Capítulo 1

EL HOMICIDIO. EL ASESINATO. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE. LA COOPERACIÓN E INDUCCIÓN AL SUICIDIO. LA EUTANASIA

Sumario: I. EL HOMICIDIO. 1. Cuestiones generales. 2. Bien jurídico protegido. 3. Procedimiento. 4. El tipo básico (artículo 138). 4.1 Los elementos del homicidio. 4.1.1. Sujetos 4.1.2. Conducta típica. 4.1.3. Objeto material. 4.1.4. Elemento subjetivo. 5. Los grados de realización del delito. 6. Autoría y participación. 7. Concursos. 8. Responsabilidad civil. 9. Modalidades agravadas (artículo 138.2). II. EL ASESINATO. 1. El tipo básico (artículo 139). 2. Los elementos del asesinato. 3. El tipo hiper agravado (artículo 140). III. DISPOSICIONES COMUNES A LOS ARTÍCULOS ANTERIORES (artículo 140 bis y artículo 141). IV. HOMICIDIO IMPRUDENTE (artículo 142). V. COOPERACIÓN E INDUCCIÓN AL SUICIDIO (artículo 143.1, 2 y 3). VI. LA EUTANASIA (artículo 143.4).

I. EL HOMICIDIO

1. Cuestiones generales

El Título I del Libro II del Código Penal regula bajo la rúbrica "del homicidio y sus formas", en los artículos 138 a 143, una serie de figuras delictivas que resultan ser atentados contra la vida humana independiente.

El homicidio doloso, contemplado en el artículo 138, se convierte en el tipo básico, dada la estructura simple y clara que presenta, a partir del cual el resto de delitos de este Título no van a ser sino meras agravaciones, atenuaciones o derivaciones de aquél sin perjuicio de las particularidades introducidas en este delito por la reforma que opera la LO 1/2015.

De esta forma son tipos agravados o cualificados el artículo 138.2 que se refiere a los supuestos cualificados de homicidio doloso; y los artículos 139 y 140 que castigan el asesinato en sus distintas modalidades. El artículo 142 como figura atenuada sanciona el homicidio cometido por imprudencia grave y menos grave. Las derivaciones del tipo básico son la cooperación ejecutiva al suicidio y la eutanasia, prevista y penada respectivamente, en los artículos 143.3 y 143.4.

Otros tipos penales que no se encuentran contempladas en el Título I pero que guardan una relación directa con éste son: en atención a determinadas personas las del artículo 485. 1 y 2, el homicidio del Rey o la Reina, del Príncipe o Princesa de Asturias, de cualquiera de los ascendientes o descendientes del Rey o de la Reina, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia y el artículo 605 el homicidio del Jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado que se halle en España; por razón de las motivaciones el artículo 573 bis 1. 1 º y 2 homicidio cometido en relación a bandas armadas u organizaciones o grupos terroristas, el artículo 607.1. 1 º el homicidio con propósito genocida y artículo 607 bis 2. 1º homicidio como delito de lesa humanidad. Además en la legislación penal especial se prevé también delitos de homicidio cualificados en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea 209/1964 y en el Código Penal Militar según la redacción dada por la LO 14/2015 de 14 de octubre.

Desde un punto de vista etimológico el término "homicidio" procede de las palabras latinas "*homo*" y "*caedere*", que significa matar a un ser humano. El CP de 1995 ha cambiado la rúbrica del Título por el "*Del homicidio y sus formas*" respecto de los Códigos Penales históricos, en los que dicha infracción penal figuraba entre los "*Delitos contra las personas*". También tipificó el delito de homicidio imprudente y los actos preparatorios con el establecimiento del sistema del numerus clausus, además ha derogado los tipos de parricidio e infanticidio, que eran contemplados en el CP de 1973 con una naturaleza autónoma. Esto no significa que dichas conductas no sean punibles sino que la solución que propone el texto penal es que si media relación de parentesco o de filiación entre agresor y víctima (ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción, o quien sea o haya sido cónyuge o persona ligada a la víctima por análoga relación de afectividad), la calificación penal será la de homicidio agravado por la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, circunstancia que en los delitos contra las personas agrava (en igual sentido acontecerá si, como veremos, el hecho reviste los caracteres de un asesinato, al que se agregará la citada circunstancia agravatoria, añadida a aquéllas que cualifican específicamente dicha figura penal).

2. Bien jurídico protegido

El **artículo 15 CE** proclama, por primera vez en nuestros textos constitucionales, que: ***"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"***, en igual sentido, se pronuncian diversos Tratados Internacionales entre otros la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y el art. 2 de la Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950.

La **vida**, como bien jurídico protegido, se configura al mismo tiempo como un valor y un derecho fundamental del que dimanan todos los demás (STC 53/1985, de 11 de abril) y del que es preciso realizar una lectura sistemática e integradora en relación con los artículos 1, 10, 16 y 17.1 de la Constitución, muy particularmente del de la dignidad humana.

Este derecho a la vida que protege la Constitución va a implicar para el Estado dos clases de deberes[1] el de proteger las vidas humanas frente a los ataques de terceros y el de respetar las vidas humanas excluyendo los ataques del propio Estado.

Así en la Sentencia 120/1990, de 28 de junio, en la que se planteaba un supuesto de huelga de hambre de los presos del GRAPO, el Tribunal Constitucional trató el tema de la disponibilidad sobre la propia vida. En él se enfrentaban los dos derechos contemplados en el artículo 15 de la Constitución: de un lado, el derecho a la vida, en su manifestación de obligación del Estado de proteger la vida, y, de otro, el derecho a la integridad física y moral, en su dimensión de exclusión de toda intervención exterior no consentida en el cuerpo o espíritu de una persona.

En la STC 120/1990 el Tribunal Constitucional se ocupa de despejar varias cuestiones de gran interés. El Tribunal declara, en primer lugar, que el derecho fundamental a la vida, en cuanto fundamento objetivo del ordenamiento, impone a los poderes públicos "el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho". En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, subraya el papel activo de protección de la vida que corresponde al Estado en el terreno de las relaciones de sujeción especial, como ocurre con los presos, en la medida en que se trata de "personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar

[1] VVAA, *Memento Penal 2016*, Editorial Francis Levefre, Madrid 2015, página 726.

y proteger". El Tribunal Constitucional se cuida también de precisar que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide puede configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte, sin perjuicio de reconocer que, "siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte".

Por otra parte, en conexión con lo anterior y de forma lógica en nuestro ordenamiento jurídico no se consigna un derecho a la muerte (SSTS nº 120/1990, de 27 de Junio, y nº 137/1990, de 19 de Julio), y aunque el suicidio propio no es punible se castigará la cooperación y la inducción al suicidio de terceros. El acto frustrado de suicidarse, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que excepcionalmente castigan tal conducta, ha quedado impune por razones político criminales. Esta impunidad no va a significar, en ningún caso, la indiferencia de tal acto para el ordenamiento jurídico[2].

3. Procedimiento

El procedimiento aplicable distingue, en primer lugar, si nos encontramos ante un supuesto de delito consumado de homicidio o asesinato o la concurrencia de sus formas imperfectas.

En el caso de tratarse de un **delito consumado de homicidio y asesinato**, se abrirá el procedimiento del tribunal del jurado, según el art. 1.2.a) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Como órganos judiciales competentes para la instrucción se trata del Juzgado de Instrucción del lugar de comisión de los hechos, el del lugar de aparición de los primeros indicios, o el primero que conozca de los hechos (arts. 14, 15 y 18 LECrim). En los casos en los que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género, la instrucción corresponde a los juzgados de violencia sobre la mujer (artículo 14.5 de la LECrim).

---

[2] Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2011, páginas 61 y ss. "La vida es objeto de protección penal incluso frente a la voluntad de su titular que no tiene derecho a disponer sobre ella libremente y en consecuencia no está autorizado a que otros le maten".

El enjuiciamiento corresponderá a un tribunal compuesto por jurados, legos en Derecho, será el encargado de emitir el veredicto. Sobre su base, la sentencia será posteriormente redactada por el Magistrado Presidente del tribunal del jurado, en el ámbito de la Audiencia Provincial.

El régimen de recursos contra la sentencia dictada en la instancia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) territorialmente competente (arts. 846 bis a) a f) LECrim), constituida como Sala de lo Penal. Y contra la sentencia que recaiga en ese recurso de apelación cabe posterior recurso de casación ante la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo (en adelante, TS, siendo resoluciones recurribles en casación las previstas en los arts. 847 y 848 LECrim, y los motivos los de los arts. 849 a 851 LECrim).

El juicio con jurado absorbe el enjuiciamiento de los delitos conexos con aquél (arts. 17 LECrim y 5 LOTJ): por ejemplo, que el autor venga acusado, además de por haber causado la muerte de un sujeto, por las lesiones causadas a otros individuos en el seno de la misma contienda (como se contempla en los acuerdos del Pleno de la Sala 2ª del TS de 20/01/2010 y 23/02/2010; y STS nº 728/2009, de 26 de junio, entre otras).

El procedimiento que corresponderá en el supuesto de delito no consumado será el del **procedimiento sumario** (previsto para procedimientos con penas de prisión iguales o superiores a nueve años), que en la fase de enjuiciamiento recibe el nombre de procedimiento ordinario (artículo 259 y ss. de la LEcrim).

Los órganos judiciales competentes serán para la instrucción el Juzgado de Instrucción del lugar de comisión de los hechos, el del lugar de aparición de los primeros indicios, o el primero que conozca de los hechos (arts. 14, 15 y 18 LECrim) sin perjuicio de la competencia que corresponda a los juzgados sobre la mujer.

El **enjuiciamiento** al superar los cinco años de prisión, como pena en abstracto, conocerá de los hechos la Audiencia Provincial, como Sala de lo Penal. Cabrá **recurso** de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justica en su territorio y ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (artículo 846 ter). Además del recurso de casación ante la Sala Segunda (de lo Penal) del Tribunal Supremo.

En relación a los delitos de homicidio imprudente, cooperación e inducción al suicidio (salvo la cooperación ejecutiva que corresponderá las normas de sumario) y la eutanasia se tramitará como un **procedimiento abreviado** (artículo 757 de la LECrim) al ser la pena de prisión inferior a 9 años. Siendo competentes para la instrucción los jueces de instrucción y los órganos judiciales encargados del **enjuiciamiento** Juzgado de lo Penal (hasta cinco años de prisión según lo establecido en el artículo 14.3 de la

LECrim) y Audiencia Provincial (más de cinco años según lo previsto en el artículo 14.4 de la LECrim).

4. El tipo básico

Artículo 138.1 CP: ***El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a 15 años.***

4.1. Elementos del homicidio

4.1.1. Sujetos

El **sujeto activo** del delito del homicidio puede serlo **cualquier individuo**, de esta forma nos encontramos ante un delito común, que podrá ser realizado por cualquier persona sin que se exija ninguna condición particular.

Como ya hemos mencionado anteriormente, en el caso de que el autor sea ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción de la víctima, o bien sea o haya sido cónyuge de la misma o persona ligada a ella por análoga relación de afectividad, estaremos ante este tipo penal (o, en su caso, ante la figura especial del asesinato) con la agravación de parentesco prevista en el art. 23 CP.

En los casos de autores menores de 14 años, su conducta no es punible desde la perspectiva del Derecho Penal. Cuando el autor se encuentre comprendido entre los 14 y los 18 años de edad, se sancionará su conducta con arreglo a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (art. 1).

Como **sujeto pasivo,** que es titular del bien jurídico protegido, se precisa que se trate de una **persona viva**, que a su vez coincide con el objeto material del delito. Si la víctima ya estaba muerta "ex ante", nos encontramos ante un supuesto de delito imposible, que no es punible (igual sucede en este caso respecto del delito de omisión del deber de socorro, STS 28-1-2008).

4.1.2. Conducta típica

La conducta típica aparece descrita en el artículo 138 con la expresión el que "matare a otro", a diferencia como señala Luzón Cuesta[3] de otros ordenamientos que utilizan los términos "ocasionar" que resultan ser más amplio como es el caso de Italia o Austria o los términos "dar voluntariamente muerte" supuesto de Francia. La descripción típica del verbo

[3] Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal*, Editorial Dykinson, 2015.

matar va a incluir tanto el comportamiento activo como el pasivo (referido a la comisión por omisión) del sujeto que pone en riesgo la vida humana independiente.

Este comportamiento de "matar" va a englobar tanto la acción, entendida como un acometimiento o comportamiento activo, como la omisión impropia o "comisión por omisión".

En el caso de la comisión por omisión será preciso que concurran dos requisitos:

a) La relación de causalidad entre la omisión y el resultado de muerte, de modo que ésta no se hubiera producido de haberse realizado la acción omitida que el sujeto tenía obligación de haber desplegado (por ejemplo los casos de dejar de alimentar a un menor o persona desvalida que de él dependa, ligar el cordón umbilical de un recién nacido, no echar las barreras en un paso a nivel cuando pasaba un tren, etc.).

b) La obligación de actuar que asume el que ocupa una **posición de garante**, conforme a la doctrina formulada por Nagler. En este caso, la inactividad consciente del sujeto que ocupa tal posición ha de haber provocado el resultado de muerte, teniendo obligación de actuar. Como dice el art. 11 CP, "los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

Pero no va a incluir la omisión pura puesto que son delitos de mera inactividad en los que no se produce un resultado externo y en los que se el sujeto activo responde penalmente de su no actuar pero no del resultado producido. De esta forma se diferencia de la omisión del deber de socorro de los arts. 195 y 196 CP, en la cual sólo hay una conducta pasiva por parte del sujeto activo en el que es indiferente el resultado producido.

Finalmente, en algunos países, como es el caso de Italia, se estima posible el llamado "homicidio moral" o causación de la muerte mediante una fuerte emoción psíquica, que no se aplica en España, Francia o Alemania. Esta modalidad de homicidio supone estimar que se puede matar igual con un terror que con un dolor.

Además de este acometimiento o supuesto de la comisión por omisión al ser un delito de resultado es preciso que la acción u omisión sea causa del

resultado de muerte y que al autor se le pueda imputar objetivamente ese resultado[4].

En primer lugar, será necesario acreditar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado producido por lo que se puede acudir a las teorías de la causalidad, como son las "Teoría de la equivalencia de las condiciones" o la "Teoría de la conditio sine qua non", la "Teoría de la causalidad adecuada" o la "Teoría de la relevancia". Se entenderá que es causa toda conducta que contribuye a la producción de un resultado desde un punto de vista físico, lógico o natural.

La jurisprudencia viene considerando que no interrumpen la causalidad las concausas preexistentes (por ejemplo la especial vulnerabilidad de la víctima que ya se encontraba previamente enferma), ni las concausas concomitantes (por ejemplo que la víctima sufra otra agresión al mismo tiempo). Sí pueden influir y hasta eliminar la relación de causalidad, en cambio, las concausas posteriores también denominadas accidentes extraños, especialmente por conducta maliciosa de la víctima (como son los casos en que esta última agrave dolosamente su estado para cobrar así mayor indemnización –quitándose vendajes– o para provocar un mayor rigor punitivo contra su agresor, guiándose en este caso por un ánimo de venganza contra el mismo).

En segundo lugar, la mayoría de la dogmática jurídica penal considera que la mera verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. Como exponía la STS nº 1611/2000, de 19 de octubre, se hace preciso acudir a la **teoría de la imputación objetiva** es la dominante en la jurisprudencia actual para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado, y que vino a incluir junto una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, una consideraciones jurídicas o criterios normativos que permiten operar con un mayor margen de seguridad jurídica. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Conforme a lo anterior, una vez que se compruebe la relación de causalidad, la imputación del resultado requiere además de comprobar (STS 29-5-1999, 4-7-2003,10-10-2006, 22-12-2008 y 7-2-2013) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro jurídicamente desaprobado que el creado por la acción.

---

[4] Zárate Conde, Antonio y González Campo, Eleuterio, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid 2015, págs. 166 a 173.

4.1.3. El objeto material

El objeto material sobre el que recae la conducta típica consiste en una vida humana independiente, en la que no cabe contemplar a otros seres vivos, se diferencia del bien jurídico en que este comprende la vida humana en general y en el objeto material se atiende a la vida concreta del individuo. La conducta típica implica la destrucción de la vida humana independiente. Se plantea, como cuestión relevante, el determinar en primer lugar el **momento en que comienza** la protección del objeto material y, en segundo lugar, el **momento de su fin.**

El criterio de delimitación del comienzo vendrá determinado por el momento del nacimiento o aquel en el que se adquiere la personalidad a efectos penales. En cualquier caso, el dato decisivo se ha de encontrar en la distinción entre vida humana dependiente e independiente. Así en los supuestos de destrucción de una vida humana dependiente (aborto), en los que el objeto material es el feto, la sanción específica se castigará de conformidad con los arts. 144 a 146 CP, que serán objeto de estudio en el capítulo 2.

Además se deben tenerse en cuenta las modificaciones introducidas en esta materia por Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, que deroga expresamente las excepciones que hasta entonces se mantenían vigentes del art. 417 bis del CP de 1973 e introduce otra serie de cambios dirigidos a excluir la responsabilidad penal de la gestante.

La independencia vital que se constituye como un requisito esencial, a los fines del tipo penal del art. 138 CP, ha llevado a la doctrina a distinguir entre aquellos supuestos que serán constitutivos de delito de aborto y aquellos otros en los que estaremos ante la muerte de un recién nacido ya independiente, constitutivo de delito de homicidio agravado del artículo 138.2 o asesinato del 140.1.1.

A tal respecto, la doctrina ha mantenido diversas teorías, de las que las más importantes son:

a) Teoría de la respiración pulmonar independiente del recién nacido, mantenida por Quintano, que ha sido generalmente rechazada por no venir exigido por la ley y parecer ser más un medio de prueba de la viabilidad del nuevo ser.

b) Teoría del comienzo del parto. Defendida por Silva Sánchez, y que sitúa su inicio *"en el periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, de manera que a partir de dicho momento se pone en peligro no ya la vida de un feto, sino la*

de una persona" que a su vez se sustenta en las STS de 22 de enero del 1999 y de 29 de noviembre de 2001, que ponen fin al estadio fetal.

c) Teoría del corte del cordón umbilical, tampoco es generalmente aceptada por conducir a la ilógica interpretación que será autor de aborto el que mate al ser que completamente expulsado del claustro materno aún cuando no se haya cortado el cordón umbilical.

d) Teoría de la completa separación del claustro materno, que es defendida por la mayor parte de la doctrina (Gimbernat, Rodríguez Ramos, Bajo Fernández, etc.) que requiere de la completa expulsión del útero para entender que nos encontramos ante un supuesto de vida humana independiente.

En conclusión, en el caso de que la víctima sea un **ser vivo independiente**, se cometerá un **homicidio** (y no aborto, sancionado con menor pena), y ello tras la reforma operada en el Código Civil por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dicho precepto ha pasado a disponer en el artículo 30 que: *"La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*" por lo que se supera la tradicional definición de persona del derecho civil que exigía *"para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno"*.

El segundo momento relevante es el que determina el fin de protección de este delito que se produce con el cese de la vida humana. No será ya de delito de homicidio el que apuñala en el corazón a quién ya es un cadáver puesto que nos encontraremos ante un tentativa inidónea o delito imposible.

Tradicionalmente en el Derecho Penal se ha atendido al criterio de la muerte por parada cardiorrespiratoria, denominada como **muerte clínica**, actualmente este criterio se ha completado con el de **muerte encefálica o cerebral**, por el cese irreversible de las funciones encefálicas. Ambos diagnósticos de muerte son admitidos por la Ley 30/1979 de trasplante de órganos y el artículo 9.2 del Real Decreto 1723/2012 que desarrolla la Ley de Extracción y trasplante de órganos.

4.1.4. El elemento subjetivo

El elemento subjetivo del tipo penal del art. 138 CP que ha de concurrir necesariamente es el **dolo.** En el supuesto que la muerte se hubiese producido por una conducta imprudente, estaremos ante el tipo penal del homicidio imprudente previsto y penado en el art. 142 CP. Otro caso que se suela

plantear es el del homicidio preterintencional, que a continuación analizaremos, como modalidad del homicidio imprudente en la que se buscaba lesionar pero se acaba produciendo la muerte.

El dolo supone el conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, saber que se mata a una persona y que se quiere hacer. De las diferentes modalidades dolosas posibles todas tienen cabida en el delito de homicidio: dolo directo de primer y segundo grado, dolo determinado e indeterminado, y dolo eventual. En éste último se actúa sabiendo que la conducta tiene altas probabilidades de provocar la muerte del agredido, asumiendo este resultado como posible aún cuando no sea querido directamente, pero realiza la acción aceptando sus consecuencias (STS 29-3-2016 y 1-04-2016).

El tratamiento del error, que fue extensamente tratado en el Derecho Penal Parte General[5], distingue entre el error en la persona que no excluye el dolo del delito de homicidio (son los casos en los que el que con intención de matar a A dispara y mata a B), el error sobre el objeto que afecta a la idoneidad como objeto material del delito y el error en el golpe (*aberratio ictus*) que se produce cuando el sujeto yerra en la dirección del ataque y recae sobre un objeto distinto. No parece que quepa apreciar el error de prohibición o de derecho en este tipo de delito por lo evidente de la antijuridicidad de la conducta.

5. Los grados de realización del delito

El delito de homicidio no plantea particularidades ni en cuanto a las formas de aparición ni a la participación en el delito aplicándose por tanto las normas generales de unas y otras. De esta forma serán punibles no sólo el delito consumado sino también la tentativa y los actos preparatorios del artículo 141 del CP que se analizaran en el epígrafe de disposiciones comunes al homicidio y el asesinato.

A la tentativa de homicidio se observa lo establecido en los artículos 16 (con anterioridad al CP de 1995 se distinguía entre frustración y desistimiento) y 62 del CP, que prevén la reducción de la pena en uno o dos grados.

Así, parece pacífico aceptar que el denominado delito imposible o tentativa inidónea, caso del que mata alguien que ya estaba muerto no resultará

[5] Zárate Conde, A. y González Campo, E., *Derecho Penal. Parte General*. Editorial La Ley. Madrid, octubre 2015.

punible, por aplicación del art. 4.1 CP: *"Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas"*.

El mayor interés que se plantea en este campo es el de diferenciar entre el delito de homicidio en grado de tentativa y el delito de lesiones consumado, que incide esencialmente en el ámbito probatorio, al venir determinado por la presencia de un ***animus necandi u occidendi*** en el primero frente al simple ***animus laedendi o vulnerandi*** presente en el delito de lesiones.

La Sala Segunda del TS ha establecido una jurisprudencia reiterada, en relación con el delito de homicidio, que considera que la intención con la que actúan las personas pertenece a la intimidad del sujeto, de modo que, salvo una manifestación veraz del interesado, ciertamente infrecuente, tan sólo será posible rastrear aquella voluntad mediante el análisis y ponderación de cuantos datos objetivos hayan sido acreditados en la causa y de los que pueda inferirse aquel ánimo, mediante lo que se conoce como **"prueba indirecta, indiciaria o circunstancial"**, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor: para ello se partirá del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho (instrumento utilizado, zona afectada, número y gravedad de las lesiones, etc.) y además se tendrán en cuenta cuantos actos del agresor anteriores, simultáneos o posteriores a la acción ofrezcan alguna luz sobre el pensamiento que le guió (STS de 12-6-2001, 10-1-2002, 12-2-2003, 28-12-2015 y 14-2-2018).

Por lo tanto, para esclarecer esa voluntad interna se valorarán también las circunstancias preexistentes (como por ejemplo las amenazas previas del tipo "te voy a matar", enemistad, resentimiento…), las circunstancias concomitantes (petición de auxilio inmediato, intento de salvar a la víctima de una muerte segura…) y las circunstancias posteriores (confesión, arrepentimiento, petición de perdón…).

6. Autoría y participación

El delito de homicidio como el de asesinato no presenta ninguna particularidad en lo que se refiere a las diferentes modalidades de autoría del artículo 28 párrafo primero ni en la participación del artículo 28 párrafo segundo y artículo 29 (complicidad) toda vez que todas ellas son posibles.

No obstante en relación al asesinato se deberán individualizar las responsabilidades de los diversos autores y partícipes, en concreto lo que se refiere a las circunstancias que configuran el delito de asesinato, debiendo aplicarse las reglas del artículo 65 del CP. Al tratarse la disposición moral del delincuente en una causa personal, la circunstancia de precio, recompensa o promesa estará regida por el párrafo primero, mientras que la alevosía y

ensañamiento se refieren a los medios comisivos, por lo que se regirá por lo preceptuado en el párrafo segundo.

7. Concursos

Además de los supuestos de concursos que se pueden plantear con las nuevas modalidades agravadas de homicidio y asesinato que se expondrán a continuación, que generalmente se resuelven al ser un concurso de leyes por el principio de especialidad del artículo 8.1 del CP, lo cierto es que este delito puede aparecer con otras conductas delictivas como son los delitos contra los derechos de los trabajadores, la salud pública, el medio ambiente, etc. Como regla general estos casos se resolverán como concurso ideal de delitos salvo que la ley establezca otra cosa como el supuesto del artículo 382 del CP que prevé un concurso de leyes si la muerte se produce como consecuencia de alguno de los delitos contra la seguridad vial mencionado en el referido artículo.

En los supuestos de ataques contra la vida de varias personas ejecutados con, con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, realizados con una única acción, el **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo 20-1-2015** considera que han de ser tratados a efecto de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (73 a 77 del CP) salvo que exista regla penológica especial como la del artículo 382 del CP.

Sí concurre un solo hecho imprudente se producen varias muertes estaremos ante tantos delitos imprudentes de homicidio como resultados típicos se hayan producido (concurso ideal de delitos) y no ante un solo delito imprudente.

8. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil en este tipo de delito se basa en la indemnización que se prevé en los artículos arts. 109 y ss. del CP. En estos casos los perjudicados por el homicidio serán los familiares directos de la víctima (salvo en el supuesto de homicidio en tentativa, en el que lógicamente es la propia víctima quien debe percibir la indemnización por las lesiones sufridas, las secuelas resultantes y, en su caso, el daño moral).

Como regla general, procederá que el autor indemnice económicamente a tales perjudicados, siendo habitual que los Tribunales apliquen para ello, con carácter orientativo, las tablas del baremo de circulación de vehículos a motor que recoge la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En cualquier caso, tal derecho puede recaer en terceros que no sean necesariamente los herederos del difunto, como dice la doctrina que *"sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente pueden transmitirse por vía hereditaria aquéllos que, al tiempo de la muerte del causante, se hallasen integrados en su patrimonio"*, lo que viene a coincidir con el contenido del art. 113 CP.

8. Modalidades agravadas

Artículo 138.2: ***Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:***

a) Cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140.

b) Cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.

La reforma operada por la LO 1/2015 ha introducido en la regulación del homicidio la posibilidad de castigarlo con la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico (esto es de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses) en los casos que contempla el artículo mencionado, respecto del que la doctrina ha destacado que prevalece el propósito retributivo sobre el preventivo[6].

Las circunstancias que recoge el **apartado 1 del artículo 140 del CP** son:

1. Ser víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

Esta nueva circunstancia amenaza con provocar problemas de compatibilidad con la modalidad de alevosía por desvalimiento que contempla las situaciones de desvalimiento de menores de edad, ancianos, enfermos graves o personas desvalidas. Según Enrique Peñaranda[7] no planteará en principio problema con los casos de menores de edad siempre que se aplique a supuestos de menores de edad con cierta capacidad de defensa y la alevosía del asesinato se reserve para los menores de muy corta edad. Por el contrario parece que en los supuestos de edad (avanzada), enfermedad o discapacidad no cabría esta graduación entre la aplicación del 138.2 o del 139.1 en relación con el 140.1 en cuyo caso deberemos estar al caso concreto y a lo que resuelvan los tribunales el concurso aparente de normas penales.

---

[6] VVAA, *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Comares, Granada 2016, página 14.

[7] VVAA, *Memento Penal*, 2016, Editorial Francis Lefevre, Madrid 2015, páginas 745 a 746.

Como señala Carlos Suarez Mira Rodríguez[8], "no parece muy razonable calificar la muerte de un bebé como alevosa y después utilizar esa el mismo factor como circunstancia agravante específica del homicidio hiperagravado. Tampoco sería lógico calificarlo como simple homicidio y no como asesinato, pues sería contrario a la abundante jurisprudencia consolidada. La única solución parece que es estimar que nos hallamos ante la figura del asesinato básico para no incurrir en *non bis in idem* que conllevaría a la apreciación del asesinato hiperagravado. Y el concurso de leyes entre el homicidio agravado y el asesinato básico, decantándose por el asesinato por aplicación del artículo 8, regla 4ª del CP".

La STS 10-2-2017 considera que "son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en los que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2.a) CP. Pensemos en el homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa. O incluso, excepcionalmente, en niños en compañía de personas que las protegen y por tanto revierten la situación de indefensión connatural a la corta edad y complexión física en formación y por ello muy débil, si el menor fuese atracado cuando está solo. Además considera que en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontraremos, entonces sí, ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1ª). No cabrá apreciar además el asesinato agravado del art. 140.1.1ª pues las condiciones de la víctima basan ya la alevosía. Lo impide la prohibición del *bis in idem*. Para ello no hace falta replantear ni alterar los contornos de la alevosía. Cuando a la alevosía se superpongan circunstancias del apartado 1ª del art. 140.1 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible la compatibilidad. Así, el acometimiento por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138 .1 CP (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1ª (por ser la víctima un menor). Es asumible el ejemplo que tomamos prestado del dictamen del Fiscal. La muerte de un ser desvalido que suponga por sí alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (art. 139.1.1ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP). Recapitulando, la redacción conferida a los arts. 138 a 140 por la LO 1/2015 no supone per se un nuevo concepto más estricto que el consagrado por la jurisprudencia de alevosía. Ésta ha de predicarse necesariamente de la muerte de un bebé de meses".

---

[8] José L. González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 1995*, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Director, Valencia 2015, página 481.

2. Que el hecho fuese subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

Esta circunstancia parece de escaso interés práctico por la aplicación del concurso de leyes del artículo 8 del Código Penal y los supuestos específicos que regulen esta circunstancia como el caso del artículo 139.1.4 para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

3. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

El incremento punitivo que se produce se justifica por la mayor peligrosidad que se deriva de la pertenencia a un grupo criminal que se encuentra con una mayor facilidad para cometer delitos. Lo cierto es que al igual que las anteriores suscita dudas en la doctrina tanto por su necesidad como su justificación acorde al principio de proporcionalidad.

4. Cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 del Código Penal.

De igual forma se fundamenta en la necesidad de reforzar la posición de las Fuerzas y Cuerpos de Fuerzas de Seguridad pero de manera poco coherente se contempla respecto del homicidio pero no en el asesinato ni en las lesiones que seguirán aplicando el concurso ideal de delitos entre ellos y el atentado. Por otra parte al guardar silencio el Código Penal respecto de la apreciación del atentando del artículo 551 (que recoge las cualificaciones del 551 por medio empleado para su comisión) y el 554 (que extiende la pena de los artículos 550 y 551 a los atentados cometidos contra miembros de las Fuerzas Armadas vistiendo uniforme y de servicio, las personas que acudan en auxilio de la autoridad, a los bomberos y miembros de equipos sanitarios o de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro y al personal de seguridad privada que desarrolle actividades en cooperación y bajo mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) la doctrina se decanta por aceptar el homicidio agravado sin género de dudas al caso del 551 siendo más discutida su extensión a las personas del 554[9].

[9] Moreno Verdejo, Jaime, *Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos*, Revista del Ministerio Fiscal, número 1, Madrid 2016, páginas 8 a 9.

II. ASESINATO

La regulación del asesinato ha sufrido una importante modificación con la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015 que ha determinado un aumento punitivo[10] que se traduce en pasar la pena máxima del tipo básico del artículo 139.1 de 20 a 25 años, así como se ha introducido un tipo agravado en el artículo 140 que recoge la pena de prisión permanente revisable.

Desde un punto de vista etimológico su denominación procede del árabe "*hassasin*", siendo el nombre que se daba a los seguidores de una secta cuyo voto de ingreso consistía en jurar que estaban dispuestos a matar a quien les ordenara su jefe religioso.

2.1. El tipo básico

Artículo 139 CP: ***Será castigado con la pena de prisión de 15 a 25 años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Con alevosía. 2ª. Por precio, recompensa o promesa. 3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4ª. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.***

2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.

2.2. Elementos del asesinato

El asesinato está integrado por algunos elementos comunes con el delito de homicidio, bien jurídico, objeto material, sujetos del delito y conducta típica por lo que todas las cuestiones que ya han sido tratadas no se van a volver a repetir en este epígrafe. La verdadera esencia del asesinato reside en las circunstancias cualificadoras del comportamiento típico de matar a otra persona que será necesario que concurran para su calificación de asesinato.

Aparte de estas circunstancias existen algunas peculiaridades que vienen dada por el elemento subjetivo del tipo de injusto al ser un delito que sólo cabe en modalidad dolosa, lo que significa que sólo cabe su comisión por

[10] José L. González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 1995*, 2 edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Director, Valencia 2015, página 474 a 475, "se critica la introducción de los tipos penales dando la sensación de haberse llevado por un cierto apresuramiento por un acierta arbitrariedad".

dolo, nunca por culpa o imprudencia. Aunque lo más frecuente es estar ante un dolo directo, el TS incluso viene admitiendo la aplicación de este tipo penal en casos de dolo eventual, que estima asimismo compatible con la alevosía (STS 119/2004 de 2 de febrero, 618/2012, de 4 de julio y 782/2017 de 30 de noviembre). También planteará algunos problemas ciertas modalidades del asesinato de poder ser cometido por medio de la comisión por omisión debiendo analizarse caso por caso.

A las tres circunstancias específicas configuradoras (alevosía; precio, recompensa o promesa y ensañamiento), que no sufren variaciones, se añade la nueva introducida por la reforma de facilitación la comisión de otro delito o evitar que se descubra.

2.2.1. Con alevosía

Esta aparece definida genéricamente en el art. 22.1ª CP, donde se afirma que "hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

El fundamento de esta agravante ha sido discutido y la jurisprudencia destaca tanto el carácter objetivo (mayor antijuridicidad del hecho, STS 7-11-95 y 4-12-98), como el subjetivo (mayor culpabilidad) y el mixto (integrado por ambas facetas, STS 596/2006, 13-3-09). La doctrina se decanta por considerarlo como una circunstancia agravatoria de carácter predominantemente **objetivo**, consistente en el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que, en cuanto tienden a asegurar el resultado y a "asegurarse" el delincuente frente a la defensa que pudiera oponer el ofendido, incorpora a su vez un especial elemento **subjetivo** o intencional, que por ello dota a su acción de una mayor antijuridicidad. Subyace en ella el propósito esencial de *"eliminar el riesgo de reacción por parte del ofendido"* o bien de *"aprovechar una situación de absoluta indefensión"*.

Al tratarse de una circunstancia cualificadora, en el caso de que sea apreciable en el hecho enjuiciado, la subsunción de los hechos se producirá respecto de la figura del asesinato. Pero, lógicamente, dicha alevosía no podrá ser valorada nuevamente como agravante genérica, ya que ello vulneraría el principio *non bis in idem* por el que se rige el ordenamiento penal.

El Tribunal Supremo en las sentencias STS nº 958/2005, de 18 de julio, con cita de la STS de 22 de junio de 1993 y posteriormente la STS 24 de enero del 2014 exige que para apreciarla concurra un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar,

instrumental que el delito se ejecute empleando el autor medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, mediante la eliminación de la defensa. Un tercer elemento teleológico, en el que el dolo del autor se proyecta no sólo sobre los medios, modos o formas empelados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para una persona una eventual reacción defensiva por aquél. Por último, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquella finalidad.

Las modalidades de la alevosía son:

1. La proditoria o traición, caracterizada por la emboscada, la trampa, el acecho o la celada, en la que el elemento esencial es el "abuso de confianza o de una situación confiada en el que el sujeto activo respecto del pasivo que no teme, dada la relación o situación de confianza existente" (STS 714/2008 de 11 de noviembre, STS 1/07/2014 y STS 829/2017 de 15 de diciembre se trataba de una zona poco transitada y poco iluminada).
2. Súbita o inopinada, en la que el ataque es imprevisto, fulgurante o repentino donde "lo característico es que la víctima no llegue a poder reaccionar al ataque realizado por el agresor al verse sorprendido en ese actuar contra su persona" (STS 22-10-2003, STS 20-1-2004 y STS 2-4-2014 en la que se disparó por detrás en la nuca a la víctima desprevenida y STS 30-11-2017 que estaba oculto y se abalanzó por detrás).
3. La derivada de situaciones objetivas de indefensión o desvalimiento de la víctima, en razón de su corta edad o de su edad muy avanzada, por encontrarse enfermo o impedido, dormido o privado de consciencia por algún otro motivo o en otras situaciones que en las que de hecho es imposible defenderse de forma eficaz (STS 22-1-10, 2-3-10, 15-11-2012,8-10-2013 y 26-01-2016).

Las dos primeras modalidades no han tenido problema a la hora de su apreciación por la doctrina, mayores discusiones ha suscitado la tercera, en cuanto a que la indefensión de la víctima no ha de ser forzosamente provocada por el autor sino que basta con que el sujeto la encuentre y se aproveche de la misma (STS 14-6-2010). Por ello, la jurisprudencia ha sido fluctuante (incapaces, ciegos, parapléjicos, ancianos, recién nacidos, enfermos graves…), planteándose el problema cuando tal situación de desvalimiento no haya sido una circunstancia buscada de propósito por el autor, sino inherente a la víctima. En la actualidad, suele apreciarse como tal en el caso de que el autor se haya prevalido de ello para asegurarse la muerte de dichas víctimas o bien cuando tal circunstancia sea ínsita a las mismas, como ocurre en el recién nacido, que es incapaz de defenderse per se por lo que se viene a considerar que son siempre alevosos los ataques a los niños recién nacidos o de corta edad (de 3 años STS 16/6/2004; 14 meses en

la STS 05-11-2007; 3 meses STS 24/10/2008 y 4 años en la STS 28-04-2006), ancianos e inválidos (STS 24-10-2008).

La alevosía ha de existir desde el momento del inicio de la acción (STS 27-5-1991) si bien se permite que una vez iniciada una acción sin alevosía, a continuación se realice otra con alevosía, pudiendo en este caso apreciarse la alevosía sobrevenida. En estos supuestos se apreciará la agravante en la STS 29-12-1997, el acusado golpea reiteradamente a un anciano hasta dejarlo aturdido y luego, aprovechando ese aturdimiento le tira por un talud; la STS 17-9-2001 el acusado golpea en la cabeza diecisiete veces a una mujer y finalmente la estrangula cuando ya no tiene posibilidad de defensa y la STS 12-12-2014 en la que aprecia la agravante que no se encontraba en el comienzo de la acción pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aprovechando la situación de indefensión de la víctima para estrangularla.

En los casos de "riña mutuamente aceptada" se suele excluir la apreciación de la alevosía porque de la misma situación de riña hacen que la víctima pueda sospechar el peligro que le amenaza y puede precaverse de la agresión (STS 16-5-2013). No obstante, el Tribunal Supremo en STS 26-9-2007 y 12-5-2008, permiten su apreciación si existe un cambio cualitativo importante o se produce la agresión una vez cesado el incidente anterior.

La alevosía no es compatible con el abuso de superioridad, en base a la existencia de razones cuantitativas, mientras que la alevosía busca una indefensión total de la víctima , el abuso se conforma con debilitarla sin anularla completamente, se define como una alevosía de segundo grado (STS 25-2-10, 2-3-10 y 10-2-2017).

La alevosía es compatible con el dolo eventual (STS 4-6-2001) y no lo es con la imprudencia (STS 17-12-1994).

Es asimismo compatible con el trastorno mental transitorio, la enajenación, el arrebato, la obcecación y la embriaguez. Puede existir también en los casos de comisión del delito por un inductor.

Es una circunstancia comunicable a todos los partícipes (artículo 65.2 del CP) que hubieran tenido conocimiento de la misma en el momento de su acción o cooperación al delito (STS 26-10-09).

2.2.2. Por precio, recompensa o promesa

Esta circunstancia vuelve a coincidir con un agravante genérica que prevé el art. 22.3ª CP, por lo que nuevamente es aplicable el concepto jurisprudencial elaborado respecto de dicha circunstancia. De igual forma que cuando se trataba la alevosía en el caso de concurrir esta agravante genérica

con la específica del asesinato sólo podrá aplicarse esta última para evitar que se puedan vulnerarse las reglas del "*non bis in idem*".

Se considera una circunstancia de naturaleza personal, del artículo 65.1 del CP, que será aplicable sólo a los intervinientes "en quienes concurra" y siempre que sea claramente "el motor de la acción criminal".

Entendemos por precio todo valor pecuniario en el que se estima una cosa o servicio. Recompensa es la remuneración que por ellos se satisface y promesa la manifestación de voluntad que otro hace de satisfacer una retribución por el hecho cometido. En cuanto a si sólo cabe entender incluido en las anteriores un sentido económico o bien retribuciones de otro carácter, la doctrina y jurisprudencia ha venido considerando recientemente sólo incluidas aquellas de contenido económico, salvo alguna ocasión (STS 18-4-1904) que se apreció por cesión de empleo o por continuar las relaciones entre unos amantes (STS 8-3-1909).

El fundamento de la punición se encuentra en la mayor culpabilidad, que se hace merecedora de un mayor reproche, por la existencia de móviles venales o abyectos que se derivan de la finalidad lucrativa (STS 13-11-1998 y 11-3-2003).

El precio, recompensa o promesa han de motivar la conducta del autor, es decir, han de ser el móvil que le impulsa a la ejecución del hecho. La jurisprudencia tradicional ha entendido aplicable esta circunstancia tanto al que los da como al que los recibe (STS 13-11-1998) como un especie de "pactum sceleris" remuneratorio frente a esta se encuentra una tendencia que lo rechaza al considerar infringido el principio del "*non bis in idem*" (STS 5-11-1985,31-10-2002 y 10-4-2003). En cuanto a su entidad, se apunta a la necesidad de que "se comprueba que concurra la suficiente intensidad o entidad para ser repudiado por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulos que encierra" (STS 31-10-2002).

2.2.3. Con ensañamiento

El concepto aparece expresamente desarrollado en la descripción típica, siéndole también aplicable la definición general que desarrolla el art. 22.5ª CP de "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito" aún cuando su definición no sea la misma la jurisprudencia sí que les da el mismo contenido (STS 29-10-02, STS 5-7-2012). De nuevo debe tenerse en cuenta que la apreciación de esta circunstancia como específica del tipo penal de ase-

sinato impedirá valorarla nuevamente como agravante genérica para evitar la quiebra del principio "*non bis in idem*".

Su fundamento es mixto dado que la conducta realizada incorpora una intensificación de la lesión del bien jurídico protegido así como que ese daño implique un dolor o sufrimiento que justifica una mayor culpabilidad.

El sujeto pasivo sólo puede ser una persona, no siendo punibles los actos realizados sobre un cadáver.

Nos encontramos ante una circunstancia agravante en relación a la ejecución material del hecho (artículo 65.2 del CP) por lo que agravará la responsabilidad de toda persona que haya tenido conocimiento en el momento de la acción o de la cooperación, comunicándose a los coautores del hecho (STS 24-5-99).

Esta agravante consta de dos elementos uno objetivo y otro subjetivo.

El objetivo supone que debe superarse por un lado que debe aumentarse el sufrimiento de la víctima y por otro que sea innecesario y que por ende supere al dolor inherente del propio delito que se cometa (STS 12-4-2005, 147/2007 de 19 de febrero, 713/2008 de 13 de noviembre, 66/2013 de 25 de enero; 489/2015 de 16 de julio, 707/2015 de 13 de noviembre, 535/2016 de 17 de junio, 161/2017 de 14 de marzo y 16/2018 de 16 de enero), que además no era imprescindible para matar.

El subjetivo implica como requisito que exista dolo para su apreciación, es decir, que haya una intención deliberada de ocasionar tal aumento de dolor (STS 707/2015 de 13 de noviembre).

Ha sido tradicional su aplicación en los supuestos de muerte por apuñalamiento acerca de si un alto número de puñaladas es bastante para considerar la concurrencia del ensañamiento (STS 26-12-2014). El Tribunal Supremo viene entendiendo que no cabra establecer una correspondencia tajante entre el número de puñaladas y la existencia de ensañamiento (STS 8-6-05) pues en ocasiones no cabe probar si todas esas puñaladas fueron dadas estando el sujeto vivo y consciente o si cuando los recibió el sujeto éste ya había fallecido (por ejemplo " si una persona asesta a otra 23 heridas, inciso punzantes distribuidas en la zona anterior y posterior torácica que le provocaron la muerte por shock hemorrágico" pero no es posible establecer el orden cronológico de las puñaladas se rechaza la apreciación de esta agravante en la medida en que no es posible establecer el carácter innecesario de todos o parte de los padecimientos). En la STS 26-12-2014 se aprecia la agravante cuando el acusado

propició 28 puñaladas siendo la última la que causó la muerte (STS 16/2018 de 16 de enero en la que entiende que hay ensañamiento con treinta puñaladas distribuidas en el tórax, cuello, oreja, brazos y manos todas ellas incisas según matizaron los forenses que realizaron la autopsia).

2.2.4. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra

Nueva circunstancia introducida por la LO 1/2015 cuya naturaleza resulta extraña[11] a las anteriormente expuestas y respecto de la que la doctrina ha mantenido mayoritariamente una posición contraria a su inclusión.

En este sentido, Enrique Peñaranda Ramos[12] considera que la primera circunstancia facilitar la comisión de otro delito adolece de una vaguedad al no diferenciar entre el tipo de delito que se va a cometer penando de igual forma cualquier tipo de delito y de esta forma pudiendo quedar afectado el principio de proporcionalidad. También se cuestiona la responsabilidad basada en un plano puramente subjetivo como es el plan delictivo del autor. En relación a la segunda circunstancia, aun cuando nos encontremos ante un móvil abyecto reprobable el auto encubrimiento ahora cualificado sería en principio comprensible y se englobaría dentro del propio programa delictivo, de igual forma no parece lógico que se pueda imponer una pena superior por un delito que se quería ocultar ni que se cubran la exigencias de carácter puramente preventivas por encontrarse la vida humana necesitada de mayor protección en situaciones especialmente peligrosas. Para José María Luzón Cuesta[13] la expresión "facilitar la comisión de otro delito" es más amplia que la empleada en el concurso medial del artículo 77, que contiene el "medio necesario" lo que parece incluir supuestos en los que el asesinato se comete para preparar o asegurar la comisión de otro delito, aunque no sea estrictamente necesario o ineludible por parte de su autor. De este modo se abre la posibilidad de apreciar frente al concurso ideal el real cuando la muerte no sea necesaria para facilitar el segundo delito.

---

[11] José L. González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 1995*, 2ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Director, Valencia 2015, págs. 479 a 480, "recuerda que el informe del Consejo Fiscal propugno su supresión por suscitar delicados problemas concursales y poder incluso lesionar el principio de *non bis in idem*".

[12] VVAA, *Memento Penal 2016*, Editorial Francis Lefevre, págs. 763 a 764.

[13] Luzón Cuesta, J.M, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Dykinson Madrid 2015, página 34.

2.2.5. El tipo agravado de asesinato

El tipo agravado de asesinato se regula en el **apartado 2 del artículo 139 del CP *"Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior"***, y se caracteriza por un mayor rigor punitivo en el que no hay variación con la anterior redacción del artículo 140 del CP.

Constituye, pues, una regla especial frente a las genéricas disposiciones del art. 66 CP sobre agravantes y atenuantes. En la práctica, ello habitualmente supondrá que, si concurren dos circunstancias, se aplique este tipo agravado con una pena en su mitad superior, mientras que si concurren las tres o cuatro las posibilidades son o que la tercera o cuarta carece de cualquier efecto agravatorio u optar por apreciar con las dos primeras el 139.2 y el resto salvo la cuarta del artículo 139.1 como circunstancia genérica de agravación. En cualquier caso, es una cuestión que deberá ser interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La aplicación de este precepto no impide la concurrencia de otras agravantes de las previstas con carácter general en el art. 22 CP, en cuyo caso se aplicarán las reglas generales de agravación de las penas previstas en el art. 66 CP.

2.3. El tipo hiper agravado

Artículo 140 del CP: ***1. El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1ª. Que la víctima sea menor de 16 años de edad, o se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. 2ª. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertada sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima. 3ª. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.***

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

Este tipo hiper agravado contiene como pena la prisión permanente revisable que se introduce en el Código Penal por la LO 1/2015 y cuya incorporación al catálogo penológico ha sido muy discutido[14].

[14] Zárate Conde, A. y González Campo, E., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid 2015, págs. 439 a 444.

Las circunstancias contempladas en el apartado 1 ya fueron estudiadas al tratar el tipo agravado del homicidio por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

El apartado segundo regula el denominado asesinato múltiple o en serie, aquél de más de dos personas, que permite equipararlo penológicamente con cualquiera de las circunstancias contenidas en el apartado primero. Jaime Moreno Verdejo se decanta por entender que la muerte que regula este precepto ha de proceder de dos o más asesinatos y no de un homicidio previo, de igual forma no será exigible que sean asesinatos enjuiciados en un mismo proceso o que hubiesen podido ser enjuiciados conjuntamente ni que sea posible la acumulación del artículo 988 de la LECrim[15].

En cualquier caso, van a existir diferencias en un plano de ejecución de la pena y penitenciario como se desprende del art.78 bis al que se remite el precepto contemplado que para poder conseguir la progresión a tercer grado penitenciario se requerirá de un mínimo de 20 años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, y uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas excedan de 15 años. Además en estos casos la suspensión de la ejecución del resto de pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de 30 años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

III. DISPOSICIONES COMUNES A LOS ARTÍCULOS ANTERIORES

Artículo 140 bis CP: ***A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.***

La redacción del anterior artículo es una importante novedad introducida por la LO 1/2015 en el Código Penal al permitir la posibilidad de la imposición de medidas de seguridad postdelictuales, artículo 96.3.3º. Como señala Peñaranda Ramos[16] no resulta claro del tenor de la ley si este artículo será aplicable sólo a los homicidios dolosos o asesinatos o sí se podrá aplicar también a la conspiración, proposición o provocación para cometerlos, el homicidio imprudente o la cooperación e inducción al suicidio. En principio, por razones de justicia material y del principio de proporcionalidad

[15] Moreno Verdejo, Jaime, *Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos*, Revista del Ministerio Fiscal, número 1, Madrid 2016, págs. 16 a 17.

[16] VVAA, *Memento Práctico 2016*, Francis Levebvre, Madrid 2015, pág. 726.

deberá ser aplicado sólo al homicidio doloso y el asesinato[17]. Se ocupa de tal medida de seguridad no privativa de libertad los artículos 96 y 98 del Código Penal. Es aplicable a los imputables y se cumple después de la pena privativa de libertad. Su duración no superará los 5 años (artículo 105) y tendrá el contenido que estipule el artículo 106 del CP.

Artículo 141 CP: ***La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores.***

Este precepto anticipa el castigo penal en el homicidio y asesinato a las fases preparatorias o resoluciones manifestadas de voluntad, que no son comienzo de ejecución, siguiendo la línea del catálogo cerrado o numerus clausus para el castigo de tales conductas, esto es, la punición de tales conductas únicamente en los casos expresamente consignados en el CP (arts. 17.3 y 18.2).

Los conceptos de conspiración, proposición o provocación son los previstos en los arts. 17 y 18 CP, que se pueden esquematizar de la siguiente manera:

a) Conspiración (art. 17.1 y 3 CP): concierto de voluntades entre dos o más personas que deciden ejecutar el delito conjuntamente, repartiendo entre ellos los roles o papeles, pero todos ellos con dominio funcional del hecho. Todos serán, pues, coautores del delito, al existir entre ellos un "pactum sceleris".
b) Proposición (art. 17.2 y 3 CP): es el ejemplo típico de resolución manifestada, consistente en una invitación convincente y persuasiva dirigida a terceros para la comisión de un delito por parte de quien ya había tomado la personal decisión de ejecutarlo. Es decir, se trata de un delito de propia mano con consorcio sobrevenido de codelincuencia.
c) Provocación e inducción (art. 18 CP): incitación directa a la comisión del ilícito penal por parte de quien no tiene intención de practicarlo de propia mano. Si se inicia la ejecución, estamos ante la inducción.
d) Regla especial: *"Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate"* (art. 65.3 CP). Es importante tener en cuenta que el término "podrán" confiere a los Jueces enjuiciadores (como veremos en numerosos preceptos del CP) la potestad de decidir libremente

[17] Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, pág. 56.

y en atención a las concretas circunstancias del caso si imponen la pena inferior, por lo que tal rebaja punitiva no tiene carácter imperativo.

IV. HOMICIDIO IMPRUDENTE

Artículo 142: ***1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.***

Si el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a seis años.

Si el homicidio imprudente fuere cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena a privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a seis años.

Si el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de tres a dieciocho meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Este precepto regula uno de los escasos supuestos en que el actual CP castiga la imprudencia, bajo el sistema del catálogo cerrado de "crimina culposa"[18].

La regulación del homicidio imprudente sufre un importante cambio a raíz de la reforma que opera la LO 1/2015 al derogar las faltas del Libro III y reconduciendo la antigua falta de homicidio por imprudencia leve a la jurisdicción civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual del artículo 1902, y penando el homicidio imprudente sólo en los casos que se pro-

[18] Zárate Conde, A. y González Campos, Eleuterio, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2015, página 221.

duzca por imprudencia grave o menos grave, lo que parece guardar un cierto sentido en respeto del principio de intervención mínima como se deriva de la Exposición de Motivos de la Ley.

La diferencia entre la imprudencia grave y la menos grave, sin perjuicio de las interpretaciones jurisprudenciales que surjan a partir de la entrada en vigor de la reforma, en principio parece que, la que se denomina menos grave, requerirá un plus de intensidad respecto a la que anteriormente era considerada leve, debiendo establecerse criterios claros que permitan distinguir entre una y otra modalidad[19].

La jurisprudencia, vigente a la anterior redacción del Código Penal, ponía la distinción entre la imprudencia grave y la leve no tanto en la dimensión cualitativa como en la cuantitativa, así "se encuentra en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido" (STS 966/2003 de 4-7), también en la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo (SSTS 2-2-1994 y 19-2-1996). Para determinar esta peligrosidad de la conducta, como decía Mir Puig[20], se combinaban dos variables fundamentales: el mayor o menor grado de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (STS 27-10-09). La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos en que se admiten determinados grados de riesgo permitido.

La STS 4867/2017 de 11 de diciembre, caso "Madrid Arena", establece que: "El delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión); 2º Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado); 3º Generación de un resultado; y 4º Relación de causalidad".

En esta sentencia se analiza además la distinción entre la imprudencia grave y menos grave: las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave,

---

[19] Zárate Conde, A. y González Campos, Eleuterio, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2015, página 224.

[20] Mir Puig, S., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona 2014.

como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir). Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna: 1º Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con: a) El grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales; b) El grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo); y c) La importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado; y 2º Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo: a mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración. Hemos dicho reiteradamente que en los llamados delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce.

Por otra parte, la imprudencia grave conlleva en todo caso la privación de derechos mientras que la imprudencia menos grave tal privación es facultativa para el juzgador. Al no existir en el homicidio cometido por imprudencia menos grave un apartado referente a la imprudencia profesional se entiende que la muerte producida por una imprudencia profesional se calificará siempre con grave. Por último, la imprudencia menos grave precisa como requisito de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal cosa que no ocurre respecto de la grave.

Tradicionalmente se ha estudiado como **homicidio preterintencional** aquellos supuestos en los que alguien que queriendo producir unas lesiones produce sin pretenderlo la muerte de una persona. Muñoz Conde señala que al no existir ninguna regla especial para la resolución de este problema debe ser abordado con la ayuda de los principios generales de la imputación objetiva y subjetiva. Así una vez afirmada la imputación objetiva procederá examinar si el resultado de muerte producido lo era como consecuencia de un comportamiento imprudente. Desparecidos de nuestro Código Penal actual todos los vestigios de la tradición del "versari in re ilícita" que chocaban frontalmente con el principio de culpabilidad, la jurisprudencia se ha decantado por la solución del concurso ideal de delitos entre las lesiones dolosas y el delito homicidio producido por imprudencia SSTS 1253/2005 de 26-10, Berdugo; 239/2007 de 20-3, Giménez Garcia; 269/2007 de 29-3, Martínez Arrieta; 140/2008, de 31-1, Varela; 1392/2009 de 3-12, García Pérez).

Los elementos de la imprudencia son:

1. **Acción u omisión voluntaria con infracción de las normas objetivas de cuidado,** que crea un riesgo o aumenta el permitido (acción realizada u omisión de la acción que debía haber sido realizada). Como recuerda la STS nº 665/2004, de 30 de junio, combina un aspecto *interno* (deber de advertir la presencia del peligro) y un aspecto *externo* (deber de comportarse de conformidad con las normas de cuidado) cuyo contenido será el necesario según el ámbito de la relación concreta (tráfico rodado, medicina, construcción, etc.).
2. **Producción de un resultado de muerte,** no querido por el agente y fácilmente evitable de haber observado las normas de cuidado a las que debía haber atendido.
3. **Voluntariedad de la acción realizada:** querer la conducta descuidada, con conocimiento del peligro (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), si bien no se quiere el resultado (muerte).
4. **Relación de causalidad entre el resultado y la acción u omisión.** Que a su vez precisará que el resultado pueda serle objetivamente imputable al autor.

V. COOPERACIÓN E INDUCCIÓN AL SUICIDIO

Artículo 143: ***1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.***

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

La conducta del suicidio, definida por Torío[21] como "la muerte querida de una persona imputable", no se castiga en el Código Penal español al igual que legislaciones de la Unión Europea y los países de Hispanoamérica. Lo que resulta punible es la participación en el suicidio de una persona y por ello como destaca José María Luzón[22] se hace preciso establecer una figura típica concreta que contemple su castigo en la Parte Especial. En conjunto la intervención del Derecho Penal vendría justificada con el objetivo de prevenir los abusos que se podrían cometer en el contexto del suicidio, acto por lo demás irreversible. El **bien jurídico protegido** no presenta ninguna especialidad y va a ser la vida humana independiente.

Esta regulación va a estar contenida en el artículo 143, sobre la base del principio de la accesoriedad de la participación, como señala Muñoz Conde, que regula como conductas típicas la inducción, la cooperación necesaria, la cooperación ejecutiva y la eutanasia, siendo esta última tratada en el siguiente epígrafe. No cabrá la apreciación imprudente al no encontrase tipificada tal modalidad.

1. Inducción (artículo 143.1)

La inducción al suicidio comparte la misma naturaleza con la inducción, como forma de participación delictiva, al hacer surgir en otra persona la decisión de llevar a cabo un comportamiento, haciendo aparecer una voluntad que hasta ese momento no había, aún cuando en su ánimo estuviera predispuesto pero no decidido.

La inducción sólo cabe en modalidad dolosa abarcando el dolo directo y el indirecto pero no el eventual.

---

[21] Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos.

[22] Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Dykinson, pag. 31.

2. Cooperación necesaria (artículo 143.2)

Consistirá en la ayuda que se presta al suicida con actos que deben ser necesarios. Se incluirán aquí aquellos actos necesarios con los que no se produzca directamente la muerte (ejemplos son entregar un arma o veneno). La punición de la cooperación no ejecutiva a la solamente necesaria implica que los actos constitutivos de mera complicidad quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 143 y, por ende, se cuestiona en la doctrina el posible castigo o no de complicidad cuando el legislador sólo ha previsto pena para la cooperación necesaria y la ejecutiva.

La modalidad requerirá solamente del dolo del cooperador que podrá ser directo o eventual.

Las cuestiones más controvertidas han sido la posibilidad de castigar la conducta omisiva del que no evita el suicidio ajeno. La solución que se plantea es múltiple o bien se opta por la atipicidad de la conducta al entender , entre otros argumentos, que la voluntad del suicida es libre o que al solo sancionarse la cooperación necesaria la mera complicidad es atípica, otros autores se han decantado por subsumirla en otro tipo penal (como en el caso de los no garantes y aplicar el artículo 195) o simplemente aplicar el artículo 143.2 del Código Penal al considerar al cooperador omitente que ocupa una posición de garante. Otra ha sido la de poder o no intervenir violentamente para evitar el suicidio o si se podría incurrir en un delito de coacciones[23].

3. Cooperación ejecutiva (artículo 143.3)

Esta modalidad se castigará si la cooperación llega hasta el punto de ejecutar la muerte. En este delito el sujeto activo ejecuta personalmente la muerte, o lo que es lo mismo, realiza el mismo la acción de matar a otra persona. Tradicionalmente la doctrina se ha cuestionado si nos encontramos ante un supuesto de homicidio por parte de tercero y si es preciso que la víctima siga siendo autora de su propio suicidio. Actualmente la doctrina (Díez Ripollés, González Rus, etc.) entiende que el dominio del hecho puede ser compartido o con el sujeto pasivo.

Lo cierto es que la jurisprudencia no ha estudiado de forma detenida esta cuestión y el grado de intervención del suicida en su propia muerte. Por el contrario, no ha habido especial problema para aceptar la punición de esta

[23] Luzón Cuesta, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Dykinson, págs. 32 a 33.

conducta tanto si existe una petición de la víctima o un mero consentimiento (STS 23-4-73 y 15-12-77).

VI. EUTANASIA

El Código Penal del 1995 introdujo la redacción del apartado 4 del artículo 143 con lo que por primera vez se contemplan en un precepto una serie de conductas que engloban el amplio concepto de la eutanasia, que comprende las conductas de quien cumplidas una serie de condiciones que a continuación se analizarán cause o coopere activamente, con actos necesarios y directos a la muerte de otro.

Como señala Claus Roxin[24] el enjuiciamiento de la eutanasia pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal. Ello obedece a tres motivos: el primero porque falta una regulación legal expresa de la misma. De los artículos del asesinato y del homicidio de nuestro Código Penal no puede extraerse la eutanasia o abarcan, como ocurre con el homicidio a petición (artículo 143.4), tan sólo una parte de la problemática dejando sin respuesta muchas preguntas. El segundo porque son problemas existenciales que tratan acerca de la decisión sobre la vida o la muerte, que hace que por lo general apenas puedan ser susceptibles de regulación a través de normas abstractas; pues el Derecho vive de situaciones cotidianas tipificables y no siempre puede acertar con la singularidad del proceso mortal a través de su conceptuación generalizadora. Y tercero porque se dificulta un acuerdo sobre lo permitido y lo prohibido en la medida en que la eutanasia no es dominio exclusivo de los penalistas. En este ámbito médicos, filósofos teólogos y escritores reclaman con razón su derecho a intervenir enriqueciendo así el debate, pero complican un acuerdo acerca de su enjuiciamiento jurídico-penal a través de muchas premisas extrajurídicas de discutido carácter ideológico, propagandístico y de opinión.

Un sector de la doctrina considera en principio atípicas las conductas meramente indirectas y omisivas así como la cooperación no necesaria, sin perjuicio de los graves problemas de delimitación que se producen con la necesaria. En cualquier caso, todo se basa en la voluntad del paciente y el médico debe respetar su voluntad. Lo cierto es que los supuestos de muerte cerebral o casos de tratamiento para mitigar los dolores pero que acortan la vida parece que no podrán ser castigadas a tenor de este precepto.

---

[24] Claus Roxin, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, en Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*.

Las condiciones que deberán ser observadas para aplicar la atenuación que recoge este artículo son:

a) El estado de salud de la persona que desea morir que ha de sufrir una enfermedad grave que conduzca necesariamente a su muerte o que sufra una enfermedad grave que aunque no vaya necesariamente producir la muerte produzcan graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.
b) La voluntad del enfermo y la forma en la que se ha de prestar. Esto supone que la petición ha de ser expresa sin que quepa excluir las manifestaciones inequívocas. También que la petición sea seria, es decir, que haya constancia de una solicitud reflexionada, definitiva o firme. No se apreciará en los casos en los que se haya obtenido mediante intimidación o violencia por parte de un tercero o por medio de engaño.

La doctrina penal se suele poner de acuerdo en aceptar las formas imperfectas y no aceptar la punición a quién no interviene para evitar el suicidio del enfermo que reúne los requisitos del precepto[25].

[25] VVAA, *Memento Penal 2016*, Editorial Francis Lefevre, Folio 779.