún momento de la investigación se cuestionaron los pesticidas de los tomates).

Segundo: imputación objetiva del resultado: si la acción ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y éste se ha materializado en el resultado. La acción de disparar a zona vital crea un riesgo penalmente relevante para la vida que se materializa en la muerte producida por impacto de bala en el cerebro, por ejemplo. Hay veces en que el resultado no se produce por la acción inicialmente peligrosa, sino por circunstancias extrañas e imprevisibles al sujeto (curso causal irregular). Ejemplo: A dispara sobre B con intención de matarle. B muere a consecuencia del accidente de tráfico que tiene la ambulancia que le

transporta al hospital, dónde a buen seguro hubiera sanado con una mera intervención quirúrgica.

El Tribunal Supremo ha aplicado en numerosas sentencias la teoría de la equivalencia corregida por la teoría de la consecuencia natural, según la cual el nexo causal se rompe cuando el resultado no es una consecuencia natural (circunstancias preexistentes o concomitantes como por ejemplo, una enfermedad de la víctima que incide también en el resultado muerte) de la acción realizada, sino de un accidente extraño (circunstancias sobrevenidas a la acción debidas a la acción de la propia víctima o de un tercero).

El homicidio se puede cometer tanto de forma activa como de forma omisiva (comisión por omisión), aplicando el art. 11 CP, de manera que se puede imputar la muerte de una persona a quien es garante de su vida y no ha realizado la acción que conjura el peligro y evita el resultado de muerte, pudiendo haberlo hecho. Ejemplo: madre que deja de amamantar a su hijo recién nacido, muriendo éste de inanición.

La interpretación del homicidio en comisión por omisión exige tener en cuenta el delito del art. 195.3 CP (omisión agravada del socorro), en dónde pese a que el sujeto es garante (por ingerencia: creación imprudente del riesgo por el accidente), no se le imputa el resultado, sino simplemente la no actuación, esto es, el no haber socorrido. La doctrina discute el ámbito de aplicación de ambas figuras delictivas, tratando de establecer si tienen o no esferas de aplicación comunes (el problema será analizado con mayor detalle al estudiar la omisión del deber de socorro). En cualquier caso si el comportamiento ingerente es fortuito sólo cabrá la aplicación del art. 195. 3 CP; mientras que si dicho comportamiento ingerente es doloso no cabe duda de que será aplicable el tipo del homicidio. La controversia reside, pues, en el caso de un comportamiento ingerente imprudente, esto es, de una previa actuación imprudente que genera un riesgo para la vida, que después se materializa en el resultado de muerte. Ejemplo: causación imprudente de un incendio, no intervención posterior, pudiendo hacerlo, para salvar la vida de un sujeto. La omisión debe ser siempre dolosa para que pueda plantearse la aplicabilidad del art. 195.3 CP como veremos en su momento.

## *2.Causas de justificación:*

- a) la más frecuente es **la legítima defensa**. El tribunal Supremo no reconoce legítima defensa en caso de riña mutuamente aceptada, salvo que se dé una desproporción de medios evidente. Remisión a los elementos estudiados en la parte general del Derecho penal.
- b) **Cumplimiento de un deber** puede afectar a muertes producidas por los miembros de Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones. En este punto hay que tener en cuenta que la legislación correspondiente autoriza el uso de armas sólo en caso de grave riesgo para la vida, integridad física propia o de terceros o grave riesgo para la seguridad ciudadana, exigiendo el Tribunal Supremo además de la necesidad en abstracto del uso de la fuerza, la necesidad en concreto, esto es, la necesidad de la clase y cantidad de fuerza ejercida. Últimamente se hace referencia también a la proporcionalidad, negándose ésta cuando la infracción que se impide por la fuerza no alcanza la categoría de grave, por ejemplo una infracción administrativa. Ha variado, pues, la jurisprudencia inicial del TS que admitía esta eximente sólo con la existencia de una previa agresión ilegítima. Ahora los requisitos son más estrictos: previa intimación o advertencia del agente, que no haya otros modos de detener, que el arma de fuego se dirija a zonas no vitales, que el delito por el que se persigue sea de capital importancia.

### 3. Culpabilidad

Para la realización del homicidio basta con el dolo eventual (recordar las teorías del consentimiento y de la probabilidad para distinguirlo de la imprudencia consciente). El dolo directo puede coexistir con otras motivaciones.

¿Cómo se prueba la existencia de dolo? Por ejemplo imaginemos que A agrede a B y le causa lesiones, o bien le causa la muerte. ¿Tenía dolo de matar o dolo de lesionar? Para resolverlo se acude a la prueba de indicios, esto es, se toman distintos hechos probados de forma indubitada, de los que se infiere la existencia de una u otra intencionalidad. El TS baraja como indicios: las relaciones entre el autor y la víctima, la personalidad del agresor (violenta, tranquila, impulsiva, etc.), la conducta en los momentos precedentes al hecho, las manifestaciones durante la agresión, la clase y dimensiones del arma, el lugar del cuerpo atacado, la reiteración en la acción agresiva, la conducta posterior a la agresión, etc.

En el ámbito de la culpabilidad hay que considerar una forma peculiar de homicidio, el llamado preterintencional: cuando una conducta inicialmente dolosa produce una muerte no querida (se quiere lesionar pero se acaba matando). ¿se castiga como homicidio o como lesiones? La solución más aceptada es la un concurso real o ideal (la mayoría) entre las lesiones dolosas consumadas y el homicidio imprudente. No habrá homicidio preterintencional si respecto de la muerte existiera un dolo eventual o si las lesiones fueran inicialmente imprudentes. También sería posible admitir otras calificaciones alternativas, no tan completas: así, sólo lesiones dolosas, o incluso sólo homicidio imprudente, solución ésta última que se adopta por la jurisprudencia cuando no se pueden calificar las lesiones dolosas que se habrían causado de no haberse producido la muerte. En ambas, no se recoge toda la desvaloración del hecho producido. No admitiría nunca las calificaciones de homicidio doloso o de lesiones imprudentes.

Los problemas de ERROR que se suscitan son los siguientes:

- a) dolus generalis: cuando la muerte se produce no a consecuencia de la acción de matar realizada por el autor, sino de una acción que tiende a ocultar el delito. Ejemplo: A estrangula a B, y creyendo que está muerto -cuando en realidad sólo está inconsciente- le arroja al río, dónde muere ahogado. Para algunos autores este error es irrelevante, y debe castigarse como homicidio doloso, para otros hay un error en el curso causal que puede ser relevante según cuál sea la intencionalidad de la segunda actuación del sujeto: asegurar la muerte (error irrelevante: homicidio doloso) o buscar el autoencubrimiento (error relevante: concurso de delitos entre tentativa de homicidio doloso y homicidio imprudente).
- b) Error en la persona: dar muerte a persona distinta de la que se había representado. Es irrelevante. Se castiga como homicidio.
- c) Error en el golpe: se da muerte a persona distinta de la que se había representado pero no por confusión de su identidad, sino porque el ataque dirigido contra la persona a la que se quiere alcanzar, falla y matándose a otra persona que está próxima. Se sanciona como concurso ideal de tentativa de homicidio con homicidio imprudente.

### 4. Iter Criminis

Es posible la tentativa desde que se da comienzo a la ejecución. El problema es determinar cuando comienza ésta efectivamente o lo que es lo mismo qué actos son subsumibles en el concepto de la acción típica de matar.

Como problemas generales se suscitan:

- a) ¿Cómo distinguir una tentativa de homicidio de unas lesiones consumadas? LA parte objetiva es coincidente (lesión causada al sujeto). La diferencia vendrá dada por el dolo del sujeto: si quería matar o quería lesionar.
- b) Los casos de desistimiento voluntario y eficaz respecto de tentativa de homicidio pueden ser sancionados si dicha tentativa ha causado ya unas lesiones (delito de lesiones consumado).

El art. 141 CP castiga los actos preparatorios con la pena inferior en uno o dos grados.

### 5. Penalidad

El homicidio doloso se castiga con la pena de 10 a 15 años de prisión e inhabilitación absoluta como pena accesoria.

- Si hay varias muertes (por ej. Explosión de bomba), se sanciona como un concurso real.
- El parentesco funciona como agravante cuando hay relación de afectividad, aunque el TS lo ha aplicado como atenuante en algún caso en que la mujer reacciona frente a una situación de violencia familiar habitual.

### **III.- HOMICIDIO IMPRUDENTE:**

La imprudencia grave es constitutiva de delito (art 142.1 CP), y la leve da lugar a una falta (art. 621.2 CP). El homicidio imprudente sólo se castiga si hay resultado. No cabe la tentativa. Si se producen varias muertes como consecuencia de una misma infracción del cuidado: concurso de delitos que puede ser real o ideal.

La imprudencia grave, consciente o inconsciente, se equipara a la temeraria del derogado CP: infracción del cuidado exigible al hombre menos atento o cuidadoso, omisión de las normas más elementales de cuidado. Ejemplos: conducir con exceso de alcohol, exceso de velocidad en población, no reducir la velocidad ante un cruce, vulnerar las reglas de la *lex artis*, etc.

Los números 2 y 3 del art. 142 CP sancionan además con la privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas, si la imprudencia tiene que ver con estos medios; y con la pena de inhabilitación especial si el homicidio se causa por imprudencia profesional. Aunque el TS ha distinguido entre *la imprudencia del profesional* (imprudencia común del profesional en el ejercicio de su profesión) y *la imprudencia profesional* (equivalente inicialmente a la impericia o falta de competencia científica o técnica para el ejercicio de la profesión bien porque no la tuvo nunca, bien por falta de actualización, y que ahora quiere abarcar también la negligencia o trasgresión de deberes técnicos que sólo competen al profesional por razón de sus conocimientos especiales), lo cierto es que ésta no constituye una categoría distinta de imprudencia, sino que alude a una cualificación del sujeto activo para realizar actividades peligrosas propias de su profesión.

La imprudencia leve se identifica con la antigua imprudencia simple: la infracción del cuidado exigible a una persona normalmente cuidadosa. Al igual que en el delito, en la falta (art. 621 nº 4 y 5 CP) se prevé también la privación del derecho a conducir y a la tenencia de armas si la imprudencia tiene que ver con estos medios. Resulta significativo que la falta de homicidio imprudente requiere para su persecución de la denuncia de la persona agraviada (i) o de su representante legal (art. 621.6 CP). Ha de interpretarse como una exigencia referida a los herederos o perjudicados por el hecho.

## IV.- EI ASESINATO.

Se regula en los arts. 139 y 140 CP

- Tipo básico (art. 139 CP): matar + alevosia/precio/ensañamiento: prisión de 15 a 20 años
- Tipo agravado (art. 140 CP): prisión de 20 a 25 años.

### 1.- Elementos del tipo de injusto

Entre las circunstancias que ahora se van a examinar y la ejecución de la muerte ha de mediar una relación objetiva de medio a fin.

#### **1.1. Alevosía**

Se encuentra definida en el art. 22.1ª CP (leer detenidamente). Su contenido exige una selección de medios o formas de matar que cumplan dos condiciones: asegurar el resultado, por una parte, y evitar la defensa de la víctima, por otra. Dentro de la alevosía ha quedado comprendida la circunstancia de veneno a la que se refería el derogado CP. Por veneno, según la doctrina mayoritaria, hay que entender que cualquier sustancia susceptible de producir la muerte o graves trastornos cuando es ingerida por el ser humano. Un sector minoritario de la doctrina, en cambio, reduce el concepto a sólo las sustancias que sean venenosas desde un punto de vista toxicológico, de manera que, por ejemplo, el azúcar no sería veneno ni siquiera para un diabético, pues desde ese punto de vista no es considerada sustancia venenosa.

Su naturaleza jurídica es mixta: objetivo-subjetiva:

- a) objetiva: uso o selección de medios o formas de matar que aseguran el resultado y evitan la defensa.
- b) Subjetiva: la finalidad del sujeto de usar dichos modos o formas de matar. Precisamente este elemento subjetivo impide apreciar el asesinato cuando el ataque recae sobre seres constitucionalmente indefensos como los recién nacidos, a pesar de que la tesis del TS en estos casos es considerar que hay asesinato por alevosía. Distinto es el caso de los durmientes, en los que el elemento subjetivo si que está presente pues estamos ante una situación reversible y temporal, por lo que habría asesinato.

Es una circunstancia que no admite la comisión por omisión, precisamente por requerir siempre una actuación positiva.

La alevosía es compatible con otras circunstancias del asesinato. El TS también considera compatible con el trastorno mental y con la embriaguez.

La doctrina del TS distingue distintas clases de alevosía:

- a) asesinato proditorio: cuando en la agresión se da la asechanza, trampa o la emboscada.
- b) Asesinato áleve: cuando el ataque se realiza de ímpetu, por sorpresa, de forma inesperada, súbita, aunque sea frente a frente.
- c) Asesinato alevoso: cuando se aprovecha una situación de indefensión no provocada por el agente, por ejemplo, una grave enfermedad, los casos de ataques a recién nacido, niños de muy corta edad o a durmientes, etc.

La jurisprudencia rechaza la alevosía cuando hay riña mutuamente aceptada o ha habido provocación. Se entiende que la víctima ha tenido posibilidad de apreciar la agresión y por tanto que falta el elemento de la indefensión.

## 2.2. Precio

La circunstancia de precio también aparece contemplada en el art. 22.3ª CP, si bien existe una pequeña diferencia entre esta circunstancia genérica y la del art. 139 CP (leer detenidamente ambos artículos): mientras en éste último se dice matar “por” precio, en aquella se trata de cometer el delito “mediante” precio. Existe, pues, en el asesinato un matiz causal más fuerte. El precio ha de ser el motivo desencadenante de la resolución delictiva de matar.

En esta circunstancia junto al precio se menciona la recompensa y la promesa, lo que lleva a cuestionarse si su contenido debe ser siempre de carácter económico –precio-, o bien puede tratarse de otro tipo de beneficios o prestaciones. Aquí la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia limitan su contenido al puramente económico, dado que de otra forma se confundiría la circunstancia con el móvil del delito. Todos los homicidios acabarían convirtiéndose en asesinatos por esta circunstancia.

Una minoría, en cambio, amplía su contenido a otras ventajas o beneficios –por ejemplo, un ascenso, un nombramiento, etc.-, y eluden el inconveniente antes planteado aduciendo que lo que se exige es que la ventaja que se obtiene no sea consecuencia de la muerte, sino más bien del *acto de matar*.

En cualquier caso para su aplicación basta con la promesa de obtener la ventaja, sin necesidad de que se haya conseguido efectivamente. Es posible la comisión por omisión en esta circunstancia y es compatible con las otras del asesinato. El problema reside en determinar a quién se aplica: ¿al que mata por precio? ¿al que ofrece el precio para que otro mate? ¿a ambos?

- a) la jurisprudencia y algún autor (Mir Puig) sostienen su aplicación a ambos sujetos, y ello porque el inductor también comete el delito. Adviértase que mientras en el art. 22.3ª se dice “ejecutar” el delito por precio, en el art. 139 CP se trata de cometer el delito por precio.
- b) La mayoría de la doctrina entiende, en cambio, que sólo debe aplicarse al que mata y no al que induce a otro a que mate por precio, de manera que el inductor sería castigado como inductor de un homicidio y no de un asesinato. Pero si se ha partido de que el precio es un elemento del delito y no una mera circunstancia agravante del homicidio (ver naturaleza del asesinato) hay que seguir las reglas de participación, y por tanto, el principio de accesoriedad de la responsabilidad del partícipe respecto de la del autor, y no romper el título de imputación. Éste es un asesinato, luego, el partícipe –inductor– responde como partícipe de un asesinato que es lo que ha realizado el autor –el que mata por precio–.

## 2.3 Ensañamiento

También se encuentra entre las circunstancias genéricas agravantes del art. 22. 5ª CP (leer detenidamente). Según el art. 139.3ª el ensañamiento se produce cuando se aumenta

deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Ello implica la existencia de tres elementos:

- a) La existencia de dolor
- b) Su incremento
- c) Que sea inhumano y deliberado

Por dolor hay que entender la existencia de padecimientos físicos o psíquicos, previos a la muerte y estando consciente el ofendido, pues de otra manera no puede sufrirlos. Es indiferente que recaigan directamente sobre éste o a través de un tercero.

Incremento del dolor supone que el que se causa ha de ser distinto al de la propia muerte. No son suficientes para apreciar ensañamiento la repetición de golpes si son necesarios para dar muerte o están dentro del ímpetu pasional del agresor. El TS tradicionalmente ha interpretado esta circunstancia de forma objetiva, aplicándola cuando el sufrimiento inferido no era necesario para la forma de matar elegida (aumento cuantitativo del dolor: se causa otro dolor adicional). Recientemente se ha abierto otra línea jurisprudencia que amplía la interpretación y por tanto su aplicación a otros casos, en los que se produce un aumento cualitativo del dolor, esto es, un exceso notable del sufrimiento que en general supone el homicidio. Así por ejemplo, matar con fuego, ahorcado, con algunos venenos particularmente dolorosos.

Ese incremento ha de ser deliberado e inhumano. Ello implica una selección de medios gratuitamente dolorosos, esto es, innecesarios para producir la muerte. Hay, pues, un elemento subjetivo evidente que falta cuando la repetición de golpes se debe al ímpetu pasional. La representación anticipada del sufrimiento de la víctima resulta incompatible con la cólera, el ímpetu o el arrebato del momento.

Esta circunstancia no admite la comisión por omisión. Es compatible con el resto de circunstancias del asesinato, así como con las eximentes incompletas de anomalía o alteración psíquicas.

### 3.- Culpabilidad

El asesinato sólo se castiga en su versión dolosa: se trata de matar "con" o matar "por"..., lo que indica un contenido finalístico incompatible con la imprudencia.

Ahora bien, ¿se puede cometer el asesinato por dolo eventual o sólo cabe el dolo directo?

Para la mayoría de la doctrina no es posible el dolo eventual. Se exige, por tanto, siempre dolo directo.

Una minoría, en cambio, admite el dolo eventual en el asesinato, tanto si lo representado y aceptado como probable es la muerte como la existencia de una de las circunstancias de este delito (Bacigalupo, Sánchez Tomás). Hay quien, sin embargo, restringe la posibilidad de dolo eventual sólo a la producción de la muerte, exigiendo en todo caso dolo directo respecto a la existencia de alevosía, ensañamiento o precio (Mapelli). Así torturar a alguien cuando no se persigue la muerte o un ritual satánico en el que acontece la muerte.

En mi opinión, parece que sólo sería posible el dolo directo, al menos, respecto de las circunstancias, debido precisamente al contenido finalístico comentado, y porque exigen también un determinado ánimo del sujeto: en el ensañamiento, por ejemplo, un aumento deliberado del dolor; en el precio, el "por"; en la alevosía, el prevalimiento del medio.



En cuanto al error, todo depende de si las circunstancias se consideran circunstancias agravantes del homicidio o elementos del tipo de asesinato (ver lo dicho en la naturaleza del asesinato).

#### 4.- Participación

El problema que se presenta en esta materia es el de la comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes. Por ejemplo, supongamos que el cómplice desconoce que el autor mata con alevosía o por precio. ¿será castigado como cómplice de asesinato o como cómplice de homicidio? La respuesta depende de la naturaleza de tipo autónomo o tipo agravado del homicidio que se le atribuya.

- a) si se estima que es un homicidio agravado, habrá de aplicarse el art. 65 CP (leer detenidamente), según el cuál las circunstancias subjetivas (características personales) se aplican a aquellos sujetos en quienes concurren, mientras que las objetivas (referidas al hecho) se aprecian a aquellos que las conozcan. El art. 65.3 CP permite al juez rebajar la pena en un grado cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las circunstancias personales que fundamentan la culpabilidad del autor.

El precio es una circunstancia personal e incommunicable, pues se aplica al que mata por precio, que es quien manifiesta una aptitud más reprobable ante la vida de otro. Según el art. 65.3, podría rebajarse la pena en un grado para el inductor que paga el precio para que otro mate, aunque aquí depende de la interpretación más o menos extensiva que se da a la circunstancia (ver circunstancia de precio).

La alevosía y el ensañamiento tienen carácter objetivo, son formas de ejecución, por lo que se comunica a quienes las conocen.

Así, en el ejemplo expuesto, el cómplice lo sería de un homicidio.

- b) Si se considera al asesinato un tipo autónomo se han de aplicar las reglas de accesoriadad y título imputación que rigen en la participación, según las cuales se extiende la calificación a todos los que conocen la circunstancia.

En el ejemplo propuesto, el cómplice lo sería de un asesinato, pero sufriría un error de tipo, que habría que determinar si es o no vencible.

Estos mismos criterios deben seguirse para la aplicación de la hiperagravación del art. 140 CP.

#### 5.-Iter criminis

Al igual que en el homicidio, se castigan los actos preparatorios (art. 141 CP).

La tentativa también es posible, pues es un delito de resultado. En esta materia son varias las cuestiones:

- a) ¿Cuándo comienza la ejecución en el asesinato? ¿Con la circunstancia o con la acción de matar, pues a veces no coinciden temporalmente? Hay que entender que el comienzo se refiere a la acción de matar, no a las circunstancias. Por tanto, el pago o la promesa del precio para matar a otro no constituye una tentativa de asesinato, sino un acto preparatorio punible. Aunque un sector minoritario disiente de esta conclusión, pues considera que al ser el precio un elemento del tipo hay comienzo de ejecución.
- b) ¿qué ocurre en los casos de realización parcial de la circunstancia o cuándo ésta sobreviene o desaparece en el proceso de ejecución de la muerte? Son varias las posibilidades:
1. Realización parcial de la circunstancia, produciéndose la muerte. Por ejemplo, no se logra aumentar el dolor del ofendido, aunque se intenta o se sorprende al que está al acecho. Aquí, la mayoría entienden que se da un homicidio

consumado, pues no se ha logrado ejecutar de forma completa la circunstancia. Una minoría aboga por aplicar un concurso ideal entre la tentativa de asesinato y el homicidio doloso consumado.

2. Se consuma la circunstancia, pero no así la muerte, que tiene lugar en un momento posterior sin la circunstancia. Por ejemplo, se dispara alevosamente sin conseguir acertar, lo que permite advertir el peligro a la víctima que se pone a cubierto, siendo alcanzada poco después por otro disparo que ya no es alevoso. Aquí la mayoría de la doctrina aplica un concurso ideal de delitos entre la tentativa de asesinato y el homicidio doloso consumado. Otro sector entiende que es un concurso real, no ideal.
3. Se comienza el delito sin circunstancia, pero la muerte se consuma con ella. Aquí la solución propuesta por TS y por la doctrina es distinta. El TS considera que las circunstancias deben estar presentes desde el principio y hasta el final de la ejecución, de manera que sólo castiga *por homicidio*. La doctrina, en cambio, entiende que hay sólo un *asesinato*, pues siempre que no exista una desconexión temporal entre la acción inicial y la muerte se produce una unidad de acción, de manera que la tentativa de homicidio queda absorbida (ppio de consunción) por el asesinato consumado. Estos son los llamados casos de alevosía sobrevenida, que el TS niega que existan, pues cuando aprecia la existencia de asesinato en concurso con tentativa de homicidio es porque entiende que no hay una sola acción, sino dos al haberse producido entre ambas una interrupción temporal.

## **6.- Penalidad:**

Art. 139 CP: prisión de 15 a 20 años

Art. 140 CP: prisión de 20 a 25 años. La cuestión es ¿cuándo se aplica? ¿cuándo concurren dos circunstancias o las tres del asesinato? El art. 140 CP dice “concurrán más de una”. Ello se puede interpretar de una de estas maneras: a) más de una son dos, al menos; b) más de una, aparte de la que es necesaria para apreciar el asesinato, lo que nos lleva a exigir la concurrencia de tres: una para el asesinato, otra y la tercera que es la “más de una”. Con esta última interpretación se busca restringir el ámbito de aplicación de un tipo agravado como el del art. 140 CP que da un salto en el marco penal muy significativo respecto del tipo básico del art. 139 CP. En todo caso, se niega eficacia de agravante genérica a los efectos del art. 66 CP (leerlo) a las circunstancias del asesinato.

## **V.- INDUCCIÓN Y COOPERACIÓN NECESARIA AL SUICIDIO**

En el art. 143 CP se recogen diversos tipos penales:

- inducción al suicidio
- cooperación necesaria al suicidio
- colaboración ejecutiva al suicidio
- supuestos de eutanasia

Cuestión previa al análisis de estos tipos penales es la de determinar si el suicidio es o no un derecho del individuo, lo que dependerá en definitiva de cómo se configure el bien jurídico vida humana independiente: disponible o indisponible.

- a) La posición doctrinal mayoritaria entiende que el suicidio no es un derecho, porque la vida es un bien jurídico indisponible, de manera que darse muerte a uno mismo es un acto ilícito que, sin embargo, no se pena por razones de

política-criminal (ningún efecto preventivo tiene la pena frente a alguien que quiere suicidarse).

- b) Una minoría, en cambio, considera el suicidio un acto lícito, dado que para ellos la vida es un bien jurídico disponible. Ello no impide exigir que en la adopción de la decisión de darse muerte y en su ejecución no deban interferir terceros (inductor, ejecutor, cooperador, etc.). Así, explican que la inducción al suicidio - un hecho lícito- se sancione porque el síndrome presuicidal hace más vulnerable al sujeto a los influjos externos, por lo que necesita una protección adicional. En el caso de la cooperación, porque la intervención del tercero hace irreversible un proceso que debe quedar siempre bajo dominio y control del suicida.

¿Qué consecuencias tiene este último entendimiento?

- 1) No impedir un suicidio ajeno –algo lícito- es un hecho que no genera responsabilidad penal. En primer lugar, no hay auxilio al suicidio porque dicha colaboración no puede ser omisiva. En segundo lugar, tampoco hay omisión del deber de socorro porque el suicida no está desamparado. En tercer lugar, tampoco hay homicidio en comisión por omisión porque el consentimiento de la víctima cancela la posible posición de garante del tercero.
- 2) El derecho a la disponibilidad de la vida conlleva el de rechazar tratamientos salvadores. Su aplicación contra la voluntad de la víctima podrá suponer un delito de coacciones.

## 2.-Elementos comunes a las diversas figuras delictivas

### **1º.-El suicidio**

Se define como la muerte directamente querida que una persona imputable se causa a sí misma.

Es un acto lícito –no prohibido por el ordenamiento jurídico-, por lo que el castigo de algunas formas de participación en el mismo requiere su tipificación expresa, ya que de otra forma por el principio de accesoriedad que rige en la participación resultarían impunes. Estos tipos se configuran como tipos privilegiados respecto al homicidio.

Requisitos:

- a) *acto de la voluntad válido, libre y expreso*. Ello supone dos cosas:
  - ¿qué *capacidad* debe tener el sujeto? Distintas soluciones: unos aluden a la misma capacidad que para consentir en las lesiones (mayor edad y capaz); otros exigen que sea imputable; y finalmente hay quien sostiene que basta con una capacidad natural de juicio, esto es, con comprender el sentido y trascendencia de la resolución en relación con el bien jurídico. Ésta última posición parece estar más de acuerdo con la Ley de Autonomía del Paciente que en su art. 9.3 c) exige sólo que “el menor de edad sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance...”.
  - La decisión tiene que adoptarse *sin vicios*. La violencia e intimidación la excluyen. El error la invalida a veces: si versa sobre la naturaleza del acto –darse muerte-, invalida el consentimiento; si versa, en cambio, sobre el motivo de darse muerte, es válida la decisión. Por ejemplo, A se suicida porque B va a suicidarse también después, lo que no ocurre.

- b) debe querer su propia muerte con *dolo directo*, no con dolo eventual. Ello permite dejar fuera del concepto de suicidio los casos de huelga de hambre, rechazo de transfusiones de sangre, en los que el sujeto no quiere realmente morir.

Si faltan estos requisitos se estará ante una conducta propia del homicidio o del asesinato.

## 2º La muerte

Para la punición en estos tipos penales se requiere la producción de la muerte del suicida. ¿Qué naturaleza jurídica tiene esta muerte? ¿es el resultado del delito? ¿es una condición objetiva de punibilidad? (Revisar estos conceptos en la Parte General).

- En el homicidio a petición, la muerte es el resultado del delito
- En la inducción y cooperación necesaria al suicidio hay discusión:
  - a) para unos (doctrina dominante), la muerte del suicida es el resultado del delito, lo que permite castigar como tentativa los casos en que realizada la inducción o la cooperación necesaria el suicida falla en su intento de darse muerte.
  - b) Otra posición doctrinal minoritaria, sostiene que no puede ser el resultado del delito porque el hecho en sí –el suicidio- es un acto lícito. Además su catalogación como resultado obligaría a castigar la inducción y la cooperación a un suicidio que quedara en tentativa, lo que supone un adelantamiento de las barreras de protección penal –se castiga la tentativa de una forma de participación-. Se propone, pues, su consideración como condición objetiva de punibilidad o condición de relevancia jurídica del hecho. La tentativa en estos casos sería impune, de manera que si el suicida no consigue darse muerte efectivamente, la inducción o el auxilio no serían punibles.

### 3.-Inducción al suicidio (art. 143, 1)

Tipo de injusto:

- La inducción exige que se hace nacer en el suicida la voluntad de darse muerte, no basta, pues, con reforzar la decisión de suicidarse que ya pudiera tener el suicida.
- Como toda inducción ha de ser directa, eficaz y ejercerse sobre persona determinada (revisar estos conceptos de la Parte General).
  - Es una actuación de carácter moral, no material, en la que tienen cabida todos los medios, salvo la coacción física o la intimidación. En estos casos, se convierte en autor de un homicidio u asesinato. Si el sujeto tenía ya la idea de suicidarse y sólo se le refuerza esa idea entonces no estamos ante inducción, sino ante un auxilio que deberá valorarse como necesario o no necesario para determinar su punición o no.

Culpabilidad: Sólo cabe dolo directo

Formas de aparición:

-No caben las formas de participación, porque lo que se tipifica es ya una forma de participación.

- Según la opinión minoritaria en la doctrina, tampoco es posible la tentativa, dado que la voluntad legal es castigar estas conductas cuando se produzca la muerte del suicida. La doctrina dominante, en cambio, considera punible la tentativa de estos delitos siempre que se haya comenzado a ejecutar la muerte.

#### 4.- Cooperación necesaria al suicidio (art. 143, 2)

-Se trata también de la tipificación de una forma de participación. El verdadero autor del hecho es el suicida, por lo que se requiere una petición expresa que acredite una voluntad seria y firme de morir.

-La conducta típica consiste en colaborar de forma necesaria, no en ejecutar materialmente la muerte. Caben tanto aportaciones materiales o física como aportaciones psíquicas (por ej., proporcionar información sobre determinado método para morir).

- Se discute si es posible la cooperación necesaria por omisión. La mayoría la admite, pero lo cierto es que el CP dice textualmente: cooperar con actos necesarios, lo que debe excluir los comportamientos omisivos. La jurisprudencia hasta el momento rechaza la cooperación necesaria omisiva.

-Culpabilidad: dolo directo tanto respecto del acto de cooperación en sí como respecto a su incidencia en la ejecución del suicidio.

-Formas de aparición: No caben formas de participación por tratarse de la tipificación de una forma de participación, pero si es posible la coautoría –coauxilio-.

Tampoco es viable la tentativa.

#### 5.- Homicidio a petición (art. 143, 3)

1º.- ¿se trata también de una forma de participación en el hecho de otro (el suicida) o es un delito próximo al homicidio, sólo que consentido?

Resulta difícil hablar de suicidio cuando la muerte la causa un tercero. De manera que se encuentra más próximo al homicidio, lo que se constata por la pena, que es más grave que en el caso de la cooperación necesaria. En este delito, es el suicida el que se convierte en inductor del tercero para que sea éste el que cause la propia muerte.

2º.- ¿basta con el consentimiento del suicida o se exige una petición?

Una interpretación sistemática con el art. 143, 4 CP, lleva a exigir una petición expresa, seria e inequívoca de la víctima. Se trata, pues, de un homicidio a petición y no de un homicidio consentido. Respecto del homicidio puede afirmarse que estamos ante un tipo privilegiado, pues conlleva menos pena que éste.

La petición exige los requisitos de capacidad y validez antes tratados. No cabe la comisión por omisión, dado que la voluntad legal es castigar sólo hechos activos.

Se exige dolo directo.

Aquí si cabe la tentativa, porque la muerte del suicida es el resultado del delito, y cabe la participación también porque lo que se tipifica es una conducta de autoría.

#### 6.- Eutanasia

El art. 143, 4 CP atenúa la pena que corresponde a los tipos de cooperación necesaria al suicidio y de homicidio a petición por la petición seria, inequívoca y expresa de la víctima, siempre que ésta sufriera una enfermedad grave de determinadas características. No cabe la omisión, ni tampoco los comportamientos indirectos como la

desconexión de aparatos mecánicos de mantenimiento artificial de la vida o el uso de lenitivos.

Eutanasia quiere decir “muerte dulce”, esto es, causación de muerte sin dolor del enfermo incurable y con el fin de poner término a sus padecimientos.

Clases de eutanasia:

- 1- Activa, si se causa la muerte por acciones, y pasiva si la muerte se produce por la omisión de actuaciones o tratamientos necesarios para mantener la vida.
- 2- Directa cuando produce la muerte del paciente además de aliviar su dolor; e indirecta si alivia el dolor acortando paulatinamente la vida.

¿cuál es el concepto de eutanasia que maneja el art. 143, 4 CP?

Se recoge tan sólo una descripción objetiva de los presupuestos de la atenuación que hacen referencia a una determinada situación del sujeto pasivo, pero no se alude ni a los móviles de piedad o solidaridad del autor (otras razones para matar: económicas, de venganza, etc.) ni a la forma de dar muerte (sin dolor o dulce). A pesar de ello, algunos autores deducen la existencia implícita de un ánimo de procurar una muerte dulce.

Presupuestos legales de la situación eutanásica:

- a) petición del enfermo: es algo más que un mero consentir o aceptar la sugerencia ajena. Es una solicitud.
  - expresa: manifestada de alguna manera. Con lo que quedan fuera los casos en que no puede emitirse voluntad alguna, sin que quepa en esta materia representación alguna (nadie puede dar el consentimiento en su nombre). Ahora bien, ¿qué pasa con los supuestos de testamento vital o de instrucciones previas como los denomina la Ley de Autonomía del Paciente 41/2002? Aquí bien podría aceptarse su validez dado que el tipo penal no exige que la petición tenga que efectuarse en un momento determinado.
  - Seria: decisión debe ser reflexiva y firme, esto es, que no se modifique con el transcurso del tiempo
  - Inequívoca: que no de lugar a dudas o que no dé lugar a varias interpretaciones.
  - Capacidad del sujeto: bastará con el entendimiento natural: capacidad de comprender la naturaleza de la situación y el alcance de su petición. El problema siempre se presentará en los casos de niños de corta edad o de enfermos mentales (¿bastará la decisión del juez o del representante legal?).
- b) Enfermedad grave que provoque una de estas dos situaciones:
  1. que conduzca necesariamente a la muerte. Lo que implica que no cabe curación –grave- y que la muerte puede establecerse en un plazo relativamente determinable y próximo al fallecimiento, sin necesidad de que se encuentre en la fase terminal. En el Derecho comparado este plazo se estima en una producción probable de la muerte en seis meses. No basta, pues, con que se trate de un enfermo crónico –por ejemplo, artritis, artrosis, diabetes, etc.-, pero tampoco es necesario que haya padecimientos o dolores.
  2. que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Aquí se incluirán los casos de situaciones penosas provocadas por la imperfecta eficacia de la medicina que permite mantener con vida a sujetos que antes tenían una muerte temprana. La cuestión es si muchos de estos casos pueden considerarse verdaderas enfermedades. La vía para su introducción en este apartado es entender que en cuanto necesitan

atención médica periódica están más cerca de la enfermedad que de la salud.

Se incluyen no sólo los dolores físicos sino también los psíquicos producidos, por ejemplo, por determinadas parálisis o invalidez.

El carácter de permanencia alude a que sean duraderos en el tiempo, lo que no significa que se puedan atenuar de forma cíclica o circunstancial o con la administración de fuertes analgésicos.

Bien entendido que en ambas situaciones el carácter mortal de la enfermedad o la eliminación de los padecimientos se fija conforme al estado de la ciencia en el momento en el que se produce la conducta típica, sin tener en cuenta, por tanto, posibles nuevos descubrimientos posteriores.

Así las cosas ¿cuál es el ámbito de aplicación del art. 143, 4 CP, o lo que es lo mismo cuáles son supuestos de eutanasia punibles?

Tan sólo la eutanasia activa directa, quedando despenalizados los casos de eutanasia activa indirecta y de eutanasia pasiva directa o indirecta. Asimismo también se despenalizan las conductas de complicidad.

Con la inclusión en el CP de 1995 de este último apartado en el art. 143 CP se ha cerrado la vía a la impunidad en los casos de eutanasia activa directa, en los que antes de esta fecha podía tener cabida un estado de necesidad (padecimientos-vida) o una disminución de culpabilidad. De *lege ferenda* se propone, pues, reducir la interpretación de la cooperación necesaria a los casos en que el cooperador controle todo el proceso delictivo hasta la producción de la muerte, esto es, su identificación con la cooperación ejecutiva, dejando impunes aquellas colaboraciones en las que la producción de la muerte requiere una actuación final del suicida que domina, así, su propia muerte, así como los supuestos omisivos.