



Consejo General  
del Poder Judicial



**Últimas reformas penales (2016)**

**FORMACIÓN A DISTANCIA**

## **Del homicidio y de sus formas**

**Celso Rodríguez Padrón**

**Magistrado**

# Del homicidio y de sus formas

**Celso Rodríguez Padrón**

Magistrado

## **Palabras clave**

Homicidio, Reforma penal, Asesinato, Inducción al suicidio, Auxilio al suicidio

## **ÍNDICE:**

I. Introducción

II. Análisis de los tipos penales

1. El homicidio

A) Delimitación general: elementos

a) El objeto/sujeto pasivo

b) La acción

c) El dolo

d) El resultado

B) El homicidio imprudente

a) Consideraciones generales sobre la supresión de la imprudencia leve

b) Especial referencia a la imprudencia profesional

C) Los tipos cualificados introducidos por la LO 1/2015

2. El asesinato

A) Circunstancias cualificadoras generales

B) El subtipo agravado

3. El suicidio

A) La inducción y el auxilio al suicidio

B) Breve referencia a la eutanasia

III. Cuestiones para la reflexión

IV. Reseña de jurisprudencia

## Bibliografía consultada

### I. INTRODUCCIÓN

El Libro II del **Código Penal** no sólo en su redacción vigente, sino ya desde versiones muy anteriores, se encabeza dedicado al delito por antonomasia: el homicidio y sus formas. Considerable atención ha merecido en la doctrina la discusión en torno a la autonomía entre las figuras que se acogen dentro del Título I, el homicidio y el asesinato.

Era mayoritaria la postura de quienes defendían que se trataba de dos delitos autónomos por su naturaleza y por ello nos encontrábamos ante algo más que una variedad nominalista. El debate no era tan sólo dogmático; tenía consecuencias prácticas. El **Código Penal de 1995** reavivó la polémica, y para empezar a ofrecernos una postura clarificadora, se posiciona gráficamente en la denominación del Título I del Libro II: "Del homicidio y sus formas". Quiso indicar con ello el legislador que el asesinato es una "forma" de homicidio minorando de este modo su antigua "autonomía" sustancial. La corriente doctrinal mayoritaria va actualmente por esta misma senda. Los autores se inclinan por considerar al asesinato como una forma cualificada de homicidio debido al incremento del injusto por las circunstancias concretas que lo definen. El asesinato es una forma cualificada de homicidio y no un delito autónomo.

La reforma del **Código Penal** introducida por la **LO 1/2015, de 30 de marzo**, básicamente incrementa las penas en estos delitos, eleva en función de las circunstancias la pena del homicidio, añade una nueva circunstancia al asesinato en el **art. 140** y para este, introduce la de prisión permanente revisable. Aparentemente no perturba de manera sustancial la evolución conceptual antes comentada. Pero no es eso lo más destacable.

Al igual que la mayor parte de las modificaciones que se vieron afectadas por la reforma en la Parte Especial, asistimos a un evidente endurecimiento de las figuras que conforman los delitos contra la vida y por ello la primera de las preguntas que debemos formularnos es acerca de la causa de esta agravación.

La respuesta a las grandes reformas que se insertan en una norma normalmente viene dada de la mano de lo que tradicionalmente se titulaba bajo el rótulo de "Exposición de Motivos", en nuestra opinión bastante más adecuado a lo que en moda reciente se ha venido a denominar "Preámbulo", como si de una norma novedosa se tratase.

Es conocida la justificación que en el Preámbulo de la citada Ley Orgánica se nos ofrece para enmarcar estas y otras reformas:

"La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y detención ilegal o secuestro con desaparición, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto".

No es ésta la primera vez que tenemos oportunidad de comentar el párrafo anterior, y de poner con ello de relieve su insuficiente capacidad de convicción. Se estructura sobre tres ideas yuxtapuestas sobre cuya combinación como carta de presentación de la reforma penal exponemos nuestra humilde discrepancia (1).

En primer lugar por entender que el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia se lograría a través de muchas otras modificaciones, diferentes a las que se plasman en la [Ley Orgánica 1/2015](#). A estas alturas es difícil cuestionar que el primer motivo de desconfianza en el "sistema" judicial, y en particular en la Administración de Justicia, nace de su lentitud, lo que nos llevaría a un extenso comentario sobre las carencias en materia de planta, estructura, medios y organización que ni es objeto del presente trabajo ni procede analizar si pretendemos mantener el respeto a una mínima coherencia. Ahora bien: encabizando el Preámbulo tan contundente argumento, no podemos obviar la reflexión. El fortalecimiento de la confianza social en la Justicia no pasa -en primer lugar- por la reforma del [Código Penal](#). Enlaza con la justificación argumental inicial lo que parece una alusión a la seguridad jurídica: la consecución de resoluciones judiciales previsibles. Loable objetivo, sin duda, y anhelado desde tiempo inmemorial en el ámbito jurídico. Pero posiblemente encuentre su campo de intervención en otros ámbitos. El hecho de que las resoluciones judiciales resulten previsibles, estrechando todo lo posible el margen de disparidad entre unos órganos judiciales y otros tiene su cauce más eficaz en la función interpretativa del Tribunal Supremo, que a través de la Jurisprudencia establece criterios sobre la aplicación de las leyes ilustrativas para todos los demás órganos de la jurisdicción. Cada reforma comporta, por sí misma y con sus modificaciones, una nueva etapa en la cual, a través del sistema de recursos, tendrá que ir elaborándose la doctrina a seguir por los órganos inferiores. Y esta función debe lograrse a través de dos vías: agilizando los tiempos procesales (para evitar la unificación tardía) y permitiendo que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse sobre todos los aspectos que suscite cada tipo penal. Solo así podrá ser un auténtico tribunal de casación, superando el papel que en no pocas ocasiones ha venido asumiendo como última instancia. Bien es cierto que con las reformas procesales promulgadas también en el año 2015 se ha avanzado notablemente

en este objetivo, pero lo que es claro es que la razón que como argumento de refuerzo de explícita en el Preámbulo de la [Ley Orgánica de reforma del Código Penal](#) no resulta sustancial para justificar la modificación de los tipos penales.

Por último, se pretende -según la norma ya repetidamente aludida- dar respuesta a una demanda social de justicia. En algunas ocasiones anteriores hemos asistido a la incorporación al [Código Penal](#) de nuevas figuras, o a la modificación de alguna de las ya existentes, con la intención de salir al paso de determinadas demandas a veces surgidas como reacción a casos puntuales que tenían una respuesta considerada "no suficiente". Cada vez que ocurre un suceso de gran impacto social la demanda -de los familiares de las víctimas, de agrupaciones ciudadanas- que se dirige a los grupos políticos es de alojamiento de los hechos en el [Código Penal](#), o bien de su endurecimiento. Esa percepción social de injusticia, siendo siempre más que respetable desde el punto de vista del caso concreto, no podemos olvidar que debe ser analizada a la luz de los principios inspiradores del Derecho penal, entre los cuales el de intervención mínima -al que alude la reforma con acierto en otros apartados del Preámbulo- se dirige al legislador para que tamice la concepción del ordenamiento punitivo con arreglo a su naturaleza de "ultima ratio".

Es a propósito de este último argumento donde han surgido las críticas más contundentes al espíritu inspirador de la reforma en cuanto se refiere a la modificación del delito de homicidio y sus formas.

En un curso organizado en el mismo marco que el que tienen por objeto las presentes reflexiones se llegó a sostener de modo gráfico que la voluntad tan firme como asumida del legislador de 2015 de instaurar en nuestro ordenamiento jurídico la prisión permanente revisable es lo que condujo a la reforma del homicidio y sus formas (2). Llega a decirse que "dado que se había tomado previamente la decisión de establecer aquella [la prisión permanente revisable] pena en nuestro Derecho se ha tratado de buscar para ella un propio ámbito de aplicación".

La reflexión es ciertamente incisiva. La modificación de las figuras delictivas contra la vida tiene prácticamente un sentido instrumental, que no es otro que ofrecer el ámbito de aplicación a la prisión permanente. Ocasión tendremos más adelante de analizarla. Pero ya podemos avanzar que sirve de base para formular la primera de las grandes cuestiones que suscita la reforma en este punto: ¿era verdaderamente necesaria?

A lo largo de las siguientes páginas haremos un recorrido general por las figuras del homicidio y el asesinato en sus distintas vertientes, con especial atención a las nuevas figuras que la reforma operada por la [Ley Orgánica 1/2015](#) introdujo en el [Código Penal](#). Aunque el objetivo esencial del presente curso debe pivotar precisamente sobre estas innovaciones, consideramos que sin el recordatorio de los elementos esenciales de

ambos delitos es imposible abordar ya no sólo la eventual justificación del diseño vigente, sino antes incluso, su propio recorrido.

## II. ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

### 1. El homicidio

#### **A) Delimitación general: elementos**

Durante mucho tiempo, creo que desde siempre, el delito de homicidio aparece recogido en el **Código Penal** en lo que considero prototipo del precepto bien hecho: el que matare a otro será castigado como homicida... La acción, admitiendo el elenco de modalidades comisivas tal vez más amplio que podamos encontrar a lo largo de todo el catálogo penal, aparece enunciada de forma clara, universalmente concisa, terminante; todo un ejemplo de técnica legislativa en claro contraste con la frecuente costumbre de alargar la redacción de los artículos encadenando una serie de conductas y circunstancias que complican considerablemente la acción típica. La reforma operada por la **Ley Orgánica 1/2015** nos ofrece algunos gráficos ejemplos.

Como hemos apuntado, la acción admite todas las modalidades imaginables, tan sólo delimitadas por las teorías de la causalidad (o aquellas que las superan), pero no es lo prioritario sistemáticamente referirse a la acción, sino al objeto del delito, que es el sujeto pasivo: "otro". Dado que el bien jurídico protegido no es otro que la vida humana (independiente), la delimitación del sujeto tiene un marco complejo, cronológico, inicial y final.

#### *a) El objeto/sujeto pasivo*

1. El objeto de la acción en el delito de homicidio es una persona. A la hora de precisar jurídicamente *qué se entiende por persona* no es posible prescindir de la reflexión existente en torno al bien jurídico protegido en el delito de homicidio y sus formas. La necesidad de diferenciarlo del delito de aborto exige la determinación de un momento que concrete la barrera a partir de la cual ya no nos hallamos ante la vida del feto sino la de quien puede ser ya objeto de homicidio (en sentido amplio, a fin de no entrar ahora en las necesarias precisiones sobre la posibilidad de asesinato). Al mismo tiempo es

imprescindible concretar cuando el ser humano vivo deja de existir. Estas cuestiones es sabido que han provocado a lo largo del tiempo numerosos debates.

La mayoría de la doctrina ha venido entendiendo que por vida humana independiente ha de significarse la realidad biológica de la vida, de tal modo que puesto que el nacimiento (o el parto) no es un acto instantáneo sino un proceso que se extiende en el tiempo, será la completa expulsión del claustro materno lo que determine ese momento inicial.

La cuestión fue tratada en extenso en la [STC 53/1985, de 11 de abril de 1985](#), del Pleno del Tribunal Constitucional, que resolvía el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y cuatro diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal, partiendo de que la instauración en nuestro ordenamiento jurídico de determinados supuestos en los que el aborto dejaba de ser constitutivo de delito era contrario a la amplitud con que el [artículo 15 de la Constitución](#), amparando a "todos" (expresión de mayor alcance que "toda persona") proclama el derecho fundamental a la vida. El límite entre el *nasciturus* y la vida independiente es el alojamiento durante la etapa de formación en el claustro materno.

Ya (entre otras muchas) la [STS de 23 de octubre de 1996](#) (ROJ: STS 5783/1996) recordaba que entre los diversos criterios con los que la doctrina caracteriza al sujeto pasivo del aborto el que otorga mayor amplitud conceptual al mismo, es decir, el que marca la cesura entre el aborto y el homicidio es la vida posterior a la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical. Este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el *nasciturus* sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Señala la indicada sentencia que "Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen".

La [STS de 19 de marzo de 2014](#) (ROJ: STS 1114/2014) señala que "uno de los hechos constitutivos de la infracción penal en el delito de homicidio es la necesidad de que la víctima sea una persona dotada de vida independiente, es decir en el caso de un recién nacido, es necesario la separación del feto respecto del claustro materno".

La determinación de este instante, según la doctrina, viene dada por la inescindible relación que ofrece con el bien jurídico protegido en este delito. Si dicho bien es la vida humana independiente, el criterio que se impone es el de la viabilidad del recién nacido, entendido como la posibilidad lógica de que el feto pueda sobrevivir con los cuidados que precise en cada caso, sin ulterior dependencia fisiológica de la madre. Es en este punto concreto donde se centra el dato de la "independencia", superando ya el período anterior

del embarazo. En palabras de QUERALT, "todas las demás dependencias, incluso las más vitales (la del operador médico que debe activar el pulmón o el riñón artificial, por ejemplo) no integran esta relación madre-feto" (3).

2. Si como consecuencia de lo expuesto es a partir de la completa separación de la madre cuando podremos hablar del sujeto pasivo del delito, hemos de referirnos también -aunque sea con similar brevedad- al *momento final de la vida*, cuestión que asimismo presenta interesantes matices. Confluyen en este concepto varias circunstancias. Por una parte, el concepto médico de muerte (clínica) es que la identifica con la parada cardiorrespiratoria irreversible. Pero existe un concepto legal de muerte que llega más lejos: el de la muerte cerebral, que viene dado por el cese -también irreversible- de las funciones cerebrales.

Este concepto legal permite la superación de todas aquellas discusiones que pudieran sucederse en torno al momento final. Ya se vino remitiendo a lo dispuesto en el [artículo 10 del Real Decreto de 22 de febrero de 1980](#), que desarrollaba la [Ley 30/1979, de Trasplantes de Órganos](#). De acuerdo con este precepto la verificación del fallecimiento se basaba en la comprobación de la muerte cerebral, basada en la comprobación y concurrencia "durante treinta minutos al menos", de los siguientes signos: 1.- Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia. 2.- Ausencia de respiración espontánea. 3.- Ausencia de reflejos cefálicos. 4.- Electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

De todos modos, en fecha más reciente parece haberse rescatado un criterio dual sobre el momento de la muerte que no sólo se ciñe al cese irreversible de las funciones cerebrales. Es el que viene determinado en el [artículo 9 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad](#) (BOE de 29.12.2012). De acuerdo con lo establecido en este artículo, "La muerte del individuo podrá certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o del cese irreversible de las funciones encefálicas. Será registrada como hora de fallecimiento del paciente la hora en que se completó el diagnóstico de la muerte".

El primero de los textos citados ofrece pautas mucho más clarificadoras, que se acomoda mucho mejor a los criterios de necesaria consideración legal.

#### *b) La acción*

Desde la clásica definición del delito como "acción típica, antijurídica, culpable y punible", el concepto de acción es el que primero resulta analizado a propósito del tratamiento de cualquier figura penal específica. En la doctrina ha llegado a calificarse la acción como

el verdadero fundamento del delito, sin cuya concurrencia resulta imposible analizar cualquiera de los otros elementos que integran su concepto (4).

Un profundo estudio de la acción conduciría al repaso de sus distintas concepciones. Desde la que la afronta en sentido estricto (como conducta voluntaria externa, o manifestación de voluntad exterior), a la que la presenta en sentido amplio (lo que incluiría además de lo anterior la causación del resultado). La que distingue el sentido ontológico del normativo. La que la clasifica en torno a las tendencias causalista y finalista. O la que incide en la vertiente social (que la aproxima conceptualmente al ámbito de la relevancia o trascendencia social de los actos, y su consecuente entidad jurídica). Otros catálogos abundan en el concepto de acción típica, el concepto negativo, el concepto intencional, o -con patrocinio de la más acreditada doctrina alemana- el concepto personal (como proyección anímica de la personalidad) (5).

Por cuanto se refiere al homicidio, nos hallamos ante uno de los delitos que admiten mayor número de posibilidades comisivas. Los actos a través de los cuales puede producirse y lograrse la muerte de otra persona casi podríamos decir que se aproximan a cuanto pueda concebir la ficción. Admite comisión y omisión. Se abarcan desde los medios materiales a los medios morales, citándose ya como paradigma de estos últimos la [STS de 19 de junio de 1880](#) que declaró la existencia de nexo causal en la muerte de una anciana por el susto que tuvo al ver que unos jóvenes entraban en su casa a robar (6). Naturalmente, ejemplos tan singulares como el que acabamos de citar obligan a plantearse en cada caso la determinación del nexo causal entre la acción y el resultado de muerte. El desarrollo de la tesis de la imputación objetiva como superación de la problemática que ocasionaba a veces el panorama clásico de las teorías de la causalidad, será un criterio presente en todo supuesto. Así, por ejemplo, lo entiende entre otras muchas la [STS de 11.11.2013](#) (ROJ: STS 5576/2013).

Dentro de la multiplicidad de conductas que permiten materializar este delito, el elemento común pasa por la acción de privar de la vida a otra persona; causar su muerte. Naturalmente, habrá de excluir de estos modos comisivos aquellos que cumplan las condiciones expresamente previstas en el [artículo 139](#), pues entonces estaremos hablando, en puridad, de asesinato.

- La primera clasificación que podríamos destacar en torno a las modalidades de acción es la que divide al homicidio entre *doloso e imprudente*. No se trata en ese breve estudio de abundar sobre la naturaleza y proyecciones de cada una de estas formas de la culpabilidad. La reforma del [Código Penal](#) operada por la [Ley Orgánica 1/2015](#) no es que haya incidido especialmente sobre estas categorías. Como veremos, se adentra en las modalidades tanto del homicidio como del asesinato, a través de las formas cualificadas que se instauran con la nueva Ley. De ahí que todo lo conocido en torno especialmente

al dolo pueda darse por reproducido. En el delito de homicidio doloso, el autor quiere acabar con la vida de la víctima y lo logra mediante su acción.

Ofrece mayor interés cuanto se refiere a la imprudencia, al haberse reducido sus categorías como consecuencia de la supresión de las faltas (y por ello la imprudencia leve) y de ahí la necesidad de definir con la precisión que resulte posible en qué ha de consistir la imprudencia menos grave, que es la base de partida del vigente [artículo 142.2](#). Lo veremos en el apartado dedicado al homicidio imprudente.

- La segunda clasificación a resaltar dentro de las posibilidades de la acción distingue entre el *homicidio por comisión propia* y el *producido en comisión por omisión*. La regla general para estos últimos es conocida en el [artículo 11 del Código Penal](#): cuando la no evitación del resultado, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. La omisión se equipara a la acción: a) cuando existe una especial obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una situación de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En relación a la estructura de este tipo de delitos, como nos recuerda la [STS de 27 de enero de 2012](#) (ROJ: STS 1007/2012), "la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida" (7).

### c) *El dolo*

En la vertiente dolosa del homicidio la voluntad del autor abarca forzosamente la intención de matar: el conocimiento y voluntad de producir la muerte de la víctima. Salvo los supuestos por ejemplo de legítima defensa, o tal vez algún otro concreto de enajenación mental, es difícil concebir que quien actúa con tal intención desconozca el sentido antijurídico de su conducta. Pocas veces podemos enfrentarnos -jurídica y

socialmente- a un comportamiento que a todas luces atente contra el bien jurídico más comprendido (y asumido) de todos cuantos nos garantiza el orden constitucional.

Pero no siempre en un supuesto apriorísticamente concebible como homicidio se presenta con la claridad deseable esta verificación intencional. Adentrarse en la interpretación de la voluntad humana es una de las facetas que, desde siempre, han convertido al Derecho penal en una de las disciplinas más interesantes que puedan ser objeto de desarrollo y práctica. Concretamente en el ámbito jurídico, por ello se le ha denominado en ocasiones "el derecho al límite".

Dentro del concepto de dolo es sabido también que no sólo se comprende la intención directa y puntual, sino otras manifestaciones matizadas que culminan integrando esta forma de culpabilidad aunque con mayor necesidad argumentativa. Refiriéndose al delito de homicidio lo condensa detalladamente la [STS de 2 de julio de 2014](#) (ROJ: STS 2702/2014), a cuyo tenor:

"Como hemos dicho en [SSTS. 455/2014 de 10.6](#), [311/2014 de 16.4](#), [529/2012 de 11.7](#), [93/2012 de 16.2](#), [632/2011 de 28.6](#), [172/2008 de 30.4](#), el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido ([STS 415/2004, de 25-3](#); [210/2007, de 15-3](#)).

Como se argumenta en la [STS de 16-6-2004](#), el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto "para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso

basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado". (Véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la [sentencia de esta Sala de 3-7-2006](#), bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la [STS 4-6-2011](#) dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico" (FJ Primero).

Dos cuestiones revisten en nuestra opinión, desde el punto de vista de este campo máximo de la culpabilidad referido al homicidio, un permanente interés: la diferencia de este delito con el de lesiones, y el llamado homicidio preterintencional.

- La diferencia intencional con el delito de lesiones se presenta en los supuestos de la forma imperfecta de ejecución en que consiste la tentativa. En numerosas ocasiones ha abordado la jurisprudencia esta cuestión, estableciendo una serie de pautas interpretativas que permiten alcanzar la conclusión de que la voluntad del sujeto estaba encaminada a terminar con la vida de la víctima y no solamente a causarle el

menoscabo de integridad o salud en que consiste la lesión. Por ejemplo, y citando la misma Sentencia transcrita parcialmente con anterioridad, se han señalado como signos externos indicadores de la voluntad de matar, entre otros y como más significativos:

- a. los antecedentes del hecho y las relaciones entre autor y víctima;
- b. la clase de arma utilizada;
- c. la zona del cuerpo a la que se dirige la agresión;
- d. el número de golpes sufridos y lesiones producidas;
- e. las manifestaciones del culpable que acompañaron a la agresión y su actividad anterior y posterior a los hechos;
- f. las condiciones del lugar, tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción;
- g. la causa o motivación de la misma.

Nos enfrentamos siempre en estos supuestos a una cuestión de determinación casuística no fácil de delimitar. De todos modos, hemos de tener presente que tal vez en algunos de estos mismos casos, la propia voluntad del autor atraviese zonas o momentos limítrofes, que se verán necesitados de una prueba suficiente en las sesiones de la vista oral para decantar la convicción del tribunal.

- La segunda cuestión de las anunciadas como digna de mención en este apartado del análisis de la voluntad es el que hace tiempo dio en llamarse ya *la preterintencionalidad*: la circunstancia que se da cuando el sujeto no pretende causar un resultado tan grave con su acción como el definitivamente producido, o la producción de un delito más grave que el que tenía intención de cometer (8).

El **Código Penal** recogía con anterioridad al texto de 1995 entre el catálogo de circunstancias atenuantes, la de no haber tenido el culpable intención de causar un mal de tanta gravedad como el que causó. Sin entrar ahora en la vieja distinción entre preterintencionalidad homogénea y la heterogénea (en función de la intensidad gradual dentro del mismo delito, o bien la producción de un delito distinto), podemos remitirnos a las interesantes reflexiones que fueron surgiendo en la doctrina en torno a esta figura. Su naturaleza (híbrida según algunos autores entre el dolo y la imprudencia), su relación con los principios de responsabilidad subjetiva, de responsabilidad por el resultado, de la prohibición del "versari in re ilícita", etc., son materias que no sólo revisten un profundo interés, sino que resultan imprescindibles para comprender la evolución que ha tenido la figura en su tratamiento jurisprudencial. Su desarrollo excede de las pretensiones (y de la verdadera capacidad) de este trabajo. En cualquier caso es imprescindible su constancia aunque sea breve dado que lo cierto es que resulta de hallazgo relativamente frecuente en el homicidio.

La solución otorgada por la jurisprudencia, como base general, podemos encabezarla con cuanto nos dice la [STS de 4 de junio de 2014](#) (ROJ: STS 2374/2014), al señalar que: "cuando se produce un resultado lesivo con origen en la acción de una persona, pero manifiestamente aparece que no ha querido producir un resultado tan grave, surgen dudas respecto a su calificación jurídica a título de dolo o de culpa. Se calificará como dolosa, aunque preterintencional, cuando concorra una inicial intención desbordada por el resultado, de manera que se produce una desarmonía o falta de paralelismo entre intención y resultado, pero sin que se rompa la relación causal material entre el acto querido y las consecuencias producidas. Se calificará como culposo, cuando exista absoluta desviación entre el evento y el elemento subjetivo o acto inicial, de manera que no pueda apreciarse dolo alguno en todo el decurso de la acción, si bien el resultado pudo ser previsible". Más concretamente, y en relación con el homicidio, señala la [STS de 19 de febrero de 2007](#) (ROJ: STS 1466/2007) que "jurisprudencialmente se ha venido admitiendo que una conducta inicial de lesiones dolosas que concluye finalmente en la muerte no deseada de la víctima, debe ser resuelta conforme a las reglas del concurso delictivo, en los casos en que el sujeto agente no tuvo intención de causar un resultado de tanta gravedad como el produjo, siempre que el resultado de muerte fuera previsible. La doctrina de esta Sala en los supuestos de lesiones seguidas de homicidio, cuando se aprecia que el agente no tuvo intención de causar un resultado de tanta gravedad como el que produjo (la muerte), estima que al no concurrir "animus necandi" pero sí intención de lesionar en mayor o menor medida (homicidio preterintencional), debe sancionarse el hecho como concurso entre lesiones dolosas y homicidio culposo, siempre que -cosa que aquí no ocurre- el resultado de muerte fuere previsible".

#### *d) El resultado*

El resultado del delito de homicidio es, sencillamente, la muerte de otra persona. Las consideraciones realizadas con anterioridad en torno a la definición del momento final de la vida deben darse por reproducidas a la hora de establecer el momento en el cual se ha logrado la consumación del delito, pues si no llega a producirse esa solución vital, estaríamos hablando de las formas imperfectas de ejecución.

La relación de causalidad entre la acción y el resultado es elemento imprescindible dada la naturaleza (de resultado) del delito, siendo hoy pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia una cuestión que durante tiempo suscitó importantes debates: la conexión. El debate no surgió a propósito de aquellos casos en los cuales la solución mortal no presentaba interrupciones (soluciones) de continuidad. Vino de la mano de los supuestos en los que se producía o bien alguna interferencia o bien alguna duda en cuanto a la idoneidad en la relación acción-resultado. La compleja gama de matices que en el delito de homicidio (muchas veces debido a su extensa mecánica) ofrecía esta

cuestión derivó en múltiples y ricas reflexiones en torno a las distintas tesis que se fueron construyendo sobre la causalidad (9).

- La tesis histórica de la *equivalencia de las condiciones* equiparaba de modo complementario las distintas causas, sosteniendo que toda condición del resultado, por secundaria, alejada o indirecta que sea, es causa del mismo y por ello a efectos causales todas son equivalentes, entendiendo por condición todo factor sin el cual no se produciría el resultado. Fue objeto de diversas críticas, basadas en la construcción de un concepto desmedido de causa, lo que permitiría -incluso en conocidos supuestos que ilustran las publicaciones sobre la materia- retroceder en exceso la disección de factores llegando en muchos casos al absurdo.

- Le sucede en el catálogo la *tesis de la causalidad adecuada*, que sostiene que tan sólo es causa la condición generalmente aceptada para producir el resultado, y la condición se afirma o se niega en función de la previsibilidad del resultado. Previsible, objetivamente, es aquello que resulta concebible *ex ante* para la persona media. Esta teoría contó con bastante aceptación pero asimismo fue criticada por introducir consideraciones normativas y valorativas para decidir si la causa era idónea.

- La *relevancia de las condiciones* fue otra de las tesis más conocidas, intentando superar las grietas que presentaban las tesis anteriores y sosteniendo que tan sólo debe ser considerada a efectos penales como causa aquella condición que sea relevante. Ello exigía en primer lugar, que fuese adecuada, y además una interpretación ajustada a cada tipo, con el fin de poder aquilatar qué causas pueden ser afirmadas en cada supuesto concreto.

Sobre este panorama tradicional se alumbraron si no otras teorías, algunas evoluciones matizadas, que pueden clasificarse dentro de las teorías individualizadoras, las de la interrupción del nexo causal o la tesis de la prohibición del regreso. Pero el debate no terminaba de ofrecer nuevas y sugerentes reflexiones, dada la riqueza de supuestos a los que se enfrentaba. Así surge en la doctrina alemana del primer tercio del siglo XX (de la mano de Larenz, Honig y Engisch) un nuevo enfoque, que no es en sí mismo una nueva teoría de la causalidad (como a veces erróneamente pretende presentarse) sino un argumento complementario que permita superar los problemas interpretativos que habían generado las teorías anteriores. Un nuevo modo de afrontar la causalidad. No resulta baladí la afirmación puesto que para poder imputar objetivamente un resultado a una persona y sobre ello afirmar la autoría delictiva, partimos inexorablemente de la verificación de una relación de causalidad.

Pese a la afirmación constante de los criterios que han de sobreponerse a la relación causal (que al fin y al cabo es lo determinante) encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ligeros matices en torno a la tesis sobre la causalidad de referencia.

Así, de forma sintética nos dice la [STS de 11 de noviembre de 2013](#) (ROJ: STS 5576/2013) que:

"Tiene declarado esta Sala -cfr. [SSTS 37/2006, 25 de enero, 1611/2000, 19 de octubre, 1671/2002, 16 de octubre y 1494/2003, 10 de noviembre](#), que en la determinación de la relación de causalidad es la teoría de la imputación objetiva a través de la cual debe explicarse la relación que ha de existir entre la acción y el resultado típico. Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, constatación que se realiza *a partir de la teoría de la relevancia*, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado. Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que conforme a estos postulados, comprobada la misma causalidad material, la imputación del resultado requiere, además, verificar -como decimos en la [STS 470/2005, 14 de abril](#): a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal".

En otras sentencias (prácticamente simultáneas) se ha citado como base otra teoría causal, la de la equivalencia; así leemos en la [STS de 26 de Noviembre del 2013](#) (ROJ: STS 5705/2013) que:

"La relación causal entre la conducta realizada por los acusados y el resultado de muerte puede afirmarse, acorde con la doctrina de la imputación objetiva. Para esta doctrina no basta que alguien haya provocado los resultados típicos de modo causal y que haya creado, mediante su comportamiento, un riesgo desaprobado de la realización de tales resultados; es necesario, además, que estos resultados se configuren como la realización de un riesgo desaprobado creado por el autor, y ciertamente las conductas de los acusados eran idóneas para la producción del concreto resultado de muerte, idoneidad y concreción que no se ven afectados por la concurrencia de otras concausas que favorecieron el desenlace fatal como fue en este caso la prolongada permanencia en cama motivada por las profundas quemaduras sufridas. Para atribuir un resultado a una determinada conducta es preciso, en primer lugar, establecer *una relación de causalidad natural que, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, existirá siempre que* suprimida mentalmente la causa, debiera desaparecer el resultado. Establecida la causalidad natural mediante la relación entre la acción y el resultado, la atribución resulta limitada por la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, con los diferentes criterios de corrección establecidos por la doctrina y la jurisprudencia. No basta, entonces, con la presencia de un elemento que haya operado como causa natural, aún junto con otros, del resultado, sino que será preciso que este resultado sea precisamente una concreción del peligro creado con la acción. En este sentido se ha afirmado que "una determinada enfermedad de la víctima, [ello] no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva" ([STS nº 266/2006, de 7 de marzo](#)). De esta forma, la existencia de otros elementos causales concurrentes desde el punto de vista de la causalidad natural no impide la imputación objetiva del resultado, siempre

que pueda afirmarse que la conducta imputada ha sido creadora de un riesgo, jurídicamente desaprobado, en cuyo marco se ha producido la concreción de aquel resultado".

Por completar el panorama, no podemos omitir que también para la comisión imprudente se recurre a la determinación que viene de la mano de la imputación objetiva. Interesante resulta en este sentido la [STS 1502/2014, de 27 de diciembre](#). En ella se juzgó un supuesto fáctico... que se centraba en que un sujeto instigó a los autores materiales y directos para que dieran un susto a la víctima y le echaran ácido en sus genitales. Para ello agarraron al hombre en el garaje de su casa, ya de noche, y lo tumbaron en el suelo. Después lo sujetaron fuertemente con cintas adhesivas en las piernas, las manos y la boca, quedando totalmente inmovilizado y perdiendo el conocimiento la víctima, que tenía 79 años de edad. Y tras registrar las dependencias y armarios de la vivienda en busca de dinero o algún objeto de singular valor se ausentaron del lugar. Sin embargo, la víctima acabó falleciendo debido a que se asfixió al tragarse la dentadura cuando se encontraba inmovilizado por la cinta adhesiva. En la sentencia se condena a los autores materiales y al inductor (al margen de por una detención ilegal por la inmovilización de la víctima) por un homicidio imprudente.

## **B) El homicidio imprudente**

### *a) Consideraciones generales sobre la supresión de la imprudencia leve*

Una de las más importantes reformas acometidas por la [LO 1/2015](#), directamente relacionada con la derogación de las faltas ha sido la recolocación de las categorías en que se dividía la imprudencia (10).

La Exposición de Motivos (Preámbulo en nueva tendencia terminológica) de dicha Ley Orgánica dedica una acertada referencia a la aplicación del principio de intervención mínima, justificando la supresión del carácter penal de aquellas conductas productoras de lesiones por imprudencia leve, que a raíz de la reforma se reconducen a la vía jurisdiccional civil. Señala expresamente -repetimos, con acierto- que en la esfera penal deben incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, y de esta forma acota ahora tan sólo las lesiones y el homicidio imprudentes en dos preceptos:

- en el [142](#) el homicidio que se causa por imprudencia grave o menos grave
- en el [152](#) las lesiones que se causan por cualquiera de las dos modalidades de imprudencia.

El problema reside en definir estas nuevas categorías, por oposición a lo que en los [apartados 2 y 3 del antiguo artículo 621](#), se catalogaba como imprudencia leve.

Para delimitarlas, el punto de partida ineludible pasa por afirmar que la diferencia entre los grados de imprudencia (podríamos decir que no sólo penal) es puramente cuantitativa. Tradicionalmente contábamos con tres estadios: muy grave (en su día temeraria), grave y leve, y ahora se reducen a dos en la escala penal.

El problema reside en contar con criterios claros para encajar en uno u otro grupo una acción.

La jurisprudencia nos ofrece un innumerable elenco de pronunciamientos para tratar de precisar estos conceptos, y como veremos, no pueden reducirse a un análisis unívoco, sino que deberán contar, para ser lo más acertados posible, con una combinación de factores, posiblemente muy claros a la hora de distinguir dos situaciones extremas, pero -como siempre sucede en una escala gradual múltiple- no tan precisa a medida que vamos acercándonos a la franja limítrofe entre una categoría y otra. El blanco y el negro siempre resultan opuestos; el problema reside en la rica escala de grises.

En esa colección de afirmaciones jurisprudenciales a la que hemos apelado, tradicionalmente vino estableciéndose la diferencia entre las lesiones imprudentes constitutivas de delito de las que por su levedad eran una mera falta en orden a diversos criterios. Los elementos básicos eran comunes (producción de un resultado que sea la parte objetiva del tipo doloso, infracción de una norma de cuidado o advertencia de un peligro, y falta de voluntad sobre el resultado), pero la diferencia de categorías se fundaba en la intensidad de la acción.

- Así, entre otras muchas, la [STS 2161/2002, de 23 de diciembre](#), definía la categoría de falta por la menor desvaloración de la acción, apreciable en los casos de levedad de la imprudencia o bien por la menor desvaloración del resultado aún en caso de imprudencias graves excluido obviamente el resultado de muerte.

- Otras sentencias apelaban a la infracción de las normas más elementales de cuidado como característica de la imprudencia grave y añadían que la "jerarquía" categórica de la imprudencia era la de los bienes jurídicos que se ponen en peligro, con inmediata relación a la posibilidad concreta de producción de un resultado lesivo.

- En todo caso nos enfrentamos a un ámbito interpretativo casuístico, donde las circunstancias personales, objetivas y el contexto de la acción resultan determinantes.

La [STS de 11 de febrero de 2015](#) (ROJ: STS 385/2015) nos proporciona un excelente resumen de los pronunciamientos sobre la materia. A la hora de catalogar la imprudencia nos dice (FJ Tercero) que:

"... la jurisprudencia de esta Sala ([SSTS. 171/2010 de 10.3](#), [282/2005 de 25.2](#), [665/2004 de 30.6](#) y [966/2003 de 4.7](#)), señala que "el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada "culpa con previsión", cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera

con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito".

Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso.

De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo".

Todos estos criterios siguen siendo aplicables en la actualidad a las nuevas categorías; no nos queda más remedio, al menos hasta que por el Tribunal Supremo se llegue a definir la frontera que separa las figuras que perviven tras la reforma de 2015. Ello no obstante, tal vez no resulte aventurado pensar que no vamos a obtener comentarios que lleguen a expresarse con mayor precisión que todos los que ya se han vertido en las colecciones de jurisprudencia.

En la práctica, por tanto, contando con el elenco de aseveraciones invocado, desaparecida la imprudencia leve como base de un ilícito penal, lo que tenemos es que concretar en qué consiste ya no el escalón superior (la grave) sino la imprudencia menos grave.

Para esta determinación, a nuestro juicio y aunque parezca una obviedad, debemos partir de un principio: no es la leve. En verdad esta expresión parece impropia de un análisis que -aun siendo muy humilde- aspira a un mínimo de rigor. Trataremos de explicar su sentido.

En no pocas ocasiones, tal vez la convicción de que el denunciante (sobre todo en las lesiones) no pretendía el reproche penal sino realmente la indemnización económica, todos hemos "rebajado" la importancia de una acción imprudente alojándola -hemos de reconocer que muchas veces con cierto automatismo- en el juicio de faltas. Sobran ejemplos especialmente en el ámbito de los hechos de la circulación (falta de respeto a los semáforos o a otro tipo de señalización imperativa, exceso de velocidad...) que tras la reforma del **Código Penal** nos ponen ante un espejo del que posiblemente podamos aprender. Esta reforma, al despojar de naturaleza penal a la muerte o las lesiones

causadas por imprudencia leve está claro que persigue sustraer a la jurisdicción penal todo lo que antes se canalizaba por el juicio de faltas.

Pero aun así no se da respuesta completa a los interrogantes que suscita el nuevo escenario. Por una parte, la modificación legal operada, al acortar el catálogo y la escala de la imprudencia, ¿debe hacernos reconsiderar conceptos antes fácilmente desdibujados en el cajón de las faltas como por ejemplo previsión del riesgo, o deber elemental de cuidado?

Entendemos que a donde no puede llevarnos razonablemente el escenario normativo actual es al endurecimiento de los criterios jurisprudenciales, de tal modo que lo que hasta ahora vino considerándose digno de enjuiciamiento a través del proceso por falta (y tras la reforma se ve despenalizado) vaya a convertirse en delito menos grave. Ello sería tanto como contradecir abiertamente la intención del legislador, que quiso residenciar ante la jurisdicción civil ese tipo de conductas.

La realidad nos situará indefectiblemente ante la necesidad de reflexión sobre cuanto vino determinando en buena medida la inercia. Si acudimos a los ejemplos procedentes del ámbito de la circulación estaremos de acuerdo que la estadística judicial presente multitud de supuestos canalizados a través del juicio por faltas en los que se causaba el fallecimiento de la víctima, por ejemplo por atropello en un paso de cebra o tras la falta de respeto a una señal de stop. ¿No eran estas conductas una palmaria infracción de los más elementales deberes de cuidado? No podemos dudar acerca de una respuesta afirmativa. Y sin embargo, la calificación residenciaba la acción en el artículo 621 hoy derogado. Ahora, ¿vamos a elevar la misma conducta a la categoría de imprudencia menos grave y convertirla en delito? Razones argumentales seguramente no faltarían, pero la reforma habría alcanzado con ello un efecto contrario al que expresamente pretendió; sería un auténtico paso atrás, calificándose por los tribunales como delito lo que antes era una falta y el legislador de 2015 hizo desaparecer del Código Penal.

#### *b) Especial referencia a la imprudencia profesional*

El vigente artículo 142.1, párrafo cuarto, conserva la previsión del homicidio causado por imprudencia profesional grave en los mismos términos que el apartado 3 del antiguo precepto. La especialidad consiste en añadir a la pena básica (prisión de uno a cuatro años) la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de tres a seis años. Esta modalidad expresa no se contempla en el apartado 2 del mismo artículo, dedicado al homicidio por imprudencia menos grave.

Cuantos ejercemos jurisdicción, y particularmente en el orden penal, hemos tenido ocasión de enfrentarnos a este tipo de imprudencia en numerosas ocasiones; particularmente en el ámbito sanitario. Con incuestionable y superior frecuencia los asuntos que llegan a los tribunales se concentran en el resultado de lesiones, sirviendo

en líneas generales cuantas consideraciones se han hecho para este otro delito a la hora de analizar la proyección sobre el homicidio, pese a la precisión que se incluye en el último inciso del [apartado 1 del artículo 152](#) en referencia "al riesgo creado y el resultado producido". De todas estas consideraciones entendemos oportuno traer ahora a colación las siguientes.

Partimos de que la literalidad del tipo exige, ante todo, que nos encontremos ante una conducta negligente y grave, de tal modo que sólo las conductas de verdadera relevancia por omisión de las más elementales cautelas, tienen cabida en el precepto invocado.

Son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales que han abordado esta materia, encontrándonos a lo largo de todos ellos, si bien una constante prevención de determinación casuística, una determinación conceptual general, que pasa por la exigencia de que en la actuación de los profesionales sanitarios -en sus respectivas modalidades- se produzca una inobservancia palmaria de las reglas de la correcta praxis.

A título de ejemplo podemos citar la [SAP de Barcelona de 27 de septiembre de 2010](#) (ROJ: SAP B 7567/2010), que expresa (FJ 6.º) que:

"La imprudencia punible en cualquier de sus grados se asienta en tres presupuestos esenciales: es preciso, en primer lugar, la concurrencia de una acción u omisión llevada a cabo con inobservancia de normas y reglas de precaución o cautela, requeridos por las circunstancias del hecho, lugar y tiempo, tendentes a prever y, en su caso, a evitar un daño o perjuicio en el patrimonio jurídico ajeno. En segundo lugar, ha de existir el daño y perjuicio concreto, sobrevenido como consecuencia de aquella conducta negligente, en su doble vertiente de falta de previsión o "deber saber" y la falta de cuidado o "deber evitar". Finalmente, entre la actuación negligente y el resultado dañoso ha de mediar la correspondiente relación de causalidad, de causa a efecto, lo que a su vez generará la responsabilidad cuando el reproche sea imputable a persona determinada.

En el supuesto de que nos movamos en el terreno de la actividad sanitaria es necesario tener en cuenta, tal y como se señala entre otras en la [Sentencia del Tribunal Supremo de 18-11-1991](#):

- 1) Que la conducta de los técnicos sanitarios ha de entenderse en su justa valoración habida cuenta de que se trata de una de las actividades humanas que más riesgos pueden originar y proyectar, al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced además del acierto o del desatino de los profesionales.
- 2) Que se trata, pues, de una ciencia inexacta, con un plus esencial de exposición y peligrosidad, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones.
- 3) Que la práctica de las actividades sanitarias por los facultativos y técnicos correspondientes exige una cuidadosa atención a la Lex artis, en la que, sin embargo, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el

diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes.

4) Que, en consecuencia, la medicina no es una ciencia exacta, en tanto que en ella intervienen elementos extraños de difícil previsibilidad que pueden propiciar errores de diagnóstico o de cualquier otra naturaleza, los cuales si lo son dentro de lo tolerable, pueden escapar al rigor de la incriminación penal.

5) Que la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquel requiere.

6) Por lo demás, no es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable, acaso con mayor razón que en otros sectores, la individualizada reflexión sobre el supuesto concreto que se trate" (11).

El filtro establecido en la reforma de 2015, que parece obedecer a razones de índole político-criminal, en opinión de algún autor, en la práctica podría favorecer tanto un efecto centrípeto hacia la imprudencia grave por el hecho de ser una imprudencia profesional, como un efecto centrífugo hacia la imprudencia impune, por la vía, de la menos grave (12). Ante semejante sospecha cobran virtualidad las consideraciones anteriormente realizadas en torno a la nueva catalogación y la complejidad del replanteamiento de las categorías acuñadas.

### **C) Los tipos cualificados introducidos por la LO 1/2015**

En la nueva redacción del artículo 138 se introduce un apartado 2 que impone al homicidio la pena superior en grado:

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

Estas modalidades agravadas no figuraban en el Anteproyecto que se sometió a informe del Consejo General del Poder Judicial; fueron introducidas más tarde. El Preámbulo de la LO de reforma del Código Penal dedica a la justificación de la modificación de los delitos contra la vida humana uno de sus más breves apartados: el X. En cuanto se refiere al homicidio se limita a señalar, por una parte, que las circunstancias que cualifican el asesinato en la (nueva) configuración agravada del artículo 140, se han incorporado

también al homicidio por coherencia; al mismo tiempo se ha previsto la agravación de este delito cuando recae sobre autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad especialmente de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- Por cuanto se refiere a los supuestos comprendidos en *la letra a)* (los del asesinato agravado), como recogen de modo unánime los comentaristas de la reforma, esa coherencia a la que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley fue sugerida en el informe emitido por el Consejo Fiscal a la versión del Anteproyecto (en la que el Consejo General del Poder Judicial no había entrado). Acogida la sugerencia (más bien era una crítica su falta de reflejo en el homicidio) pasó al texto del proyecto que se sometió a las Cámaras. Tendremos oportunidad de comentar los supuestos de agravación cuando abordemos el análisis del asesinato. De todos modos, si la "trasposición" al homicidio viene impuesta por no dejarlo huérfano de una configuración paralela a la del asesinato, entramos en una espiral peligrosa, por cuanto la reforma parece obedecer en este punto a un contagio de endurecimiento que no siempre encuentra fácil explicación.

- *La letra b) del nuevo apartado 2 del artículo 138* contempla la pena agravada cuando los hechos además de homicidio sean constitutivos de un delito de atentado, del *artículo 550*. Entroncando con la justificación antes plasmada (de fortalecimiento en especial de la protección que merecen los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Considera algún autor que tampoco en la redacción de este precepto ha estado afortunado el legislador, ni desde el punto de vista gramatical ni desde las consideraciones jurídico penales (13).

La crítica resulta sumamente acertada. El delito de atentado, contemplado en el *artículo 550* consiste en agredir, acometer o bien en oponer resistencia grave y violenta a las personas y cargos catalogados en dicho precepto (notoriamente ampliado en la reforma de 2015). Lo que se ha introducido en el nuevo *artículo 138.2.b)* no es un atentado especial, sino el homicidio de quien sea autoridad, agente de la misma o funcionario cuando se encuentre en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. De ahí que no nos hallemos -como parece dar a entender la expresión del precepto- ante un concurso ideal de delitos, sino ante lo que se ha denominado un delito complejo (el homicidio cometido en el marco del atentado).

Como hemos reiterado, el legislador ha expuesto que esta nueva figura responde a una finalidad: fortalecer especialmente la protección de los miembros de las fuerzas de seguridad. Nuevamente nos encontramos ante la opción del endurecimiento de la pena (en este caso alojándola en un nuevo tipo penal) como mecanismo de incremento de la prevención general. ¿Es adecuado en este supuesto?

Desde la promulgación del *Código Penal de 1995*, la reforma que se materializa en la *Ley Orgánica 1/2015* hace la número treinta. Como han resaltado los más destacados

comentaristas penales españoles, todas ellas han tenido un denominador común: el agravamiento de las penas y la creación de nuevos delitos, y ello pese a que España disponía ya de "un arsenal punitivo" más que considerable en nuestro Derecho comparado, y era el país con uno de los índices más bajos de criminalidad -violenta y no violenta-, pese a lo cual viene ocupando el primer lugar en lo que se refiere a personas privadas judicialmente de libertad en términos proporcionales. Ello pudiera reconducirse a que nuestro **Código Penal** "era tal vez el de mayor severidad de la Unión Europea" (14). En este escenario, en nuestra opinión, justificar en razones de política criminal relacionadas con la prevención general el incremento de las penas, y en el delito de homicidio en particular a través de la instauración de la modalidad agravada, carece de suficiente fundamento. A través de la función preventiva general del Derecho penal se persigue que los ciudadanos, por miedo al castigo, renuncien a la comisión de delitos. A través de la prevención especial lo que se busca es que aquella persona que haya delinquido, y haya cumplido una pena, renuncie a delinquir de nuevo en el futuro ante el temor de volver a sufrir el castigo jurídico (al margen de la resocialización que resulta inherente a la pena de acuerdo con la **Constitución**).

En el delito de homicidio, la agravación que se introduce en las modalidades del **apartado 2 del artículo 139** no garantiza que se cumpla la finalidad de prevención general, ni tampoco (dada la duración de la pena que ya corresponde al tipo básico) la de prevención especial. ¿Cuál ha podido ser entonces el motivo del endurecimiento de la figura homicida? Para responder a esta cuestión no podemos más que acudir de nuevo a lo expuesto en el Preámbulo de la reforma; concretamente a una de sus afirmaciones: la búsqueda -según la lectura del legislador que impulsó y aprobó la reforma- de una respuesta penal que la sociedad perciba como justa. Ello implica atribuir a "la sociedad" (a toda la sociedad) una demanda de castigo a los delincuentes que las Cortes Generales de 2015 entendieron orientada a todas las figuras y materias que se ven modificadas al alza mediante la reforma legal que venimos comentando. No podemos ignorar que fenómenos como el terrorismo, o el homicidio o el asesinato de jóvenes, por no referirnos a los delitos contra la libertad sexual, provocan siempre una reacción enérgica por parte de la aplastante mayoría de la sociedad. Por otra parte, no es un tópico la descalificación que tantas veces ha sufrido nuestro sistema penal por parte de la ciudadanía al achacarle que el cumplimiento de las penas era en la práctica una traición a la entidad o duración formal de la condena impuesta. Pero no deja de ser una contradicción el que en la reforma comentada, al lado de ese endurecimiento tradicional de los delitos y de las penas, se pretendan presentar otras figuras como una flexibilización del sistema moderna y adaptada a los tiempos; así sucede por ejemplo en materia de suspensión de la ejecución de las penas.

Tal vez por medio de un sistema de cumplimiento más acabado pudiera combatirse mejor que a través del endurecimiento cronológico esa invocada percepción social de injusticia.

## 2. El asesinato

El segundo de los delitos que pretenden comentarse en esta ponencia ha sido objeto asimismo de una modificación en consonancia con el anterior, al alza en la pena y en sus modalidades, si bien la instauración de la pena de prisión permanente revisable en la modalidad agravada del nuevo artículo 140 concentra el foco de atención desde el inicio. Como se ha dicho por algunos autores, la introducción en nuestro sistema penal de la figura estrella de la reforma de 2015, la prisión permanente revisable, condiciona la revisión de los tipos. De acoger literalmente esta visión, no nos encontraríamos ante una pena conceptuada como la consecuencia jurídica del delito, sino con el concepto inverso, como la genuina razón de la instauración del delito. Todo un giro conceptual al Derecho penal.

Lo cierto es que no puede ignorarse la interferencia del debate en torno a esta pena en la reforma del delito de asesinato, y a ello dedicamos alguna de las cuestiones que se someten a reflexión en este curso. Pero a efectos sistemáticos resulta necesario también recordar los elementos que integran la arquitectura general del delito de asesinato, pues tan sólo partiendo de ella podremos dar respuesta a algunos de los interrogantes que presenta la reforma, particularmente en el escenario concursal con el delito de homicidio. Al expresar esta idea en tales términos estamos sembrando asimismo una de las reflexiones recurrentes en torno al asesinato: la que versa sobre su autonomía con respecto al homicidio. Todo un clásico.

Suele remontarse la doctrina al año 81 a. C., concretamente a la *Lex Cornelia Sicariis et beneficiis*, impulsada por SILA para el castigo de diversas formas del crimen de homicidio para justificar que históricamente se ha venido castigando con mayor severidad la muerte de otra persona mediante el empleo de medios o instrumentos de especial crueldad. En el Derecho penal español, el primer Código Penal, el de 1822, distinguía entre el delito de homicidio y el de asesinato. En el artículo 605 se proclama que es homicidio voluntario el cometido espontáneamente, a sabiendas y con intención de matar. En el artículo 609 se decía que son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes... (en virtud de dones o promesas, con previa acechanza, con alevosía o a traición y sobre seguro, con sustancias o bebidas venenosas, con la explosión, con

tormentos, con el fin de cometer cualquier otro delito... o con el de impedir que se estorbe o embarace la misma ejecución...).

En el **Código de 1848** se reducen y concretan las circunstancias que definen el asesinato (en el **artículo 418**: alevosía / precio o promesa remuneratoria / inundación, incendio o veneno / premeditación conocida / ensañamiento), definiéndose el homicidio simplemente como la acción de matar a otro no concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo anterior y sin estar comprendido en la figura del parricidio (**artículo 419**).

Como podemos comprobar, desde entonces el esquema dual de los delitos nucleares contra la vida humana independiente se mantuvo en los sucesivos textos punitivos que le sucedieron hasta nuestros días.

La doctrina siempre estuvo dividida en torno al debate sobre la verdadera autonomía del asesinato. Comparte bien jurídico con el homicidio, elementos subjetivos básicos, contenidos del injusto, participación... Lo que ha caracterizado al asesinato son las formas de ejecución o las circunstancias, que, extraídas (selectivamente) en origen del catálogo de agravantes general, se anudan a la acción de matar para conformar el homicidio cualificado en asesinato. Como señala GANZËNMULLER, la cuestión excede del interés puramente doctrinal. Si estimamos que las circunstancias mencionadas en el **artículo 139** son agravantes genéricas sería de aplicación el régimen de las circunstancias modificativas; por el contrario, si entendemos que se trata de circunstancias propias constitutivas del delito de asesinato, el régimen aplicable será el del error y la participación. Las consecuencias son, evidentemente, muy distintas (15).

Como hemos avanzado al comienzo de estas páginas, la diferencia que presenta el **Código de 1995** con relación al **de 1973** puede ser indicativa. Mientras en el texto predemocrático el Título VIII del Libro II del **Código Penal** se rotulaba "Delitos contra las personas" (englobando al homicidio, el asesinato, el aborto...) el Título I del mismo Libro del **Código de 1995** se denomina "Del homicidio y sus formas". Esta variación expresiva encierra un significado mucho más próximo a la tesis de quienes defienden la identidad ontológica entre una y otra figura (16).

Resultan de absoluta aplicación las breves consideraciones expuestas a propósito de los sujetos en los comentarios anteriores al homicidio, y en buena medida a propósito de la acción. Esta, como conducta propia de matar a otra persona, ha de insertarse en alguna de las modalidades comisivas que de forma expresa se relacionan en el **artículo 139**, que por tanto pasan de ser simples circunstancias a verdaderos elementos constitutivos del delito. Bien es cierto que en cuanto a la comisión por omisión tropezaremos con más que serias dificultades en determinadas modalidades, como la alevosía o el ensañamiento. Y del mismo modo, el dolo eventual ofrecerá diferencias sustanciales (17).

Veamos a continuación las circunstancias que cualifican o individualizan al asesinato en sí mismo.

### **A) Circunstancias cualificadoras generales**

En nada ha cambiado la reforma de 2015 las tres primeras circunstancias que cualifican al homicidio como asesinato y que se habían estabilizado en el **Código Penal** desde hace ya muchas versiones. La novedad reside en la instauración de una nueva circunstancia, instrumental, cual es la de facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra. Consecuentemente, dejaremos constancia en primer lugar de las líneas generales que en la jurisprudencia han venido definiendo las tres "clásicas".

#### **Art. 139.1.1.<sup>a</sup>. La alevosía.**

En el **artículo 139** no se contiene definición alguna de esta circunstancia, que en el **artículo 22 del Código Penal** se conceptúa como el empleo en la ejecución de los delitos contra las personas de medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo para la persona del autor que pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. En definitiva, se trata de asegurar la indefensión de la víctima.

La **STS de 23 de mayo de 2011** (ROJ: STS 3781/2011) nos recuerda, entre otras muchas, que la jurisprudencia de la Sala Segunda:

"viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; 371/2009, de 18-3; 854/2009, de 9-7; y 1180/2010, de 22-12).

En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala distingue en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía *proditoria* o *traicionera*, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía *sorpresiva*, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía *por desvalimiento*, en la que el agente se

aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de *alevosía sobrevenida* tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada (SSTS 178/2001, de 13-2; 1214/2003, de 24-9; 949/2008, de 27-11; 965/2008, de 26-12; 25/2009, de 22-1; 93/2009, de 29-1; 282/2009, de 10-2; 854/2009, de 9-7; y 1180/2010, de 22-12)".

#### **Art. 139.1.2.<sup>a</sup>. Precio, recompensa o promesa.**

La STS de 2 de abril de 2014 (ROJ: STS 1817/2014) señala que:

"En cuanto a la agravante de precio, la jurisprudencia ha señalado que para poder apreciar la agravante de precio o recompensa "... es preciso que sea claramente el motor de la acción criminal, requiriendo las siguientes circunstancias para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibo o promesa de una merced de tipo económico para la ejecución del hecho delictivo; b) en cuanto a la culpabilidad, que el precio influya como causa motriz del delito, mediante el "pactum sceleris" remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio; y c) en cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que revela" (STS 791/1998, de 13 de noviembre)".

También afirma la STS de 12 de marzo de 2012 (ROJ: STS 2558/2012) que:

"no basta el conocimiento de la existencia de precio como motor de la conducta de algunos de los demás implicados, pues, con todo, se exige que se haya actuado "por" -o "mediante"- "precio, recompensa o promesa" (arts. 139, 2 y 22, 3 del Código Penal)".

#### **Art. 139.1.3.<sup>a</sup>. El ensañamiento.**

Destaca la STS de 7 de abril de 2016 (ROJ: STS 1443/2016) que:

"el ensañamiento exige un propósito deliberado, previamente configurado o bien ejecutado en el momento de comisión de los hechos. Es necesario que denote el deseo de causar sufrimientos adicionales a la víctima, deleitándose en la perversa metódica forma de ejecutar el delito, de manera que la víctima experimente dolores y sufrimientos innecesarios para alcanzar el resultado. Su apreciación -dice la STS. 61/2010 de 28.1-, exige que la dinámica comisiva sea expresiva de lo que un comentarista clásico llamó *la maldad brutal*, la maldad de lujo, sin finalidad, por el

simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira un momento y a la que se añade el elemento objetivo de la innecesaria de esos males para la ejecución del fin propuesto.

En definitiva, se trata de una modalidad de tortura realizada por un particular y por tanto atípica, innecesaria para causar el resultado y que produce sufrimiento físicos e incluso mentales ya que no puede descartarse el ensañamiento moral, sometiendo a la víctima a una angustia psíquica tan insufrible como el daño físico".

La STS de 22 de febrero de 2016 (ROJ: STS 539/2016) nos dice que:

"El artículo 139.3.º del Código Penal se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión "aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido". Por su parte, el artículo 22.5.ª, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito". En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima, provoca, de forma deliberada, un aumento en el dolor de la víctima.

Se requieren, pues, dos elementos. Uno objetivo constituido por una forma de actuar que, en relación con la que, dados los hechos, habría sido posible, supone un aumento del dolor o sufrimiento de la víctima. En este sentido, ambos preceptos, coinciden en exigir un aumento del dolor del ofendido o del sufrimiento de la víctima, aunque solo el artículo 22.5 precisa cómo se alcanza, al referirse a padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Aunque es cierto que la literalidad del artículo 139.3 permitiría prescindir de consideraciones relativas a la innecesaria de los males causados, pues bastaría que la forma de ejecutar la muerte suponga un aumento del sufrimiento de la víctima, es cierto también que los parámetros según los que se ha de medir ese "aumento", bien pueden relacionarse con los sufrimientos inherentes (y por ello necesarios) a una ejecución del delito sin ensañamiento.

Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima, (STS núm. 1554/2003, de 19 de noviembre). Es preciso, pues, que el sujeto se proponga aumentar el dolor o sufrimiento de la víctima, o bien que perciba su causación y, aceptándola, continúe con esa forma de ejecución".

*Art. 139.1.4.ª. La finalidad instrumental* que se instaura en la reforma de 2015 pasa por la comisión del asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

Decíamos hace un instante que mientras las tres circunstancias que cualifican al delito se habían estabilizado en el Código Penal desde hace muchas versiones, esta última es una innovación de la reforma. Con tanta contundencia no puede sostenerse esta afirmación. Si acudimos al repaso de los textos penales comprobamos que alguna reminiscencia similar se hallaba en la versión del asesinato nada menos que en el texto

de 1822. Sin duda no ha sido ésta retrosección histórica la intención del legislador de 2015, pero desconocemos qué motivo le llevó a instaurar la nueva cualificación. Ninguna explicación ofrece al respecto la Exposición de Motivos de la ley ni tampoco alcanzamos a comprender la razón de necesidad de la innovación.

Al igual que había hecho el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica, se ha criticado en la doctrina la instauración de la nueva figura (18). Por una parte dado que ninguna demanda doctrinal ni social se había detectado para su introducción.

Las razones sobre las que se sustenta la crítica son varias. Por una parte se afirma que la persona que comete un asesinato con alguna de los fines establecidos en el nuevo apartado 4.º del precepto, no comete *per se* una conducta más grave que la de asesinar; por otra se añade que el Código Penal daba ya respuesta suficiente al supuesto que ahora es cualificante a través de las figuras del concurso medial o del encubrimiento; por último se dice que la nueva circunstancia puede ocasionar problemas concursales de difícil solución y podría incluso lesionar el principio *non bis in idem* (19).

Otros autores detectan la existencia de esta circunstancia en algunos textos de nuestro Derecho comparado (alemán, francés e italiano) y plantean igualmente duras críticas a la innovación que se produce en lo que llegan a calificar "esta desgraciada reforma" (20). El arranque de esta puesta en cuestión que nos parece más interesante es que señala que se trata de algún modo de resucitar la vieja polémica en los delitos contra la vida sustentada en la cuestión de "los motivos reprochables". Carece de proporcionalidad desde varios puntos de vista (el de la motivación, el de la penalidad, el de su configuración estructural) y puede comportar importantes elementos de confusión en la práctica.

En suma, a falta de esa justificación que el legislador estaba obligado a darnos en el Preámbulo de la ley -el diario de sesiones de los debates parlamentarios no resulta suficiente- lo único que podemos alcanzar es una razonable perplejidad. Ni la práctica, ni la doctrina, ni siquiera el tan poderoso móvil para los grupos parlamentarios como son los casos reales mediáticos justifica en este caso concreto (en otros ya veremos que pudo ser) la introducción de esta nueva circunstancia que endurece el panorama descriptivo del asesinato.

Por el contrario, parece unánime poder decir que ninguna crítica hubiese recibido la reforma si en la configuración del asesinato, hubiese mantenido incólume, el texto anterior. Probablemente a propósito de otras modificaciones también pueda decirse lo mismo.

Para concluir, el artículo se adiciona en un apartado 2 que obliga a la imposición de la pena en la mitad superior cuando en la comisión del asesinato concurra más de una de las circunstancias que lo caracterizan. No puede calificarse esta adición sino como una

muestra más, en consonancia con el espíritu de la [Ley Orgánica 1/2015](#), de incrementar la dureza del tratamiento penal que inspira la reforma.

Pudiera pensarse que la nueva imposición está en consonancia con el régimen general de individualización de la pena en función de las circunstancias que viene establecido en el [artículo 66 del Código Penal](#). La [regla 3.ª del apartado 1](#) establece que si en la comisión de un delito se aprecia la concurrencia de una o dos circunstancias agravantes, se impondrá la pena correspondiente en la mitad superior de la que fije la ley para el delito. Dado que en el asesinato las agravantes recogidas en el [artículo 139](#) son circunstancias no modificativas de la responsabilidad sino constitutivas del propio delito, la indicación del tramo superior parece guardar cierto paralelismo con la citada regla del régimen ordinario. Una vez más cuanto podemos decir es que también en el texto anterior se definía el asesinato en virtud de varias circunstancias, y no se contemplaba esta regla específica.

### **B) El subtipo agravado**

La reforma del [Código Penal](#) de 2015 pasará a la historia por muchas cosas, pero si tuviésemos que sintetizarlas a su mínima expresión casi podemos decir que por dos de ellas: la modificación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la instauración de la pena de prisión permanente revisable. Ya tuvimos ocasión de hacernos eco de alguna opinión doctrinal que relaciona de modo inescindible la reforma del asesinato con la necesidad de encontrar tipos a los que aplicar la nueva pena máxima. Sin entrar de nuevo en ello, lo que es claro es que la reforma de los delitos contra la vida humana independiente en esta Ley Orgánica gira en torno a las modalidades agravadas del asesinato comprendidas en el [artículo 140](#).

1. La primera forma máxima que instaura el legislador en este artículo se refiere al supuesto de que la víctima sea menor de 16 años o se trate de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. Es lo que se ha denominado la cualificación por la condición de la víctima.

La elección de la edad límite por debajo de la cual se considera que la acción tiene un desvalor más acentuado sí resulta sin duda una opción de política legislativa que parece querer otorgar una mayor protección (¿desde la prevención general?) a los menores frente al delito más grave que tiene cabida en el Código. Ahora bien: por una parte, esa indiscriminada barrera siempre nos conducirá al interrogante de si causa el mismo rechazo (ya que del desvalor de la acción estamos hablando) la muerte de un niño pequeño que la de un adolescente. Pero no es éste el mayor interrogante que suscita la nueva figura.

La dualidad del precepto (menores de 16 años o personas especialmente vulnerables) nos coloca ante una reflexión (que también es aplicable al homicidio agravado) ineludiblemente relacionada con un posible planteamiento concursal. La muerte de una persona especialmente vulnerable (por su corta edad, su enfermedad o su discapacidad) ya merecía en el **Código Penal** un reproche mayor y una sanción agravada: la que viene de la mano de la apreciación de la alevosía en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De acuerdo con las sentencias anteriormente citadas, y en consonancia con el concepto de alevosía (como forma de comisión del delito valiéndose de la indefensión de la víctima) la situación de los menores y de las personas aquejadas de alguna circunstancia que le convierta en "especialmente vulnerable", era lo que caracterizaba la modalidad de ejecución de la muerte aprovechándose del desvalimiento.

La cita de sentencias podría ser sumamente extensa. Sólo a título de ejemplo, podemos dejar constancia de la **STS de 19 de enero de 2007** (ROJ: STS 476/2007): asesinato de una niña de 4 años de edad, en la que se aprecia alevosía de desvalimiento. O constatar, en términos de la **STS de 30 de marzo de 2006** (ROJ: STS 2861/2006), que es constante la jurisprudencia al apreciar alevosía en los supuestos de delitos contra la vida "cuando se trata de personas indefensas o en nítida situación de inferioridad, junto a las formas traicioneras, súbitas o sorpresivas o cuando la indefensión es provocada por el propio agresor (además de la citada, **S.S.T.S. de 15/03 y 01/10/99, 04/02 y 13/03/00, 20/06/01, 11/06/02 y 30/09/03**) (**S.T.S. 557/05**)".

Esa situación de vulnerabilidad que es constitutiva de la alevosía puede deberse a muy diferentes causas, y sin embargo la nueva redacción del subtipo agravado que comporta la prisión permanente revisable las acota en tres: edad, enfermedad o discapacidad. Querrá ello decir que nos hallamos ante un subtipo agravado de individualización reduplicada. Si ya se configura el asesinato por la alevosía (común) de desvalimiento, para decretar la tipicidad de una conducta con arreglo a este nuevo subtipo agravado habrá de procederse a la individualización pormenorizada de la propia alevosía, de tal modo que sólo en los supuestos extremos de desvalimiento por alguna de las tres causas tasadas estaremos en disposición de subsumir la conducta en el **artículo 140.1º**.

La propuesta puede parecer un exceso de reflexión, pero si la intención del legislador hubiese sido la calificación directa y sin matices de la muerte de un menor de 16 años o de una persona especialmente vulnerable como asesinato agravado, no es exagerado afirmar que existen supuestos en los que nos hallaríamos ante un concurso de normas, pues el mismo caso puede ser o bien un homicidio agravado (del **artículo 138.2. a**), o un asesinato (clásico, del **artículo 139.1.1.º** según la modalidad de desvalimiento), o un asesinato agravado del **artículo 140.1**. La respuesta vendrá dada, a fin de no incurrir en interpretaciones maximalistas, por el principio de especialidad. La duda no encuentra en la práctica tan fácil solución.

## 2. Asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual.

No es difícil encontrar en esta figura una clara motivación social, y muy particularmente la presión suscitada a raíz de determinados sucesos de amplia resonancia mediática. El incuestionable rechazo social que han provocado algunos casos conocidos sin duda ha provocado que el legislador se decantase por la instauración de esta figura agravada y no por otras en las que el asesinato es "complemento" de otros delitos contra bienes jurídicos también personalísimos (por ejemplo la libertad).

En absoluto pretendemos minorar ni la realidad de este rechazo ni su comprensible motivación. Pero tal vez ya encontrase respuesta esta situación delictiva compleja en el **Código Penal** a través de la aplicación de la figura del concurso. Claro está, que esta solución técnicamente tradicional, no abarcaba la posibilidad de imposición de la pena de prisión permanente revisable.

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

De conformidad con lo dispuesto en el **artículo 570 bis CP**, "se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos". En el **artículo 570 ter** "se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos".

Desde el punto de vista de la justificación social de la norma penal no puede negarse que la pertenencia a grupos y organizaciones criminales suscita en toda sociedad democrática un rechazo superior en nuestros días a cualquier otra circunstancia. El azote del terrorismo, no sólo en España, ha ido creando una conciencia colectiva sobre la necesidad de responder con dureza desde la ley que no admite discusión. Es, por lo tanto, difícil entrar en crítica hacia el precepto desde esta base argumental.

Ahora bien: desde los postulados del Derecho penal moderno, y muy particularmente desde el abandono de la defensa del Derecho penal de autor, este subtipo agravado sí presenta una grieta palmaria. Castiga con la pena de prisión permanente revisable al autor de un asesinato que pertenezca a un grupo u organización criminal. No distingue ni precisa el motivo del delito ni su relación con la actividad criminal, de tal modo que, literalmente, parece aplicable el precepto de forma directa a quien cometa un asesinato - sea cual sea el móvil o el contexto- siempre que se demuestre que el autor es integrante del grupo u organización, y aunque el delito en concreto no tuviese relación con la actividad propia de estos.

De prosperar esta lectura sí que estaríamos ante un enfoque propio del Derecho penal de autor, y si ello fuese así, la reforma entraría en franca colisión con la tendencia correcta.

4. En el apartado 2 del nuevo artículo 140 se prevé no la inclusión en el subtipo agravado, sino la aplicación de la pena de prisión permanente al autor de asesinato que hubiese sido condenado por la muerte de más de dos personas. Asimismo se remite al artículo 78 bis.1.b) (mínimo de cumplimiento para la progresión al tercer grado) y 2.b) (tiempo mínimo de cumplimiento para la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena). Ya tuvo ocasión el Consejo General del Poder Judicial de plasmar en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica la imprecisión de la que adolece el precepto. Concretamente decía que "los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones. Parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia. Sin embargo, la redacción del precepto admite otras interpretaciones, como por ejemplo que bastaría que sólo una de las muertes sea asesinato, que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece". La recomendación, como hemos podido comprobar en tantas otras ocasiones a lo largo de los años, fue completamente ignorada.

### 3. El suicidio

La reforma introducida por la LO 1/2015 no afectó a la regulación de las figuras relacionadas con el suicidio previstas en el artículo 143 del Código Penal. Tal vez se haya perdido una oportunidad excelente para dar un nuevo tratamiento a la eutanasia, tema de permanente interés y que de forma somera analizaremos en el presente trabajo para abordar las distintas formas delictivas que se incluyen en el mismo Título.

Las modalidades delictivas que contempla dicho precepto son tres: la inducción al suicidio, la cooperación no ejecutiva, y la cooperación activa con la víctima que sufre enfermedad o padecimientos incurables y difíciles de soportar. La materia ha sido objeto de numerosos estudios e iniciativas, y se ha visto asimismo -en cuanto a la última de las figuras enunciadas- influida por una ya copiosa legislación autonómica en materia de derechos del paciente.

Partimos en cualquier análisis de la afirmación de la disponibilidad de la vida como bien jurídico por parte de su titular. Desde esta posición -que no ha sido siempre unánime y a la que ha acompañado una intensa polémica- resulta que el suicidio, como acto y decisión personal, es impune. Al margen de reflexiones de índole estrictamente moral, lo cierto es que el tratamiento que otorga el Código Penal a los actos de "apoyo" a la ejecución de esa decisión suicida relativiza, desde el punto de vista general, esa

concepción de la vida como un bien absolutamente disponible (21). Como en tantas otras ocasiones, debemos enmarcar con serenidad este debate dentro del escenario de colisión de derechos fundamentales; y el que sin duda se enfrenta con la vida en estos casos es de la libertad; de esta conjunción no puede separarse en ningún caso la presencia de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social. Del peso que se conceda a este conjunto de derechos y valores otro en cada caso, resultará una solución jurídica distinta. Y, por supuesto, múltiples visiones de una cuestión que nunca resulta pacífica.

Con carácter general, y en los escasos pronunciamientos que podemos encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede citarse la *Sentencia de 23 noviembre de 1994, Recurso 17/1994*, exponiendo una doctrina elaborada al amparo del *Código Penal* anterior pero plenamente aplicable al actual *artículo 143* del vigente, en la norma del *art. 409 CP* se conjuntan tres modalidades punitivas: la inducción y el auxilio no ejecutivo al suicidio, ambas en el inciso 1.º, y el llamado homicidio-suicidio, a su vez designado como auxilio ejecutivo al suicidio, inserto en el 2.º inciso. Común a las varias figuras son los elementos de la muerte del suicida y la propia existencia de un suicidio en cuánto muerte querida y buscada por parte de una persona imputable. El suicidio consumado naturalmente no es delito ni puede serlo y la ley ni siquiera castiga el suicidio frustrado ni la tentativa (S 12 dic. 1944). El *art. 409* castiga la inducción al suicidio, el auxilio al mismo, que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesorio, y tanto activa como pasiva, que requiere, en todo caso, el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas o morales -piedad, respeto, afecto o sumisión-, pero también a móviles abyectos, y el auxilio hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, al que la doctrina denomina homicidio-suicidio, homicidio consensual, homicidio consentido, auxilio ejecutivo al suicidio o, finalmente, homicidio concertado con la víctima que desea morir, figura delictiva que requiere inexcusablemente la anuencia del sacrificado (S 15 dic. 1977).

### **A) La inducción y el auxilio al suicidio**

La modalidad contemplada en el *artículo 143.1* es una forma de participación peculiar, no equiparable a la prevista en el *artículo 28 del Código Penal*, pues en lo que se participa no es en un delito, dado que el suicidio -como acto y decisión de quien se quita la propia vida- es el elemento inescindible del tipo. El elemento de la decisión cobra una fuerza brutal.

Se ha llegado a debatir incluso sobre el propio concepto de suicidio. No estimamos que la reflexión merezca más debate: el suicidio implica que un sujeto, y no un tercero, sea

quien disponiendo de su vida, decide ponerle fin. La cuestión no radica en la decisión en sí misma, sino en la capacidad del sujeto para adoptarla; en plenitud y libertad.

*En la inducción al suicidio*, el elemento determinante es el que incide en la determinación de la voluntad del suicida. De no existir este tipo penal, dada la naturaleza accesoria de la participación delictiva, el comportamiento de un tercero encaminado (y logrando su objetivo) a conseguir que otra persona se suicide, sería impune.

La acción descansará sobre una conducta psicológica, capaz de convencer a quien finalmente va a quitarse la vida, de que alcance este resultado. Y el resultado ha de lograrse. La discusión descansa sobre los supuestos en los que el inductor no logra su propósito. Podríamos estar hablando de una proposición, pero este enfoque no casa con el concepto de proposición que se contempla en el [artículo 17 del Código Penal](#) dado que lo que está proponiendo no es un hecho punible (el suicidio ajeno).

Desde este punto de vista, conceptuándose la muerte del suicida como una condición objetiva de punibilidad, no caben las formas imperfectas de ejecución en los supuestos en los que el autor, pese a su empeño, no logra convencer a la víctima. El delito sólo admite la consumación.

*En el auxilio al suicidio*, previsto como cooperación en el [artículo 143](#), en cuanto a la acción, nos hallamos ante una modalidad ejecutiva. La sentencia antes citada señala que "el auxilio al suicidio supone una colaboración, una prestación coadyuvante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto de acabar con su propia existencia. Tiene como límite inferior de la tipicidad la existencia de una mínima aptitud o eficiencia de la conducta desplegada por el sujeto activo en orden a la efectividad de los actos desplegados respecto del suicidio ajeno, y como límite máximo la propia ejecución material de la muerte del suicida, lo que llevaría a la aplicación del último inciso del referido artículo, auxilio ejecutivo al suicidio o ejecución material de la muerte consentida".

## **B) Breve referencia a la eutanasia**

Las apelaciones de la dignidad de la persona a la hora de enfrentarnos al eterno tema de la eutanasia nunca pueden dejar de encabezar cualquier aproximación a su debate. El derecho a una muerte digna no puede jamás implicar un desprecio por el derecho a la vida. Muy al contrario, conecta más con la dignidad. Así queda centrada cualquier aproximación al análisis jurídico de la eutanasia en los términos del [artículo 143.4 del Código Penal](#), excluyéndose otras figuras que a veces se confunden con ésta y no resultan equiparables (eugenesia...).

El precepto delimita muy concretamente los requisitos sobre los cuales se define el delito. Estamos ante la eutanasia consentida pues ha de contarse ante todo con una

petición expresa e inequívoca del enfermo (lo de sería es más un anclaje de la rotunda voluntad del enfermo). Esta manifestación de voluntad deja fuera del tipo aquellos otros supuestos en los cuales se produce la muerte del paciente (aunque concurren los demás requisitos) sin su expresa petición. Estaríamos, en una aproximación muy básica, ante un delito de homicidio, o en su caso, asesinato, si bien esta conclusión no resulta de fácil mantenimiento en todos los casos. Especialmente surgen problemas interpretativos en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante personas que, sumidas en una situación irreversible o con padecimientos incurables, no se encuentran capacitadas (o en condiciones) de prestar por sí mismas un consentimiento o de expresar esa firme y clara voluntad tendente a la eutanasia. Nuevamente la presencia del derecho a una muerte digna ilustra el cúmulo de debates que vienen desarrollándose en torno a estas situaciones, en el marco de una clara tendencia social hacia un cambio de mentalidad que conjugue adecuadamente todo tipo de derechos (22).

Pero además, el precepto se encabeza con la descripción de la acción: causar o cooperar activamente con actos necesarios y directos a la muerte. Esto implica, como es sabido, la atipicidad de la eutanasia pasiva, concurrente en aquellos casos en los que el paciente ha expresado su voluntad de no ser sometido a tratamientos que prolonguen inútilmente su vida, casos que suelen manifestarse en las situaciones de enfermedad terminal.

Los supuestos que en la práctica suelen provocar mayores incidencias son aquellos en los cuales, mediante la medicación o los cuidados paliativos, se ha pretendido encauzar una acusación de eutanasia, por indirecta que sea. Difícilmente estos supuestos, a la luz de la redacción del artículo 143.4 pueden albergarse en el tipo penal. El precepto exige un acto directo, necesario, que ha de identificarse con una conducta inequívoca. Los cuidados paliativos, proporcionados a pacientes que se encuentran en fase terminal en enfermedades irreversibles son la más común manifestación de la ayuda a bien morir (que viene a ser el sentido etimológico de la eutanasia) pero no alcanzan a contar con la necesaria relevancia penal para poder verse subsumidos en el tipo comentado. La intervención penal descansa sobre el carácter imprescindible de los actos (esencialmente médicos), de tal modo que ese otro tipo de conductas a la que acabamos de referirnos, al no poder considerarse imprescindible para el resultado de muerte, encontrará una calificación más que forzada como delito de eutanasia.

La legislación sobre autonomía del paciente ha venido, como hemos dicho, a mitigar en gran medida la confusión que existió en su época en torno a la trascendencia de determinadas conductas en el ámbito sanitario. Partiendo de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, se vino delimitando un campo en el que reinó la confusión. Dicho texto legal estableció en su artículo 2 los siguientes principios básicos:

"La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad; el previo consentimiento de los pacientes a toda actuación sanitaria, después de que el paciente reciba una información adecuada; el derecho del paciente a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles y a negarse al tratamiento; y la obligación de todo profesional que interviene en la actividad asistencial al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

La ya por fortuna abundante legislación autonómica en la materia, relacionada con la idea del testamento vital, es, sin duda alguna, el camino correcto para disciplinar una parcela que ha de encontrar su más adecuado tratamiento en otros campos distintos al que nos ofrece -todavía- el **Código Penal**.

### III. CUESTIONES PARA LA REFLEXIÓN

A lo largo de las precedentes páginas se ha tratado de condensar un panorama más o menos general sobre las figuras de los delitos contra la vida humana independiente y las principales innovaciones que ha supuesto la reforma del **Código Penal** operada en el año 2015. Son tan sólo consideraciones recordatorias, o que sintetizan lo que la doctrina más reciente se ha opinado sobre los nuevos supuestos típicos.

Pero, evidentemente, la finalidad del curso no pasa por poner a disposición de quienes tengan la paciencia de seguirlo estas consideraciones. Encontrarían una más que gratificante recompensa si sirven para suscitar una lectura crítica de los tipos penales, alumbrando así otras reflexiones que enriquezcan el debate y el análisis jurídico de la reforma; una meta irrenunciable cada vez que nos enfrentamos a cualquier innovación legal, y mucho más destacable si ésta resulta ser de tan profundo calado como ha sido la reforma del **Código Penal** de 2015.

Por ello, dentro de la dinámica del curso *on line* al que se destina esta colaboración, se incluyen a continuación una serie de cuestiones para provocar esa lectura reflexiva, que sin duda alguna encontrarán en sus seguidores un cúmulo de comentarios de sumo interés que sí podrán contribuir a arrojar luces sobre la forma de interpretar, y por lo tanto aplicar mejor, las nuevas figuras a las que nosotros hemos hecho simples referencias.

Son, sin perjuicio de cuantas otras suscite la propia iniciativa de los destinatarios del curso, las que se enumeran seguidamente.

1. ¿Era verdaderamente necesaria la reforma del **Código Penal** en materia de homicidio y sus formas, o la configuración de estos delitos que recogía

el texto legal resultaba suficiente para dar respuesta a las conductas de homicidio y asesinato?

2. ¿Con qué precisión puede definirse a la luz de la reforma la nueva categoría de la imprudencia menos grave, y su proyección práctica? ¿Qué criterios debemos reconsiderar para diferenciarla de la imprudencia leve derogada?
3. Comentarios sobre la justificación de la instauración del nuevo homicidio agravado.
4. En particular, el supuesto del [artículo 138.2.a\)](#) (persona especialmente vulnerable). Posible relación concursal con el delito de asesinato.
5. Relaciones de "causalidad" entre la prisión permanente revisable y la reforma de los delitos contra la vida humana independiente.
6. En cuanto al delito de asesinato: justificación de la nueva circunstancia del [artículo 139.1.4.ª](#).
7. Con relación a la eutanasia: ¿qué sentido tiene mantener la regulación penal, al menos en la redacción que presenta el [artículo 143.4?](#)

## IV. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

### HOMICIDIO

#### Concepto de vida humana independiente

- [STC 53/1985, de 11 de abril de 1985](#)
- [STS de 23 de octubre de 1996 \(ROJ: STS 5783/1996\)](#)
- [STS de 19 de marzo de 2014 \(ROJ: STS 1114/2014\)](#)

#### Comisión por omisión

- [STS de 27 de enero de 2012 \(ROJ: STS 1007/2012\)](#)

#### Distinción del cometido en grado de tentativa del delito de lesiones

- [STS de 2 de julio de 2014 \(ROJ: STS 2702/2014\)](#)

#### Preterintencionalidad

- [STS de 19 de febrero de 2007 \(ROJ: STS 1466/2007\)](#)
- [STS de 4 de junio de 2014 \(ROJ: STS 2374/2014\) FJ 10](#)

#### Imputación objetiva

- [STS de 6 de febrero de 2013 \(ROJ: STS 965/2013\)](#)

- STS de 11 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5576/2013)

## ASESINATO

### Alevosía

- STS de 7 de abril de 2016 (ROJ: STS 1443/2016)
- STS de 16 de julio de 2013 (ROJ: STS 4299/2013)
- STS 23 de mayo de 2011 (ROJ: STS 3781/2011)

### Precio, recompensa o promesa

- STS de 2 de abril de 2014 (ROJ: STS 1817/2014)
- STS de 12 de marzo de 2012 (ROJ: STS 2558/2012)

### Ensañamiento

- STS de 7 de abril de 2016 (ROJ: STS 1443/2016)
- STS de 22 de febrero de 2016 (ROJ: STS 539/2016)

## INDUCCIÓN AL SUICIDIO

- STS de 23 de noviembre de 1994 (ROJ: STS 7589/1994)

## Bibliografía consultada

1. AA. VV. *Decisiones al final de la vida*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998. (Estudios de Derecho Judicial; 15-1998).
2. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Juan Ramón. *La omisión ante el suicidio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. En: *La comisión por omisión*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. (Cuadernos de Derecho Judicial; XXIII-1994).
3. CADENA SERRANO, Fidel Ángel. *Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015*. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia\\_CADENA\\_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740).
4. CARRASCO ANDRINO, Mar. *Derecho Penal. Parte Especial. Tema 1: El homicidio y sus formas*. Disponible en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO\\_Y\\_SUS\\_FORMAS.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24806/1/HOMICIDIO_Y_SUS_FORMAS.pdf).
5. *Comentario a la reforma penal de 2015*. Quintero Olivares, Gonzalo (dir.). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
6. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. González Cussac, José Luis (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

7. DOVAL PARIS, Antonio. Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites. En: *La Ley Penal*. Marzo-abril 2016, núm. 119.
8. GANZENMÜLLER ROIG, C. *Homicidio y asesinato*. Barcelona: Bosch, 1996.
9. Informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
10. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
11. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Estudios sobre el delito de asesinato*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2014.
12. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *Homicidio y asesinato*. En: *Reforma del Código Penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2016. (Cuadernos Digitales de Formación; 46-2015).
13. ROXIN, Claus. Homicidio a petición y participación en el suicidio. En: *Anuario de Derecho Penal*. Tomo LXVI, MMXIII.
14. ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. *Colaboración al suicidio y eutanasia*. En: *Delitos contra las personas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000. (Manuales de Formación Continuada; 3-1999).

---

## Notas

- (1) Críticas mucho más severas y fundadas ha recibido en la doctrina la justificación de la reforma contenida en el Preámbulo de la referida Ley Orgánica. Entre las más difundidas podemos citar la de QUINTERO OLIVARES, quien al hablar de la primera de las razones expresadas por el legislador (la necesidad de incremento de la confianza ciudadana en la Justicia) tacha de ineficaz y contradictorio el camino del constante endurecimiento de la legislación penal; a la hora de enfocar la finalidad anunciada de lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales y su percepción como justa habla de irresponsabilidad cuando lo que se hace es alimentar los sentimientos de venganza en la sociedad o colocar por encima de la legalidad a la personalidad del autor. Y por último tilda de contradictorio el juego que se percibe en la reforma ante el contraste de estos incrementos de figuras delictivas y de penas y la modificación de otras instituciones como por ejemplo la de la suspensión de la ejecución. En detalle se ven desarrolladas estas críticas en el Estudio Preliminar de la obra *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Pág. 36 y ss.
- (2) PEÑARANDA RAMOS, Enrique: "*Homicidio y asesinato*", en *Reforma del Código Penal*, Cuadernos Digitales de Formación, 46-2015, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016. Pág. 141.
- (3) QUERALT JIMÉNEZ, Juan José: *Derecho Penal español, Parte especial*, Bosch, Barcelona 2016.
- (4) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. Pág. 127.

- (5) Un completo y sistemático estudio de todos estos enfoques conceptuales de la acción puede encontrarse magistralmente desarrollado en LUZÓN PEÑA, *op. cit.* Pág. 127 y ss.
- (6) Así lo presenta SÁNCHEZ-JUNCO MANS en sus comentarios al [artículo 138 del Código Penal](#). *Comentarios al Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Editorial Comares, Granada, 2016. Como veremos, el supuesto no es aislado. Se repitió (más o menos) y tuvo ocasión de pronunciarse sobre el mismo el Tribunal Supremo en la sentencia que citaremos en otro apartado.
- (7) La Sentencia no acoge en cuanto a la calificación jurídica el recurso de casación interpuesto contra la de la Audiencia Provincial que condena por homicidio "tanto a quien realiza la conducta típica, en este caso matar,... activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida". Otras Sentencias de la misma Sala sobre la forma de comisión por omisión en el delito de homicidio son las [de 28 de mayo de 2013](#) (ROJ: STS 2922/2013), [20 de noviembre de 2012](#) (ROJ: STS 8276/2012), [14 de noviembre de 2012](#) (ROJ: STS 7910/2012), [5 de junio de 2012](#) (ROJ: STS 4562/2012).
- (8) En palabras de SÁNCHEZ-JUNCO, una de las principales críticas que puede hacerse al [CP de 1995](#) en materia de delitos contra la vida, es la de haber perdido una ocasión inmejorable para haber regulado de una vez por todas el denominado homicidio preterintencional, como así lo han hecho otros Códigos Penales europeos de reciente aparición. En *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, *op. cit.* Pág. 945.
- (9) Completo y sistemático resumen podemos encontrar en las *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, de LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *op. cit.* Pág. 198 y ss. Resumimos en esta exposición sus consideraciones.
- (10) El informe al Anteproyecto de Código Penal sometido por la Comisión de Estudios al Pleno del Consejo General del Poder Judicial y aprobado en sesión de 16 de enero de 2013 se hacía eco tanto de la reclamación de supresión de las faltas que venía sosteniéndose desde hacía tiempo y desde distintos ámbitos como de los motivos de esta pretensión. No sólo -decía el informe- se basaban en razones vinculadas a la aplicación por el legislador del principio de intervención mínima del Derecho penal, sino también en motivos de oportunidad relacionados con la necesidad de descongestionar la saturación de asuntos que pendía sobre los juzgados encargados de enjuiciar tales infracciones.
- (11) La cita de resoluciones judiciales sobre la materia podría extenderse mucho más. Baste referirnos como significativas a la [SAP de Madrid, Sección 3.ª, de 19 de abril de 2010](#) (ROJ: SAP M 5201/2010); o la [SAP de Madrid, Sección 30, de 28 de mayo de 2013](#) (ROJ: SAP M 9755/2013); o la [SAP de Madrid, Sección 17, de 3 de octubre de 2008](#) (ROJ: SAP M 18712/2008).
- (12) Así DOVAL PAÍS, Antonio, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, *op. cit.* Pág. 340.
- (13) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, en el análisis de los artículos 138 y ss. en *Comentarios a la reforma del Código Penal* (González Cussac), *op. cit.* Pág. 472.
- (14) En términos tan expresivos desarrolla con profundidad sus críticas a la reforma penal de 2015 el catedrático Enrique GIMBERNAT, en su Prólogo a la 21.ª edición del Código Penal publicada por Tecnos (Madrid, 2015), donde realiza un detallado estudio de los fines de prevención general y de prevención especial del Derecho penal, del influjo de la Ilustración en las ideas penales, de algunas de las figuras delictivas introducidas en el Código por la citada reforma, y de las penas, con particular dedicación a la tan controvertida de prisión permanente revisable.
- (15) GANZÈNMULLERE ROIG, C: *Homicidio y asesinato*, Bosch, Barcelona, 1996. Pág. 189.

- (16) En la jurisprudencia alguna referencia podemos encontrar también a esta materia. Así, por ejemplo, afirma con incuestionable claridad la [STS de 29 de diciembre de 2011](#) (ROJ: STS 9269/2011) que "el delito de asesinato es un homicidio cualificado. Es un homicidio en el que concurre una o varias circunstancias de agravación específica concretas (alevosía, ensañamiento, precio, recompensa o promesa)".
- (17) La [STS de 24 de septiembre de 2015](#) (ROJ: STS 4072/2015), con referencia a otras anteriores, declara la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual.
- (18) Por el contrario, en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial se había limitado a expresar que se trataba de una opción de política criminal que suponía una novedad con relación a las circunstancias existentes y sobre la que se carecía de explicaciones.
- (19) Así enumera los principales problemas que suscita esta innovación SUÁREZ-MIRA en su análisis del [artículo 139](#), incluido en la obra ya citada *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Pág. 479.
- (20) ALVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL en el libro ya también citado con anterioridad *Comentario a la reforma penal de 2015*. Pág. 325 y ss.
- (21) En tal sentido se pronuncia VALLE MUÑIZ en su análisis del [artículo 143](#). Desarrolla en estos comentarios una interesante reflexión -con abundante síntesis de las opiniones doctrinales- en torno al alcance del deber del Estado de protección de la vida sobre el marco constitucional que proporciona la proclamación de ésta como derecho fundamental en el conocido [artículo 15](#). QUINTERO OLIVARES (Director): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- (22) Los debates, estudios, jornadas, celebrados en torno a este apasionante tema de la eutanasia son y seguirán siendo numerosísimos. Confluyen en torno a esta cuestión posiciones de índole moral, jurídica, e incluso religiosas cuyo resumen excede con mucho de las limitadas pretensiones de este trabajo. Para su consulta no es necesario remitirse a una bibliografía concreta. Es tan abundante que releva de la necesidad de la orientación. No renunciamos, de todos modos, a citar una obra que por el carácter transversal del tratamiento del tema, por la profundidad de sus reflexiones (éticas y técnico-jurídicas) y asimismo por la diversidad de posturas expuestas en torno a los distintos aspectos que proyecta el estudio de la eutanasia, puede ser una buena guía para el debate. Se trata de *Decisiones al final de la vida*, compendio de las ponencias e intervenciones desarrolladas en la jornada que el Consejo General del Poder Judicial, en colaboración con el Ministerio de Sanidad y Consumo, celebró el 1 de octubre de 1998 en Madrid. El texto de tales intervenciones y debates fue publicado por el Consejo General del Poder Judicial en su colección Estudios de Derecho Judicial, núm. 15, Madrid, 1998.

## Información sobre el artículo

---

**Título del artículo:** "Del homicidio y de sus formas"

**Autor:** Celso Rodríguez Padrón

Incluido en el número monográfico sobre *Últimas reformas penales (2016)* de Formación a Distancia 2 - 2016 (Directora: María del Pilar Rasillo López)

**DOI:**

**Editor:** Consejo General del Poder Judicial (Madrid)

**Fecha de publicación:** 2017

Copyright 2016, Consejo General del Poder Judicial

License:

**Notas**

14 referencias bibliográficas