

GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2015/2016

**UN REPASO A LA TEORÍA GENERAL DEL
DELITO A TRAVÉS DEL DELITO DE
HOMICIDIO. LAS REFORMAS ACAECIDAS POR
LA LO 1/2015, DE 30 DE MARZO EN LOS DELITOS
DE HOMICIDIO Y ASESINATO.**

***A GENERAL THEORY REVIEW OF CRIME
THROUGH HOMICIDE. THE AMENDMENTS
OCCURRED BY THE ORGANIC LAW 1/2015,
MARCH 30th ON HOMICIDE AND MURDER
CRIMES.***

**REALIZADO POR LA ALUMNA DOÑA HENAR
HOLGADO FIDALGO**

**TUTORIZADO POR LA PROFESORA DOÑA ISABEL
DURÁN SECO**

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
PALABRAS CLAVE.....	4
ABSTRACT.....	4
KEY WORDS	4
ABREVIATURAS	5
OBJETO DEL TRABAJO	6
METODOLOGÍA SEGUIDA.....	8
EL DELITO DE HOMICIDIO	11
1. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	11
2. REGULACIÓN.....	14
a. REGULACIÓN HISTÓRICA.....	14
b. REGULACIÓN ANTES DE LA REFORMA DEL 2015	17
c. REGULACIÓN ACTUAL, REFORMA DEL 2015.....	20
3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	23
4. OBJETO MATERIAL DEL DELITO	27
5. SUJETO ACTIVO	28
6. SUJETO PASIVO.....	29
7. LA CONDUCTA TÍPICA (ACTIVA Y OMISIVA).....	31
8. RESULTADO	33
9. PROBLEMAS RESPECTO DEL RESULTADO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 36	
10. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	38
11. ITER CRIMINIS	43
12. DESISTIMIENTO	49
13. PARTE SUBJETIVA:.....	50
a. EL DOLO Y EL HOMICIDIO DOLOSO	51
i. ARTÍCULO 138.1 CP	55
ii. ARTÍCULO 138.2 EN RELACIÓN CON EL 140.1 CP.....	56
iii. DIFERENCIAS CON EL DELITO DE LESIONES, DOLO DE MATAR O DE LESIONAR.....	59
iv. CONCURSO DE DELITOS O DE LEYES.....	61
v. EL PROBLEMA DE LA PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA.....	62
b. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL	64
c. IMPRUDENCIA Y HOMICIDIO IMPRUDENTE.....	66

i. HOMICIDIO COMETIDO POR IMPRUDENCIA GRAVE, IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y DEL PROFESIONAL.....	70
ii. HOMICIDIO COMETIDO MEDIANTE IMPRUDENCIA MENOS GRAVE.....	72
iii. PERDÓN DEL OFENDIDO.....	75
iv. ABOLICIÓN DEL ARTÍCULO 621.2 CP, FALTA DE HOMICIDIO IMPRUDENTE COMO CONSECUENCIA DE LA REFORMA DE 2015.....	75
d. HOMICIDIO POR PETICIÓN ARTÍCULO 143.3 CP	77
EL DELITO DE ASESINATO	78
14. EL DELITO DE ASESINATO	78
15. REGULACIÓN Y ANÁLISIS ANTERIOR Y POSTERIOR A LA REFORMA.....	81
16. LA NUEVA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE.....	83
17. EL ASESINATO CON ALEVOSÍA	85
18. ASESINATO MEDIANTE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA	92
19. EL ASESINATO CON ENSAÑAMIENTO.....	94
20. ASESINATO PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO O PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA	99
21. LA PARTICIPACIÓN EN EL ASESINATO.....	101
22. ARTÍCULO 140 BIS CP:	102
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA.....	108

RESUMEN

En el presente trabajo de fin de grado (TFG) se lleva a cabo un estudio sistemático de la teoría general del delito analizándola concretamente a través del ejemplo del delito de homicidio. Así, se abordan cuestiones básicas de teoría general como el bien jurídico protegido, el objeto material del delito, el sujeto activo, el sujeto pasivo, la conducta típica tanto activa como omisiva, el resultado, los grados de participación y de ejecución del delito, el desistimiento y la parte subjetiva con los diferentes tipos de dolo e imprudencia. Por otro lado se analizan las reformas introducidas a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo, tanto en el delito de homicidio como en el asesinato. En concreto las nuevas modalidades agravadas de homicidio (que son también aplicables al asesinato) y las nuevas formas de asesinato: la muerte producida para facilitar la comisión de otro delito y la realizada para evitar que se descubra.

PALABRAS CLAVE

Homicidio, asesinato, sujeto activo, víctima, muerte, dolo, imprudencia, sanción, código penal, alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa.

ABSTRACT

The present End of Degree Project carries out a systematic study of the general theory of crime, specifically analysing it through the example of homicide. So, basic questions of the general theory as the legal right protected, the active and passive subject, the material object of the offence, the typical conduct active and negligent, the result, the participation and execution degrees of the crime, are addressed, the withdrawal and the subjective part with the different types of fraud and negligence. On the other hand, the reforms introduced by the Organic Law 1/2015, on March 30th, are analysed in both the homicide and murder crimes. Specifically, the new aggravated modalities of homicide (which can also be applied to murder) and the new forms of murder: the death produced to facilitate the commission of another crime and that one made to prevent the discovery of it.

KEY WORDS

Homicide, murder, active subject, victim, death, intention, carelessness, sanction, criminal code, treachery, murder with cruelty, price, reward or promise.

ABREVIATURAS

Art. / Arts.	Artículo/Artículos
Aut.	Autor
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DF.	Disposición Final
Dir.	Director
DP	Derecho Penal
Etc.	Etcétera
LECr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
Nº	número
PE	Parte Especial
PG	Parte General
Ss.	Siguientes
ST	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del trabajo es realizar un repaso de la teoría general del delito, analizando diversas cuestiones de la parte general para continuar realizando un estudio específico del delito de homicidio y asesinato, comparando su regulación anterior y posterior a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, centrándome especialmente en las novedades introducidas por esa ley.

Para comenzar se realiza una investigación teórica sobre un Derecho Fundamental, el derecho a la vida, ya que el objeto de este trabajo está íntimamente relacionado con el mismo. Este derecho está recogido en el artículo 15 de la Constitución española, que reconoce tal derecho a todas las personas. Se alude al problema que planteó en su día este precepto entre las diferentes fuerzas políticas ya que no hubo consenso en su redacción. También se lleva a cabo un pequeño estudio histórico a través de las anteriores constituciones en las que no se reconocía expresamente este derecho.

A continuación procede hacer una referencia histórica, centrándome en la regulación del delito de homicidio y asesinato en diferentes épocas ordenadas cronológicamente: el derecho romano, el derecho visigodo, la alta edad media, el derecho canónico y la edad moderna, aludiendo aquí a los diferentes Códigos Penales de 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944.

Se ha llevado a cabo un análisis más amplio de la regulación del delito de homicidio y asesinato de acuerdo al Código Penal de 1995 y la reforma introducida a través de la LO 1/2015.

Pasando posteriormente a hacer un repaso de la Teoría general del delito a través del delito de homicidio. Comenzando con el bien jurídico protegido que en este caso es la vida humana independiente, mostrando las diferentes teorías relacionadas con el momento en que comienza esa vida humana independiente, cuestión sobre la que hay diferentes opiniones doctrinales. Continúo explicando cuál es el objeto material del delito y concretando que en el caso del homicidio se trata de la persona privada de su derecho a la vida. Haciendo también una explicación teórica del sujeto activo y pasivo, siendo el sujeto activo quien realiza el tipo delictivo, en el homicidio puede ser cualquier persona y el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido, en el homicidio la persona que fallece. La conducta típica puede ser tanto activa como

omisiva. Se trata de un delito de resultado en el que se exige la doble relación de causalidad y de imputación objetiva. Prosiguiendo el trabajo con un estudio de la autoría y participación, mostrando las diferentes manifestaciones de ambas; respecto a la autoría se hace referencia a la autoría unipersonal, la autoría mediata con los diferentes supuestos que dan lugar a su apreciación, la coautoría cuando se trata de una realización conjunta del delito por varias personas. En relación con la participación he aludido a la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. Considerando también importante el *iter criminis* le he dedicado un epígrafe a la proposición, conspiración, provocación y tentativa diferenciando entre acabada e inacabada, irreal e inidónea. Otro tema de parte general tratado en el trabajo ha sido el desistimiento con sus requisitos. Pero el objeto del trabajo no solo es de la parte objetiva del delito sino que también se analiza la parte subjetiva explicando el dolo y la imprudencia con sus diferentes modalidades. Incluyendo el dolo de primer grado, de segundo grado, dolo eventual y *dolus generalis*. El delito de homicidio a veces trae problemas para diferenciarlo con el de lesiones por lo que he considerado necesario esclarecer la diferencia entre el dolo de matar y de lesionar y las posibles sanciones que se impondrían en los diferentes supuestos, haciendo referencia a unos indicios que utiliza el Tribunal Supremo para diferenciar ambas intenciones. Se diferencia entre el art. 138.1 y 138.2 CP a efectos de pena. Así el art. 138.1 CP se indica la sanción que corresponde a este delito que es una pena de prisión de diez a quince años y el art. 138.2 CP que impone la pena superior en grado cuando concurran unas circunstancias, lo que nos deriva a analizar el art. 140.1 CP, precepto introducido por la LO 1/2015, y aplicable tanto al delito de homicidio como al de asesinato. En este artículo se enuncian ciertas circunstancias que agravan estos delitos y que son las siguientes: que la víctima sea menor de dieciséis años o sea una persona especialmente vulnerable, que el hecho sea subsiguiente de un delito contra la libertad sexual o que haya sido cometido por una persona que pertenezca a un grupo u organización criminal. Se hace referencia al homicidio preterintencional, cuando la intención es de lesionar pero el resultado que se produce es la muerte, y la imprudencia y homicidio imprudente del art. 142 CP, diferenciando entre la imprudencia grave, imprudencia profesional y del profesional, imprudencia menos grave. Otro problema tratado en este trabajo es la autopuesta en peligro de la vida en relación con los huelguistas de hambre que se encuentran en

instituciones penitenciarias y los Testigos de Jehová cuando se niegan a recibir transfusiones de sangre.

La última parte del trabajo está centrada en el delito de asesinato. Aludiendo a diferentes cuestiones entre ellas, si es un delito independiente o no al de homicidio, explicando de forma breve la nueva pena de prisión permanente revisable que se puede imponer en los casos del art. 140 CP. Y analizando concretamente las diferentes modalidades de comisión de este delito recogido en el art. 139 CP: el asesinato con alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa y el asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Esta última modalidad de comisión ha sido introducida por la LO 1/2015.

Se finaliza el trabajo con un estudio del art. 140 bis CP también de reciente incorporación que introduce la medida de libertad vigilada.

METODOLOGÍA SEGUIDA

Con el fin de alcanzar los objetivos que se pretendían obtener con este Trabajo de Fin de Grado, resulta esencial seguir un minucioso método de investigación científico. Por lo que, en virtud de los objetivos que se aspiran conseguir, en los que prima el factor jurídico, especialmente el jurídico penal, se debe llevar a cabo una investigación científica.

La investigación jurídica es la actividad intelectual que aspira descubrir y exponer las soluciones jurídicas convenientes para los problemas que se plantean en la social actual, que con el paso del tiempo ha ido evolucionando y está en continuo cambio. Por esto existe la necesidad de investigar dichos problemas, con la intención de adaptar el ordenamiento jurídico a las transformaciones sociales.

Existen diversos modelos de investigación jurídica, de entre los cuales se utilizarán como metodología para este trabajo de investigación, *el método histórico-jurídico*, método relativo al seguimiento histórico de una institución jurídica, *el método jurídico-comparativo*, que pretende averiguar semejanzas y discrepancias entre instituciones o sistemas jurídicos de diferentes países, *el método jurídico-descriptivo*, que trata de explicar de una forma sistemática y analítica un tema jurídico exponiendo sus principales características y el funcionamiento de la norma, y por último, *el método*

jurídico-propositivo, caracterizado por valorar y criticar los posibles fallos de los sistemas o normas con la finalidad de aportar o proponer soluciones. Se debe resaltar que la investigación jurídica contiene tres aspectos elementales que han de analizarse y son: *la factividad*, aspecto relativo a los hechos que pueden dar lugar a la creación de normas jurídicas que serán reguladas por el Derecho, *la normatividad*, referente al ordenamiento jurídico, independientemente de su vigencia, y *la axiología*, aspecto valorativo del Derecho, que hace referencia a la valoración de la sociedad, si las normas jurídicas son o no justas por ello pueden ser creadas, modificadas o derogadas.

Para conseguir exponer los resultados obtenidos a través de la elaboración de este trabajo, en el que se ha seguido una investigación jurídica descriptiva, se han ido desarrollando las fases que se explican a continuación:

1. Elección y delimitación del tema objeto de estudio y elaboración del índice provisional: teniendo en cuenta el Área de conocimiento de mi Tutora del TFG, se le ha propuesto un tema relacionado con la materia jurídico penal, discutiéndose las posibilidades del mismo. Sin embargo, en atención a diferentes circunstancias, entre ellas la posterior inclinación respecto de otro tema también relacionado con la materia penal se decidió elegir el segundo tema propuesto. Una vez elegido el tema y tras las oportunas aclaraciones realizadas por la tutora relativas al modo de inicio y de redacción del trabajo, a la forma en la que se deben realizar las citas bibliográficas y las notas a pie de página, se ha procedido a la elaboración de un índice provisional en atención al objeto concreto que se pretende analizar en el trabajo, con la finalidad de orientar la realización del mismo.
2. Recopilación de información y de documentación: después de las indicaciones iniciales dadas por la tutora, referidas a la lectura inicial de manuales de derecho penal y de artículos del Código Penal referentes al tema objeto del trabajo, se continúa realizando una búsqueda y recopilación de información para conseguir de este modo una comprensión adecuada, y poder comenzar la elaboración del trabajo. Con la finalidad de obtener la información necesaria para la realización de este estudio se han utilizado las siguientes fuentes: manuales de Derecho Penal tanto de parte general como de parte especial, monografías referidas al delito de

homicidio y asesinato, revistas jurídicas, jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de Audiencias Provinciales, textos legales concretamente el Código Penal tanto la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, como las diversas reformas que modifican el mismo, especialmente la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, atendiendo en mayor medida a esta última como consecuencia de su reciente entrada en vigor, también se ha consultado la normativa internacional relativa al derecho a la vida, además de portales jurídicos tales como dialnet, cendoj, noticias jurídicas, etc.

3. Análisis, interpretación y crítica de la información obtenida: una vez finalizada la lectura de los materiales y logrado así un conocimiento y una comprensión más profunda sobre el tema objeto de trabajo, se ha proseguido estructurando las ideas básicas del trabajo, así como la formación de una opinión crítica sobre los problemas que se plantean. Posteriormente se plasma por escrito todo lo anterior configurando de esa manera el contenido del trabajo.
4. Síntesis, redacción del trabajo y corrección: finalmente, se modela el trabajo con una combinación de toda la información obtenida con la investigación. Además se han aportado valoraciones personales y opiniones sostenidas por diferentes autores, y diversas corrientes doctrinales y jurisprudenciales. Se ha intentado redactar el trabajo de una manera clara, precisa y fácilmente comprensible, de la Teoría general del delito a través del homicidio y concretamente del delito de homicidio y asesinato con sus particularidades desde su inclusión en el CP hasta el momento actual. La redacción del trabajo se ha realizado distribuyendo la información en diferentes epígrafes. Eligiendo dos títulos principales, el primero denominado “El delito de homicidio” en el que se incluyen diferentes apartados referidos al estudio de la parte general del derecho penal a través del delito de homicidio y el segundo rubricado “El delito de asesinato” también compuesto de varios apartados, estos referidos a la parte especial del derecho penal, expresamente al delito de asesinato en concreto. El método seguido para la corrección del trabajo ha sido la redacción personal de varios epígrafes, que eran entregados a la tutora para su corrección, la tutora lo devolvía corregido y se efectuaban las modificaciones necesarias. Una vez finalizada la redacción

definitiva del trabajo e incluidas las conclusiones obtenidas se le hizo entrega del mismo a la tutora para que llevase a cabo la corrección final.

EL DELITO DE HOMICIDIO

1. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Para introducir el delito de homicidio lo primero que ha de hacerse es una breve mención a un Derecho básico, el Derecho a la vida, ya que este es el derecho que pretende proteger el Código Penal al castigar el delito de homicidio y el delito de asesinato.

El Derecho a la vida, es un Derecho reconocido constitucionalmente, concretamente se encuentra recogido en el artículo 15, de la Sección Primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, del Capítulo Segundo “Derechos y Libertades”, del Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales” de nuestra Constitución¹. Se trata de un derecho ligado a la dignidad y a la personalidad².

El citado art. 15 CE reconoce que “Todos tienen derecho a la vida...”.

Es conveniente mencionar sobre este precepto que en el momento de su redacción no hubo consenso absoluto entre las fuerzas políticas en torno a quien debía figurar como sujeto titular del mismo, las dos opciones mayoritarias fueron “todos” o “persona”, los que defendían el término todos lo hacían con la finalidad de que la protección se extendiera también a los *nasciturus*, es decir, los concebidos pero no nacidos, por el contrario los defensores del término “persona” querían impedir la futura despenalización del aborto, al final se logró

¹ Art.15 Constitución: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

² ALEGRE MARTÍNEZ, Revista de Derecho Político, 2002, 340.

consenso y se decidió optar por la primera opción dada su mayor ambigüedad, “todos”³.

El Derecho a la vida se encuentra, por tanto, en un Título reservado para los derechos fundamentales, por lo que este derecho es un derecho fundamental.

Incluso podríamos catalogarle como el derecho más básico y primario de todos los derechos recogidos por nuestra Constitución. La fundamentación de la presente afirmación es que sin este derecho no podría haber ningún otro ya que este, junto con la dignidad humana, constituyen la base de toda la pirámide de derechos de nuestro sistema jurídico. A consecuencia de esa superioridad respecto del resto de derechos, este goza del máximo nivel de protección que se le puede otorgar a un derecho.

Haciendo un breve recorrido histórico nos encontramos con una cuestión sorprendente en un principio, ya que la Constitución de 1978 es la primera de todas nuestras constituciones que reconoce de una manera expresa el derecho a la vida. En las constituciones históricas españolas solo encontramos un antecedente parcial de este derecho en el art. 303 de la Constitución de Cádiz de 1812⁴.

La razón del no reconocimiento expreso de este derecho *a priori* tan evidente es que los legisladores anteriores lo daban por sobreentendido y no consideraban que fuera necesario plasmarlo en un texto legal.

Sin embargo, un estudio comparado con las Constituciones de otros países nos releva que esto tampoco es tan inusual, ya que la mayoría de Constituciones tampoco lo recogían de manera expresa. Donde sí podemos encontrar una mención es en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, en su segundo párrafo, el cual menciona este derecho como inalienable a la persona.

Tras la Segunda Guerra Mundial los legisladores vieron que era necesario reconocerlo expresamente a consecuencia de las barbaridades contra la vida

³ En el término “todos” el Tribunal Supremo engloba también a los *nasciturus*, de ahí que se les proteja aunque se distingue entre vida humana independiente y dependiente y se le da una protección distinta a una y a otra.

⁴ Art. 303 CE de Cádiz, “No se usará nunca del tormento ni de los apremios”.

humana que se produjeron en esa guerra y así lo hicieron varios países entre ellos Portugal, Italia, Alemania y Grecia.

Pero este derecho no es solo de configuración constitucional, sino que hay infinidad de textos legales que lo mencionan, podemos destacar algunos como “La Declaración Universal de los Derechos Humanos”, de 10 de diciembre de 1948⁵, el “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas”, de 4 octubre de 1950⁶, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, de 1966⁷, el, “La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, de 10 de diciembre de 1984.

Es importante hacer una alusión al Tribunal Constitucional que se ha pronunciado en varias de sus sentencias delimitando este derecho, entre ellas merece destacarse la STC 53/1985 de 10 de abril, que resuelve un recurso previo de inconstitucionalidad promovido por varios diputados del Partido Popular contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma el art. 417 bis del CP, referente a la despenalización del aborto en ciertos supuestos⁸, consideran que el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción, por tanto un concebido pero no nacido también goza de ese derecho. Y la STC 120/1990 de 28 de junio sobre una huelga de hambre de los presos de GRAPO, y si es o no constitucional asistirles para evitar que fallezcan por esa huelga, aquí se enfrentan dos partes de los derechos reconocidos en el art. 15 de la CE, por un lado el derecho a la vida que debe ser protegido por el Estado y por otro lado el derecho a la integridad física y moral, en este caso de los presos que decidieron secundar esa huelga de hambre⁹, el TC considera que la institución penitenciaria tiene la

⁵ Ver en este sentido los arts. 3 y 5 de la DUDH, http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

⁶ Ver arts. 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas.

⁷ Ver arts. 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸ En esta sentencia el TC determina que ese proyecto de ley debe ser modificado para ser compatible con el art 15 CE “derecho a la vida”.

⁹ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2> consultada el 6/04/2016.

obligación de garantizar la salud de los presos que se encuentren en la misma por lo que debe alimentarles incluso en contra de su voluntad.

El Estado tiene el deber de proteger la vida humana en cuanto esta, junto con la dignidad humana del art. 10.1 CE¹⁰ constituye la base del resto de los derechos fundamentales. Esa protección se la otorga entre otros preceptos del CP los arts. 138 a 146¹¹, en los que se tipifican los atentados contra la vida humana: del homicidio y sus formas y del aborto.

2. REGULACIÓN

a. REGULACIÓN HISTÓRICA

En el trascurso de la historia los delitos de homicidio y de asesinato han sido duramente castigados, porque atentan contra la vida humana, que se considera el bien máspreciado que puede tener un ser humano.

En este epígrafe se va a tratar la evolución del delito de homicidio y el de asesinato en diferentes épocas históricas, avanzando de las más antiguas a las más modernas. Una de las primeras leyes que encontramos que castiga este tipo de conductas es la “Ley de Talión”, ley que aplicaban los griegos, hebreos y babilonios, se trataba de una ley basada en la venganza: “vida por vida, ojo por ojo, diente por diente”.

EN EL DERECHO ROMANO

En esta época surge la definición de homicidio, entendiéndose por tal “la muerte causada a un hombre”. En Roma, en un principio era el *pater familias*, la persona encargada de juzgar y castigar este tipo de conductas, se resolvían, por

¹⁰ Ver en este sentido ALEGRE MARTÍNEZ, Revista de Derecho Político, 2002, 340-341 considera que el concepto de personalidad recogido en el art.10.1 CE permite diferenciar dos planos, la personalidad en sentido estático que se identifica con la dignidad de la persona que es invariable y la personalidad en sentido dinámico entendiendo la personalidad como algo cambiante que evoluciona con el tiempo a diferencia de la dignidad que se posee desde un primer momento y se va a mantener invariable con el transcurso del tiempo.

¹¹ Aunque este derecho a la vida no se protege solo en esos artículos sino que aparece en muchos otros artículos distribuidos a través de nuestro CP como por ejemplo los arts. 485.1, 605, 607 y 571 CP.

tanto, en un ámbito interno y es más adelante cuando se empieza a perseguir públicamente este delito.

Las *leges regiae* castigaban el homicidio con la pena de muerte, pero solo en el caso de que el sujeto pasivo fuera un hombre libre y ciudadano, si a quien se mataba era a un siervo no se consideraba este hecho como un homicidio castigable.

Con Justiniano esta visión cambia y sí que es punible la muerte de un siervo causada por otra persona.

Con la Ley de las XII Tablas que datan del año 450 a. C, se crean los *quaestores parricidi*, se trata de jueces especializados en casos de homicidio, pero con el paso del tiempo estos jueces van a pasar a ocuparse de la investigación del delito y los comicios centurianos son los que se encargan de imponer la pena. Reconocen además estas tablas el derecho a un juicio popular.

La *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* se redacta en el año 81 a. C con el objetivo de perseguir a las bandas organizadas que ponían en riesgo la paz social de la época. El castigo era la pena de muerte salvo que se tratará de un autor que tuviera una alta posición social, en ese caso simplemente se procedía a desterrarle. Otra novedad introducida por esta *Lex Cornelia* es que los juicios se celebraban con jurado y que se reconocen eximentes de la responsabilidad penal, a los niños, los locos y a los que matan a quién intenta matarles o robarles, si se dan estas circunstancias no se les castigaba.

EL DERECHO VISIGODO

El derecho visigodo tiene en cuenta el *animus neccandi*, esto es la intención de cometer la acción delictiva cuyo resultado sea causar la muerte a otra persona.

En el Código de Eurico, el homicidio involuntario queda impune y el voluntario se pena con la muerte pero se recoge la eximente de legítima defensa.

El *Líber Iudiciorum* distingue entre homicidio involuntario y preterintencional, quedando impune el primero.

EN LA ALTA EDAD MEDIA

Esta época se caracteriza por la gran dispersión normativa, destacan los diferentes fueros, que contienen regulación diversa por razón del territorio,

ejemplo de ello son el Fuero Juzgo, el Fuero de Cuenca, el de Salamanca y el de Ledesma, entre otros.

EL DERECHO ROMANO Y CANÓNICO

El derecho canónico diferenciaba entre el homicidio con voluntad y sin voluntad.

Por otro lado las partidas de Alfonso X, diferencian 5 tipos de homicidio: el doloso, el asesinato, el caso fortuito, por negligencia o culposo y el de legítima defensa.

Pero no es hasta la *Pro humani redempcione* del año 1249 cuando empieza a diferenciarse el homicidio del asesinato. El asesinato según esta ley consistía en matar por medio de otros y se consideraba asesino tanto al que mataba como al que mandaba matar.

LA EDAD MODERNA

En la Edad Moderna surge la etapa codificadora, se redactan innumerables códigos penales, entre los que podemos destacar los siguientes:

El Código Penal Francés de 1810, que castiga el homicidio cualificado con la pena de muerte. Posteriormente es promulgado el Código Penal Español de 1822, que diferencia entre homicidio simple art. 618 y lo castiga con la pena de 15 a 25 años de trabajos en obras públicas, el homicidio premeditado recogido en el art 605, entendiéndose por tal el que se comete con intención y voluntad de matar, el art. 607 contiene el homicidio voluntario que lo define como el homicidio que tiene lugar tras una provocación u ofensa, lo castiga con una pena de arresto de entre seis meses y dos años o destierro de dos a seis años.

Posteriormente en España se redacta otro Código Penal el de 1848, el cual en su art. 324 trata de manera conjunta el asesinato y el homicidio simple, imponiendo una pena de reclusión de doce a veinte años y la pena de cadena perpetua a muerte si es un homicidio cualificado. El art. 325 castiga el homicidio con riña, se impone la pena de siete a doce años de prisión a todos los causantes de la muerte y si no consta el culpable entonces la pena a imponer será de cuatro a seis años de prisión para todos los culpables.

En el CP de 1870 se trata de una reforma del anterior CP, siguiendo la misma línea, la novedad radicaba en que el delito de homicidio, asesinato y parricidio se

recogían en capítulos diferentes, lo que se mantiene en el CP posterior de 1928, este último suaviza las penas sancionando el homicidio simple con una pena de prisión de ocho a veinte años.

El CP de 1932 vuelve a las líneas anteriores y recoge el delito de homicidio, asesinato y parricidio en el mismo capítulo como homicidios cualificados y elimina la pena de muerte.

En el CP de 1944 se mantiene tal regulación castigando el homicidio con la pena de prisión de doce a veinte años¹².

Posteriormente a este CP se redacta el de 1995, código vigente hasta el año 2015 en el que sufre importantes modificaciones, estos códigos serán tratados en los siguientes epígrafes de una manera más exhaustiva ya que son los más cercanos en el tiempo.

b. REGULACIÓN ANTES DE LA REFORMA DEL 2015

Hasta el año 2015 era la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal la que contenía el delito de homicidio y el de asesinato, ambos están recogidos en el Título I, del Libro II, del Código Penal, titulado “Del homicidio y sus formas”. En este título aparecen los delitos contra la vida humana independiente.

Para tipificar el delito de homicidio la teoría más utilizada es la de la imputación objetiva que establece que para que el resultado sea imputable a un sujeto debe haber un nexo causal entre la acción y el resultado producido. La imputación objetiva del resultado significa pues que ese resultado pueda jurídicamente atribuirse a una acción como manifestación de la misma y de su peligrosidad y no sea simplemente una mera casualidad. Es necesario que tal conducta cree un riesgo que es penalmente relevante y que además el resultado encaje en el fin de protección de la norma. La imputación objetiva será tratada con más detalle en el epígrafe titulado “resultado del delito” por lo que aquí simplemente he hecho una pequeña alusión a la teoría de la imputación objetiva.

El tipo básico del homicidio se encontraba en este CP en el art. 138 y se trataba de un homicidio doloso castigado con una pena de prisión de diez a quince años.

¹² http://repositorio.ual.es:8080/jspui/bitstream/10835/3478/1/2507_TFGhomicidio.pdf, ÁLVAREZ GÁZQUEZ, consultada el 8 de abril de 2016.

En el art. 139 CP encontrábamos el delito de asesinato castigado con una pena de prisión de quince a veinte años

El art. 140 CP contenía un asesinato más agravado al del 139 CP por concurrir más de una de las circunstancias del artículo 139 y la pena de prisión a imponer era de veinte a veinticinco años.

El art. 141 CP castigaba los actos preparatorios punibles, en concreto la provocación, conspiración y proposición para los delitos anteriormente señalados, la pena que imponía era la pena inferior en uno o dos grados a la señalada anteriormente.

El homicidio imprudente se recogía en el art. 142 CP y la pena aparejada era de uno a cuatro años de prisión.

Por último el art. 143.3 CP regulaba el homicidio a petición, cuando una persona cooperare en la muerte de otra hasta el punto de llegar a ejecutar la muerte, sancionándolo con una pena de de prisión de seis a diez años. La víctima no participa en el resultado sino que deja la ejecución en manos de otra persona que actúa con el consentimiento de ella. En estos casos la comisión debe ser activa ya que debe ejecutar el hecho y además cabe coautoría porque se da la posibilidad de que esa persona autorice a realizar el hecho a más de una persona¹³.

Si comparamos este código penal de 1995 con códigos anteriores vemos que desaparecen dos delitos relacionados con este delito de homicidio, estos son el delito de parricidio y el infanticidio.

El parricidio estaba penado en el art. 405 del CP de 1973, se trataba de un homicidio de ascendientes, descendiente, cónyuge o persona ligada con relación de afectividad análoga y se sancionaba con una pena de reclusión mayor, en este CP de 1973 en el art. 407 se castigaba el homicidio con una pena de reclusión menor, por lo que deducimos de ello que el parricidio era una modalidad agravada del homicidio. En el CP de 1995 este delito pasa a ser un homicidio o asesinato con agravante de parentesco, el agravante de parentesco está recogido en el art. 23 CP, capítulo V, titulado “de la circunstancia mixta de parentesco”, esto significa que el parentesco puede atenuar o agravar la pena, en el caso

¹³ <http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-penal-ii/parte-1-delitos-contra-las-personas/03-induccion-al-suicidio> consultada el 25 de junio.

concreto del homicidio y del asesinato actúa como un agravante. Por tanto hoy en día causar la muerte de un ascendiente, descendiente o cónyuge no se trata de un delito independiente de homicidio o del asesinato sino que se aplicara al art. 138 o 139 CP el agravante de parentesco del art 23 CP.

El infanticidio del art. 410 del CP de 1973 se define como el homicidio del recién nacido por parte de la madre para ocultar su deshonor y se castigaba con una pena de prisión menor, se imponía la misma pena en el supuesto de que fueran los abuelos maternos quienes cometieran el delito para ocultar así la deshonor de su hija. En el CP de 1995 desaparece el delito de infanticidio y paso a ser un homicidio agravado por razón de parentesco art. 23 CP pero debe atenderse a la salud mental de la mujer que lo comete para poder apreciar atenuante o eximente de la responsabilidad penal en caso de que se diera alguna circunstancia que nos llevara a ello.

Hay que diferenciarlos de otros delitos que aunque también tienen como resultado la muerte de una persona están previstos en otros preceptos del Código Penal como son el homicidio por terrorismo arts. 572.2.1º y 577, los homicidios de personas especialmente protegido rey, jefes de estado extranjeros arts. 485 y 605.1 y el genocidio art 607 CP.¹⁴

El Código Penal utiliza la palabra “homicidio” de manera genérica, como sinónimo de muerte de una persona causada por otra, designando así a todo el Título I, pero en realidad este título no solo recoge el delito de homicidio sino otros delitos contra la vida humana independiente, como son el asesinato y la inducción al suicidio. Se trata de delitos considerados autónomos del homicidio, diferentes¹⁵. Pero no hay un acuerdo entre la doctrina acerca de si el delito de homicidio y de asesinato son delitos autónomos o si por el contrario el delito de asesinato es una modalidad agravada del homicidio. Los que defienden que el asesinato es un homicidio agravado se basan en la rúbrica de Título I “del

¹⁴ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS i VALLES (Coord.), Lecciones de derecho penal: parte especial, 3º edición, 2011, 28-29.

¹⁵ Para un sector de la doctrina como MUÑOZ CONDE, Derecho penal parte especial, 20º edición, 2015, 33.

homicidio y sus formas”, entendiendo que de este propio título se deriva que el delito básico es el homicidio y el resto son simplemente modalidades del mismo. Los que defienden que se tratan de delitos independientes se basan en la denominación diferente “homicidio” y “asesinato” el propio nombre muestra que se trata de delitos diferentes y también se apoyan en las diferentes penas previstas para ambas figuras. Se podría decir que la posición mayoritaria anterior a la reforma considera el delito de asesinato un delito autónomo al de homicidio¹⁶, entendiendo que las circunstancias que los diferenciaban no son circunstancias accidentales del tipo sino circunstancias que constituyen un delito diferente y por tanto autónomo. Pero con las últimas reformas operadas se está tendiendo a afirmar que no se trata de un delito autónomo, ya que ha quedado vacío de contenido y por tanto se identifica con el homicidio siendo una modalidad agravada del mismo. La importancia de hacer esta diferenciación no es solo terminológica sino que en la práctica se podría llegar a soluciones diferentes atendiendo a que postura se adhiera, mayoritariamente en temas de participación ya que si el asesinato es un delito diferente al homicidio todos los partícipes deben responder por ese delito de asesinato¹⁷.

c. REGULACIÓN ACTUAL, REFORMA DEL 2015

Con el transcurso del tiempo casi veinte años desde la entrada en vigor del CP de 1995 las demandas sociales solicitaban una actualización de esta ley penal, por lo que se decidió hacer una reforma de la misma, aunque esta reforma del 2015 no ha sido la primera modificación que ha sufrido este Código sino que ya desde el año 1996 se han hecho numerosas reformas al mismo.

La Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, modifica el Código Penal aprobado por la ley 10/1995.

¹⁶ GÓNZALEZ RUS, en MORILLAS CUEVA, Sistema especial de derecho penal español parte especial, 2011, 28, este autor por el contrario considera el asesinato una modalidad agravada del homicidio y no un delito autónomo, basándose en el propio Título I “Del Homicidio y sus Formas”. Otra circunstancia en la que se apoya para afirmar esa modalidad agravada del asesinato es que el tipo de injusto del homicidio y asesinato es el mismo.

¹⁷ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS (Coord.) Lecciones de derecho penal parte especial, 2015, 38.

Con esta reforma se pretende ofrecer una mayor seguridad y protección social. También se lleva a cabo con motivo de dar cumplimiento a compromisos internacionales adquiridos, esta LO 1/2015 traspone varias directivas entre ellas la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, la Directiva 2011/36/EU referente a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2013/40/UE referida a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal.

La reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo introduce una amplia modificación del CP anterior, entre la variaciones que se introducen podemos destacar las siguientes: la creación de la prisión permanente revisable, la modificación de algunas penas y su aplicación, la introducción de nuevas figuras delictivas entre ellas el matrimonio forzado, la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada, figuras relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos, también se suprimen figuras delictivas que revisten escasa gravedad por lo que no merecen estar contenidas en el CP, son eliminadas las faltas del Libro III, algunas de ellas han desaparecido de este texto por considerarse de escasa relevancia y por tanto no ser merecedoras de castigo, otras por el contrario siguen tipificándose en el CP como delitos leves, otras han sido derivadas al orden civil o al orden administrativo¹⁸ y ahora son estos ordenes los que las sancionan. Este tema será tratado posteriormente pero a modo de ejemplo una de la muerte por imprudencia menos grave ha pasado a ser un delito menos grave del art. 142.2 CP y se elimino la anterior falta tipificada en el art. 621.2 CP 1995. Pero las reformas que realmente nos interesan han sido la introducción de un nuevo supuesto de asesinato y de subtipos agravados de homicidio y asesinato. Se han incrementado las penas de prisión e incluido la medida de libertad vigilada en art. 140 bis CP a los condenados por la comisión de uno o más delitos del Título I, Libro II, también se han desdibujado los contornos de estos

¹⁸<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9280-publicada-la-ley-organica-1-2015-de-30-de-marzo-por-la-que-se-modifica-el-codigo-penal/> , consultada el 15 de abril de 2016.

tipos delictivos. Pero estas reformas introducidas en el 2015 han generado graves problemas concursales.

El artículo 138 CP sigue recogiendo el delito de homicidio doloso, pero se añade un nuevo epígrafe a este artículo, el 138.2 a y b que impone la pena superior en grado cuando concurren circunstancias del 140.1 CP o los hechos constituyan un delito de atentado del art 550 CP. El art. 140.1 será analizado posteriormente.

El artículo 139 CP sigue albergando el delito de asesinato al igual que lo hacía el anterior CP pero modifica la pena respecto de este, actualmente se castiga con la pena de prisión de quince a veinticinco años (antes la pena que se imponía era de quince a veinte años) y, además, se incorpora una nueva circunstancia que va a dar lugar también a la comisión de este delito, el art. 139.1.4º cuando la finalidad de la muerte es la de facilitar la comisión de otro delito posterior o evitar que se descubra un delito cometido con anterioridad, también se incorpora un nuevo, el epígrafe 139.2 CP que impone la pena en su mitad superior cuando concurren más de una de las circunstancias del art. 139.1 CP, estas circunstancias son ejecutar el hecho mediando alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa.

El artículo 140 CP es también modificado e introduce una novedad, la prisión permanente revisable, analizada con más detalle en el epígrafe referido al delito de asesinato, este artículo señala que el asesinato se va a castigar con una pena de prisión permanente revisable cuando concurren las siguientes circunstancias: que la víctima sea menor de 16 años o sea una persona especialmente vulnerable, que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o que quién lo cometa pertenezca a un grupo u organización criminal. Se adiciona un nuevo epígrafe, el art. 140.2 que enuncia que si el reo es condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá esta pena de prisión permanente revisable.

El artículo 141 CP se mantiene igual al del CP 1995, este artículo no sufre variación alguna.

El artículo 142 CP que venía regulando el homicidio cometido por imprudencia grave pasa ahora a regular el homicidio imprudente en sus dos modalidades de imprudencia: la grave y la menos grave. El homicidio por imprudencia grave se sanciona en el art. 142.1 CP con una pena de prisión de uno a cuatro años, la imprudencia menos grave se recoge en el art. 142.2 CP y se castiga con una pena de multa de tres a dieciocho meses. En caso de usar vehículos a motor o ciclomotor o armas de fuego para su comisión a las penas anteriores se agregará la privación de conducir estos vehículos y la privación de tenencia de armas en el segundo caso por un periodo de tres a dieciocho meses. Cabe perseguir este delito previa interposición de denuncia por parte del agraviado o de su representante, no se trata de un delito perseguible de oficio.

El artículo 143 CP a diferencia de los artículos indicados anteriormente no sufre variación alguna.

Es conveniente mencionar que la causación de la muerte de una persona también está recogida en otros preceptos y han sufrido también algún cambio, por ejemplo el art 485 (delitos contra la corona) y 605.1 (delito contra el derecho de gentes), el homicidio por terrorismo ahora está regulado en el art. 573 bis 1.1º antes de la reforma se recogía en el 572.2.1º y 577 CP.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El denominado “bien jurídico protegido” nace de la necesidad social de dar protección a ciertos bienes inmateriales de las personas. Podríamos entender por bien jurídico protegido aquel presupuesto que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social¹⁹. Todo hecho para que sea constitutivo de delito debe vulnerar una norma, produciendo así una lesión o peligro en un bien jurídico. Solo se da protección jurídica penal a ciertos bienes y valores frente a ataques graves que no es posible tutelar a

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Derecho penal, parte general, 9º edición, 2015, 63.

través de otras vías que no sean la penal. Por tanto el bien jurídico es un bien o valor que puede ser tanto de titularidad personal como colectiva que ha sido protegido por una norma ya que se considera que es susceptible de la máxima protección jurídica. Los bienes jurídicos son dinámicos, no permanecen inmutables en el tiempo, al contrario, con el paso del tiempo se protegen de diferente manera. El bien jurídico tiene varias funciones entre las que se pueden destacar las siguientes²⁰:

- Axiológica: la función axiológica del bien jurídico es determinar el fin de protección de las normas y ponderar los objetos susceptibles de protección.
- Sistemática: el bien jurídico permite hacer una clasificación de los delitos. Actualmente es el criterio seguido a la hora de hacer una clasificación delictiva.
- Exegética: relacionado con la interpretación de las normas jurídicas.
- Dogmática: el bien jurídico es un factor de conexión de los caracteres que integran un delito.

El bien jurídico protegido en el delito de homicidio es la vida humana independiente. Posteriormente distinguiremos entre vida humana dependiente e independiente. El derecho a la vida como ya ha sido señalado al comienzo de este trabajo, está recogido en el art. 15 de la Constitución: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...”, de aquí se desprende el deber de respeto y de protección que debe asumir el Estado.

Se trata de un bien jurídico individual, ya que afecta directamente a la persona individual. La vida humana independiente es un bien jurídico indisponible por su titular por lo que el consentimiento para acabar con ella no excluye la relevancia penal de la acción, sino que da lugar a un delito diferente al homicidio, la participación en el suicidio castigada en el art. 143 CP. se trata de un bien jurídico indisponible ya que el art. 15 CE obliga al Estado a respetar y proteger la vida de los ciudadanos frente a ataques, el Estado debe proteger la vida con independencia de la voluntad de morir o vivir de su titular.

²⁰ LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica, 2002, 183-190.

Desde un punto de vista biológico la vida humana independiente comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte. Pero hay que tener en cuenta que hay cambios cualitativos que experimenta esta vida y que van desarrollando su *status* jurídico. El nacimiento es el cambio más importante ya que es cuando el ser humano se independiza de la madre e ingresa en la sociedad, es en ese instante cuando se pasa a ser titular del derecho a la vida, aunque ya antes de nacer se protege ese derecho a través de otra figura delictiva, el aborto²¹, es importante hacer esa diferenciación ya que el homicidio tanto doloso como imprudente tiene una pena superior a la sanción prevista para el aborto y las conductas punibles en el caso del aborto son menores, ya que por ejemplo la mujer embarazada no responde por el aborto imprudente en cambio sí hay responsabilidad penal si se trata de un homicidio imprudente. De esto se deriva que el bien jurídico protegido en el aborto o en las lesiones al feto sea la vida humana dependiente y en el caso del homicidio o asesinato la vida humana independiente. Es importante también determinar cuando comienza entonces esa vida humana dependiente que aunque su protección sea también en virtud del art. 15 de la CE, el derecho a la vida, no se equipara de manera plena con la vida humana independiente. Para determinar el comienzo de la vida humana dependiente se sigue el criterio de la anidación, es decir, esta comienza con la implementación del embrión en la pared del útero que se produce a los catorce días de la fecundación, es en ese momento cuando el embrión adquiere la individualización.

Surgen problemas respecto de la interpretación de vida humana independiente, lo primero que debemos hacer es definir cuál es el límite entre la finalización de la vida humana dependiente y el comienzo de la vida humana independiente, esta diferenciación se realiza con la finalidad de distinguir el delito de homicidio y el de aborto. Es un tema controvertido más aun partiendo de que nuestro Código Penal no deja clara esta cuestión, simplemente se refiere a la muerte del otro, sin dar más explicaciones para poder resolver esta cuestión.

²¹ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS i VALLES (Coord.), Lecciones de derecho penal: parte especial, 4º edición, 2015, 27-28.

Partiendo de cuándo se considera que existe vida humana independiente, la doctrina²² parece estar de acuerdo en que comienza con el nacimiento, los problemas surgen al concretar cuándo se produce ese nacimiento. Unos consideran que comienza en el momento del parto²³ cuando la madre comienza a tener dolores, otros exigen además que el recién nacido tenga respiración pulmonar autónoma²⁴, otros que haya una total separación del claustro materno²⁵, esta es la posición mayoritaria, para otro sector se necesita percepción visual del feto²⁶ ya que consideran que es más reprochable matar a un bebé si lo estás viendo directamente, otro punto de vista es que comienza con la dilatación²⁷ o con las contracciones²⁸ o cuando tiene una vida autónoma²⁹.

El actual art. 30 de nuestro Código Civil otorga la personalidad con el nacimiento con vida y el desprendimiento total del seno materno y esto se utiliza también en el ámbito penal para determinar el comienzo de la vida humana independiente³⁰. Se entiende por plena separación del claustro materno el momento en que el cuerpo ha salido completamente al exterior.

²² GRANADOS PÉREZ, Delitos contra las personas, 1999, 247.

²³ file:///C:/Users/Downloads/Dialnet-ElObjetoMaterialDeLosDelitosContraLaVida-2770936.pdf consultada el 25 de junio, STAMPA BRAUN, El Objeto Material de los delitos contra la vida.

²⁴ VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/ GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho penal parte especial, 3º edición, 1999, 33-34. CARBONELL MATEU y GÓNZALEZ CUSSAC apoyan la teoría de que la vida humana independiente comienza con la respiración autónoma.

²⁵ BAJO FERNANDEZ, Compendio de Derecho Penal, 2003.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Derecho penal parte especial, 20º, 2013, 28.

²⁷ En ese sentido STS 241/1999 de 22 de enero de 1999, STS 9375/2001 de 29 de noviembre de 2001.

²⁸ Criterio seguido en la ST de 23 de octubre de 1996.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal, parte especial, 2º edición, 1991, 18.

³⁰ ERDOZAIN LÓPEZ / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Código Civil, edición actualizada septiembre de 2012, 2012, 115. El anterior art. 30 del CC establecía que a efectos civiles se entiende nacido cuando tiene figura humana y vive 24 horas desprendido del seno materno, este artículo estuvo vigente hasta el 23 de julio del 2011.

Hay que determinar también cuando finaliza la protección de la vida humana, esta finaliza con la muerte de la persona, que tiene lugar cuando cesan sus funciones cardiorrespiratorias o su actividad encefálica.

Desde el punto de vista clínico la muerte es el cese de las funciones orgánicas de cualquier ser vivo y se puede producir de dos formas: por el cese irreversible de la función cardiorrespiratoria o de la función cerebral.

Cuando se ha declarado muerta a una persona viva a efectos de realizar un trasplante tenemos que acudir al RD 1723/2012, de 28 de diciembre que regula la obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante, fuera de esos casos suele bastar con un certificado de fallecimiento³¹. Este RD establece que en el caso de extracción del corazón por un paro cardíaco del donante, se puede extraer el mismo cuando en el diagnóstico se determina que han cesado las actividades respiratorias y circulatorias por un periodo de al menos 5 minutos.

Se protege desde el inicio al fin de la vida de igual manera, por lo que en principio se castiga igual al que mate a un niño que a un anciano, pero esto no es así estrictamente ya que en ciertos casos cuando la calidad de vida está muy deteriorada de manera irreversible el legislador concede un trato más favorable y castiga la conducta no como homicidio sino como delito de eutanasia art. 143.4 CP, a la que le impone una pena inferior en uno o dos grados a la del art 143.2 y 143.3³².

4. OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Se denomina objeto material del delito a la persona o cosa sobre la que recae la acción que describe el tipo penal. El sujeto sobre el que recae la acción es aquella persona que se constituye como objeto material del delito al sufrir directamente la incidencia de la acción realizada por el sujeto activo³³.

³¹ MUÑOZ CONDE, Derecho penal parte especial, 20º edición, 2015, 33.

³² Art. 143.2 CP pena de prisión de dos a cinco años.

Art 143.3 CP pena de prisión de seis a diez años.

³³ GÓMEZ RIVERO (Dir)/ MARTÍNEZ GONZÁLEZ/ NÚÑEZ CASTAÑO, Nociones fundamentales de derecho penal, parte general, 3º edición, 2015, 196.

El objeto material en el delito de homicidio es la persona privada de la vida a consecuencia de la acción u omisión del autor. Por tanto, se trata de la persona nacida y con vida humana independiente sobre la que recae la acción tipificada. De aquí se deriva que el intento de matar a un individuo que ya ha fallecido previamente es atípico y a lo sumo constituirá una tentativa inidónea de homicidio en el caso de que aparentemente esa persona pareciera estar con vida.

En el caso del homicidio como en muchos otros supuestos, el sujeto pasivo del delito coincide con el objeto material del mismo y también coincide con la víctima.

5. SUJETO ACTIVO

Dentro de la parte objetiva del tipo está integrado el sujeto activo. El sujeto activo es aquella persona que puede realizar el tipo delictivo, en algunos delitos se exige una serie de cualidades que deben darse en esa persona para que pueda ser sujeto activo, de modo que solo las personas en las que concurren esas cualidades podrán serlo, pero en el caso concreto del homicidio puede ser sujeto activo cualquier persona no siendo necesario que concorra en ella ninguna cualidad en concreto.

El Tribunal Supremo inició la aplicación de la teoría del dominio del hecho con la sentencia de 1 de julio de 1963, ponente Calvillo Martínez. Según esta teoría los autores son los que pueden interrumpir la realización del tipo ya que son los que tienen el dominio final de la acción³⁴. Esta teoría se basa en que las acciones humanas están regidas por la propia voluntad de quien las realiza³⁵. Se exige un dominio tanto de la acción como de la voluntad como del hecho funcional.

³⁴http://www.derechocambiosocial.com/revista027/coautoria_dominio_del_hecho.pdf visitado el 23 de abril, con referencia a la teoría del dominio del hecho Hegler fue el primero en usar este término, posteriormente en 1939 Welzel concibe esta teoría como un verdadero dominio final del hecho pero fue ROXIN quien desarrollo más extensamente esta teoría.

³⁵ SCHELLER D´ANGELO, Revista de Derecho Barranquilla, 2011, 247 y 248. ROXIN es el principal defensor de la teoría del dominio del hecho. Se entiende que forma parte de la imputación objetiva y no de la subjetiva.

En el delito de homicidio el sujeto activo puede ser cualquier persona, solo con las limitaciones de los concursos de leyes. Puede ser cualquiera ya que este tipo es un delito común que no requiere cualificación en el autor. Esto se contrapone a los delitos especiales que sí exigen una especial condición, relación o cualificación en el sujeto activo³⁶.

El art. 138 del CP solo dice “el que” por tanto no se necesita ninguna cualidad específica, cualquier persona que pueda realizar la acción tipificada puede ser sujeto activo de la misma.

Si el sujeto activo es una persona cuya edad está comprendida entre los catorce y los diecisiete años no acudiremos al CP sino que hay que tomar como referencia la Ley de Responsabilidad del Menor, Ley 5/2000 de 12 de enero.

6. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido. En el delito de homicidio es la persona sobre la que recae la acción, es por tanto, el perjudicado o la víctima del delito. No se necesita ningún requisito para ser sujeto pasivo sino que cualquier persona puede serlo, con aplicación de las reglas del concurso de leyes.

Hay que hacer especial referencia a la condición de la víctima, porque puede dar lugar a delitos diferentes al homicidio. Los siguientes artículos recogen figuras delictivas constitutivas de otros delitos, aunque el resultado de estos sea idéntico al resultado del homicidio:

➤ Si el sujeto pasivo es el Rey, la Reina o el Príncipe o Princesa de Asturias estaríamos ante un delito contra la corona art. 485.1 CP, (Capítulo II del Título XXI del CP), se castiga con la pena de prisión permanente revisable. El segundo epígrafe de este art. impone una pena de veinte a veinticinco años de prisión si el sujeto pasivo es ascendiente o descendiente del Rey, de la Reina, de sus consortes o si se trata de algún miembro de la regencia.

➤ El art. 605 CP (Capítulo I del Título XXIV del CP) castiga el delito contra el derecho de gentes, cuando el sujeto pasivo es un Jefe de Estado

³⁶ LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal, parte general, 3º edición, 2012, 156.

extranjero u otra persona protegida por un tratado internacional que se encuentre en España, la pena es la prisión permanente revisable.

➤ Art. 607 CP, contiene el delito de genocidio (Capítulo II del Título XXIV del CP). En este delito el sujeto pasivo es un colectivo social, como puede ser un grupo religioso, racial o étnico. El sujeto activo tiene la voluntad de destruirlo, ya sea de manera total o parcial.

➤ Si estamos ante un caso de terrorismo se aplicara el Capítulo VII del Título XII del CP, art. 571 y siguientes.

En estos casos se aplicarán los citados artículos y no el delito de homicidio. Esto es así en virtud del precepto 8.1 CP, esta disposición dice que el precepto especial se aplica con preferencia al general, Partiendo de esta indicación consideramos general el art. 138 CP y especiales los anteriormente citados, al regir el principio de especialidad priman los segundos respecto del primero, el general.³⁷ Se trata por tanto de un concurso de leyes, ya que el mismo hecho puede ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del CP, estas situaciones se resuelven en virtud de varios principios:

- Especialidad: *lex specialis derogat legem generalem*. En el caso concreto del delito objeto de estudio de este trabajo se aplica este principio.
- Subsidiariedad: es lo contrario a la especialidad, cuando no se puede aplicar la ley específica y entonces se debe aplicar la general.
- Consunción: cuando un tipo penal absorbe a otros, por ejemplo el robo en casa habitada absorbe el delito de violación del domicilio.
- Alternatividad: se aplica en caso de no ser de aplicación ninguno de los principios anteriores, en este caso el precepto penal más grave excluye a los menos graves.

³⁷MUÑOZ CLARES (Edic.)/ GARCÍA LÓPEZ (Edic.)/ LOSA PÉREZ (Edic.)/ MANCERA BLÁZQUEZ (Edic.)/ MÍNGUEZ ENKOVAARA (Edic.)/ PÉREZ BASTIDA (Edic.), Matar y morir en España, homicidios y asesinatos, 2014, 30.

7. LA CONDUCTA TÍPICA (ACTIVA Y OMISIVA)

La acción es el modo más empleado para cometer un delito. Se trata de un comportamiento que exterioriza el sujeto activo y que es perceptible por una tercera persona.

En el delito de homicidio la conducta típica consiste en matar a una persona por cualquier medio o procedimiento. El legislador no ha especificado qué medios concretos se subsumen en este delito sino que es una cuestión que queda abierta. Se acepta cualquier medio o procedimiento que cause la muerte de una persona. Hay infinidad de formas por lo que es acertado no nombrarlas ya que sería fácil que alguna se olvidara de incluir en el precepto³⁸.

Quedan excluidas del homicidio las conductas constitutivas del delito de asesinato del art. 139 CP.

La conducta típica puede ser también una omisión del sujeto activo. La omisión se equipara a la acción. La omisión es una manifestación del comportamiento humano que puede ser objeto de un juicio de responsabilidad penal. Cuando se plantea la posibilidad de la omisión resulta necesario ver si se trata de una omisión en sentido propio, en estas, además de que se produzca esa omisión hay que determinar que esta no forma parte de una acción más amplia porque en ese caso sería una secuencia de la acción. La omisión del deber de cuidado en una conducta imprudente activa, no es omisión, sino que forma parte de la propia acción, debe ser interpretado así porque en sentido contrario todos los delitos imprudentes serían delitos de omisión.

La omisión supone una infracción de una norma imperativa que adquiere relevancia cuando el sujeto debería haber hecho algo que no hizo. Una vez que comprobamos que existe ese deber jurídico de actuar hay que ver la capacidad de actuar y las circunstancias del sujeto ya que no siempre se está obligado a ello, por ejemplo si ves que alguien se ahoga en la playa y tú no sabes nadar no tienes obligación de tirarte al agua a salvarle.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho penal parte especial, 20ª edición, 2015, 34.

Podemos distinguir dos clases de conductas omisivas: las puras o propias y las impropias o también denominadas de comisión por omisión.

La comisión por omisión, se da solo en los delitos de resultado, como es el delito de homicidio. En el art. 11 CP donde se recoge esta figura delictiva.

El resultado debe ser causado por la omisión y serle imputable. En estos delitos hay autores y partícipes y caben diferentes grados de ejecución (la madre que abandona el bebe para que fallezca, si este no fallece será una tentativa de homicidio en comisión por omisión), también cabe dolo e imprudencia.

La no evitación del resultado debe equivaler a su causación activa. Se exige que haya una específica obligación legal o contractual de actuar y que el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido³⁹.

Solo podrán cometer este delito las personas que se encuentren en posición de garantes. Hay 3 formas de adquirir esta cualidad, hay otras posibilidades aunque esta es la mayoritaria⁴⁰:

➤ Por obligación legal: se trata de obligaciones legales familiares, por ejemplo los padres respecto de los hijos 154 CC⁴¹ o los cónyuges entre sí art 67 y 68 CC⁴². La relación parental es constitutiva de posición de garante, pero si estamos ante una simple convivencia de hecho no se tiene esa posición de garante de manera automática sino que se deben dar los requisitos para poder ser considerados como tales. También hay posición de garante en el caso de prestación de servicios a personas desvalidas, niños o ancianos, asumida de manera voluntaria. Responderá por comisión por omisión de un delito de homicidio la madre que omite alimentar a su hijo recién nacido dejándolo morir.

➤ Por obligación contractual: esta comprende los casos en los que el sujeto se obliga a salvaguardar los bienes jurídicos de un tercero en virtud de una

³⁹ GÓMEZ RIVERO (Dir)/ MARTÍNEZ GONZÁLEZ/ NÚÑEZ CASTAÑO, Nociones fundamentales de derecho penal, parte general, 3º edición, 2015, 173-184.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica, 2002, 970-974.

⁴¹ Art 154 CC establece que los padres deben velar por los hijos.

⁴² Art. 67 CC: “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”.

Art 68 CC: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”.

obligación asumida contractualmente. Por ejemplo un socorrista está obligado contractualmente a salvar a la persona que se esté ahogando.

➤ Por actuación precedente: comprende los casos en que el deber de actuar del sujeto surge de su previo comportamiento. El sujeto realiza una conducta previa activa u omisiva, que provoca una situación de peligro ilícito para la vida de un tercero y como consecuencia de esa acción el sujeto se convierte en garante, debe hacer todo lo posible para que no se materialice el resultado.

El peligro para la vida debe producirse de manera dolosa, por el contrario si se produce de manera fortuita o imprudente la omisión que no impide el resultado está castigada en el art 195.3 CP⁴³ delito de omisión del deber de socorro.

Ejemplo: A arroja a B a una piscina profunda sabiendo que este no sabe nadar pero sin intención de causarle la muerte, A tiene obligación de evitar que B se ahogue a consecuencia de esa acción, si no lo hace estará cometiendo un delito de homicidio en comisión por omisión.

8. RESULTADO

La acción penalmente relevante es aquella que es voluntaria, está dirigida a un fin y se materializa en el mundo exterior. Si esta exteriorización consigue una alteración en el mundo material se produce un resultado.

Nuestro sistema jurídico distingue entre dos tipos de delitos:

➤ Los delitos de mera actividad: en estos se sanciona la manifestación de la voluntad sin que implique un cambio en el mundo exterior.

➤ Los delitos de resultado: en los que no solo se sanciona la acción realizada, sino que también se sanciona el efecto de esta acción, es decir, el resultado producido. Estos a su vez se subdividen en dos grupos:

⁴³Art. 195.3 CP: “Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.”

- ✧ Los delitos puros de resultado, que solo piden un resultado pero no especifican cómo se debe de producir. El homicidio es un delito de este tipo que exige la muerte de una persona como resultado sin indicar la manera exacta de producción del mismo. De esta afirmación se deriva que la realización de una acción idónea de matar sobre un cadáver no puede nunca conseguir la producción del resultado legalmente previsto.
- ✧ Los delitos con modalidades propias de ejecución: en estos es el propio precepto el que dice cómo se cometen, como las lesiones agravadas por el uso de armas⁴⁴.

La imputación objetiva del resultado es un requisito implícito del tipo en los delitos de resultado, en estos delitos para que se consumen es necesario que se produzca un resultado ya sea material o ideal y que ese resultado sea consecuencia de la acción pero distinto de ella.

El resultado en el delito de homicidio es la muerte de una persona. Entre la muerte y la acción que causa esa muerte debe darse una relación de causalidad, es decir, un nexo o unión entre la acción realizada y el resultado producido, consideramos el resultado como un presupuesto necesario de la imputación objetiva.⁴⁵

Para que haya imputación objetiva entonces es necesario que concurren dos elementos^{46, 47}:

➤ Debe haber relación de causalidad entre la acción y el resultado. Esa acción debe ser adecuada para producir el resultado, si se hace un análisis ex ante debe ser previsible que con esa actuación se produzca ese resultado ya que

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal parte general, 2012, 3º edición, 158.

⁴⁵ Según la STS 37/2006, de 25 de enero de 2006, si no hay causalidad no hay imputación objetiva. La conducta debe haber creado un peligro jurídicamente reprochable y el resultado es producido por ese peligro. Lo primero que se debe concretar es la idoneidad de la conducta para causar dicho resultado.

⁴⁶ STS 2207/1993 de 13 octubre de 1993.

⁴⁷ LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica, 2002, 800-805.

si la producción del resultado es imprevisible pero de todas formas tiene lugar no se va a imputar a la acción ya que es fruto del azar. Por tanto, se necesita una probabilidad objetiva de producción del resultado analizada ex ante y con los datos conocidos en el momento de la acción por el hombre medio ideal colocado en la posición del autor y con los conocimientos de este, los conocimientos especiales que pueda tener el sujeto concreto se le añaden a los conocimientos del hombre medio ideal, por el contrario el menor grado de conocimiento no se le restan.

➤ Que el resultado sea causado por ese riesgo y haya una norma que lo proteja. Para que haya imputación objetiva es necesario que el resultado causado sea abarcado por el fin de protección de la norma. El resultado tiene que ser una concreción del riesgo ya que si no lo es, no se le imputara a la acción. Por ejemplo no habría imputación objetiva en el caso de un herido que fallece porque la ambulancia que lo trasladaba al hospital tiene un accidente, lo mismo ocurriría en el caso de error sobre el curso causal por desviación o por causalidad adelantada.

Hay varias teorías para determinar si la acción que realiza el sujeto es la causa del resultado producido y, por tanto, se le puede atribuir a este. Merecen destacarse brevemente las siguientes teorías⁴⁸:

-La teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*: es la teoría que ha seguido el Tribunal Supremo, se considera causa del resultado toda aquella conducta que si la suprimimos mentalmente hace desaparecer el resultado⁴⁹. La crítica a esta teoría es que parte de un concepto de causa muy amplio.

-Teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación de las condiciones: esta teoría dice que no toda la conducta suprimida mentalmente que produzca la desaparición del resultado es causa de mismo, sino que además se necesita que sea adecuada. El problema de esta teoría es que se valora en la imputación objetiva la imprudencia y el dolo que pertenecen a la parte subjetiva.

⁴⁸ GÓMEZ RIVERO (Dir)/ MARTÍNEZ GONZÁLEZ/ NÚÑEZ CASTAÑO, Nociones fundamentales de derecho penal, parte general, 3º edición, 2015, 185-191.

⁴⁹ STS 1869/2002, de 18 de noviembre de 2002.

-Teoría de la causa jurídicamente relevante: defiende que hay que constatar que la acción típica es causa del resultado típico. La imputación del resultado solo cabe cuando además de la causalidad natural se ha comprobado que la acción es relevante jurídicamente en relación con la producción de un resultado.

-Teoría de la consecuencia natural: es jurisprudencial, creada para determinar la interrupción del nexo causal en algunos supuestos de desviación del curso causal.

-Teoría de la imputación objetiva: es el criterio seguido actualmente. Lo importante es determinar en qué casos puede imputarse normativamente un resultado a un comportamiento humano. Sigue tres criterios: la creación o incremento del riesgo, la realización del riesgo en la producción de un resultado, que el resultado se encuentre dentro del fin de protección de la norma.

9. PROBLEMAS RESPECTO DEL RESULTADO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA⁵⁰

Cursos causales parciales:

Son aquellos en los que el resultado muerte se produce por la concurrencia de la acción de varias personas, que actuando separadamente no hubieran logrado el resultado pero al actuar conjuntamente sí lo provocan. Existe una causalidad parcial, por lo que debe atenderse a si estas personas actuaban de común acuerdo o si por el contrario actuaban de manera individual e independiente una de la otra, en caso de no actuar de común acuerdo el delito de homicidio esta en grado de tentativa. Ejemplo: dos personas echan veneno en la comida de una tercera persona con el objetivo de acabar con su vida, pero las dosis por separado no son adecuadas para causar la muerte. Sin embargo al juntarse ambas dosis sí son aptas para alcanzar el resultado muerte.

Cursos causales hipotéticos:

En estos casos el resultado se hubiera producido de igual manera aunque el autor no hubiera realizado esa conducta tipificada, en principio la conducta es

⁵⁰ LUZÓN PEÑA, Lecciones de derecho penal parte general, 2012, 3ª edición, 190 y ss.

causa del resultado pero para ver si es imputable objetivamente a la acción habría que analizar el resto de criterios de imputación objetiva.

Ejemplo: quiero matar a B y le enveneno pero resulta que B habría muerto igual porque padecía una enfermedad terminal.

Cursos causales irregulares:

En estos casos según la teoría de la equivalencia sí hay relación de causalidad, pero el riesgo que se crea se hace de una manera lícita, por lo que no hay imputación objetiva, estaríamos ante un caso de ausencia de riesgo y no hay responsabilidad penal.

Ejemplo: quiero matar a B y tengo información de que va a haber una crecida en un río y por tanto este se va a desbordar, consigo convencer a B para que vaya a ese lugar con la finalidad de que al desbordarse el río muera ahogado.

Casos de ausencia de materialización del riesgo ilícito en el resultado:

Cuando A quiere matar a B y le dispara pero le da en la mano y de camino al hospital sufre un accidente y fallece, en este caso esa muerte no se produce a consecuencia del disparo sino del accidente y A habrá cometido una tentativa de homicidio.

La solución a estos problemas es diferente en atención a la situación en concreto, la STS de 11 de febrero de 1975 y la STS de 19 de mayo de 1994, se han pronunciado imputando la muerte de una persona a quien le provoca la primeras heridas aunque la muerte se hubiera producido por un error médico, siempre y cuando se tratara de heridas letales que tenían la suficiente gravedad como para causar la muerte. En el caso de que el autor produzca en la víctima solo unas heridas pero por un enfermedad anterior que no conocía el autor el sujeto pasivo muera, la solución más correcta puede ser la de que el autor responda por las primeras lesiones ya que no podía prever lo posterior STS de 31 de octubre 1987. En el supuesto de que A dispara a B en la cabeza para causarle la muerte pero por error le da en el hombro siendo esta una herida sin riesgo de

muerte pero esa muerte se produce porque el médico no cura correctamente la herida, en ese caso responde por tentativa de homicidio⁵¹.

10. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Se pueden presentar diferentes formas de intervención en el delito, que agrupamos en tres bloques atendiendo a cuando se producen⁵²:

<i>Preparación del delito</i>	<i>Actos ejecutivos hasta la consumación</i>	<i>Cuando ya está consumado</i>
Conspiración Proposición Provocación	Autores: Autor Coautor Autor mediato Partícipes: Cooperador necesario Inductor Cómplice	Encubrimiento

Los actos preparatorios del delito serán analizados en el epígrafe del *iter criminis*. Aquí nos centraremos en la intervención en fase ejecutiva: los autores y partícipes. Partimos de la idea de que si no hay autor no puede haber partícipe.

CLASES DE AUTORÍA:

Autor unipersonal o individual:

Es el sujeto el que realiza el hecho típico de manera directa y personal. Hay varias teorías para distinguir a los autores de los partícipes, en la actualidad se usa la “Teoría del dominio del hecho”, conforme a esta teoría es autor quien domina el hecho, este sujeto decide sobre la realización y la forma en que se lleva a cabo. Ejemplo: quien dispara a otro hasta causarle la muerte.⁵³

⁵¹ <https://perspectivapenal.wordpress.com/2015/07/24/la-solucion-a-los-cursos-irregulares/> consultada el 26 de julio.

⁵² GÓMEZ RIVERO (Dir)/ MARTÍNEZ GONZÁLEZ/ NÚÑEZ CASTAÑO, Nociones fundamentales de derecho penal, parte general, 3º edición, 2015, 347.

⁵³ STS 779/2003 de 30 de mayo de 2003.

Dominará el hecho quien:

- Tenga dominio de la acción: quien domina el curso causal de los acontecimientos por realizar los actos ejecutivos descritos en los respectivos tipos.
- Dominio de la voluntad: la ostenta quien domina la voluntad de otro, que es utilizado como instrumento en la ejecución.
- Dominio funcional: domina determinadas parcelas de la realización del delito que son esenciales.

La autoría mediata:

El autor mediato no realiza directa y personalmente el delito sino que se sirve de otra persona para realizarlo. El autor mediato es quien domina la realización del delito y usa como instrumento de realización del delito a otra persona que lo ejecuta generalmente sin saberlo. Quien obra como instrumento es el autor inmediato del hecho, se puede dar la circunstancia de que no responda penalmente porque le falta algún elemento del delito⁵⁴.

Se pueden presentar varios supuestos de autoría mediata, entre los que podemos enunciar de manera breve los siguientes⁵⁵:

- Coacción o intimidación: A intimida a B para que este realice una determinada conducta típica, es decir para que mate. B puede estar amparado por un estado de necesidad o miedo insuperable.
- Creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de modo inmediato: en este caso puede ser error de tipo o de prohibición.
- Utilización de personas inimputables.
- Utilización de aparatos organizados de poder,
- Autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado, utilización de un instrumento cualificado por un no cualificado, instrumento doloso sin intención.
- Ausencia de acción relevante en el sujeto que lo ejecuta: uno empuja a otro para que caiga encima de un tercero lesionándole.

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica, 2002, 147.

⁵⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista de Estudios de la Justicia, 2008, 21-30.

- Puede actuar justificadamente.⁵⁶

El autentico autor en estos casos es el autor mediato no el inmediato, es decir, el que realiza el hecho por medio de otro⁵⁷.

Coautoría:

Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Podemos distinguir coautoría no ejecutiva y ejecutiva, que a su vez puede ser directa si todos los autores realizan todos los actos o parcial si se produce un reparto de tareas ejecutivas.

El dominio del hecho lo tienen varias personas y el resultado final se atribuye a todos ellos, pero pueden responder cada uno de un título delictivo diferente como sucede en los delitos comunes y en los delitos especiales impropios.

En la coautoría no es suficiente con un simple acuerdo previo o simultáneo sino que se necesita también la colaboración en la realización del tipo.

La colaboración no ejecutiva es muy excepcional solo penada si ha sido de gran trascendencia⁵⁸, comúnmente será cómplice o cooperador necesario.

Cuando varios sujetos realizan conjuntamente el hecho, deben haberse puesto de acuerdo con anterioridad. La acción típica es resultado de las aportaciones de todos ellos^{59 60}. En el caso de que uno de los coautores se exceda en el plan sin

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Derecho penal, parte general, 9ª edición, 2015, 463-464.

⁵⁷ BOLEA BARDON, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, 2011, 277-290. “Caso Sirius”⁵⁷ el acusado conoció a una chica en una discoteca, con la que inició una relación sentimental, él la convenció de que provenía de otro planeta “Sirius” y que ella también podría vivir en ese planeta si fallecía y de ese modo abandonaba su cuerpo y poseía otro, la convenció de hacer un seguro de vida a favor del acusado y de que pidiera un préstamo, dinero que también se gastó el acusado, le indicó cómo debía acabar con su vida, metiéndose en la bañera e introduciendo un secador de pelo, pero la víctima no murió ya que la descarga fue mínima. Al acusado se le condena por tentativa de asesinato en autoría mediata y por lesiones dolosas, entre otros delitos.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Derecho penal, parte general, 9ª edición, 2015, 465-467, se suele considerar coautor solo en el caso de jefes y miembros de bandas fuera de este caso no se suele apreciar.

⁵⁹ SSTS 311/2000 de 25 marzo de 2000 y SSTS 628/2000, de 11 de abril de 2000..

⁶⁰ ROXIN, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, 1998, 306, dice que se podría resumir la esencia de la coautoría hablando del dominio del hecho funcional, esto es que el dominio conjunto del individuo es resultado de su función en el plan global.

que los demás estén de acuerdo, ese exceso solo se le imputara a él y no a los otros⁶¹. Se entiende por exceso lo que realicen a mayores de lo pactado previamente.

FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Son partícipes los que intervienen en el delito sin ser autores del mismo, no realizan la acción nuclear ni determinan objetiva y positivamente el hecho, sus conductas deben estar tipificadas en un precepto penal. Hay diferentes formas de participación pero todas tienen una cosa en común que su finalidad es facilitar o posibilitar la ejecución del delito al autor⁶².

Hay que tener en cuenta que si el hecho principal es irrelevante penalmente también lo serán las contribuciones de los partícipes. Para que pueda sancionarse, el partícipe debe actuar de forma dolosa y el hecho principal en el que participa debe ser también doloso, por el contrario la participación imprudente en un delito doloso que se produce por error sobre los elementos típicos del delito o por negligencia en el comportamiento, queda impune.

Si el partícipe no conoce un elemento que cualifican el hecho cometido por el autor el partícipe responde solo del tipo básico, ejemplo: A proporciona a B una pistola pero no sabe que se va a cometer un asesinato en vez de un homicidio, se le castiga como partícipe del homicidio.

Podemos distinguir entre inducción, cooperación necesaria y complicidad, las penas son diferentes, si se trata de un inductor o cooperador necesario se les impone la misma pena que al autor art. 28 CP, en cambio, si es un cómplice se le impondrá la pena inferior en grado art. 63 CP.

Inducción:

Esta forma de participación está recogida en el art 28 párrafo segundo a) CP, el inductor es la persona que incita a otra a ejecutar un delito. Se exige una doble intención por parte del inductor: provocar en otra persona la intención criminal y de que el delito se ejecute⁶³. Se necesita un influjo psíquico directo y

⁶¹ STS 474/2005 de 17 de marzo de 2005.

⁶² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Revista de Estudios de la Justicia, 2008,41.

⁶³ GANZENMÜLLER/ ESCUDERO/ FRIGOLA, Homicidio y asesinato, 1996,123. Así lo indica la STS 1672/1994 de 12 de marzo de 1994.

claro, no simplemente comentarios, sugerencias o consejos, además esa inducción debe revestir una determinada gravedad y debe respetar la decisión del inducido. El principio de ejecución del delito determina la calificación de los hechos como una forma de inducción intentada, antes de ese momento existe tentativa de inducción, que pertenece a los actos preparatorios.

Es posible que se dé el supuesto de que el inductor incite a un delito y el autor cometa otro más grave o uno adicional, en esos casos el inductor solo responde por el resultado producido cuando lo comprendiera al menos el dolo eventual⁶⁴ pero si el resultado más grave solo se le puede imputar al inductor por imprudencia, este no respondería por él⁶⁵. También cabe la posibilidad de que una persona induzca a varias a que cometan un delito, estas serían coautores y al inductor se le castigaría solo por un delito de inducción.

Cooperador necesario y cómplice:

La complicidad y cooperación tienen en común que ambas son formas que favorecen la realización del delito y se diferencian por la intensidad de la contribución para la realización del plan. La figura del cooperador necesario está recogida en el art 28 párrafo 2º b) y la del cómplice en el art 29 CP. Ambos partícipes contribuyen a que se realice la parte objetiva del tipo. Atendiendo al tenor literal de estos preceptos serían cooperadores necesarios aquellos que cooperan en la ejecución del delito con un acto sin el cual no habría tenido lugar el delito, serán cómplices aquellos que no se encuentran recogidos en el art. 28 pero que cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. Por tanto podríamos esquematizarlo de la siguiente forma: si se trata de acciones ejecutivas será un cooperador necesario (vigila mientras otro comete el homicidio), en cambio si son acciones no ejecutivas podrá ser tanto cómplice

⁶⁴Auto del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2006, el condenado contrata a un sicario para que de una paliza a un tercero con el objetivo de que este no pueda declarar contra él en un juicio por tráfico de drogas y el sicario acaba matándolo con la paliza, el TS considera que aunque la intención sea solo de herir el resultado muerte queda comprendido por el dolo eventual del inductor.

⁶⁵ STS 4443/2005 de 4 de julio 2005, el Tribunal absolvió por el delito de homicidio a quién previamente indujo al autor a que diera algún golpe a la víctima, el inducido acabó matando a la víctima con un arma blanca.

como cooperador necesario⁶⁶. (El que te consigue la pistola para que cometas el homicidio).

Hay varias teorías que dan solución a esta cuestión pero la más aceptada es la teoría de los bienes escasos que resuelve diciendo que será cooperador necesario si lo que aporta es un bien o actividad escasos y se tratará de un cómplice si es un bien o actividad abundante atendiendo al caso en concreto.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de octubre de 2014 declaró que existe cooperación necesaria cuando se aporta una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho). El Tribunal Supremo considera además que el cómplice es simplemente un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos de ejecución, pero su participación es secundaria, para que exista esa complicidad se deben dar dos elementos: uno objetivo que es que su realización sea accesoria y otro subjetivo, que tenga conocimiento del propósito criminal del autor y tenga voluntad de contribuir a la realización de aquel⁶⁷.

11. ITER CRIMINIS

ACTOS PREPARATORIOS

Los actos preparatorios son comportamientos producidos con anterioridad al delito, son actos externos que pueden ser percibidos por terceros y que están dirigidos a una posterior ejecución y consumación, son incluso anteriores a la tentativa y a la ejecución. Ejemplo: vigilar a la víctima en su vida cotidiana para saber sus hábitos y ver cuál es el mejor momento para matarla. Son actos de preparación para la autoría. Para que puedan ser castigados se necesitan 3 cosas: que sea una actuación externa no un simple pensamiento, que haya peligrosidad

⁶⁶ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ CARBONELL MATEU (Dir.)/ MORALES PRATS (Dir.)/ GARCÍA RIVAS (Dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA (Coord.)/ VENTURA PUSCHEL (Coord.), Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, 2010, 106-107.

⁶⁷ <http://www.mundojuridico.info/el-cooperador-necesario-de-un-delito/> consultado el 28 de abril.

objetiva de la conducta, es decir, que ponga en peligro un bien jurídico protegido y también se exige peligrosidad subjetiva, esto es, que la conducta se dirija voluntariamente a una consumación posterior del delito.

Suponen un mínimo de peligro para el bien jurídico por lo que en principio son impunes, pero hay excepciones a esa regla general, en los siguientes casos si son punibles:

➤ La conspiración, viene definida en el art 17.1 CP⁶⁸, podría definirse como una coautoría anticipada, varias personas se ponen de acuerdo para cometer el delito y deciden ejecutarlo pero luego no llega a ejecutarse tal delito.

➤ La proposición art 17.2 CP, la persona que quiere cometer el delito invita a otras a participar en él⁶⁹. Este artículo ha sido modificado en el 2015⁷⁰, en el artículo anterior era propositor el que invitaba a otras personas a ejecutar un delito pero con el nuevo texto es propositor el que invita a otros a participar en un delito. Con esta modificación el concepto de proposición se amplía, bastando la participación en el delito sin que se pida que esa persona ejecute el mismo. Se trata de castigar la proposición a la participación. Existe proposición de matar cuando una persona decidida a matar convence a otra u otras para que ejecuten esa muerte.

➤ Provocación art 18.1 CP⁷¹, cuando a través de la imprenta u otro medio similar se incita a cometer un delito. Existe provocación de homicidio cuando

⁶⁸ Art 17.1 CP: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

⁶⁹ STS 4645/2010 de 14 de julio de 2010, condenan a un sujeto como autor de un delito de proposición de asesinato, el condenado propone a un tercero que mate a su pareja pero antes de ejecutarse esa acción los hechos son conocidos por la policía y se queda en una simple proposición.

⁷⁰ Redacción anterior del art 17.2: “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”.

La actual redacción: “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

⁷¹ Art. 18 CP: 1. La provocación existe cuando se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. La apología solo se considerará provocación si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

ante una concurrencia de personas o a través de algún medio de difusión se incite a causar la muerte de otra persona. Se entiende provocación de asesinato cuando se incite no solo a matar sino a hacerlo por algún medio constitutivo de este delito.

- Los delitos de tenencia y posesión.

El art. 141 CP castiga la provocación, conspiración y proposición en la comisión de los delitos de homicidio y asesinato con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para esos delitos. La punición de este artículo se fundamenta en el art. 17.3 CP que dice que la conspiración y proposición para delinquir solo se castigará en los casos que lo indique la ley. En este caso es el art. 141 CP el que expresamente lo sanciona. Se exige por lo menos para poder castigarse dolo eventual para el resultado muerte y dolo directo para la forma en la que se pretende causar la muerte. Si esa conspiración, proposición o provocación tiene como víctimas alguna persona del Título XXIV del CP se impondrán las penas del art 615 CP⁷².

Hay que diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, los segundos dan comienzo a la ejecución de la conducta típica suponiendo un mayor peligro para el bien jurídico protegido.

TENTATIVA

La tentativa se produce cuando se inicia la ejecución de la acción pero no se produce el resultado por causas independientes a la voluntad del autor. El art. 16 CP nos indica cuando hay tentativa.

El desvalor de la acción es el mismo tanto para los delitos consumados como para los delitos en grado de tentativa, en cambio, el desvalor del resultado es más grave en los consumados que en los que están en grado de tentativa.

2. La provocación se castigará solo en los casos en que la ley así lo prevea. Si a la provocación sigue la perpetración del delito, se castigará como inducción.

⁷² Art 615 CP: Pena inferior en uno o dos grados.

Hay dos tipos de tentativa la acabada y la inacabada:

➤ La tentativa acabada: cuando se realizan todos los actos ejecutivos pero aun así no se produce el resultado querido por causas ajenas a su voluntad. Ejemplo: A apuñala a B pero este no muere⁷³.

➤ La tentativa inacabada: se produce cuando no se llevan a cabo todos los actos ejecutivos y por tanto no se consigue el resultado, siempre y cuando esta interrupción sea por causas ajenas a su voluntad. Si es por voluntad propia se trataría de un desistimiento. Ejemplo: A rodea a B del cuello con una cinta elástica y B se desmaya, A creyendo que B está muerto se va del lugar de los hechos⁷⁴.

El art. 62 CP castiga la tentativa con la pena inferior en uno o dos grados a la indicada para el delito consumado, se debe tener en cuenta el peligro causado⁷⁵ y el grado de ejecución. Lo que se suele hacer en la práctica es reducir un grado si la tentativa es acabada y dos si se trata de una tentativa inacabada⁷⁶.

El art. 63 CP exceptúa de lo dicho en el anterior artículo los casos en los que la tentativa este sancionada en una disposición específica.

En los casos de puesta en peligro imprudente de bienes jurídicos sin producción de la consumación no se castigan salvo que la conducta en concreto este tipificada como delito de peligro. Por tanto la tentativa solo es punible en caso de que medie dolo pero no si se lleva a cabo mediante imprudencia no se va a sancionar sino que va a quedar impune. Esto es así porque no se considera necesario dar protección penal cuando no hay dolo y por tanto no hay voluntad

⁷³ Sentencia A.P. Madrid 90/2012 de 1 de marzo, homicidio en grado de tentativa acabada, A apuñala a B con intención de causarle la muerte pero este solo sufre heridas y no fallece.

⁷⁴ STS 224/2009 de 23 de enero de 2009, el tribunal lo califica como tentativa inacabada porque no realizó las maniobras con la intensidad necesaria para causar la muerte.

⁷⁵ En la STS 174/2010, de 4 de marzo de 2010, deciden rebajar la pena en un grado, se trata de un individuo que quita la pistola a un policía, le empuja tirándole al suelo, le apunta con el arma y dispara varias veces pero resulta que el arma no tenía balas.

⁷⁶ SSTS 3998/2012 de 11 de abril de 2012.

de lesionar el bien jurídico, además en estos supuestos se da también un menor desvalor de la acción y una menor peligrosidad objetiva⁷⁷.

La tentativa irreal:

Tiene lugar cuando los medios empleados no pueden afectar al bien jurídico, porque están basados en supersticiones, no suponen ningún peligro para el bien jurídico. Este tipo de tentativa resulta impune. Ejemplo A quiere matar a B y le echa una maldición para ello.

La tentativa inidónea:

Otro caso discutido es el de la tentativa inidónea. La tentativa inidónea de produce cuando debido a la falta de idoneidad de algún elemento del tipo no es posible la consumación del delito intentado. Ejemplo: A dispara a B pero la pistola esta descargada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en un principio consideraba la impunidad de la tentativa inidónea pero con el paso del tiempo hace distinción entre la absolutamente inidónea y la relativamente inidónea, quedando impune la primera y castigando la segunda⁷⁸.

Hay un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012, que señala que no se excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

Podemos distinguir dos tipos de tentativas inidóneas: las relativas y las absolutas, será una tentativa relativamente inidónea cuando los medios u objetos en el caso concreto no eran aptos para producir el resultado aunque si eran idóneos de manera general, es decir, en otras circunstancias hubieran producido

⁷⁷ LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica, 2002, 1163.

⁷⁸ STS 289/2007 del 4 abril de 2007 aprecia tentativa de homicidio y por tanto castiga esta tentativa inidónea, en el caso de un hombre que arrebató a la ertzaina el arma reglamentaria y a 20 cm de la ropa y acciona el gatillo pero la pistola tenía puesto el seguro y no salió ningún disparo.

En la STS 992 /2000, del 2 de junio de 2000 castiga también la tentativa inidónea del sujeto que quiere matar a su hermano y para ello incendia su casa pero su hermano no estaba dentro de ella.

el resultado. Son tentativas absolutamente inidóneas las que bajo ninguna circunstancia hubieran producido tal resultado.

Pero hay un sector doctrinal que defiende la “moderna teoría del peligro” que entiende que una conducta es peligrosa y por tanto punible en el caso de analizarla *ex ante* por una persona media que se sitúa en la posición del actor con los conocimientos de este si es probable la producción del resultado⁷⁹.

Un caso que merece especial mención debido a que hizo doctrina en este campo de la tentativa inidónea es el “caso de los disparos sin bala”⁸⁰, el acusado había sido llevado ante la juez cuando hubo un giro en los acontecimientos, este cogió una cuchilla de afeitar y amenazó con matar a la juez, acto seguido le arrebató la pistola a uno de los policías que se encontraba en la sala y disparó con ella a los dos agentes que allí se encontraban, pero resultó que la pistola estaba descargada, aunque él creía que ese arma si estaba cargada, tenía dolo de matar. En la sentencia de la Audiencia Provincial se le absuelve al considerar que es una tentativa inidónea absoluta, pero el Tribunal Supremo le condena, porque considera que se trata de tentativa inidónea relativa, y califica los hechos como dos tentativas de homicidio doloso del art. 138 CP, aplicando la pena inferior en un grado. Este hecho se subsume por tanto en el art. 16.1 CP como una tentativa punible, ya que el acusado dio inicio a la ejecución, realizando hechos externos (apretar el gatillo), y esa acción pudo causar la muerte de los agentes a los que disparó si la pistola hubiera estado cargada tal como él creía.

Delito imposible:

Surge en los supuestos en los que no existe bien jurídico que proteger.
Ejemplo: disparar contra un cadáver.

⁷⁹ ALCÁCER GUIRAO en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal, 2011, 88-90.

⁸⁰ SOLA RECHE, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal, 2011, 731-746.

12.DESISTIMIENTO

Son supuestos en los que el autor evita voluntariamente la consumación del hecho típico. El fundamento de la impunidad del desistimiento es que aunque la conducta sea peligrosa se considera innecesario su castigo.

Consiste en evitar de manera voluntaria la consumación del delito, puede ser porque desiste de la ejecución ya iniciada pero no acabada o porque impide que se produzca el resultado tras haber ejecutado todos los actos necesarios, realizando actos que eviten que la conducta despliegue su resultado.

El primer caso se trata de un desistimiento pasivo ya que se paraliza la ejecución, se produce en los casos de tentativa inacabada y el segundo caso es un desistimiento activo porque ya está ejecutado pero se realiza alguna acción para que el resultado no se materialice, se da en los supuestos de tentativa acabada⁸¹.

Se deben dar 3 requisitos para que se produzca este desistimiento:

1. Que sea voluntario del autor.
2. Debe ser eficaz, es decir, debe evitar el resultado.
3. Ser propio del autor. Si hay varios sujetos puede haber desistimiento de uno solo de ellos pero no del resto, en ese caso quedará exento de responsabilidad solo el que desistió y se mantendrá la responsabilidad penal para el resto de sujetos activos⁸².

Se excluye por tanto la responsabilidad en el supuesto de que haya un desistimiento voluntario, pero sí se castigarán los actos ya realizados hasta ese momento que sean constitutivos de delito, esto es en virtud del art. 16.2 CP, también hay al respecto un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002⁸³ en el mismo sentido.

⁸¹ GÓMEZ RIVERO (Dir)/ MARTÍNEZ GONZÁLEZ/ NÚÑEZ CASTAÑO, Nociones fundamentales de derecho penal, parte general, 3ª edición, 2015, 340-343.

⁸² MUÑOZ CONDE, Derecho Penal parte general, 9ª edición, 2015, 454 y 455.

⁸³ Este acuerdo asienta que la interpretación del art. 16.2 CP que establece una excusa absolutoria incompleta ha de ser exigente respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el *iter criminis* pero no hay inconveniente en admitir la excusa absolutoria cuando sea el propio autor el que impida la consumación del delito o cuando provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

13.PARTE SUBJETIVA:

Todos los delitos requieren de parte subjetiva. La parte subjetiva es el grado de vinculación interna del autor con el delito cometido. Denominado también desvalor subjetivo de la acción, está integrado por el dolo y la imprudencia, actúa como conexión entre el autor y el hecho. Se trata de un fundamento de la responsabilidad penal. Solo se castigarán los comportamientos en los que concurra ese dolo o imprudencia⁸⁴. El art 5 CP dice que “no hay pena sin dolo o imprudencia”.

En el Código Penal se castiga por un lado el homicidio doloso en el art. 138 CP y por otro, el homicidio imprudente en el art. 142 CP, se castigan en disposiciones diferentes, pero ambos preceptos se recogen dentro del mismo Título I.

El delito doloso tiene un castigo superior al delito imprudente, esto se puede justificar desde distintas posiciones⁸⁵:

- Se considera que hay una mayor culpabilidad del autor atendiendo a la actitud interna especialmente reprochable. Se entiende más culpable al que actúa con dolo que a la que lo hace por imprudencia.
- El dolo además entraña mayor riesgo para los bienes jurídicos y también una mayor peligrosidad objetiva del hecho.
- Se produce una mayor motivación del delito doloso que del imprudente.
- Se entiende que el grado de peligro advertido por el autor doloso es superior al imprudente.
- Decisión contra el bien jurídico.
- El autor doloso esta lesionando más intensamente a la víctima desde un punto de vista socio-personal.

Es posible que si hay un concurso ideal o real de delitos, respecto de alguno de ellos concurra dolo y otros se lleven a cabo con imprudencia, cabe esa combinación de dolo e imprudencia.

⁸⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, 1996, 165.

⁸⁵ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Dolo e imprudencia en el Código Penal español análisis legal y jurisprudencial, 2007, 40 y ss.

a. EL DOLO Y EL HOMICIDIO DOLOSO

Haciendo una pequeña referencia histórica del dolo vemos que en el siglo XIX era preciso no solo el conocimiento de los elementos fácticos del tipo sino que también se exigía conciencia de la antijuridicidad o del carácter prohibido de dicho hecho, se le denominaba *dolus malus* y estaba ubicado dentro de la culpabilidad, entendiéndose que era el grado superior de la misma. Posteriormente, desde el finalismo la anterior concepción del dolo cambia y se entiende que no es necesario el conocimiento de la antijuridicidad, bastando con el conocimiento de los elementos subjetivos del tipo. En la actualidad se acepta mayoritariamente esta segunda posición, pero aún no se ha llegado a un consenso acerca del sentido que se le debe dar a los elementos objetivos del tipo, para la doctrina finalista no es necesario el conocimiento de las causas de justificación, entendiéndose entonces el dolo como un dolo natural o neutral, para otro sector que apoya la teoría de los “elementos negativos del tipo”, teoría secundada por LUZÓN PEÑA⁸⁶, si es preciso el conocimiento de las causas de justificación, entendiéndose así el conocimiento en un sentido más amplio. Hoy en día, no solo se exige ese conocimiento sino que también se pide voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Por tanto el dolo se integra en el tipo de injusto y se requiere ese conocimiento de los elementos objetivos tanto positivos como negativos, elementales y accesorios y se necesita además de ese elemento volitivo, la voluntad de realización de los elementos objetivos⁸⁷.

El dolo tiene diversas modalidades o manifestaciones del mismo de acuerdo con la fuerza que desencadena el impulso:

Dolo directo de primer grado:

Es la forma del dolo en la que el elemento volitivo aparece de manera más intensa. La voluntad del sujeto se dirige al resultado propuesto, incluidas todas sus consecuencias necesarias. Prima por tanto, el elemento volitivo sobre el elemento cognoscitivo, entendiéndose por elemento volitivo la voluntad del

⁸⁶ Ver en este sentido LUZÓN PEÑA.

⁸⁷ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal parte general, 3º edición, 2012,220-231.

autor y por cognoscitivo la conciencia. Ejemplo: A apuñala a B en el corazón queriendo con ello acabar con su vida⁸⁸.

Dolo directo de segundo grado:

Prevalece el elemento cognoscitivo sobre el volitivo. El sujeto activo quiere realizar el tipo pero sabe que para ello tiene que realizar otro tipo que acepta. La intención del sujeto activo no es la realización de ese tipo sino conseguir otro objetivo, pero sabe que a ese objetivo va unido este otro y lo acepta. Hay cierta seguridad cercana a la certeza de que se va a producir ese resultado que se consiente.

Ejemplo: el marido quiere matar a su mujer y para ello pone una bomba en su coche, él sabe que en ese coche van a montarse también los hijos y que por tanto también se va a producir la muerte de estos y aun así pone la bomba, con ello está aceptando también la muerte de los hijos⁸⁹.

La distinción del dolo de primer y segundo grado es conceptual, sin transcendencia respecto de la pena, ya que a ambos dolos se les aplica el mismo art. 138 CP.

Dolo eventual:

Se presenta un resultado dañoso, de posible y no necesaria producción, no directamente querido, pero que se acepta sin renunciar a la idea ya preconcebida para la realización de los actos pensados. Las acciones realizadas con dolo eventual a efectos de pena, se subsume en el art. 138 CP⁹⁰.

⁸⁸Un ejemplo de dolo de primer grado es el que vemos en la Sentencia nº 115/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 16ª de 18 de octubre de 2007, se trata de varias personas que se están peleando y una de ellas decide ir a buscar un cuchillo “jamonero” y le asesta un apuñalada de 20 cm de longitud en el tórax a otro individuo causándole con ello la muerte, se aprecia un homicidio doloso concurriendo dolo de primer grado ya que su voluntad era acabar con la vida de esta persona.

⁸⁹ ST 21 enero de 2000 Madrid, atentado de ETA, ponen un explosivo que accionan por radio control, los autores no sabían a cuantos iban a matar con esa bomba pero aceptan la realidad de que puede morir más de una persona, su idea además era matar entre más personas mejor. Se aprecia dolo de segundo grado.

⁹⁰ Ejemplo de dolo eventual es la Sentencia TS 497/2011 (Sala 2) de 3 de junio, el Tribunal aprecia un delito de homicidio con dolo eventual en dos sujetos que robaron y golpearon en la cabeza a la víctima con una barra de hierro, por la entidad de este objeto era probable que le causaran la muerte y aún así lo golpearon con ella aceptando de esa manera el resultado.

Se diferencia del dolo de 2º grado, en que en el dolo eventual, aunque tampoco se persigue la realización de ese hecho típico se sabe que se puede producir, pero no con tanta certeza como en el dolo de segundo grado en el que la posibilidad de producción roza+ la seguridad como ya ha quedado señalado, en el dolo eventual no hay seguridad de que se produzca sino que es una simple posibilidad.

El dolo eventual se apoya en el consentimiento que el sujeto asume respecto al resultado, el autor prefiere que no se produzca el resultado pero de ser inevitable lo acepta.

Resulta imprescindible delimitar las conductas dolosas de las imprudentes. Hay varias teorías para solucionar este problema entre las que destacan, la teoría del consentimiento, la teoría de la posibilidad y de la probabilidad, la teoría del sentimiento o de la indiferencia y las teorías mixtas. La teoría considera correcta es la Teoría del consentimiento, esta nos dice que se debe atender a la voluntad para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente, ya que en el dolo se da tal voluntad y en la imprudencia no hay voluntad porque el sujeto no desea realizar el tipo y tampoco sabe si se va o no a producir, en el caso del dolo eventual si existe esa voluntad al aceptar que pueda producirse tal resultado.

Cabe excluir esa aceptación cuando hay confianza razonada de que no se va a producir el tipo⁹¹. La diferencia radica entonces en el conocimiento, el consentimiento y la posibilidad que excluyen la culpa⁹².

Ejemplo: A sabe que si atropella a B puede matarlo y su objetivo en principio no sería matarle pero aún así decide atropellarle asumiendo por tanto la posible consecuencia de muerte.

Respecto del dolo eventual hay un caso que hizo jurisprudencia, “el Caso del Cinturón”⁹³, con este caso se llega a un consenso sobre el alcance del dolo eventual. Es un caso alemán de 1955 con el que se inicia la doctrina acerca de

⁹¹ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal parte general, 3º edición, 2012, 234-242.

⁹² GANZENMÜLLER / ESCUDERO / FRIGOLA, Homicidio y asesinato, 1996, 50; Sentencia 562/1992 de 29 de enero de 1992.

⁹³ RAGUÉS I VALLÉS, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal, 2011, 193-205.

los límites del dolo que aun se plantea en la actualidad. Se trata de un joven K. que mantenía relaciones sexuales con otro hombre M, por dinero. K y un amigo suyo J, deciden entrar a la vivienda de M, propinarle un golpe con un saco de arena en la cabeza para dejarle inconsciente y sustraerle dinero. Llevan a cabo el plan pero con el golpe no consiguen que M se quede inconsciente, entonces K le ata un cinturón al cuello con ayuda de J le aprietan hasta que deja de moverse, luego intentan reanimarle pero M fallece. En este caso los acusados no tenían dolo de matar solo de dejarle inconsciente, pero sabían que si usaban el cinturón podían causarle la muerte y aún así lo hicieron, el tribunal apreció dolo eventual⁹⁴.

Dolo generalis:

Cuando el sujeto activo quiere producir el resultado muerte y cree que lo ha producido pero realmente no ha sido así y el sujeto activo realiza una segunda acción en base a la creencia de que si se produjo y es con esa segunda acción con la que se produce el resultado.

No hay consenso a la hora de dar solución al *dolus generalis*, aunque la postura más apoyada es la del concurso real entre la primera acción que es dolosa pero en grado de tentativa ya que no se produce con esa acción la muerte y la segunda acción que es imprudente pero consumada ya que es a esta acción a la que se la imputa objetivamente el resultado muerte. No se puede imputar objetivamente el resultado muerte a la acción dolosa inicial, ya que se trata de un homicidio frustrado, pero sí se puede imputar objetivamente a la segunda acción, el sujeto como cree que ya consumo el delito no es consciente de que lo está provocando con la segunda acción. En estos casos se suele dar error de tipo vencible aunque también es posible que se trata de un error de tipo invencible cuando por ejemplo es un médico el que certifica la muerte de manera errónea. En el *dolo*

⁹⁴ GÓNZALEZ RUS en MORILLAS CUEVA, Sistema especial de Derecho Penal español parte especial, 2011, 17, sentencias en las que el Tribunal Supremo ha apreciado dolo eventual: STS 9/2011 de 31 de enero (heridas en zonas vitales), STS 11066/1986 de 11 de marzo (muerte por asfixia al tapan la boca de la víctima durante una violación).

generalis se producen dos cadenas causales, la segunda cadena causal tiene su origen a raíz de la primera.⁹⁵

Ejemplo: el sujeto estrangula a su víctima y cree que ha muerto y para ocultar el cadáver lo tira al mar, resultando que simplemente se había desfallecido y muere ahogada cuando la tira al mar.

i. ARTÍCULO 138.1 CP:

El homicidio doloso en nuestro CP actual está tipificado en el art. 138, supone un mayor desvalor de la acción y también genera mayor peligrosidad que el homicidio imprudente, en el que ese desvalor de la acción tanto objetiva como subjetiva es menor.

Para cometer este delito es necesario que el sujeto activo sepa que mata a otra persona y además debe querer ese resultado. El elemento esencial del homicidio doloso es el *animus necandi* o intención de matar que servirá para distinguirlo del delito de lesiones. En el delito de lesiones el sujeto activo quiere causar daño a la salud física o mental del sujeto pasivo pero no pretende causarle la muerte.

Este delito del art. 138 CP solo cabe la comisión dolosa y no la imprudente ya que de cometerse con imprudencia se penaría en el art. 142 CP, se trata de delito con elemento subjetivo vinculado necesariamente con el dolo.

El art. 138 CP⁹⁶ castiga como reo de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años, al que matare a otro, estamos ante la modalidad básica de homicidio doloso, a la que se acude de manera residual para sancionar este tipo de conductas cuando no concurren otros factores. Con la reforma del 2015⁹⁷ se mantiene la misma pena que se le otorgaba a este hecho antes de la reforma.

⁹⁵ LUZÓN PEÑA, Enciclopedia Penal Básica, 2002, 630-632.

⁹⁶ Actual redacción del art 138 CP: “1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:

a) cuando concurren en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o
b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.

⁹⁷ Anterior redacción del art 138 CP: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

ii. ARTÍCULO 138.2 EN RELACIÓN CON EL 140.1 CP

En la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se introduce en el precepto 138 un segundo apartado, el 138.2 CP, creando así un nuevo tipo de homicidio, el homicidio cualificado o agravado, al que se le impone la pena superior en grado a la reconocida en el art. 138.1 CP, es decir, de quince años y un día a veintidós años y seis meses de prisión. Se incurrirá en esta modalidad de homicidio agravado cuando a) concurren en su comisión las circunstancias del art. 140.1 CP, b) cuando los hechos sean constitutivos de un atentado del art. 550 CP.

En cuanto al primer motivo de agravación, es decir, cuando concorra alguno de los supuestos contenidos en el art. 140.1 CP, es propia también del delito de asesinato equipándose de facto ambas figuras delictivas por la vía de estas agravantes. El subapartado 1º del art 140 CP es una circunstancia agravante en relación con el sujeto pasivo: cuando la víctima sea una persona menor de 16 años o una persona especialmente vulnerable por su edad, enfermedad o discapacidad. En estos casos se justifica la pena superior debido a una mayor vulnerabilidad de estos sujetos ya sea por esa escasa edad o por la especial situación de desvalimiento. Cuando la víctima es una persona menor de dieciséis años se entiende que el agente salvo en casos excepcionales está en una situación de superioridad, se debe apreciar este artículo cuando el menor tenga limitada su capacidad de defensa pero no anulada totalmente porque en ese caso se aplicaría el delito de asesinato con alevosía y no de homicidio. Este precepto es criticable ya que los términos de comparación son heterogéneos nada tiene que ver un menor de dieciséis años con una persona discapacitada o con una enferma. Además al agravar la pena se supone que está considerando que la muerte de estas personas es más grave que la de otro tipo de personas y esto es bastante discutible. Se podría decir que esta modificación no era necesaria porque si la razón de ser de este artículo era castigar la muerte alevosa ya está el delito de asesinato. Además esto va a producir muchos problemas concursales entre esta modalidad y el delito de asesinato con alevosía ya que la muerte de una persona que no puede defenderse por su corta edad, por su situación física o psíquica

encaja en la alevosía y entonces nos encontramos que esta situación podría encajarse tanto en el homicidio del art. 138.2 CP como en el delito de asesinato con alevosía art. 139.1.1º CP. El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de la Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP ha reflejado que estas situaciones se subsumirán en la alevosía por construcción jurisprudencial⁹⁸.

El 140.1.2º CP indica que también puede ser agravado por su vinculación con otro hecho delictivo, concretamente, que sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima, el legislador impone más pena porque considera este hecho más reprochable y al sujeto más peligroso⁹⁹. Se exige que ese sujeto activo del homicidio haya sido autor o participe de un delito consumado o en tentativa contra la libertad sexual de la víctima. Se penarán ambos delitos en concurso real, el precepto al hablarnos de “subsiguiente” impide que pueda aplicarse esta modalidad agravada en el supuesto de que el homicidio sea cometido simultáneamente con el delito contra la libertad sexual. Si interpretamos literalmente este precepto cita solo los delitos contra la libertad sexual, pero el título de estos delitos es “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual” lo que conduciría a dejar fuera del campo de aplicación de este precepto los delitos contra la indemnidad sexual.

⁹⁸ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZALÉZ CUSSAC (Dir.)/ MATALLÍN EVANGELIO (Coords.)/ GÓRRIZ ROYO (Coords.) Comentarios a la reforma del código penal de 2015, 2015, 467-468.

⁹⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en: GONZALÉZ CUSSAC (Dir.)/ MATALLÍN EVANGELIO (Coords.)/ GÓRRIZ ROYO (Coords.) Comentarios a la reforma del código penal de 2015, 2015, página 468-470. Considera también criticable esto ya que habla genéricamente de delitos contra la libertad sexual sin especificar, además considera que el legislador no ha explicado la razón de esta agravación de condena, tampoco cree que hubiera demanda social al respecto. En su opinión hay problemas concursales ya que antes de la reforma se aplicaba el concurso real entre un delito de violación y un homicidio (pena de 16 a 224 años de prisión) tras la reforma la pena sería de 21 años y un día a 34 años y 6 meses. Otra posible opción sería apreciar concurso de leyes (pena de 15 años y un día a 22 años y 6 meses aunque esta opción parece descartada por el propio precepto).

El art. 140.1.3º CP agrava el homicidio cuando haya sido cometido por una persona integrante de un grupo u organización criminal¹⁰⁰. Se agrava porque se considera que si este delito es llevado a cabo por una persona de este tipo tiene una mayor gravedad ya que esa persona tiene una inclinación delictiva. Se aplicará concurso real entre el delito de pertenencia a estos grupos u organizaciones y el homicidio agravado. En este supuesto tenemos que acudir al precepto 570 bis CP que nos define que se entiende por organización criminal y al art 570 ter CP que define grupo criminal. Una organización criminal es una agrupación estable o de tiempo indefinido, compuesta de más de dos personas que de manera concertada y coordinada se reparten diferentes funciones con el fin de cometer delitos. Un grupo criminal es una reunión de más de dos personas que no tienen las características de una organización criminal pero si tienen como finalidad la comisión de delitos.

El art. 138.2.b) expresa que también se castigará con esa pena superior cuando los hechos sean constitutivos además del un delito del art. 550CP se trata de un homicidio de autoridades, agentes o funcionarios públicos cuando están ejerciendo sus funciones. El objetivo de esto es dar una especial protección a Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, así se indica en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015. Este artículo también protege a los funcionarios docentes y sanitarios que llevaban tiempo reclamando protección¹⁰¹. Con el anterior CP de 1995 la pena era de doce años y seis meses a quince años de prisión si aplicábamos el art. 77 CP pero también cabía la posibilidad de optar por la pena del homicidio más la del delito de atentado, la

¹⁰⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ en GONZALÉZ CUSSAC (Dir.) / MATALLÍN EVANGELIO (Coords.) / GÓRRIZ ROYO (Coords.), Comentarios a la reforma del código penal de 2015, 2015, 471, este autor también considera criticable este precepto, sí está de acuerdo en que las personas pertenecientes a estos grupos son más peligrosas pero no considera justificado por ello tal incremento de pena, cree que esta postura adoptada tras la reforma es más cercana al derecho penal de autor. El precepto no dice que esa persona deba estar actuando por orden de ese grupo sino simplemente que pertenezca a él. Podríamos además vulnerar el non bis in idem si castigamos el homicidio y la pertenencia a estos grupos de forma separada. El consejo General del Poder Judicial entiende la aplicación solo del subtipo agravado para no vulnerar el non bis in idem.

¹⁰¹ MUÑOZ CUESTA (Aut.) / RUÍZ DE ERENCHUN (Aut.) Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, 2015, 116.

imposición de una u otra se hace dependiendo de qué opción favorecía más al reo. Con la actual ley reformada la pena es de quince años y un día a veintidós años y seis meses de prisión¹⁰².

iii. DIFERENCIAS CON EL DELITO DE LESIONES, DOLO DE MATAR O DE LESIONAR:

Un problema que se plantea frecuentemente en la práctica de los tribunales es distinguir entre el delito de homicidio y el de lesiones dolosas. En el primero hay *animus necandi* es decir, ánimo de matar, en cambio en el segundo, se manifiesta el *animus laedendi*, es decir de lesionar a la víctima. Se trata de un problema de prueba y los tribunales deberán valorar diferentes circunstancias concurrentes en el caso concreto¹⁰³. Este problema suele darse en los casos en los que tiene lugar una agresión física intencionada pero con resultado incierto.

Podemos distinguir 3 situaciones¹⁰⁴:

➤ Una acción cometida con dolo de matar, directo o eventual, que tiene riesgo de producir tanto lesiones como la muerte de la víctima, por ejemplo una puñalada en el abdomen:

- ✧ Si el resultado que se produce es la muerte del sujeto pasivo: estaremos ante un homicidio doloso consumado art.138 CP.
- ✧ Si por el contrario el resultado que tiene lugar son unas lesiones, nos encontramos ante una tentativa de homicidio doloso. Art 138 y 62 CP.¹⁰⁵

¹⁰² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, en GONZALÉZ CUSSAC (Dir.)/ MATALLÍN EVANGELIO (Coords.)/ GÓRRIZ ROYO (Coords.) Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, año 2015, página 471, este autor tampoco considera que esta opción sea acorde a la realidad actual.

¹⁰³ GÓMEZ RIVERO en GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 41.

¹⁰⁴ FELIP I SABORIT en: SILVA SANCHEZ (Dir.) / RAGUÉS i VALLES (Coord.), Lecciones de Derecho Penal: parte especial, 4º edición, 2015, 31-32.

¹⁰⁵FELIP I SABORIT en: SILVA SANCHEZ (Dir.) / RAGUÉS i VALLES (Coord.), Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 31 y 32. Una parte de la doctrina en este supuesto cree que lo correcto sería apreciar un concurso ideal entre una tentativa de homicidio y un delito de lesiones consumadas.

➤ Si la acción contiene riesgo de producir tanto lesiones como la muerte de la víctima y es cometida con la intención de lesionar y además no concurre dolo de matar, ejemplo un golpe en la cabeza con la finalidad de hacerle de aturdir al receptor del golpe:

✧ Se aprecia delito de lesiones dolosas si solo se producen unas lesiones Art.147 y ss.

✧ Se apreciará homicidio preterintencional en el caso de producirse el resultado muerte. Se apreciará por tanto un homicidio imprudente en concurso ideal con unas lesiones dolosas consumadas o en grado de tentativa. Art 142, 77, 62, 147 y ss.

➤ Si la acción solo tiene riesgo de producir lesiones:

✧ Si se producen solo heridas se penará como un delito de lesiones.

✧ Si el resultado subsiguiente es la muerte, se apreciarán también solo unas lesiones porque no existe intención de matar y no se da la acción típica del homicidio.

El Tribunal Supremo recurre a una serie de criterios procesales que actúan como inicios de la intención del sujeto para distinguir esto, pero son simplemente indicios no medios de prueba, los únicos decisivos son los indicios coetáneos ya que muestran la peligrosidad de la actuación, el resto de indicios solo sirven para reafirmar la solución que se adopte¹⁰⁶:

➤ Indicios previos al hecho: como pueden ser la relación que liga al autor y la víctima, motivos de la comisión del delito, existencia de amenazas¹⁰⁷, resentimiento entre autor y víctima.

¹⁰⁶ MARZABAL MANRESA , Revista de Derecho UNED, nº 12, 2013, 44-451.

¹⁰⁷ SAP de Sevilla (Sección 1º) de 25 de mayo de 2003, en esta sentencia dice la AP que decir que vas a causar un mal a otra persona no es motivo suficiente para apreciar directamente dolo de matar sino que hay que tener en cuenta también otras circunstancias. En el caso tratado en esta sentencia el agresor amenazó de muerte a la víctima pero la Audiencia considera que de los hechos posteriores a la ejecución no se deriva ánimo necandi sino ánimo laedendi.

STS 423/2012 el conductor de un vehículo se percató de que su enemigo iba paseando por la acera y decidió atropellarle por la espalda sufriendo este solo unas lesiones, el TS considera que se trata de una tentativa de homicidio doloso basándose en la relación de enemistad, en la sorpresa del ataque y la

➤ Indicios coetáneos al hecho: como la gravedad de las lesiones, a que zona se dirigió el ataque considerándose como zonas vitales la cabeza o cráneo¹⁰⁸, cuello¹⁰⁹, corazón¹¹⁰ y abdomen¹¹¹, la repetición del ataque, las manifestaciones del agresor durante la contienda, el tipo de arma utilizada y su idoneidad para lesionar o matar, en este sentido, si se trata de armas blancas se suele utilizar como criterio la medida de la hoja, suele conducir a un *animus necandi* pero no es de manera automática, una lija de 4 cm no suele apreciarse como dolo de matar, pero en cambio un hacha, unas tijeras de podar o una guadaña si, respecto a las armas de fuego se consideran idóneas para matar pero hay que tener en cuenta otros factores.¹¹²

➤ Indicios posteriores: actitud del sujeto activo ante el resultado producido, la ayuda o el abandono de la víctima, amenazas y la confesión del sujeto activo.

iv. CONCURSO DE DELITOS O DE LEYES

Para resolver esta problemática de si se debe aplicar un concurso de delitos o de leyes es preciso acudir al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015 que indica que los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, habiendo o no producido el resultado y realizados a partir de una única acción, deben tratarse a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real art. 73 y 76 CP salvo la existencia de regla penológica especial art. 382 CP¹¹³. El concurso de leyes ya fue explicado en otro apartado de este trabajo, aquí simplemente hare una pequeña mención al concurso real que es la

velocidad del vehículo que son indicios de que su verdadero objetivo era acabar con la vida de la víctima y no solo causarle unas lesiones.

¹⁰⁸ SSTS 3778/1998, Sala 2º, de 9 de Junio de 1998.

¹⁰⁹ SAP de Barcelona Sección 10º, de 7 de mayo de 2002, considera el cuello como un aparte especialmente sensible por la concentración de vías arteriales de vital importancia.

¹¹⁰ STS Sala Segunda de 21 de noviembre de 2002.

¹¹¹ STS 862/2000 Sala Segunda de 19 de mayo de 2000, considera al abdomen zona vital ya que alberga órganos muy importantes.

¹¹² STS 1219/1999, de 23 de febrero de 1999, dice que no basta la simple tenencia del arma sino que hay que tener en cuenta el número de disparos, y los lugares del cuerpo afectados por los mismos.

¹¹³ Ver en este sentido las sentencias relativas al atentado del 11 M.

forma en la que se deben solucionar esta disyuntiva, un concurso real e delitos es cuando se cometen varios delitos distintos y la pena se calcula sumando la pena de todos los delitos cometidos aplicando los límites máximos previstos en el art. 76 CP.

v. EL PROBLEMA DE LA PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA¹¹⁴

Estos problemas se suelen plantear respecto de dos situaciones, por un lado la de los huelguistas de hambre que se encuentran en centros penitenciarios o en algún otro tipo de centro y por otro lado la de los Testigos de Jehová cuando se niegan a recibir transfusiones de sangre.

El problema que subyace a estas dos situaciones es un problema de preferencias, se debe asentar que es lo que debe primar si el *salus aegroti suprema lex* relacionado con el derecho a la vida o la *voluntas aegroti suprema lex* que se fundamenta en el principio de libertad y el de libre desarrollo de la personalidad.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 120/1990 de 27 de junio relativa a la huelga que mantuvieron varios presos integrantes del colectivo GRAPO, el Tribunal ordenó al personal penitenciario que les alimentaran para evitar así que su vida estuviese en peligro, el Tribunal Constitucional considera compatible la alimentación forzosa con el derecho de libertad ideológica y el derecho de dignidad. El TC apoyó su decisión en el deber que tenía la institución penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos, deber recogido en el art 3.4 LOGP y por tanto se da una especial situación de dependencia.

Respecto de los Testigos de Jehová, podemos destacar la sentencia del TC de 18 de julio de 2002, se trataba de un niño de 13 años que necesitaba una trasfusión de sangre a la que sus padres se negaban, el juez ordenó a los servicios médicos que le realizaran esa trasfusión al menor, pero aún así el niño falleció. El TC asentó su decisión en la posición de garantes de los padres,

¹¹⁴ GÓMEZ RIVERO en GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 43-48.

acepta que el menor tiene derecho a la libertad religiosa y tiene derecho a oponerse a esa transfusión pero considera que el niño no tenía aún la madurez suficiente para tomar esa decisión, por tratarse de una decisión vital.

Los tribunales no son partidarios de eximir de responsabilidad por homicidio en los casos en los que el paciente no desea la muerte pero su negativa al tratamiento da lugar a ello. El CP no permite las contribuciones activas ni pasivas por parte de terceros a la muerte de quien tiene voluntad de poner fin a su vida por lo que mucho menos autoriza la contribución omisiva que facilita la muerte de quien no tiene esa voluntad suicida.

En el caso de los Testigos de Jehová menores de edad se tiene en cuenta una Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012 sobre tratamiento sustantivo y procesal de conflictos ante transfusiones de sangre, que asienta unas bases para solucionar este tipo de problemas, la solución es diferente dependiendo de la situación concreta en la que se plante el conflicto, concretamente se distinguen cuatro situaciones:

1. Si se trata de un menor de edad maduro que se niega a alguna transfusión o intervención poniendo con ello en grave riesgo su salud o su vida y sus representantes si están a favor de la realización de esa transfusión o intervención, en ese caso el médico sin necesidad de acudir al juez debe prestarle las mismas si es urgente, pero en el caso de que no fuera de una urgencia inmediata sería más oportuno consultar al Juez de Guardia la situación, para que este decida y así respetar el derecho del menor, art 9.3 c) de la Ley 41/2002.

2. Si el menor de edad maduro y sus representantes se niegan a la transfusión o a la intervención, el médico tiene la obligación de ponerlo en conocimiento del Juez de Guardia directamente o a través del Fiscal, salvo que por razones de urgencia no hubiera tiempo de ello entonces el médico puede realizar la transfusión o intervención amparado en una causa de justificación de cumplimiento de un deber y de un estado de necesidad.

3. Si el menor maduro presta su consentimiento pero no los padres, prevalece la opinión del menor en virtud de su derecho a la autodeterminación del que es titular.

4. Si el menor no es maduro y los representantes no lo consienten ocasionándose así un grave riesgo para la vida o para la salud, el médico se encontrará en posición de garante respecto del menor y deberá poner en conocimiento del juez la situación para que este se pronuncie al respecto, en caso de urgencia puede actuar sin consentimiento judicial amparado en dos causas de justificación: un estado de necesidad y cumplimiento de un deber.

La Ley 26/2015 de 28 de julio que modifica el sistema de protección de la infancia y la adolescencia, introduce un nuevo supuesto, cuando se trata de menores emancipados o mayores de dieciséis años no cabe que los representantes otorguen consentimiento salvo que el menor no tenga capacidad para tomar decisiones en esa situación. También añade esta ley que las decisiones que tomen los representantes deberán siempre ser en beneficio del menor.

b. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Un homicidio preterintencional es cuando el agente tiene intención de provocar lesiones a otra persona con un medio idóneo para ello, pero acaba causándola la muerte.

Desde la reforma del Código Penal por la LO 8/1983, de 25 de junio, la doctrina y jurisprudencia utiliza el homicidio preterintencional cuando una acción agresiva realizada con dolo de lesionar acaba con un resultado de muerte, tal acción no se lleva a cabo con dolo de matar pero si es previsible dicho resultado. Siempre ha habido diferentes pensamientos acerca de cuál es el tratamiento y pena adecuados para estas situaciones

Históricamente, antes de la reforma de 1983, se resolvía esta cuestión castigando por un delito de homicidio doloso pero aplicando la atenuante de preterintencionalidad, sin embargo, esta solución no es la correcta ya que atenta contra el principio de legalidad y el principio de culpabilidad, la principal crítica a esta forma de penarlo es que realmente en el homicidio preterintencional no existe dolo de matar y se estaba castigando como un homicidio doloso cuando no existía tal dolo.

En el año 1973 se cambia de ideología y se aplicaba a estos supuestos el art. 50 del CP de esa época, este artículo indicaba que cuando una acción producía un resultado más grave que el que se pretendía producir se debía castigar por el delito de menor gravedad pero en su grado máximo, el problema de esto era determinar cuál era el resultado realmente querido por el autor. Con la reforma del CP operada en 1983 se suprimió ese art. 50 aplicado hasta el momento y se creó el art. 1.2º CP que decía que si se producía un resultado ulterior más grave solo se responde de ese resultado si concurre como mínimo culpa, por lo que solo se iba a responder de la muerte en caso de que se hubiera producido por culpa, si por el contrario esa muerte era producida por caso fortuito no se respondía por la misma.

Hoy en día sigue sin haber una disposición concreta que regule el homicidio preterintencional. Actualmente estos casos se resuelven aplicando un concurso ideal de delitos del art. 77 CP, este artículo nos indica que cuando un solo hecho da lugar a más de un delito, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para el delito más grave, pero no se permite que esta pena exceda de la pena que resultará de sumar la pena de ambos delitos por separado, en el supuesto de que excediera se aplicarían las penas de ambos delitos por separado sin hacer concurso ideal de delitos.

En el homicidio preterintencional no se puede apreciar dolo eventual porque en ese caso las lesiones quedarían subsumidas en el homicidio. En este homicidio se produce un desfase entre el elemento subjetivo o intención y el elemento objetivo o resultado, la intención del autor se ve superada por el resultado producido¹¹⁵.

Caso que hizo doctrina referido al homicidio preterintencional fue la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1579/2002, de 2 de octubre confirmando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete de 21 de diciembre de 2000,¹¹⁶ se trata de una pelea entre jóvenes, en la

¹¹⁵ GANZENMÜLLER / ESCUDERO / FRIGOLA, Homicidio y asesinato, 1996, 68-72.

¹¹⁶ SANZ MORÁN, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal, 2011, pág. 291-305.

que uno de ellos le da un puñetazo en la cara al otro, el que cae y se golpea la cabeza contra el suelo al desplomarse, como consecuencia de ese golpe fallece debido a un traumatismo craneoencefálico. Se le condena como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave en concurso ideal con una falta de lesiones (las faltas a día de hoy ya no están recogidas en el actual CP) a la pena de tres años de prisión, se trata por tanto de un homicidio preterintencional.

c. IMPRUDENCIA Y HOMICIDIO IMPRUDENTE

El término imprudencia en nuestro derecho se corresponde a culpa. En los delitos imprudentes, la parte subjetiva del tipo de injusto se caracteriza por la ausencia del dolo, lo que simboliza un menor desvalor de la acción, aunque sí existe desvalor por el quebrantamiento del deber objetivo de cuidado

El art. 142 CP castiga la comisión imprudente de un homicidio, distinguiendo si se produce por imprudencia grave o menos grave, refiriéndose a la primera en el art.142.1 CP y a la segunda en el art 142.2 CP.

Se entiende por homicidio imprudente aquel en el que la producción de la muerte tiene lugar por una conducta contraria a las normas de cuidado, pero sin que haya voluntad en el sujeto activo de causar ese resultado.

La imprudencia se asienta en la previsibilidad, en la facultad de predecir mentalmente el resultado impidiendo así los riesgos que puedan originarse con la acción. La previsión se debe hacer *ex ante* y se toma como referencia al hombre medio ideal. Si de esta reflexión se puede prever la producción del resultado entonces cabe sancionar la imprudencia¹¹⁷.

Hay que analizar la infracción del deber de cuidado tanto objetiva como subjetivamente. El deber objetivo de cuidado requiere un análisis de ¹¹⁸:

➤ Las reglas de experiencia: son aquellas que aunque no están recogidas en ningún texto son aceptadas mayoritariamente por la sociedad. Ejemplo: no se

¹¹⁷ LUZÓN PEÑA, Lecciones de Derecho Penal parte general, 3ª edición, 2012, 282-283.

¹¹⁸ GÓMEZ RIVERO/ JAVATO MARTÍN en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 69-71.

debe colgar algo de una ventana sin la debida sujeción porque si un día hace viento puede caerse y matar a alguien.

➤ Las reglas técnicas: aquellas que sí se encuentran codificadas, son por ejemplo la *lex artis* o las reglas de conducción.

➤ El Principio de confianza: si no existen razones para pensar lo contrario no es ilícito que los participantes en una actividad de riesgo confíen en que los demás actuaran de modo correcto. Por ejemplo cuando conduces supones que no solo tú cumples las normas de circulación sino que el resto de los conductores también lo hacen.

Hay que atender también al deber subjetivo de cuidado: aquí entra en juego el conocimiento y habilidades especiales del sujeto en concreto. Son supuestos en los que el sujeto actúa sin respetar las normas de cuidado teniendo unos conocimientos superiores o inferiores al hombre medio. Si son inferiores solo por realizar la conducta ya está actuando imprudentemente y si además se produce el resultado tendrá responsabilidad penal. Por otro lado si esos conocimientos son superiores a los del hombre medio será responsable si se trata de una comisión por omisión (médico que no aplica sus conocimientos superiores en una operación).

Para hacer una clasificación de la imprudencia debemos analizar el valor de la acción, no del resultado¹¹⁹, hay que apoyarse en los siguientes indicios¹²⁰: la magnitud otorgada al bien jurídico afectado, la utilidad social de la conducta, las probabilidades de producción del resultado al realizar la acción ya que si hay muy pocas probabilidades la imprudencia será de un grado inferior a si hay muchas probabilidades y por último el grado de previsibilidad del riesgo.

Otra clasificación de la imprudencia distingue entre imprudencia consciente e inconsciente, la imprudencia consiente es cuando sabes que hay probabilidad de que se produzca un resultado pero confías en que este no suceda, por el contrario

¹¹⁹ Así lo indica la STS 211/2007 del 15 de marzo de 2007.

¹²⁰ GÓMEZ RIVERO/ JAVATO MARTÍN en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 72.

la imprudencia inconsciente se aprecia cuando el sujeto no reconoce la situación de riesgo¹²¹.

Respecto al homicidio imprudente con la reforma del 2015 cambia considerablemente, actualmente solo se va a tener responsabilidad penal en el caso de que el hecho de la muerte se cometa con imprudencia grave o menos grave art .142 CP. No se castiga penalmente la muerte causada por imprudencia leve, antes constitutiva de una falta del art. 621.2 CP. En la LO 1/2015 los homicidios por imprudencia leve se derivan al orden civil por lo que debemos acudir al Código Civil a los arts. 1902 y siguientes referidos a la responsabilidad extracontractual¹²².

Para que la imprudencia pueda ser sancionada es imprescindible que haya tenido lugar el resultado muerte, es decir, se necesita consumación del delito ya que la tentativa no se castiga en otros supuestos.

El art. 66.2 CP establece que en los delitos leves e imprudentes, como es el homicidio imprudente del art. 142 CP, los jueces pueden imponer las penas de acuerdo a su prudente arbitrio sin ajustarse a las reglas del apartado primero de este mismo artículo referentes a agravantes y atenuantes. Con la reforma se sigue manteniendo esa libertad que se les da a los jueces, ya que el anterior art. 638 CP referido a las faltas les permitía también actuar según su arbitrio dentro de los límites de cada falta y atendiendo a las circunstancias concretas del caso y de la persona sin atender a los arts. 61 a 72 CP referentes a las reglas generales de aplicación de penas, el art. 62 CP relativo a la tentativa, el art. 63 CP a los cómplices, los artículos de las eximentes incompletas y las penas superiores e inferiores en grado. Al hablar de prudente arbitrio no se está refiriendo a total

¹²¹ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ CARBONELL MATEU (Dir.)/ MORALES PRATS (Dir.)/ GARCÍA RIVAS (Dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA (Coord.)/ VENTURA PUSCHEL (Coord.), Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, 2010, 73-76.

¹²² El art. 1902 CC incluido en el Capítulo II, titulado “De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia”, señala “El que por acción u omisión causara daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

arbitrariedad por parte del juez sino que se deben respetar los límites máximos y mínimos de pena que la ley establece para cada delito en concreto.

Cabe comisión por omisión imprudente cuando el sujeto que omite no conoce por su comportamiento negligente las circunstancias que lo convierten en garante y su omisión puede conllevar a la producción del resultado, este sujeto tiene posibilidad de actuar pero no lo hace.

Hubo un caso que hizo doctrina referido a este delito de homicidio imprudente, los hechos fueron los siguientes: el acusado compró para el uso de su empresa pinceles chinos que deberían ser desinfectados antes de su uso, él desatendiendo esas indicaciones se los dio a sus empleados sin desinfectar y a consecuencia de eso se infectaron de bacilo y fallecieron cuatro empleados. Se le acusa de cuatro homicidios imprudentes. En la 1º instancia se le condena pero en la 2º se le absuelve porque no queda suficientemente probado que si el empresario los hubiera desinfectado no hubieran contraído esa enfermedad. La doctrina mayoritaria se basa en el fin de protección de la norma que parte de que si concurren varios riesgos típicos y permitidos es necesario determinar que el resultado es causado por el riesgo típico, es decir, que para que un riesgo típico pueda ser imputado debe haber sido creado de manera imprudente y no por otros factores de riesgo diferentes. En ese caso se acabó absolviendo al empresario porque no se consiguió probar que en el hipotético caso de que el empresario hubiera realizado las desinfecciones adecuadas se hubiera evitado el contagio de tal enfermedad, en caso de haberse probado sí cabría imputación por los cuatro delitos de homicidio imprudente.¹²³

¹²³ FEIJOO SÁNCHEZ, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal, 2011, 143-160.

i. HOMICIDIO COMETIDO POR IMPRUDENCIA GRAVE, IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y DEL PROFESIONAL

El homicidio cometido por imprudencia grave se regula en el art. 142.1 CP. La imprudencia grave es la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado o la inobservancia de las normas más básicas y elementales de cuidado. Supone una elevada peligrosidad. Este precepto impone a estos actos la pena de uno a cuatro años de prisión además, si se utiliza vehículo a motor o ciclomotor o armas de fuego para perpetrar el delito, se impone la prohibición del uso de estos vehículos o de la tenencia de armas durante un periodo de tiempo de uno a seis años.

En este mismo apartado 142.1 CP se recoge el delito de homicidio por imprudencia profesional al que se asigna la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio durante un periodo de tres a seis años. En el caso de que el tribunal imponga la pena mínima de prisión de un año, la inhabilitación tiene al menos que triplicar ese tiempo ya que debe ser de tres años mínimo.

La reforma del 2015 continúa la regulación de la imprudencia en la línea del CP de 1944 y 1989 que ya imponían una pena diferenciada para los homicidios causados por negligencia o impericia profesional. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1975 establece los requisitos de la imprudencia profesional:

- La acción negligente debe ser ejecutada por un sujeto en el ejercicio de su oficio o profesión. De aquí se deriva que pueden cometer este delito todos los profesionales sin que sea necesaria una titulación específica, basta con que realicen una actividad profesional.
- Deben consistir en actos que se suelen realizar habitualmente en esa rama profesional.
- Es necesario que se produzca el resultado, por tanto se exige como requisito esencial la consumación del delito, ya que como antes indique la tentativa imprudente no se sanciona.

- Además, ese resultado, debe haberse producido como consecuencia de la negligencia profesional.
- Se debe tener en cuenta tanto las circunstancias, como las personas, como la actividad profesional desarrollada.

También es necesario realizar una distinción entre la imprudencia del profesional y la imprudencia profesional. La primera es una imprudencia común cometida por un profesional que infringe la *lex artis*, supone la infracción del cuidado debido por falta de atención, desinterés o abandono¹²⁴ y la segunda, por el contrario, se trata de una negligencia que tiene lugar por la falta de conocimientos, de capacidad o de destreza de ese profesional, a esta segunda se le otorga un plus de antijuridicidad ya que al ser un profesional se le exige más atención y cuidado. Además, en este delito lo que está en juego es la vida humana por lo que se pide un especial cuidado. Este artículo comprende ambas imprudencias.

Es preciso también hacer una referencia al homicidio causado por imprudencia grave en un accidente del tráfico¹²⁵, que se va a sancionar de acuerdo con del art. 142.1 CP. En principio, este precepto, sería aplicable a todos los conflictos de tráfico producidos de forma impudente y que tengan como consecuencia el fallecimiento de una persona, pero para poder aplicarlo, al tratarse de un delito de resultado es necesaria una relación de causalidad y imputación objetiva.

En este tipo de delito hay que tener en cuenta la participación de la víctima en la producción del accidente de tráfico y debemos partir de la premisa de que toda circulación trae aparejada una probabilidad de producción de un accidente. En la actualidad se utiliza la teoría de la causalidad eficiente para determinar la causa del accidente, aunque hay algún caso que se ha resuelto aplicando otras teorías

¹²⁴ GÓNZALEZ RUS en: MORILLAS CUEVA, Sistema especial de Derecho Penal español parte especial, 2011, 22-25,

¹²⁵ ÁLAMO MORANTE, El Homicidio por imprudencia grave derivado de accidentes de tráfico, 2012,187 y ss.

como la teoría de la equivalencia de las condiciones¹²⁶ o la teoría de la causalidad adecuada¹²⁷.

Respecto a la responsabilidad civil¹²⁸ cuando se trata de un accidente de tráfico concurriendo imprudencia se aplica la Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, RD 6/2004, de 29 de octubre, el texto Refundido de la Ley de Responsabilidad civil y de seguros en la circulación de vehículos de motor, RD 8/2004, de 29 de octubre, así como el anexo al Texto Refundido-Baremo de indemnizaciones que se ha considerado vinculando en este ámbito.

ii. HOMICIDIO COMETIDO MEDIANTE IMPRUDENCIA MENOS GRAVE

Regulado en el art. 142.2 CP, impone una pena de multa de tres a dieciocho meses a quién matare a otro concurriendo imprudencia menos grave. El art. 13.2 CP señala que son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con penas menos graves y el art 13.4 CP señala que estamos ante un delito leve cuando la pena impuesta al delito es menos grave, como en el caso que estamos tratando. Esta imprudencia menos grave es de nueva creación, incluida en el CP en la reforma operada en el año 2015. La reforma operada en el 2015 respecto a la imprudencia ha originado una problemática, determinar qué casos pueden

¹²⁶ Sentencia 291/2001 de 27 de febrero dictada por la Audiencia Provincial de Alicante y confirmada por el Tribunal Supremo, los hechos son los siguientes: tiene lugar una colisión frontal de dos vehículos cuando uno de ellos adelantaba antirreglamentariamente, el conductor del vehículo que circulaba correctamente a consecuencia del accidente sufre lesiones y fallece en el hospital por un infarto. La Audiencia Provincial dicta sentencia condenando al conductor que adelanto erróneamente como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave del art 142 CP. El TS falla en este sentido al considerar que no se rompe la relación de causalidad siendo por tanto, el infarto consecuencia del accidente de tráfico.

¹²⁷ SAP de Sevilla de 13 de mayo de 2010, SAP de Burgos de 24 de mayo de 2011.

¹²⁸ GÓMEZ RIVERO en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 88.

subsumirse en este tipo de delito, analizaremos tres posibilidades de interpretación¹²⁹:

➤ Aquellos supuestos de imprudencia que no son graves están incluidos en los menos graves que equivaldrían a la anterior falta de homicidio por imprudencia leve. Entonces la reforma sería simplemente terminológica, los casos que antes constituían una falta de homicidio imprudente ahora se subsumen en el delito de homicidio por imprudencia menos grave. Esta postura se basa en la interpretación literal del precepto, pero si analizamos el preámbulo de la LO 1/2015, nos encontramos con el deseo que expresa el legislador de reconducir las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve a la jurisdicción civil, partiendo de eso esta concepción de lo que abarca el art 142.2 CP sería errónea ya que la voluntad del legislador es clara y no es simplemente un cambio terminológico sino más bien una despenalización de estas figuras consideradas poco graves y por tanto no cree que deban penarse según el CP ya que este está reservado para aquellas conductas que revisten especial gravedad.

➤ La otra posibilidad interpretativa es aquella que mantiene que se debe entender esta imprudencia menos grave como una figura intermedia entre la imprudencia grave y la leve, es una tercera figura de nueva creación del legislador. Esta postura es acorde con el preámbulo de la ley citado anteriormente. Además hay un Circular 3/2015 del Ministerio Fiscal¹³⁰ que apoya esta postura, afirmando la existencia de 3 tipos de imprudencia, la grave, la menos grave y la leve reconducida al orden civil. Sin embargo debemos tener en cuenta que el preámbulo de la LO 1/2015 también esclarece que pueden sancionarse casos de imprudencia leve por la vía penal, en principio estos deberían quedar fuera del CP pero de este preámbulo se deriva que ciertos casos concretos que son los casos más graves de la imprudencia leve podrían estar incluidos en el art. 142.2 CP, al englobarse en lo que ahora el CP califica como imprudencia menos grave.

¹²⁹ GÓMEZ RIVERO/JAVATO MARTÍN en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 78-83.

¹³⁰ <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10306-circular-3-2015-de-la-fiscalia-general-del-estado-por-la-que-se-establecen-criterios-en-relacion-con-el-regimen-transitorio-establecido-por-la-reforma-del-codigo-penal/> consultada el 20 de junio.

➤ Otra visión de este conflicto considera que el legislador lo que realmente está haciendo es volver a la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del CP en la que se distinguía entre tres tipos de imprudencia:

1. La imprudencia temeraria: regulada en el art. 565 LO 3/1989, que actualmente correspondería a la imprudencia grave del art. 142.1 CP. La definición de esta sería entonces la ausencia absoluta de las normas de cuidado con un resultado de fácil pronóstico que produce una infracción grave del deber objetivo de cuidado.

2. La imprudencia simple con infracción de reglamentos: recogida en el art. 586 LO 3/1989, correspondería a la imprudencia menos grave, se subsumirían aquí las infracciones de los deberes normales de cuidado, siendo una infracción de poca trascendencia. Una modificación que vulnera normas o reglamentos. Este criterio es poco esclarecedor porque en la generalidad de los casos se produce infracción de normas.

3. La imprudencia simple sin infracción de reglamentos: 586 bis y 600 LO 3/1989, correspondería con la imprudencia leve del orden civil. Se trata de una omisión del deber de cuidado respecto de factores circunstanciales con muy pequeño alcance y además que no infringen normas ni reglamentos.

Para diferenciar la imprudencia grave de la menos grave hay que tener en cuenta el grado de inadvertencia de ese deber de cuidado, el grado de previsibilidad del resultado y el tipo de infracción.

Desde un punto de vista procesal hay que señalar que para que pueda ser castigada la imprudencia menos grave es necesario que o bien el agraviado o bien su representante legal lo denuncien. Aunque en esta nueva reforma no se diga nada del Ministerio Fiscal la Disposición Final 2º apartado dos de la LO 1/2015 modifica el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirmando que en los delitos en los que solo cabe su persecución mediante previa denuncia también puede denunciar el Ministerio Fiscal si el agraviado es un menor de dieciocho años, un discapacitado necesitado de especial protección sin necesidad de que tenga limitada su capacidad de obrar judicialmente, o si se trata de una persona desvalida que no pueda realizar dicha denuncia por sí misma como por ejemplo una persona hospitalizada en estado de coma.

iii. PERDÓN DEL OFENDIDO¹³¹

Según el art. 130.1.5º CP la responsabilidad criminal se extingue por el perdón del agraviado en los delitos leves perseguibles a instancia del agraviado como es este o cuando la ley específicamente así lo prevea. La jurisprudencia menor mayoritaria entiende el perdón en sentido amplio cuando los ofendidos renuncian a las acciones civiles y penales.

El perdón se exige que sea expreso, no cabe el perdón tácito y como añadido se exige también que se preste con anterioridad a que se dicte la sentencia.

El juez o tribunal puede rechazar ese perdón y continuar el enjuiciamiento cuando se trate de delitos leves contra menores o personas discapacitadas que necesitan de una protección especial.

iv. ABOLICIÓN DEL ARTÍCULO 621.2 CP, FALTA DE HOMICIDIO IMPRUDENTE, COMO CONSECUENCIA DE LA REFORMA DE 2015

Antes de la reforma operada en 2015 el homicidio por imprudencia leve era constitutivo de falta del art. 621.2 CP¹³². Se sancionaba con una pena de multa de uno a dos meses a quien causare la muerte de otra persona mediando imprudencia leve. Por tanto para poder penarlo como falta y no como delito de homicidio debía tratarse de una imprudencia leve que supusiera una infracción leve de las normas de cuidado, se trata de una infracción que no hubiera cometido una persona extremadamente observadora pero sí una persona con un cuidado medio suponiendo esto un incumplimiento poco relevante de las normas de cuidado elementales o la violación de precauciones que no son básicas. También se podía subsumir en este artículo cuando había mucha desproporción estadística entre la conducta realizada y el resultado producido. Hay que tener en cuenta a la hora de valorar esas normas de cuidado que al tratarse de la vida

¹³¹ GÓMEZ RIVERO / JAVATO MARTÍN en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, tomo II, los delitos contra las personas, artículos 138-233, 2015, 69-94.

¹³² Artículo 621.2 CP DE 1995: “Los que por imprudencia leve causaran la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”

humana que es un bien jurídico de gran importancia se incrementa ese deber de cuidado.

En estos casos su perseguibilidad quedaba condicionada como indicaba el art. 621.6º CP a que este hecho fuera denunciado por el agraviado o por su representante legal. Esto resulta una cuestión discutida ya que si estás muerto no vas a poder denunciar y el representante deja de serlo al producirse la muerte de su representado. Este precepto no mencionaba a los herederos de la persona fallecida pero se entiende que en realidad el legislador se estaba refiriendo a ellos al decir “representantes”. También había muchos problemas cuándo era el propio heredero el que ejecutaba el hecho delictivo¹³³.

En este epígrafe referido a la anterior falta de homicidio por imprudencia leve debemos hacer una mención a la disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015 que nos indica qué régimen se aplicará de manera transitoria a varias situaciones:

- Los procedimientos por faltas iniciados antes de la reforma, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, respecto de hechos que ahora están despenalizados o necesitan denuncia previa y no tengan aparejada responsabilidad civil se archivarán si el MF da el su conformidad.
- El mismo caso de antes pero si llevan aparejada responsabilidad civil, continua el proceso pero solo se pronunciará respecto de esa responsabilidad civil y de las costas.
- Los juicios iniciados antes de la reforma respecto de hechos que ahora se consideran delitos leves seguirán el procedimiento anterior referente a las faltas aunque también pueden ser archivados por motivos de oportunidad Disposición transitoria primera.

Con la reforma del año 2015 las faltas desaparecen y con ellas este artículo 621.2 CP. No explicaré aquí como se sanciona actualmente ya que eso fue

¹³³ GÓNZALEZ RUS, en: MORILLAS CUEVA, Sistema especial de Derecho Penal español parte especial, 2011, 26.

tratado en el apartado anterior, por lo que simplemente hago una remisión al mismo.

d. HOMICIDIO POR PETICIÓN ARTÍCULO 143.3 CP

El art. 143.3 CP recoge el homicidio por petición, castigando al que coopere en el suicidio de otra persona cuando la cooperación llega hasta el punto de ejecutar la muerte. La sanción es la pena de prisión de seis a diez años. Para que haya homicidio por petición se exige que medie una petición del suicida de que se le cause la muerte sin que sea suficiente con un simple consentimiento, además esta petición deber ser expresa, seria e inequívoca no pudiendo tratarse de una petición tácita. Esta figura precisa la concurrencia de dolo, no siendo típica la comisión imprudente. Tampoco son punibles los actos preparatorios ya que no se tipifican expresamente ni la conspiración, ni la proposición, ni la provocación. Por el contrario, la tentativa si es posible en los delitos del art. 143CP. El problema que se plantea en estos casos es ver si estamos ante un homicidio consentido o ante una participación ejecutiva al suicidio. Este precepto suscita muchos problemas interpretativos, cita la palabra cooperación lo que nos lleva a relacionarlo con la participación y con el art.143.2CP, en ese caso el autor de la muerte es la persona que desea esa muerte y el cooperador ejecutivo sería participe de esa muerte. También podría entenderse que el art. 143.3 CP es una modalidad agravada del art. 143.2CP, castigando el primero la cooperación necesaria al suicidio mediante actos ejecutivos, sancionando el segundo la cooperación necesaria al suicidio, y quedando el homicidio consentido incluido en el art. 138CP pero excluido del delito de asesinato debido al consentimiento prestado por la víctima. En cambio otra posible interpretación de este precepto nos llevaría a afirmar que la cooperación ejecutiva no aparece como forma de participación en los arts. 28 y 29 CP, aunque no sería correcto sostener que porque no aparece en esos artículos no existe. A pesar del tenor literal del art. 143.3 CP y las dudas interpretativas que se suscitan mayoritariamente se acepta que este precepto incluye tanto el homicidio a petición de la víctima como la cooperación ejecutiva al suicidio siempre y cuando no concurren características propias de la eutanasia recogida en el art.

143.4 CP¹³⁴. Se discute también si cabe cooperación omisiva al suicidio, existiendo diversas opiniones, algunos defienden que no cabe la comisión por omisión¹³⁵, otros por el contrario si consideran posible este figura¹³⁶.

EL DELITO DE ASESINATO

14.EL DELITO DE ASESINATO

El delito de asesinato está recogido en el art. 139CP. Consiste en causar la muerte de una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: alevosía, precio, recompensa o promesa, ensañamiento, facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra.

La mayor gravedad del asesinato respecto del homicidio se fundamenta en las circunstancias que lo cualifican atendiendo tanto a una fundamentación objetiva como a una subjetiva. El injusto superior en el caso de la alevosía y el precio es la mayor peligrosidad de la conducta, concretamente en la alevosía el mayor desvalor de la acción, en el supuesto del ensañamiento el fundamento es el incremento del daño que se produce en la víctima, daños causados de manera innecesaria y en el caso de que la finalidad de esa muerte sea la de facilitar u ocultar la ejecución de otro delito el fundamento es la combinación de esas razones. Subjetivamente se fundamentaría el ensañamiento en el mayor desprecio del bien jurídico protegido, el fundamento subjetivo de la alevosía es

¹³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (Aut.)/BARBER BURUSCO (Aut.), Revista Nuevo Foro Penal, 2012, 115-146.

¹³⁵ GÓNZALEZ RUS en: MORILLAS CUEVA, Sistema especial de Derecho Penal Español parte especial, 2011, 47-48,

¹³⁶ En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, este autor considera que la omisión debe equivaler a la comisión positiva cuando es la omisión la que crea o aumenta el riesgo sobre el bien jurídico. En la participación por omisión debe haber un favorecimiento, a la comisión del hecho por el autor. No suele darse la cooperación por omisión al suicidio ya que para que esta sea punible debe tratarse de una cooperación necesaria.

la actitud cobarde del que ejecuta el hecho y el fundamento del precio la mayor reprochabilidad de matar a una persona a cambio del mismo¹³⁷.

Respecto a si el homicidio y el asesinato son delitos autónomos o si por el contrario el asesinato se trata de una modalidad agravada del homicidio, a lo largo del tiempo se ha ido cambiando de posición pero es un frente de discusión aún abierto que enfrenta a los que están a favor de una u de otra postura. No me referiré a esta cuestión ya que fue tratada en la parte del homicidio concretamente en el epígrafe titulado “regulación antes de la reforma del 2015”.

El delito de asesinato está muy conectado con el de homicidio, ambos contienen muchos elementos comunes que ya fueron expuestos en el análisis del homicidio al que me remito. Aquellas cuestiones en las que se identifican son en el sujeto activo, en el sujeto pasivo, en la conducta típica que es igual que la del homicidio resaltando que en la conducta típica es necesaria la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 139 CP. En relación al dolo lo que difiere el dolo del asesinato respecto al dolo del delito de homicidio es que el dolo del delito de asesinato es imprescindible que abarque tanto el conocimiento como la voluntad de la acción, del resultado, de la relación de causalidad y la concurrencia de alguna de las circunstancias específicas de este delito contenidas en el art 139.1 CP. Por tanto el sujeto activo no solo debe producir la muerte de otro sino que además debe querer causarla por una de las formas recogidas en el art 139.1 CP¹³⁸. Como hay indicado la jurisprudencia se admite el dolo eventual en el asesinato, pero distingue el dolo de matar y el dolo referente a las circunstancias del art 139¹³⁹.

¹³⁷ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS (Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 37-38.

¹³⁸ GOYENA HUERTA en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, los delitos contra las personas, artículos 139, 2015, 56. En su opinión se da un especial problema de prueba referido a la causa cuarta del art. 139 CP, el dolo solo debe abarcar la facilitación o encubrimiento del otro delito pero es muy complicado probar que el sujeto activo tenía ese propósito y que no se trate por tanto de dos delitos separados.

¹³⁹ STS 3 junio de 2002.

En relación con la comunicabilidad de las circunstancias regulada en el art. 65.1 CP es también de aplicación a este delito de asesinato y nos dice que las circunstancias agravantes o atenuantes personales solo influyen en la responsabilidad de aquellas personas en las que concurren, lo que significa que si en la ejecución del delito ha intervenido más de una persona solo se van a aplicar las circunstancias atenuantes o agravantes a la persona en la que concurren y no a las demás personas que participaron en la ejecución. Por ejemplo, si uno de los partícipes ejecuta el hecho concurriendo un agravante del art. 22.8° CP, es decir, que esa persona sea reincidente, esa agravante se le aplicará solo a él y no al resto si en ellos no concurre tal circunstancia. El art. 65.2 CP recoge que las circunstancias agravantes o atenuantes referidas a la ejecución del hecho afectarán a la responsabilidad del sujeto activo que haya tenido conocimiento de las mismas en el momento de la acción o de la cooperación, por ejemplo, si sabes que concurre precio, recompensa o promesa o alevosía. El partícipe debe tener conocimiento y voluntad. Por el contrario es pertinente resaltar que la regla tercera del art. 65 CP no es de aplicación al ensañamiento¹⁴⁰. El art. 65.3CP trata de resolver la participación de terceras personas en delitos especiales: unidad de título de imputación, señalando que cuando en el inductor o el cooperador necesario no concurren las cualidades personales que fundamentan la culpabilidad del autor se les puede imponer la pena inferior en grado a la prevista para esa infracción.

Los actos preparatorios en el delito de asesinato son punibles como nos indica el art. 141 CP.

Una discusión que se ha planteado es si cabe o no asesinato mediante dolo eventual. Podemos afirmar que cabe la comisión de este delito mediante dolo eventual¹⁴¹, aunque en este aspecto la doctrina no se ha puesto de acuerdo, la

¹⁴⁰ ALONSO ÁLAMO, El ensañamiento, 2015, 139-140.

¹⁴¹ ALONSO ÁLAMO, El ensañamiento, 2015, 129. Respecto a esta cuestión de si cabe o no dolo eventual en el asesinato, la postura particular de ALONSO ÁLAMO es contraria a la arriba mencionada ya que esta autora considera que no cabe dolo eventual respecto del ensañamiento. Considera incompatible el dolo eventual con el dolo necesario para apreciar asesinato en vez de homicidio.

jurisprudencia del TS si opta por admitirla¹⁴². A *priori* parece que se exige un dolo directo, es decir, que el agente conozca que esa forma de llevar a cabo el delito tiene como objetivo asegurar la ejecución y eliminar los riesgos que pudieran derivarse para el autor. En cambio se puede admitir la posibilidad de comisión con dolo eventual, si hay dolo directo respecto de la circunstancia constitutiva de asesinato (alevosía, ensañamiento...) y dolo eventual respecto del resultado muerte. Por tanto cabría en el caso en el que el sujeto activo actuara sin intención directa de matar a la víctima pero aceptando que cabe la posibilidad de que esto se produzca pero que tenga conciencia y voluntad, es decir, que actué con dolo directo de emplear para su ejecución ese modo o forma concreto¹⁴³.

15.REGULACIÓN Y ANÁLISIS ANTERIOR Y POSTERIOR A LA REFORMA

En el Código Penal español el delito de asesinato se alberga en el art. 139 de dicho código. Refiriéndonos brevemente al anterior CP el del año 1995, con su aprobación se redujo el campo de aplicación del delito de asesinato en relación con el CP vigente anteriormente al de 1995, desaparecieron algunos requisitos que caracterizaban el asesinato, los que fueron suprimidos son la premeditación y la ejecución del hecho a través de inundación, incendio, veneno o algún tipo de explosivo pero aunque se suprimieran como tal siguen siendo constitutivos del asesinato ya que quedan englobados por la alevosía. Sin embargo se mantuvieron otras circunstancias del asesinato como la alevosía, el ensañamiento, el precio, recompensa o promesa.

Este delito de asesinato ha sido afectado por la reforma operada por la LO 1/2015, reforma que amplía el campo de aplicación de este delito respecto a lo que abarcaba el mismo en los CP anteriores al de 2015. La reforma mantiene las tres circunstancias características del asesinato que se recogían en el ley del 1995 que son la alevosía, el ensañamiento y el precio, recompensa o promesa pero adiciona dos circunstancias nuevas que hasta ese momento no existían y

¹⁴² STS 460/2000 de 14 de mayo.

¹⁴³ ARIAS EIBE, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, 6.

que también van a dar lugar a la aplicación de este delito, son las siguientes: facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra otro tipo penal realizado, más adelante las analizaré más exhaustivamente.

La reforma del 2015 no solo añade esas dos nuevas modalidades de asesinato sino que también introduce aparentemente modificaciones a lo establecido anteriormente, agravando la sanción prevista para este delito, actualmente le otorga una pena de prisión de quince a veinticinco años, anteriormente se castigaba con pena de prisión de quince a veinte años. Aunque realmente este cambio no es tal, se limita a ser un cambio de redacción ya que en la práctica la pena que se va a imponer es igual a la que se imponía con el CP 1995. Antes de la reforma la pena que se imponía era de quince a veinte años de prisión y si concurría más de una circunstancia del art. 139 CP de veinte a veinticinco años, ahora la pena es de quince a veinticinco años y si concurre más de una circunstancia se impone la pena en su mitad superior, es decir, prisión de veinte a veinticinco años, por lo que se entiende que con la regulación actual si solo concurre una circunstancia la pena aplicable será de quince a veinte años y si concurre más de una será de veinte a veinticinco años, por tanto la sanción actual que se impondrá para esos supuestos será la misma a la que se imponía en virtud del CP anterior.

Pero esto no es todo ya que se crea un nuevo apartado del art. 139, el 139.2 CP que reconoce la pena de prisión en su mitad superior, es decir, de veinte a veinticinco años, si concurren más de una de las circunstancias recogidas en el primer apartado de este mismo artículo 139 CP. Por tanto este artículo recoge una modalidad agravada de asesinato imponiéndole una sanción superior. No cabe arbitrio judicial respecto a su posible aplicación, es de aplicación preceptiva, el arbitrio jugaría dentro de ese baremo de pena y cabe la posibilidad de aplicar una pena inferior a la prevista en este artículo si concurren atenuantes o eximentes de la responsabilidad penal.

Debemos hacer mención al nuevo art. 140 CP introducido también en el 2015, artículo que crea otro tipo agravado de asesinato acompañando al mismo de una pena de reciente creación, la prisión permanente revisable. Hay varias causas que justificarán la aplicación de la pena de prisión permanente revisable del art. 140 CP: víctima menor de dieciséis años o persona especialmente vulnerable por

su edad, enfermedad o discapacidad (art.140.1.1º CP), que el hecho sea subsiguiente de un delito contra la libertad sexual (art.140.1.2º CP) o que sea cometida por una persona integrante de un grupo u organización criminal (140.1.3º CP) o cuando es condenado por la muerte de dos o más personas (art.140.2 CP). Estas circunstancias ya fueron analizadas anteriormente, me remito a lo explicado en el delito de homicidio, la única anotación que haré aquí en relación con esta circunstancia es que se podría vulnerar el principio del *non bis in idem*, por lo que es necesario que no se genere indefensión, puede haber confusión entre el asesinato alevoso por indefensión de la víctima y el tratado en este art. 140.1.1º CP¹⁴⁴.

16.LA NUEVA PENA DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

La prisión permanente revisable es introducida por la LO 1/2015, no existía en los CP anteriores al del 2015. Esta figura prevé que las penas puedan ser revisables una vez que se haya cumplido una parte relevante de la condena, entre veinticinco años y treinta y cinco años y si se acredita la reinserción del penado este podrá obtener la libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias como la no comisión de nuevos delitos. Esta medida tiene su fundamento en el art. 25.2 CE que narra que la finalidad de las penas es la reinserción y la reeducación social de los delincuentes. Con esta medida no se está renunciando a la reinserción del penado ya que se hará una revisión periódica de su situación personal. Se ha discutido acerca de la legalidad de esta prisión permanente revisable, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la considera compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos, diferenciando entre la prisión perpetua ineludible que es contraria a el Convenio y la prisión permanente revisable que si permite la excarcelación por lo que no vulnera dicho Convenio¹⁴⁵.

Los jueces serán los que decidan si debe continuar ejecutándose esa pena de prisión interpuesta o si, por el contrario, el preso debe ser puesto en libertad.

¹⁴⁴ GOYENA HUERTA en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, tomo II, los delitos contra las personas, artículos 140, 2015, 61-64.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ ROBERT, Revista de la Universidad de Murcia, Anales de derecho, 2016, 3-5.

Esta revisión que se lleva a cabo por el juez de manera periódica será realizada cada dos años¹⁴⁶.

La prisión permanente revisable viene recogida en el art. 33.2 a) CP, artículo que clasifica las penas en graves, menos graves y leves, incluyendo la prisión permanente revisable dentro de las penas graves. También el art. 35 CP hace referencia a esta pena citándola como una pena privativa de libertad junto con la prisión, la localización permanente y la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa.

Se debe tener en cuenta que esta pena no puede ser impuesta para cualquier delito sino solo para supuestos de especial gravedad, siendo estos un catálogo cerrado, como el asesinato del art. 140 CP, la muerte del Rey o del heredero art. 485 CP, la muerte por atentado terrorista art. 573 bis 1.1º CP, la muerte de un jefe de estado extranjero o persona internacionalmente protegida por tratado art.605.1 CP, delito de genocidio art. 607 CP y crímenes de lesa humanidad art. 607 bis 2.1º CP.

La creación de esta nueva pena privativa de libertad hizo necesario la modificación de la normativa penitenciaria para establecer cómo debe ser cumplida la misma¹⁴⁷.

Respecto a la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, hay que hacer mención del art. 36 CP que contiene lo referente a la revisión de la pena de prisión permanente revisable para la concesión del tercer grado. El art. 36.1 CP dispone que la revisión se hará conforme al art. 92CP, debe ser autorizada por el tribunal previo diagnóstico favorable de reinserción social oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, no podrá efectuarse hasta que se cumplan veinte años si ha sido condenado por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II o hasta el cumplimiento de quince años en el resto de casos. El

¹⁴⁶ <http://www.abogacia.es/2015/03/27/el-congreso-aprueba-la-reforma-penal-que-endurece-penas-e-introduce-la-prision-permanente-revisable/> visitada el 10 de junio de 2016.

¹⁴⁷ http://www.elderecho.com/tribuna/penal/prision-permanente-revisable-Codigo-penal_11_832930001.html visitada el día 10 de junio del 2016.

penado no puede disfrutar de permisos de salida hasta que no cumpla doce años de prisión en el primer caso u ocho años en el segundo. El apartado segundo de este mismo precepto regula el periodo de seguridad o tiempo de cumplimiento de la pena de prisión que debe transcurrir para poder obtener el tercer grado, en el supuesto del art 140.1º CP será de quince años. Para su concesión se exige el cumplimiento de unos requisitos tanto objetivos como subjetivos. Pero al margen de esos requisitos hay una pequeña excepción contemplada en el art. 36.3 CP que merece una pequeña mención y que recoge una situación especial en la que se puede conceder, el juez de vigilancia penitenciaria puede acordar previo informe del Ministerio Fiscal, de Instituciones Penitenciarias y las demás partes la concesión del tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal cuando el preso sea un enfermo grave con padecimientos incurables o cuando se trate de septuagenarios, siempre teniendo en cuenta la peligrosidad de la persona en cuestión. Respecto de los permisos de salida también se agravan los requisitos necesarios para poder obtenerlos en relación con la pena de prisión. El art. 90 CP indica los requisitos para poder acceder a la suspensión de la ejecución, la suspensión tendrá una duración de cinco a diez años.

17.EL ASESINATO CON ALEVOSÍA

El asesinato con alevosía es una modalidad de comisión del asesinato recogido en el art. 139.1.1º CP. Se entiende por alevosía la definición recogida en el Libro Primero, Título Primero, Capítulo IV, art 22.1CP, artículo que define la alevosía como una agravante genérica, pero que podemos utilizar esta definición también para el caso de la alevosía constitutiva de un asesinato. Se considera que hay alevosía cuando el culpable comete cualquier delito 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. Apreciaríamos alevosía en los ataques a traición, como por ejemplo cuando la víctima no ve venir el ataque porque le golpean o disparan por la espalda, también se apreciaría en el caso de que se cree o aproveche una situación de indefensión¹⁴⁸.

¹⁴⁸ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS (Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 39.

Encontramos el fundamento de esta agravante en la mayor peligrosidad objetiva que entrañan estos ataques contra la vida humana independiente en relación con el delito de homicidio. La alevosía es una circunstancia mixta, que está integrada por un aspecto objetivo, es decir, por los medios o formas empleados en la ejecución del delito y un aspecto subjetivo, este es la indefensión del sujeto pasivo.

A parte de esos aspectos citados anteriormente podemos distinguir varios elementos integrantes de la alevosía¹⁴⁹:

- El elemento normativo: el elemento normativo de la alevosía es que debe estar unida necesariamente a un delito contra las personas, en nuestro caso al delito de asesinato ya que estamos analizando la alevosía constitutiva de un asesinato.
- El elemento ejecutivo: consiste en los modos, medios y formas a los que se refiere el art. 139 CP.
- El elemento instrumental: consistente en que la conducta del sujeto activo debe ir dirigida a asegurar el resultado sin riesgo para su persona. Se incluyen aquí los diferentes tipos de alevosía que analizaré a continuación.
- El elemento culpabilístico: es el ánimo de conseguir el resultado sin que la víctima tenga ninguna posibilidad de defenderse de su agresor.

La jurisprudencia entiende que la naturaleza súbdita del ataque que anula cualquier tipo de defensa por parte del sujeto pasivo constituye el *modus operandi* de la alevosía, aceptando que también concurre cuando se trata de personas indefensas, personas en situación de inferioridad así como si esa indefensión es causada por el propio agente¹⁵⁰. Para poder apreciar la alevosía debe darse el *modus operandi*, no se podrá apreciar cuando haya una agresión o una defensa de suficiente entidad por parte del ofendido.

¹⁴⁹ <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/alevosia.html> consultada el 8 de junio de 2016.

¹⁵⁰ STS 1759/1999, de 15 de marzo de 1999.

La esencia de la alevosía es, por tanto, actuar sobre seguro, sin riesgo para la persona proviniendo tal riesgo del ofendido, asegurándose el sujeto activo de esta forma la ejecución del delito.

El Tribunal Supremo ha realizado su propia definición de alevosía que está recogida en alguna de sus sentencias. Partiendo del concepto de alevosía recogido en la sentencia de 4 julio de 2005 del Tribunal Supremo, se trata de una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo. En estos hechos existe una mayor culpabilidad y peligrosidad, de este modo de actuar se deriva un ánimo perverso, cobarde y traicionero y también una mayor antijuridicidad, se entienden más graves estos comportamientos alevosos ya que no hay ningún tipo de riesgo para la persona que delinque¹⁵¹.

En la práctica surgen problemas a la hora de distinguir la alevosía del abuso de superioridad. La alevosía conecta con la agravante de abuso de superioridad en la disminución de las posibilidades de defensa de la víctima. El Tribunal Supremo entiende en los casos de muerte de seres indefensos y desvalidos como pueden ser niños, bebés, ancianos, discapacitados o personas inconscientes, que se debe apreciar alevosía constitutiva de un delito de asesinato. Pero en estos casos es necesario que además de tratarse de estas personas indefensas también tengan impedida la huida o defensa, porque en caso contrario no cabría aplicar alevosía. Esa jurisprudencia asentada por el Tribunal Supremo podría vulnerar el principio de legalidad, bien es cierto que matar a este tipo de personas es una acción gravísima por la especial vulnerabilidad de las mismas, cabría subsumirlo en el homicidio agravado del art 138.2 CP en relación con el art. 140.1.1º CP, que se trata de un homicidio agravado cuando la víctima esta sea menor de dieciséis años o especialmente vulnerable. Por tanto, a modo de ejemplificación con la regulación actual se calificaran los hechos como asesinato con alevosía cuando se trate de una de estas personas y además no tengan ninguna posibilidad

¹⁵¹ Sentencia 879/2005 del TS, Sala 2º de lo penal, 4 de julio de 2005. Por ejemplo, ejecutar varios disparos dirigidos contra tres personas causando la muerte de dos de ellas y lesiones graves a la tercera, es constitutivo de delito de asesinato con alevosía, uno de ellos en grado de tentativa y los otros dos consumados.

de defensa, en cambio los hechos serán constitutivos de un delito de homicidio del art. 138.2 a. CP en el caso de que se reduzcan las posibilidades de defensa pero no se extingan por completo. Antes de la reforma había también dos posibilidades de sancionar estas conductas cuando se trataba de personas menores de dieciséis años, aplicar el delito de homicidio del art. 138 CP más agravante de abuso de superioridad del art. 22.2º CP cuando se trataba de menores o personas vulnerables pero que tenían posibilidad de defensa aunque disminuida o castigarlo como un asesinato del art. 139 CP, cuando no existía esa posibilidad de defensa, por ejemplo si la víctima era un bebe.

No cabe apreciar la alevosía en el caso de que el sujeto pasivo tenga conocimientos de ese ataque porque, por ejemplo, haya sido amenazado o advertido o se trate de una riña consentida o algún tipo de pelea de la que se puede esperar que se atente contra su integridad física. Pero sí cabría su apreciación cuando esa pelea ya ha acabado y el hecho se produce tiempo después ya que la víctima no contaba con ese nuevo ataque y, por tanto, sí se dan los requisitos de la alevosía. Puede darse el caso de la alevosía sobrevenida, cuando en un principio sea un ataque homicida pero a lo largo de la ejecución del hecho se presente el elemento de la indefensión, elemento que no concurre en un principio pero si durante la progresión del ataque. En relación con este cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo manifestando que para poder aplicarse el delito de asesinato debe producirse una interrupción en la comisión del hecho, y que en ese segundo momento se produzca la indefensión diferente a la inicial, una indefensión que anule cualquier posibilidad de defensa por parte del ofendido, por ejemplo cuando primero se le golpea en la cabeza y una vez aturdida la víctima el agente decide atar y estrangular a la víctima¹⁵². Por tanto, se trataría de series delictivas plurales pero temporalmente inmediatas, en las que se produce una interrupción temporal entre la acción inicial no alevosa y la segunda acción que sí presenta alevosía, en esta segunda acción es cuando el autor se aprovecha de la situación de indefensión que presenta el ofendido. Para poder apreciar alevosía sobrevenida es necesario que concurren dos acciones, si

¹⁵² FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 40. STS 243/2004.

solo concurriera una no se daría este tipo de alevosía. Y también es necesario ese nexo temporal porque si no se da el nexo temporal estaríamos ante un concurso de delitos el primero un homicidio en grado de tentativa y el segundo un asesinato consumado¹⁵³.

Para poder apreciar este delito no es válido solo que el sujeto activo crea que los medios empleados son idóneos para asegurar la ejecución sin riesgo para su persona sino que se necesita que lo sean objetivamente.

Relacionando la alevosía con la comisión por omisión vemos que no cabe tal posibilidad ya que la alevosía requiere acción por lo que no es posible la comisión por omisión, ni la omisión pura¹⁵⁴.

La alevosía permite hacer una clasificación de la misma distinguiendo varias circunstancias que son constitutivas de la misma¹⁵⁵:

- Alevosía proditoria: se produce esta modalidad de alevosía cuando la actuación de matar va precedida de una trampa, un acecho previo o una emboscada. Se incluyen aquí los supuestos en los que el autor utiliza estratagemas ocultando su ánimo hostil.
- Alevosía por sorpresa: en este tipo de alevosía el sujeto activo del delito actúa de manera súbita, instantánea e inesperada, ocultando hasta el último momento sus propósitos, con lo que está evitando la posibilidad de defensa por parte de la víctima. La víctima no ve venir el ataque por lo que no puede ni reaccionar ni eludir el golpe.
- Alevosía por desvalimiento, indefensión o prevalimiento: el agente aprovecha una situación de indefensión del ofendido, no provocada por él, mediante la cual se logra una ejecución segura y sin riesgos. Son ataques

¹⁵³ ARIAS EIBE, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, 16.

¹⁵⁴ https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf consultada el 2 de julio, CARRASCO ANDINO, Derecho Penal, parte especial, 6.

¹⁵⁵ GÓNZALEZ RUS en: MORILLAS CUEVA, Sistema especial de Derecho Penal español parte especial, 2011, 30-31. Clasificación de la alevosía hecha basándose en los pronunciamientos del TS sobre la misma.

que tienen lugar de una forma especialmente ruin, por ejemplo, cuando la víctima está dormida o borracha¹⁵⁶.

- **Alevosía convivencial:** esta alevosía está basada en la relación de confianza que generan las situaciones de convivencia, de una situación de convivencia se deriva una actitud despreocupada la víctima ante un posible ataque. Se trata de una alevosía doméstica. El ataque es imprevisible y lo protagoniza la persona que convive con la víctima. Es un nuevo tipo de alevosía de creación jurisprudencial, los tribunales suelen apreciarla cuando el asesinato tiene lugar en el ámbito doméstico¹⁵⁷.

La alevosía puede dar problemas cuando viene unida a una posible causa de justificación. En la STS de 20 de abril de 1991 surgió una nueva forma de ver la alevosía relacionándola con la defraudación de una confianza especial como elemento central de la alevosía¹⁵⁸.

¹⁵⁶ STS 1613/2001 DE TS, Sala 2º de lo Penal, 17 de Septiembre de 2001, delito de asesinato con alevosía y ensañamiento y agravante de parentesco. Sobre las ocho de la mañana Federico con intención de acabar con la vida de Gema la golpeó en la cabeza produciéndola hasta 17 heridas craneoencefálicas y posteriormente la estranguló causándole con ello la muerte. Gema no tenía ninguna posibilidad de defensa y esto fue aprovechado por Federico para matarla sin el riesgo que pudiera derivarse para su persona, por lo que se entiende la concurrencia de alevosía por desvalimiento, prevalimiento o indefensión. También se aprecia ensañamiento debido a la multitud de golpes que le profirió que no eran necesarios para causarle la muerte sino simplemente para aumentar deliberada e inhumanamente su dolor. Federico y Gema mantenían una relación de afectividad. Se condena al acusado a una pena de veintidós años y seis meses de prisión.

¹⁵⁷ GOYENA HUERTA en: GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, tomo II, los delitos contra las personas, artículos 139, 2015, 53. Alguna de las sentencias en las que se ha apreciado este tipo de alevosía convivencial son STS 122/2015 de 22 de marzo, STS 527/2012 de 20 de junio, STS 16/2012 de 20 de enero.

¹⁵⁸ PEÑARANDA RAMOS, Estudios sobre el delito de asesinato, 2014, 23-26. Esta sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia en la que castiga al sujeto como autor de un delito de asesinato con alevosía con la atenuante de arrebató u obcecación. Los hechos producidos fueron los siguientes: el sujeto activo era propietario de un establecimiento de venta de productos y había instalado una alarma que le avisaba en su domicilio en caso de que alguien entrara en el establecimiento. Una noche sonó esta alarma y el autor se dirigió apresuradamente a la tienda con una escopeta y disparó al ladrón cuando este estaba saliendo de la tienda. No consideró el TS que se pudiera apreciar legítima

El TS también ha apreciado asesinato con alevosía en casos de violencia de género cuando después de largos periodos de tiempo en los que el marido maltrataba a la mujer física y verbalmente e incluso llegaba a amenazarla de muerte, esta un día decidía acabar con la vida de su marido, pero en estos casos suele apreciar a su vez eximente incompleta por la situación de miedo a la que estaba expuesta la mujer¹⁵⁹.

Relacionando la alevosía con el error, vemos que el error sobre los elementos objetivos de la alevosía ya sea vencible o invencible impide su apreciación y, por tanto, procede la aplicación del tipo básico, el homicidio. Por el contrario el error *in persona* va a carecer de relevancia. Si se trata de un error inverso no se aplicará¹⁶⁰.

Esta circunstancia de alevosía es compatible con la apreciación de atenuantes, agravantes o eximentes de la responsabilidad penal, es compatible con la enajenación mental incompleta pero se exige que en el momento de comisión de los hechos el sujeto activo tenga suficiente grado de consciencia y lucidez. El Tribunal Supremo ha realizado un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26 de mayo del año 2000, en el que asienta que es compatible la alevosía con la eximente incompleta de enajenación mental del art. 20.1 CP¹⁶¹. También es compatible con circunstancia atenuante de grave adicción del art. 21.2 CP ya que esa persona puede tener disminuida su capacidad intelectual pero mantiene la capacidad de deliberación y reflexión. Respecto del agravante de disfraz recogido en el art. 22.2 CP es compatible y a su vez incompatible dependiendo de la finalidad del disfraz. Así, si su objetivo es que con ese disfraz no se le

defensa ya que considera demasiado desproporcionada esta acción, también tienen en cuenta a la hora de apreciar la atenuante que ya era la doceava vez que le robaban.

¹⁵⁹ STS 5064/1990 de 29 de junio de 1990. Mujer que dispara a su marido después de largos años de maltratos cuando este discutió fuertemente con ella amenazándola de muerte.

¹⁶⁰ ARIAS EIBE, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, 21.

¹⁶¹ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de mayo del año 2000.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 26 de mayo del año 2000, en su párrafo segundo “en los supuestos de aplicación de la medida de internamiento preventivo para los inimputables en el art 101.1 del CP el límite temporal de la medida viene establecido por la tipificación del hecho como si el sujeto fuere responsable, por lo que en los supuestos de alevosía el hecho ha de calificarse de asesinato”.

reconozca y así quede impune el delito sí es compatible, pero en el caso que simplemente sea para asegurar la ejecución entonces es incompatible porque se subsumiría en el propio concepto de alevosía. Respecto a su compatibilidad o no con la circunstancia del art. 22.6 CP de abuso de confianza, este consiste en aprovechar esa especial situación de confianza para llevar a cabo la acción de manera más fácil, se podría afirmar que entra dentro de la alevosía y que existe entre ambas circunstancias una conexión, por lo que se entendería el abuso de confianza subsumido en la alevosía cuando el sujeto actúa con alevosía basándose en la relación de confianza que tiene con la víctima; en cambio, si el sujeto no se ampara en ese abuso de confianza sí serían compatibles y se podrían aplicar ambas. El Tribunal Supremo tiende a inclinarse por la incompatibilidad de ambas¹⁶².

18. ASESINATO MEDIANTE PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA

Se trata de una modalidad de comisión del delito de asesinato recogida en el art. 139.1.2º. La conducta consiste en acabar con la vida de una persona a cambio de recibir algo: un precio, recompensa o promesa.

El fundamento de esta circunstancia lo encontramos en atención a una perspectiva objetiva, la especial peligrosidad que entraña debido a los conocimientos del autor o a su falta de relación con el sujeto pasivo y desde un punto de vista subjetivo se asienta en la mayor reprochabilidad de la conducta al recibir una retribución por ella.

Para poder apreciar esta circunstancia no es requisito esencial que se haya percibido la cosa objeto de contraprestación sino que simplemente se exige para su apreciación la esperanza de recibirla, es decir, es suficiente que el autor actúe motivado por una oferta proveniente de una tercera persona.

Respecto a si esta circunstancia se exige o no que sea de carácter económico o si por el contrario cabría que fuera de otra naturaleza diferente a la económica, se debe hacer un análisis amplio de estos términos, pero concurriendo en todo caso el fundamento material de esta circunstancia. Aunque se prefiere un

¹⁶² STS 3028/1990, de 31 de marzo de 1990.

contenido económico en ciertos casos sería posible admitirlo de igual forma aunque tenga una naturaleza distinta.

No se apreciará asesinato si el sujeto activo ya había decidido dar muerte a la víctima cuando le ofrecen hacerlo a cambio de algo, porque lo que le motiva a acabar con la vida de esa persona no es el precio, recompensa o promesa que posteriormente le ofrecen sino otros motivos que el ya había deliberado en su fuero interno.

Cabría una comisión por omisión del delito de asesinato con la circunstancia de precio.

Hay que hacer especial mención a la bilateralidad de esta circunstancia, ya que el autor del delito de asesinato por precio, recompensa o promesa actúa inducido por otro sujeto que es el que le hace el ofrecimiento, la problemática se encuentra en si al inductor se le debe imputar una inducción a un homicidio o a un asesinato. La jurisprudencia del Tribunal Supremo está muy dispersa en este aspecto aunque se inclina por la opción de castigar al inductor por un delito de homicidio y no de asesinato. Ya que el que actúa motivado por ese precio, recompensa o promesa es el sujeto que ejecuta la acción, al que sí se le debe castigar por un asesinato¹⁶³. Pero hay sentencias muy diferentes respecto de este aspecto, no creando por tanto un criterio uniforme que solucione el conflicto. En algunas sentencias se ha optado por resolver apreciando el carácter bilateral de esta circunstancia¹⁶⁴, en cambio en otras sentencias¹⁶⁵ el Tribunal Supremo ha

¹⁶³ STS 268/2012 Sala 2º 12 de marzo, en esta sentencia se castiga como inductor de un delito de asesinato a una persona que desde la cárcel se pone en contacto con un amigo para que busque a alguien que esté dispuesto a matar a su ex pareja a cambio de dinero, al amigo se le condena como cooperador necesario de un delito de asesinato y a Verónica que es la persona que acepta matar a cambio de 8.000€ se la castiga como autora de un delito de asesinato por precio concurriendo la agravante de disfraz y la atenuante de confesión y anomalía psíquica a 21 años de prisión.

¹⁶⁴ STS 143/1985 de 25 de abril de 1985, en esta sentencia del Tribunal Supremo se ha resuelto apoyándose en la bilateralidad de la circunstancia de precio, recompensa o promesa.

¹⁶⁵ STS 10086/1993 de 25 de enero de 1993, STS 649/1985 de 5 de noviembre de 1985 en estas el Tribunal Supremo al contrario de lo resultado en las sentencias citadas en la nota anterior ha resuelto no apreciando esa agravante al inductor en virtud del *non bis in idem*.

decidido no apreciar esta circunstancia a los inductores en aplicación del principio de *non bis in idem* , porque si se le apreciara también al inductor se estaría vulnerando este principio, ya que se estaría castigando dos veces la misma actuación, y este principio impide penar dos veces la misma conducta.

Para poder apreciar la circunstancia de precio, recompensa o promesa es necesario que la misma sea el motor de la acción criminal necesitando la concurrencia de lo siguiente¹⁶⁶:

- En cuanto a la actuación: se requiere el recibo o la promesa de esa recompensa para la persona que ejecute el hecho delictivo.
- En cuanto a la culpabilidad: que esto sea la causa motriz del delito mediante el *pactum sceleris*.
- En cuanto a la antijuridicidad: que ese precio, recompensa o promesa sea de suficiente entidad para ser rechazada por inmoral.

Susceptible de ser compatible con otras circunstancias del art. 139 CP y entonces se castiga en virtud del art. 140 CP.

19.EL ASESINATO CON ENSAÑAMIENTO

En base a un estudio histórico y al derecho comparado podemos sostener que tras la regulación del asesinato se encuentra la perversidad del autor, su especial maldad, crueldad o inhumanidad. Con el ensañamiento no se está desvalorando legislativamente la actitud interna de la persona que ejecuta el hecho, lo que se desvalora es la crueldad en la realización de la acción. La cólera, frialdad o arrebato, no son elementos constitutivos del ensañamiento sino que son elementos accidentales. Por el contrario, se considera elemento esencial los males innecesarios que se le causan deliberadamente e inhumanamente a la víctima. La crueldad estaba recogida en el CP de 1822 como circunstancia agravante y también como constitutiva del delito de asesinato.

¹⁶⁶ STS de la Sala 2, 268/2012 de 12 de marzo, referida al delito de asesinato y obstrucción a la justicia.

STS 268/2012 recurso de casación contra la sentencia 14/2011 de 23 de febrero de 2011 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra.

La inhumanidad es la actitud interna del sujeto respecto del hecho y el trato cruel que ha proferido a la víctima. Se entienden por inhumanos los sufrimientos innecesarios causados a la víctima. Puede definirse desde la postura del sujeto activo que consiste en la manera inhumana en la que ejecuta la acción o desde la postura del sujeto pasivo el cual es tratado como si no fuera una persona aumentando sus padecimientos de manera innecesaria¹⁶⁷. El ensañamiento atenta contra la integridad moral del sujeto pasivo.

Respecto a la naturaleza jurídica del ensañamiento a lo largo de la historia no se ha conseguido llegar a un consenso¹⁶⁸.

En nuestro CP el ensañamiento aparece en diferentes preceptos como el art. 22.5ª CP que lo integra dentro de las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal y consiste en aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, provocando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Se trata de hacer sufrir a la víctima más de lo que se considera propio de la causación de la muerte, atormentándola, martirizándola o torturándola¹⁶⁹.

El fundamento del ensañamiento esta en el plus de gravedad objetiva del hecho, su ejecución se lleva a cabo de una forma especialmente cruel, se trata de una negación del derecho a la vida y se atenta además contra la dignidad e integridad moral del sujeto pasivo del delito. También se fundamenta subjetivamente a la especial desvalorización de la actitud interna del sujeto y su

¹⁶⁷ ALONSO ÁLAMO, El ensañamiento, 2015, 39-61.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ DEVESA en: RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal español parte general, 18º edición, 1995, 726-737, considera que la naturaleza jurídica del ensañamiento es la mayor antijuridicidad de lleva aparejada.

ANTON ONECA, Derecho Penal, 1986, 394. Este autor por el contrario considera que el ensañamiento agrava la culpabilidad.

¹⁶⁹ GÓNZALEZ RUS en: MORILLAS CUEVA, Sistema especial de Derecho Penal Español parte especial, 2011, 33, esto es el conocido “lujo de males” de PACHECO.

mayor nivel de inmoralidad o crueldad¹⁷⁰. El ensañamiento también aparece en el precepto 139.3° CP, castigando a quien matare a otro con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. También se hace mención al mismo en el art. 148.2° CP que establece una pena de prisión superior a quien cause lesiones mediando ensañamiento. Por lo que aquí nos interesa nos referiremos al ensañamiento recogido en el art.139.1.3° CP en relación con el concepto dado en el art. 22.5° CP. Aunque ambas definiciones no coinciden exactamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la esencia es la misma, por tanto, son los mismos los elementos constitutivos del art 22.5 y del 139.1.3°. Se exige la concurrencia de dos elementos, uno objetivo que es el aumento innecesario del dolor o sufrimiento de la víctima y un elemento subjetivo que es la intención del autor.

Analizando el elemento objetivo, se entiende que no basta con la reiteración de golpes o heridas para poder apreciar ensañamiento. Además de ello es imprescindible que esa reiteración en los golpes cause dolor o sufrimiento a la víctima de manera innecesaria. Bien es cierto que el concepto de dolor es indeterminado y cada persona tiene una capacidad de percepción y aguante al mismo, por lo que en la práctica esto puede causar algún problema interpretativo. Es aceptado que el término dolor o sufrimiento abarca no solo el físico sino también el psíquico y el moral. De todo lo anterior se deriva que es necesario que la víctima experimente realmente dolor ya que solo se apreciará ensañamiento si esos golpes se profieren sobre un cuerpo vivo y consciente porque este es el único que puede experimentar dolor. El ensañamiento excluye los actos posteriores a la muerte porque esa persona de no estar viva no está experimentando ningún tipo de padecimiento con el ataque del agente (en el supuesto de asestar cincuenta puñaladas a una persona, si fallece con la primera no estaríamos ante un caso de ensañamiento ya que no se ha aumentado el dolor de la víctima porque esta ya ha fallecido con la primera puñalada). Por tanto, el ensañamiento sobre un cadáver no está dentro de lo subsumible como ensañamiento, solo en el CP de 1822 se entendía que sí era constitutivo del mismo, pero posteriormente ha seguido una línea legislativa totalmente contraria

¹⁷⁰ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS (Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4ª edición, 2015, 42.

a esta posibilidad. Con la legislación actual se apreciaría un delito de homicidio en concurso con un delito de profanación de cadáveres del art. 526 CP. También se exige como requisito esencial e imprescindible para poder apreciar esta circunstancia que se produzca durante la ejecución del hecho, ya sea en el inicio, en el transcurso o en un momento final. Si, por el contrario, se produjera antes o después de la ejecución se penaría como un delito de homicidio en concurso con un delito contra la integridad moral por ejemplo, dependerá de los hechos en concreto. Cabe la posibilidad que empiece siendo un homicidio pero acabe derivando en un asesinato porque se aprecia ese ensañamiento en una fase posterior a la inicial, es decir, en la progresión de la ejecución.

Respecto de los padecimientos innecesarios, se exige que la acción se haya llevado a cabo de una manera más dolorosa de lo que es necesario para causar ese resultado analizándolo de manera objetiva, ya que toda muerte violenta trae aparejado dolor, se necesita que haya un incremento importante del padecimiento de la víctima¹⁷¹. En los supuestos de agresiones continuadas cuando por ejemplo se asestan veinte puñaladas lo determinante no es el número de puñaladas sino si estas son o no necesarios para causar la muerte, si la primera tiene como resultado la causación de la muerte el resto no tienen por objeto asegurar la ejecución porque la misma ya tuvo lugar¹⁷².

Es posible la comisión por omisión, cuando la no realización de una conducta aumenta el padecimiento que sufre el sujeto pasivo, siempre y cuando la omisión se haga de manera deliberada e inhumana. Cabe el asesinato en comisión por omisión con ensañamiento activo cuando quien está en posición de garante no

¹⁷¹ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS (Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 42.

¹⁷² FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 43. Ejemplos de cuándo se ha apreciado asesinato con ensañamiento y cuándo no en relación con las agresiones reiteradas: sí se apreció en la STS 122/2015, el autor asestó 27 puñaladas a la víctima causándole dolor hasta que por último le clavó el cuchillo en el cuello; en cambio, en la STS 775/2005 no se apreció el ensañamiento en el caso de asestarle 23 puñaladas, ya que esta reiteración era para obtener el resultado muerte puesto que con las primeras puñaladas no se consiguió matar a la víctima.

evita el resultado muerte y además lleva a cabo acciones que aumentan el sufrimiento de la víctima¹⁷³.

Por lo que respecta al elemento subjetivo del asesinato con ensañamiento, hay que hacer mención a la deliberación, es decir, el sujeto representa en su mente ese aumento de dolor que posteriormente va a ejecutar. Ese dolor debe ser producido a propósito, debe tratarse de un acto reflexivo y dirigido a causar un padecimiento innecesario, hay que distinguirlo de la ira homicida, en esta el sujeto activo se desahoga sobre la víctima con la intención de acabar con ella lo antes posible pero no de causarle mayor dolor sino de matarla lo más rápido posible¹⁷⁴. La deliberación no debe confundirse con dolo, este se fundamenta en la voluntad y conocimiento de realizar los elementos del tipo.

Haré un breve referencia a las posibilidades de error con referencia al asesinato con ensañamiento¹⁷⁵:

- Error directo: situaciones en las que el sujeto activo por error se coloca en una situación en la que no hay correspondencia entre la realidad y su idea preconcebida. Cuando hay un error sobre una circunstancia agravante como el ensañamiento no se puede apreciar.
- Error sobre los presupuestos fácticos: el sujeto mata sin saber que con la manera en la que está ejecutando el hecho está causando sufrimientos innecesarios al sujeto pasivo. Excluye también como en el supuesto anterior la apreciación del asesinato.
- Error inverso: cuando el sujeto activo cree que concurre ensañamiento pero en realidad no lo hay. Esta situación se suele dar cuando el sujeto piensa que está aumentando ese dolor pero la víctima ya está muerta o inconsciente. No se ha conseguido llegar a un acuerdo sobre cómo resolver esto, hay posiciones doctrinales en ambos sentidos, así para unos procede apreciar un homicidio

¹⁷³ ALONSO ÁLAMO, El ensañamiento, 2015, 102-122.

¹⁷⁴ STS 1412/1999.

¹⁷⁵ ALONSO ÁLAMO, El ensañamiento, 2015, 133-135.

consumado en concurso ideal con el tipo agravado en grado de tentativa pero otro sector habría que aplicar el tipo básico de homicidio¹⁷⁶.

Cabe la apreciación del ensañamiento junto con una eximente o un atenuante de la responsabilidad penal por ejemplo, arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante art. 21.3º CP¹⁷⁷.

20. ASESINATO PARA FACILITAR LA COMISIÓN DE OTRO DELITO O PARA EVITAR QUE SE DESCUBRA

Esta nueva modalidad de asesinato ha sido incorporada por la LO 1/2015, y constituye una importante novedad. El fundamento de la misma se asienta en el plus de gravedad del hecho, porque se instrumentaliza la vida humana del sujeto pasivo, el sujeto activo le causa la muerte como instrumento para conseguir un fin, por lo que se considera un ataque más reprochable contra la dignidad humana. Es un delito de resultado cortado porque el sujeto tiene como objetivo un fin que va más allá de la simple causación de la muerte, pretende con ella facilitar la comisión de otro delito o evitar que le descubran, no se exige que esos resultados efectivamente se produzcan sino que es suficiente que se lleve a cabo con esa intención y también que la conducta sea idónea para ello¹⁷⁸.

En estos supuestos se comete el delito de asesinato como instrumento, bien sea para encubrir otro delito cometido o bien como medio para llevar a cabo un segundo delito.

Diferenciaremos entre las dos posibilidades de comisión del asesinato del art. 139.1.4 CP:

- La producción dolosa de la muerte de una persona la cual sirve de instrumento para facilitar la comisión de otro delito: puede producirse ese asesinato en cualquier momento del *iter criminis*. Para poder culpar por esta primera posibilidad es fundamental que esa muerte se provoque como medio para conseguir otro fin, que es la comisión de otro delito,

¹⁷⁶ Sobre los autores que defienden cada una de las posturas véase ALONSO ÁLAMO, El Ensañamiento, 2015, 135 ss.

¹⁷⁷ ALONSO ÁLAMO, El ensañamiento, 2015, 148.

¹⁷⁸ FELIP I SABORIT en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.) / RAGUÉS I VALLÉS (Coord.) Lecciones de Derecho Penal parte especial, 4º edición, 2015, 43-44.

por lo que en el caso de que la muerte sea ulterior a la comisión de otro delito no estaríamos ante esta posibilidad de asesinato sino que nos encontraríamos ante la segunda modalidad de comisión del art. 139.1.4 CP que es la comisión del asesinato para evitar el descubrimiento del delito previamente cometido. Centrándonos en esta primera posibilidad de comisión, no es exigible como requisito esencial que la muerte haya sido calculada en un momento anterior a la comisión, por el contrario sí es imprescindible que la acción realizada sea pertinente para auxiliar a la realización del delito. Un ejemplo sería matar a un escolta para secuestrar a la persona escoltada.

- Producción dolosa de la muerte de un individuo con el objetivo de evitar que se descubra otro delito que se pretende encubrir con esa muerte: ese asesinato debe tener por propósito exclusivo evitar que se descubra el otro delito cometido por el sujeto, ya sea la existencia del delito o de sus elementos esenciales como puede ser la identidad del autor del mismo. No será de aplicación si ya se conocía el hecho delictivo y se produce la muerte con la intención de evitar una detención. Por otro lado, es importante mencionar que no se considera necesario que el autor del asesinato sea el mismo que el autor del delito que se quiere encubrir, por ejemplo puede ser el hijo el que ha cometido un delito de robo con fuerza en las cosas y el padre mata al único testigo que vio a su hijo cometer el robo y de esa manera intentar impedir que se descubra a su hijo como autor de los hechos.

Pero esta nueva regulación trae consigo problemas concursales, especialmente con el concurso ideal de delitos del art. 77 CP¹⁷⁹. Aunque examinándolo sucintamente vemos que no son lo mismo exactamente ya que el art. 139.1.4° CP pide solo que se facilite la comisión de otro delito y en el

¹⁷⁹ Art 77.1 y 3 CP: cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

concurso ideal se exige que un delito sea medio necesario para cometer otro delito.

La sanción por la comisión del asesinato para evitar que se descubra otro delito, muestra la voluntad del legislador de que el autoencubrimiento no puede ni debe quedar impune. El autoencubrimiento solo se castiga si el bien jurídico protegido en ambos delitos es diferente, en caso de que sea el mismo queda impune¹⁸⁰.

21.LA PARTICIPACIÓN EN EL ASESINATO

Me remito a lo dicho para el homicidio simplemente haciendo una pequeña aclaración. El principal problema que se plantea al respecto es la comunicabilidad a los partícipes de la circunstancias calificadoras que concurren en el autor. La solución es diferente dependiendo de si se considera homicidio y asesinato delitos autónomos o si se entiende que el asesinato es una modalidad agravada del homicidio.

Para el caso de que se trate el asesinato como una modalidad agravada del homicidio, se aplica el art 65.1 CP que dice que las circunstancias agravantes o atenuantes solo se aplicaran a la persona en la que concurren.

Pero si seguimos la doctrina mayoritaria que los considera delitos autónomos debe calificarse como asesinato la conducta de todos los participantes, si conocen los elementos del tipo realizado por el autor. La conducta del partícipe se califica en base a la del autor atendiendo al principio de accesoriedad de la participación y unidad del título de imputación.

En el caso del precio, recompensa o promesa y ensañamiento se aplica el art 65.1 antes mencionado y en el caso de la alevosía el art 65.2 CP agrava o atenúa la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación. Se trata por tanto el primer caso de de circunstancias de incomunicabilidad y en el segundo caso comunicabilidad¹⁸¹.

¹⁸⁰ STS 497/2012 de 4 de junio, STS 600/2007 de 11 de septiembre.

¹⁸¹ GÓNZALEZ RUS en: MORILLAS CUEVA, Sistema Especial de Derecho Penal Español Parte Especial, 2011, 36-37.

22.ARTÍCULO 140 BIS CP:

También de reciente incorporación es este artículo 140 bis que indica que se puede imponer una medida de libertad vigilada a aquellos sujetos que hayan sido condenados por cometer uno o más delitos de este título.

La medida de libertad vigilada está reconocida en el art. 106 CP, se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad y no de una pena. Se impone junto a la condena pero se ejecuta en un momento posterior, una vez cumplida la pena privativa de libertad.

La finalidad de la incorporación de esta medida es doble, por un lado incorpora una alternativa que puede ser usada por el Juez o los Tribunales en determinados casos y por otro lado proporciona un medio de seguimiento y control fundamentándose en la incapacidad que en ocasiones presentan las penas de prisión para conseguir su fin de reeducación y reinserción social del delincuente art. 25 CE. El principal argumento que sirve de fundamentación a esta medida está relacionado con la peligrosidad del sujeto y la probabilidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos¹⁸².

Esta medida fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Diseñada principalmente para los delitos de contra la libertad e indemnidad sexual y los delitos relacionados con el terrorismo. Su introducción supuso una gran reforma referente al sistema de sanciones consistente en penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables y semiimputables. Esta medida de seguridad se puede aplicar no solo a los inimputables sino también se deriva una especial peligrosidad del sujeto en relación con la naturaleza del delito.

Un problema que se deriva de esta medida es que algunas de las prohibiciones del art. 106 CP se pueden imponer como penas accesorias con mayor contenido aflictivo.

¹⁸² <http://derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,691,0,0,1,0> consultada el 2 de julio. La libertad vigilada en la última reforma del CP español, BELZUNEGUI.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha llegado a numerosas conclusiones, a consecuencia del estudio de la materia, la búsqueda de información y la interrelación y contraste de los datos obtenidos. Se pueden destacar las siguientes conclusiones:

1. Perspectiva constitucional

El bien jurídico protegido tanto en el delito de homicidio como en el de asesinato es el Derecho a la vida. Se trata de un derecho reconocido en la Constitución Española en el art. 15: “todos tienen derecho a la vida”, se encuentra ubicado en la Sección Primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, del Capítulo Segundo “Derechos y Libertades”, del Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales”.

En relación con este derecho tan básico que *a priori* podríamos pensar que siempre ha estado reconocido en nuestras constituciones, esto no es así, ya que hasta la Constitución de 1978 no aparece reconocido expresamente aunque encontramos un antecedente parcial en el art. 303 de la Constitución de Cádiz de 1812. Este precepto suscitó diversas contravenencias entre las fuerzas políticas en el momento de su redacción, debido a que no conseguían ponerse de acuerdo en el contenido literal del mismo. Unos abogaban por el término “persona” y otros por el término “todos”, consiguiéndose al final llegar a un consenso respecto del segundo por su mayor ambigüedad.

Se debe tener en cuenta que el derecho a la vida no es solo de configuración constitucional sino que encontramos diferentes texto internacionales que se refieren al mismo. El Tribunal Constitucional ha ido delimitando este derecho a lo largo de los años.

2. Regulación histórica

Podemos ver cómo las sanciones para el delito de homicidio y de asesinato han ido cambiando a lo largo de diferentes épocas, siendo castigados muy severamente en prácticamente todas ellas debido a la gran reprochabilidad aparejada a estos delitos por atentar contra un derecho fundamental, el derecho a la vida.

En un primer momento, en el derecho romano era el *pater familias* el que se encargaba de castigar estas conductas, en el derecho visigodo ya se empiezan a diferenciar diferentes modalidades de comisión de estos delitos en atención a la intención del autor; en la alta edad media destacan los diversos fueros que se encargan de reconocer una sanción a estas conductas; en el derecho canónico es cuando se comienza a diferenciar el delito de homicidio del de asesinato; y, por último, en la edad moderna surgen diferentes Códigos Penales, y reformas que llevan a la regulación actual. La regulación vigente proviene de la modificación operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015. En la citada reforma el legislador ha intentado adaptar el CP a los cambios producidos en los últimos tiempos y de este modo actualizar el CP a las nuevas realidades sociales. Está inspirada en la Directiva 2011/93/E lo que supone que cumplamos al mismo tiempo la normativa europea.

3. Teoría general del delito analizada a través del homicidio:

- a. *Objeto material del delito*: se trata del sujeto sobre el que recae la acción. En el homicidio coincide con el sujeto pasivo y con la víctima.
- b. *Sujeto activo*: es la persona que realiza el tipo delictivo. En el homicidio puede ser cualquier persona debido a que no se exige ninguna característica especial.
- c. *Sujeto pasivo*: es el titular del bien jurídico protegido. Se debe tener en cuenta que la muerte de ciertas personas puede ser constitutiva de otros delitos diferentes al de homicidio en virtud del concurso de leyes.
- d. *La conducta típica* puede ser tanto activa como omisiva en el homicidio.
- e. El resultado: es la muerte del sujeto pasivo. Se aplica la teoría de la imputación objetiva para ver si se puede imputar un resultado a una determinada acción siendo necesario establecer un nexo causal y que el resultado sea causado por ese riesgo y esté protegido por una norma.
- f. En el delito de homicidio cabría tanto la autoría unipersonal como mediata como la coautoría. En relación con las formas de participación caben la cooperación, inducción y complicidad.

4. Regulación teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la LO 1/2015 respecto al delito de homicidio y asesinato

- a. *Artículo 138.1 CP*: este precepto recoge el delito de homicidio manteniendo la misma pena con la que lo sancionaba el Código Penal de 1995, pena de prisión de diez a quince años.
- b. *Artículo 138.2 CP*: este apartado es introducido por la LO 1/2015. Reconoce la pena superior en grado a la anterior para el caso de que el hecho se haya cometido concurriendo las circunstancias del art. 140.1 CP o cuando los hechos sean constitutivos de un delito de atentado del art. 550 CP.
- c. *Artículo 139.1 y 139.2 CP*: este precepto recoge el delito de asesinato. El art. 139.1 CP impone una pena de prisión de quince a veinticinco años cuando se realiza el hecho concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: alevosía, precio, recompensa o promesa, ensañamiento o para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra. La última modalidad de comisión del asesinato es introducida por la LO 1/2015, el resto de modalidades se mantienen idénticas a las del CP anterior. Esta modalidad de nueva creación se fundamenta en la mayor gravedad del hecho ya que se instrumentaliza la vida humana, el sujeto activo causa la muerte a la víctima como instrumento para conseguir un fin, lo que se considera un ataque más reprochable contra la dignidad humana. Ese fin puede ser facilitar la comisión de otro delito que se va a cometer posteriormente al de asesinato o evitar que se descubra un delito cometido anteriormente al mismo. Otra cuestión que también ha cambiado en este artículo es la pena, antes era de quince a veinte años y ahora de quince a veinticinco años de prisión. Pero esta modificación realmente no supone ningún cambio en la práctica ya que antes se imponía la pena de quince a veinte años cuando concurría una sola circunstancia del art. 139 CP y si concurría más de una circunstancia le correspondía la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Con la regulación actual se siguen esos mismos criterios de aplicación. Ya que el art. 139.2 CP indica que si se da más de una circunstancia del art. 139.1 CP se impone la pena en su mitad superior, es decir de veinte a

veinticinco años, por lo que se puede entenderse que si no concurre más de una circunstancia la pena será de quince a veinte años de prisión.

- d. *Artículo140.1 CP*: este precepto es de aplicación tanto para el delito de homicidio como para el delito de asesinato. Es introducido también en el año 2015. Enuncia una serie de circunstancias que en caso de darse la pena que se aplicará será la de prisión permanente revisable. Pena de nueva creación que es reconocida solo para algunos delitos graves como este. Consiste en que las penas puedan revisarse una vez cumplida una parte importante de las mismas. Las circunstancias que motivan su aplicación son: que la víctima sea menor de dieciséis años o especialmente vulnerable, que el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o que el agente pertenezca a un grupo u organización criminal.
- e. *Artículo140.2 CP*: impone también la pena de prisión permanente revisable cuando se condena por la muerte de más de dos personas.
- f. *Artículo140 bis CP*: este artículo creado por la LO 1/2015, introduce la medida de libertad vigilada para aquellas personas condenadas por la comisión de uno o más delitos de este Título. La libertad vigilada no es una pena sino que se trata de una medida de seguridad que se impone junto con la condena pero se ejecuta posteriormente al cumplimiento de la pena privativa de libertad.
- g. *Artículo141 CP*: mantiene la misma redacción que tenía en el Código Penal de 1995. Castiga la provocación, conspiración y proposición para cometer el delito de homicidio y asesinato aparejando a estos hechos la pena inferior en uno o dos grados a la impuesta para el delito en cuestión. Por lo tanto son punibles estas figuras de participación en el delito.

Artículo142 CP: este precepto recoge el homicidio imprudente. Respecto de este tema se han producido modificaciones importantes ya que la anterior falta de homicidio imprudente del art. 621.2 CP ya no está recogida en el CP actual debido a que la reforma del 2015 suprimió del mismo todas las faltas, algunas de ellas pasaron a ser delitos leves, otras se derivaron a otros órdenes jurisdiccionales y otras fueron despenalizadas. Además de este cambio también se modificó la

imprudencia habiendo ahora dos tipos: la imprudencia grave y la menos grave. Esto deriva en posiciones enfrentadas entre distintos autores respecto de los límites de ambas, hasta donde abarca cada una de ellas. El art. 142.1 CP sanciona la imprudencia grave con la pena de prisión de uno a cuatro años, entendiéndose por imprudencia grave la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado o la inobservancia de las normas más básicas y elementales de cuidado. En el apartado segundo de ese mismo artículo se recoge la imprudencia menos grave a la que le reconoce una pena de multa de tres a dieciocho meses. Para diferenciar la imprudencia grave de la menos grave se debe tener en cuenta el grado de inadvertencia del deber de cuidado, el grado de previsibilidad del resultado y el tipo de infracción. La imprudencia profesional se incluye en el primer apartado del art. 142 CP y se sanciona también con la inhabilitación para la profesión, oficio o cargo de tres a seis años.

Pero además de las penas anteriormente descritas se impondrá la privación de conducir vehículos a motor o ciclomotor y la privación de tenencia o porte de armas durante un periodo de uno a seis años en el supuesto de que estos se utilizaran en la comisión del delito.

- h. *Artículo 143.3 CP*: artículo que se mantiene invariable con la reforma castigando la cooperación ejecutiva al suicidio con la pena de prisión de seis a diez años si la acción llega hasta el punto de ejecutar la muerte. Incluyendo aquí los supuestos de homicidios consentidos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO MORANTE Juan José, El homicidio por imprudencia grave derivado de accidente de tráfico, Bosch S.A., Barcelona, 2012.

ALCÁCER GUIRAO Rafael, El caso del abortivo inocuo en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo (Coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 81-93.

ALEGRE MARTÍNEZ Miguel Ángel, Apuntes sobre el derecho a la vida en España : Constitución, jurisprudencia y realidad, revista de derecho político, 2002, 339-358.

ALONSO ÁLAMO Mercedes, El ensañamiento, Comares, Granada, 2015.

ANTON ONECA José, Derecho penal, Akal, Madrid, 1986.

ARIAS EIBE Manuel José, La circunstancia agravante de alevosía estudio legal, dogmatico-penal y jurisprudencial, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2005, 1-36.

BOLEA BARDON Carolina, Caso Sirius en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUIÉRREZ Pablo (Coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 277-290.

BUSTOS RAMÍREZ Juan, Manual de derecho penal, parte especial, 2º edición, Ariel, Barcelona, 1991.

CHIESA Luis E., Caso la Mignonette en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo (Coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 95-109.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel, Autoría y participación, Revista de estudios de la justicia, 2008,13-61.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel (Aut.)/BARBER BURUSCO Soledad (Aut.), Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España, Revista Nuevo Foro Penal, 2012, 115-149.

FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, Caso de los pelos de cabra en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo (Coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 143-160.

FELIP I SABORIT David, Tema 1 El homicidio y sus formas en: SILVA SÁNCHEZ Jesús-María (Dir.)/RAGUÉS i VALLES Ramón (Coord.), lecciones de derecho penal: parte especial, 4º edición, Atelier, Barcelona, 2011.

GANZENMÜLLER Carlos/ESCUADERO José Francisco/FRIGOLA Joaquín, Homicidio y asesinato, Bosch, Barcelona, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG Enrique, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1996.

GÓMEZ RIVERO Mº Carmen, Artículo 138, en: GÓMEZ TOMILLO Manuel, Comentarios prácticos al código penal, Tomo II, Los delitos contra las personas, artículos 138-233, Aranzadi, Navarra, 2015, 39-49.

GÓMEZ RIVERO Mº Carmen/JAVATO MARTÍN Manuel, Artículo 142, en: GÓMEZ TOMILLO Manuel, Comentarios Prácticos al Código Penal, Tomo II, Los Delitos Contra las Personas, Artículos 138-233, Aranzadi, Navarra, 2015, 69-94.

GÓMEZ RIVERO Mª del Carmen (Dir)/ MARTÍNEZ GONZÁLEZ Mª Isabel/NÚÑEZ CASTAÑO Elena, Nociones fundamentales de derecho penal, parte general, Tecnos, 3º edición, Madrid, 2015.

GÓNZALEZ RUS Juan José, Del homicidio y sus formas (I) El homicidio, en: MORILLAS CUEVA Lorenzo, Sistema especial de derecho penal español parte especial, Dykinson, Madrid, 2011, 1-26.

GOYENA HUERTA Jaime, Art 140 en: GÓMEZ TOMILLO Manuel, Comentarios prácticos al código penal, tomo II, Los delitos contra las personas, artículos 138-233, Aranzadi, Navarra, 2015, 61-64.

GRANADOS PÉREZ Carlos, Delitos contra las personas, manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, Lecciones de derecho penal parte general, Tirant Lo Blanch, Valencia, 3º edición, Valencia, 2016.

LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, Enciclopedia penal básica, Comares, Granada, 2002.

MARZABAL MANRESA Isabel, El animus necandi y los factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja predicción de la violencia, Revista de derecho UNED, nº 12, 2013, 44-451.

MUÑOZ CLARES José/GARCÍA LÓPEZ Alba/LOSA PÉREZ Antonio/MANCERA BLÁZQUEZ Laura/MÍNGUEZ ENKOVAARA Elena/PÉREZ BASTIDA José Antonio, Matar y morir en España, homicidios y asesinatos, DM, Murcia, 2015.

MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho penal parte especial, Tirant Lo Blanch, 20º edición, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho penal, parte general, Tirant lo Blanch, 9º edición, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA Javier (Aut.)/RUÍZ DE ERENCHUN Eduardo (Aut.), Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, Aranzadi, Navarra, 2015.

PEÑARANDA RAMOS Enrique, Estudios sobre el delito de asesinato, B de F Ltda., Buenos Aires, 2014.

QUINTERO OLIVARES Gonzalo (Dirs.)/CARBONELL MATEU Juan Carlos (Dirs.)/MORALES PRATS Fermín (Dirs.)/GARCÍA RIVAS Nicolás (Dirs.)/ÁLVAREZ GARCÍA Francisco Javier (Dirs.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA Araceli (Coords.)/VENTURA PUSCHEL Arturo (Coords.), Esquema de teoría jurídica del delito y de la pena, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

RAGUÉS I VALLÉS Ramón, Caso del Cinturón en: Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo (Coords.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 193-205.

RODRÍGUEZ DEVESA José María/SERRANO GÓMEZ Alfonso, Derecho penal español parte general, 18º edición, Dykinson, Madrid, 2002.

ROXIN Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Marcial Pons, 2º edición, Barcelona, 1998.

SANZ-DÍEZ de ULZURRUN LLUCH Marina, Dolo e imprudencia en el Código Penal Español análisis legal y jurisprudencial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

SANZ MORÁN Ángel José, Caso del homicidio preterintencional, en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo (Coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, pág. 291-305.

SCHELLER D'ANGELO André, La teoría del dominio del hecho, Revista de derecho Barranquilla, 2011, 247 y 248.

SOLA RECHE Esteban, Caso de los disparos sin bala en: SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ Pablo (Coord.), Casos que hicieron doctrina en el derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, 731-746.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss) en: GONZALÉZ CUSSAC José L. (Dir.)/MATALLÍN EVANGELIO Ángela (Coords.)/GÓRRIZ ROYO Elena (Coords.) Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 467-471.

SÁNCHEZ ROBERT María José, La prisión permanente revisable en las legislaciones española y alemana, Revista de la Universidad de Murcia, Anales de derecho, 2016, 1-50.

VIVES ANTÓN Tomás Salvador/BOIX REIG Javier/ORTS BERENGUER Enrique/CARBONELL MATEU Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, Derecho penal, parte especial, Tirant Lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 1999.

WEBGRAFÍA

http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

[http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&ti
po=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&ti
po=2)

[http://repositorio.ual.es:8080/jspui/bitstream/10835/3478/1/2507_TFGhomicidio.
pdf](http://repositorio.ual.es:8080/jspui/bitstream/10835/3478/1/2507_TFGhomicidio.
pdf)

[http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9280-publicada-la-ley-organica-1-
2015-de-30-de-marzo-por-la-que-se-modifica-el-codigo-penal/](http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9280-publicada-la-ley-organica-1-
2015-de-30-de-marzo-por-la-que-se-modifica-el-codigo-penal/)

[http://www.derechocambiosocial.com/revista027/coautoria_dominio_del_hecho.
pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista027/coautoria_dominio_del_hecho.
pdf)

[https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacio
n_complementaria&modo=1](https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacio
n_complementaria&modo=1)

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

<http://www.mundojuridico.info/el-cooperador-necesario-de-un-delito/>

[http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10306-circular-3-2015-de-la-
fiscalia-general-del-estado-por-la-que-se-establecen-criterios-en-relacion-con-el-
regimen-transitorio-establecido-por-la-reforma-del-codigo-penal/](http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10306-circular-3-2015-de-la-
fiscalia-general-del-estado-por-la-que-se-establecen-criterios-en-relacion-con-el-
regimen-transitorio-establecido-por-la-reforma-del-codigo-penal/)

[http://www.abogacia.es/2015/03/27/el-congreso-aprueba-la-reforma-penal-que-
endurece-penas-e-introduce-la-prision-permanente-revisable/](http://www.abogacia.es/2015/03/27/el-congreso-aprueba-la-reforma-penal-que-
endurece-penas-e-introduce-la-prision-permanente-revisable/)

[http://www.elderecho.com/tribuna/penal/prision-permanente-revisable-Codigo-
penal_11_832930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/penal/prision-permanente-revisable-Codigo-
penal_11_832930001.html)

<http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/alevosia.html>

<http://supremo.vlex.es/vid/asesinato-alevosia-18042425>

[http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/127121/sentencia-ts-
268-2012-sala-2-de-12-de-marzo-asesinato-y-obstruccion-a-la-justicia-comunicabil](http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/127121/sentencia-ts-
268-2012-sala-2-de-12-de-marzo-asesinato-y-obstruccion-a-la-justicia-comunicabil)

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-20-01-2015--sobre-la-concurrencia-real-de-una-pluralidad-de-resultados-realizados-por-la-unica-accion-en-los-supuestos-de-dolo-eventual>

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8470

<http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/127121/sentencia-ts-268-2012-sala-2-de-12-de-marzo-asesinato-y-obstruccion-a-la-justicia-comunicabil>

<http://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-penal-ii/parte-1-delitos-contras-las-personas/03-induccion-al-suicidio>

<https://perspectivapenal.wordpress.com/2015/07/24/la-solucion-a-los-cursos-irregulares/>

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf