

El homicidio. El homicidio o la acción de matar a otra persona, se regula en el CP en los arts. 138 a 143, eliminándose la rúbrica tradicional de encuadrarse dentro de los «delitos contra las personas», para dedicar el Título I al «homicidio y sus formas», incluyendo el homicidio, el asesinato, la provocación, conspiración y proposición para cometer tales delitos, el homicidio imprudente y la inducción y cooperación al suicidio. El bien jurídico protegido común a todos los tipos es la vida humana.

2. EL HOMICIDIO

2.1. Concepto y elementos

Se define y sanciona en el art. 138 CP que establece: «el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años».

Como elementos del homicidio, cabe mencionar:

- Destrucción de la vida humana, la muerte.
- Acción u omisión del sujeto activo.
- Relación de causalidad entre la muerte y la acción.
- Ánimo homicida o animus necandi, bien dolo directo o eventual.

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la vida humana, valor proclamado y reconocido en el art. 15 de la CE, como valor superior del ordenamiento jurídico.

2.3. Sujetos y objeto material

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, debiendo destacarse que el parricidio como tal ha desaparecido, configurándose como homicidio agravado por el parentesco.

En el homicidio como en el asesinato, objeto material y sujeto pasivo coinciden, este es el titular del bien jurídico vida, el ser humano, y objeto material es el cuerpo humano sobre el que recae la acción. Por tanto, ha de tratarse de una persona viva, con las salvedades de:

- por la forma, medios o modos de comisión, en el asesinato, art. 139;
- por el consentimiento del sujeto pasivo, en el auxilio al suicidio del art. 143;
- por las motivaciones de los tipos, en casos de terrorismo previsto en el art. 572, y genocidio en el art. 607.

El problema que se plantea en relación al sujeto pasivo es el momento del nacimiento, esto es el momento de la consideración de la vida independiente. La cuestión es determinar cuál es el límite en el que se considera que existe vida humana independiente, todo ello a efectos de llevar a cabo una correcta tipificación de los hechos, considerando que el sujeto pasivo presenta vida independiente al ocurrir la muerte y las lesiones, o bien que se trata de nasciturus protegible en otros tipos penales, cuales son el art. 146 y el art. 158, en relación con el art. 157 del CP, aborto imprudente y lesiones imprudentes al feto, respectivamente.

A efectos penales no hay más concepto de nacimiento que el natural, aunque no se den los requisitos que el CC establece para ser persona en su art. 30, «para los efectos civiles solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno». Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de determinar cuando se produce ese hecho de nacimiento natural, para algunos es precisa la total separación del claustro materno, o bien el corte del cordón umbilical, o la expulsión por el parto. En la jurisprudencia la tesis dominante se basa en la existencia o no de respiración pulmonar autónoma, que en definitiva es lo que comporta el comienzo de la vida propia e independiente, en contra la STS 2252/2001 de 29 de noviembre, que sostiene que la muerte durante el parto no será aborto sino homicidio, y la STS 726/1998 de 22 de enero, que lo adelanta al momento del comienzo del parto, al comienzo de las contracciones y en la fase de dilatación. La SAP de Valladolid (Sección 4.ª) 26/2006 de 24 enero, recuerda que «tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en considerar, que la vida humana

es un proceso que comienza en la gestación, que genera un tertium existencialmente distinto de la madre, poniendo el comienzo del parto fin al estado fetal. Ese comienzo surgía, añade, antes de la reforma del CP 1995, con el llamado período de dilatación y continuaba con el período de expulsión, considerándose que, en ambos tiempos, el nacimiento ya ha comenzado» (véase la STC 53/1985).

Dice el TS en sentencias como las de 5 de abril de 1995, 22 de enero de 1999, 15 de noviembre de 2001 y 29 de noviembre de 2001, entre otras, que las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión, empujando al niño hacia fuera, de modo que el intento de expulsión del cuerpo materno coincide con la fase final del nacimiento o parto. Por tanto, es durante el comienzo del nacimiento el momento el que se convierte en persona lo que antes era un feto, entendiendo la regulación actual que cuando la norma penal se refiere a «otro», en los casos de homicidio y lesiones, supone una existencia reconocible y plenamente diferenciada, mientras que el feto, incluso a término, se encuentra aún en el claustro materno y no responde conceptualmente a tal exigencia.

Señala la citada sentencia 26/2006 que desde la publicación del CP de 1995, la protección de la vida y la salud humanas en sus fases prenatal y postnatal, determina que lo decisivo es la cualidad del objeto material en el momento en que la acción incide, para calificar los hechos como homicidio o lesiones o como aborto y lesiones al feto. Si la acción repercute sobre un feto, aunque la muerte se produzca tras el nacimiento, pero a consecuencia del proceso lesivo que aquel acto puso en marcha, estamos ante un aborto, no ante un homicidio, como sucede con las lesiones si se originan por una intervención sobre el feto, aunque persistan, como es el caso, más allá del nacimiento.

Los arts. 146, 157 y 158 del CP protegen como bien jurídico la integridad y la salud del nasciturus, entendiendo que el embrión dirigido a la configuración de una persona adquiere una valoración jurídica que justifica la intervención del instrumento punitivo. Sería incoherente tutelar la vida y la salud de una persona y no las fases de desarrollo que la preceden, debiendo el derecho posibilitar su nacimiento libre de daños que condicionen su futura existencia, incluso su viabilidad.

2.4. El resultado

La muerte o fin de la vida agota la protección del delito de referencia. No puede ser sujeto pasivo el que ya ha muerto, planteándose el problema de la determinación del momento de la muerte y el delito imposible para tales casos por faltar el objeto material.

El criterio dominante para establecer el momento de la muerte es el de la cesación de la actividad cerebral, estableciéndose los criterios de diagnóstico de muerte en el Anexo I del RD 2070/1999 de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. En el art. 3.4 se dice que, a los efectos de este RD el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas, conforme establece el art. 10.

2.5. La conducta típica

Consiste en matar a otro, según el verbo empleado en el precepto de referencia, con las salvedades mencionadas acerca del sujeto pasivo, por las formas o el modo empleado en el asesinato, o por tipos especiales.

Se plantea en este punto si es posible cometer el delito no solo por acción sino por omisión. En la omisión propia, delito de mera conducta o de mera actividad, o simple inactividad el sujeto responde por su no actuar pero no sobre la muerte que puede sobrevenir, ya que no solo es que no ha matado sino que tampoco ha ocasionado la muerte. En la omisión impropia o comisión por omisión, pese a que algún sector doctrinal pretende la exclusión, con base en el verbo matar, se admite mayoritariamente siempre que concurren dos requisitos:

- Relación de causalidad entre la omisión y la muerte, de manera que no se hubiera producido de haberse realizado la actuación omitida, citándose ejemplos de omisión de alimentar, ligar cordón umbilical, guardaguasas que no echa las barreras.

- Obligación de actuar, deber de garantía o posición de garante, en los términos del art. 11 del CP. Nos remitimos en este punto a la Parte General delitos de omisión.

2.6. Relación de causalidad

Entre la conducta del sujeto activo y el resultado de muerte debe mediar relación de causa a efecto. La problemática de la relación causal y las distintas teorías pertenecen a la Parte General y a ella nos remitimos nuevamente. Baste recordar la STS 10 octubre de 2006, con cita de otras como son exponentes las SSTS 1611/2000 de 19.10, 1484/2003 de 10.11 y 470/2005 de 14.4, que señala que: «la teoría de la imputación objetiva se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y que vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consecuencias jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. 2.º 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».

La STS 755/2008 de 26 noviembre establece que: «en los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o conditio sine qua non, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado.

Cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento».

Pueden verse también las SSTs de 4.7.2003, 26.9.2005 y 1026/2007 de 10.12, que precisan que en general es posible afirmar que sin causalidad no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una Ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal pero éste no puede formar juicio al respecto sino sobre

la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados.

2.7. Culpabilidad

2.7.1. Dolo

De entrada hay que advertir que todas las modalidades dolosas son posibles en el homicidio, tanto la dolosa directa, cuando la voluntad del sujeto se dirige al resultado propuesto (dolo directo o de primer grado), incluidas las consecuencias necesariamente ligadas al mismo (dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias), como el eventual. Se requiere, por tanto, la existencia de intención de matar, elemento subjetivo del injusto, que admite tanto el dolo directo como el eventual.

ATENCIÓN. Dice la STS 755/2008 de 26 noviembre, que: «como se dice en la STS 210/2007 de 15.3, el elemento subjetivo del delito de homicidio no solo 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».

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 que lleva a la producción del resultado o que realiza 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

concreta 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 posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado».

Así pues, y como concluye la STS de 3.7.2006, bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto 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 el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa 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 continúa 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 generados.

En similar dirección la STS 4.6.2001 dice que el dolo supone que el agente se representa un 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 peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso de la STS 755/08 de 26 de noviembre, admite que concurrió el dolo eventual dado que el acusado, aunque no buscara la muerte de la víctima si se presentó la posibilidad de causarla y aceptó su resultado. En efecto, en el factum se recoge cómo el acusado comenzó a golpear a la víctima «repetidas veces» en la cara, lanzándole puñetazos, cayendo al suelo, llegando a rozar su cabeza contra el muro, «para luego en el suelo seguir golpeándole varias veces de nuevo en la cara», llegando a calificar la paliza de «desproporcionada y brutal», y como «ya en el suelo, con sangre por la cara y encontrándose en estado de semi-inconsciencia, el acusado le arrebató las llaves de su vehículo y huyó del lugar a bordo del mismo», «dejándolo solo, malherido y sin asistencia en el suelo, en estado semi-inconsciente sangrando y gimiendo o dando ronquidos en clara evidencia de la dureza del castigo y de la entidad de la agresión de que fue objeto». Esta reiteración de los golpes en una zona vital cual es la cara y la cabeza, así como esa conducta posterior del acusado dejando abandonado a la víctima en estado semi-inconsciente, fácilmente perceptible, revela la concurrencia del dolo eventual.

En el dolo eventual, el agente se representa el resultado como posible, no querido, y no obstante realiza la acción aceptando sus consecuencias. Para explicarlo se han formulado diversas teorías, entre las que destacan la del consentimiento o de la voluntad, y teorías de la probabilidad o de la representación.

El problema que se plantea es la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente. La jurisprudencia del TS, recordada en la STS 755/2008 de 26 noviembre y la STS 936/2006 de 10 de octubre, considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la idoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo éste se origina por el concreto peligro desplegado.

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la culpa consciente no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son

inidóneos para producir aquél, aun previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir.

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico. En definitiva, si el autor quiso realizar una acción que genera un peligro adecuado a la producción del resultado que produjo, el dolo es directo.

2.7.2. El homicidio preterintencional

El instituto de la preterintencionalidad, derivado de la locución latina *praeter intentionem*, y que no quiere decir sino aquello que está fuera de la intención o más allá de la misma (*ultra intentionem, extra propositum*, según las variadas denominaciones de los prácticos) es, sin embargo, fértil en toda suerte de dificultades jurídicas, como se dice en la conocida STS de 28 marzo 1984, no obstante lo cual, en la moderna dogmática penal parecen como más seguras las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que no se trata de una nueva especie o grado de la culpabilidad, a modo de *tertium genus* de la misma.
- En segundo lugar, que esta exigencia de culpa en el último trazo de la actuación del agente, emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva.

En resumen, la estructura del mismo se integra:

- a) por un hecho-base doloso (minus delictum);
- b) por un hecho-consecuencia (maius delictum) no querido pero previsible (culpa inconsciente);
- c) un nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo.

Ahora bien, tal amalgama de dolo inicial y culpa final lleva a sancionar el hecho final con mayor gravedad que si se tratara de un mero delito culposo, pero con menor severidad que si se proyectara el dolo a todo el decurso de la conducta, y ello por la tendencia que conlleva toda actividad violenta, propia de los delitos contra la vida e integridad física en que con más frecuencia se plantea la hipótesis de la preterintencionalidad, a desembocar en resultados más graves, sin que esto signifique, por esa natural tendencia, que haya de presumirse la culpa o imprudencia en la segunda etapa de la actuación del sujeto, puesto que si el riesgo desatado es incalculable o imprevisible entonces desaparece el delito preterintencional quedando subsistente tan sólo la inicial especie dolosa.

ATENCIÓN. La jurisprudencia es insistente en proclamar que en la preterintencionalidad se produce un desfase entre el elemento subjetivo o intención, y el objetivo o resultado producido, o sea, que la intención del autor es rebasada por el resultado producido, originándose así un ultra propositum o plus effectu.

Se acusa una discordancia, divergencia o incongruencia entre lo querido y la consecuencia última de la acción. La preterintencionalidad heterogénea se produce cuando el resultado propuesto por el agente y el acaecido son constitutivos de dos delitos distintos, siendo dispares los bienes jurídicos conculcados, aunque ambos se encuentren en la misma línea de ataque, el agente se propone lesionar y sin embargo se origina la muerte de la víctima. Sólo cabrá imputar la excesividad del resultado al autor cuando sea factible su atribución a título de culpa. Esta exigencia de culpa en el último tramo de la actuación del agente, emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva.

El ultra propositum, al diferir notablemente el resultado de la intención animadora, lleva a la ruptura del título de imputación, reputándose al reo autor

de una infracción dolosa en cuanto lo que quiso ejecutar y ejecutó, y como agente de otra culposa en cuanto a lo que no quiso ejecutar y sin embargo practicó.

La reforma urgente y parcial de 1983 del CP anterior suprimió la llamada preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor que supone dos infracciones que, si bien situadas en la misma línea de ataque (requisito común a las dos ramas de praterintentionem), están incardinadas en distinto tipo (lesiones seguidas de homicidio, como ejemplo sobresaliente), modalidad ésta que venía prevista en el párrafo 3.º del art. 1.º del CP y sancionada en el art. 50 del TR de 1973, preceptos ambos que fueron dejados sin contenido; y de otra parte, que la preterintencionalidad homogénea o de menor grado, en la que los dos delitos, el propuesto y el ejecutado, encarnan en un mismo tipo delictivo aunque con resultado de mayor o menor gravedad (lesiones como ejemplo más característico), se seguía amparando en la atenuante 4.ª del art. 9 del CP; lo que traía como consecuencia fundamental que desaparecida la primera de dichas dos modalidades de delito preterintencional había de estarse a las reglas generales del concurso de delitos que la reemplazan; y, asimismo, que en los dos supuestos habrá que tener presente lo dispuesto en el art. 1.º, párrafo 2.º del CP también reformado: «Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa».

Así en la heterogénea, en estos supuestos de preterintencionalidad de lesiones seguidas de muerte, se estima la existencia de lesiones dolosas, al menos como falta (hipótesis, la más favorable para el reo) en concurso con un delito de homicidio culposo. Discutiéndose doctrinalmente, si el concurso de infracciones de que se trata es real o ideal; algunas sentencias conceptuaron como concurso real el acusable en los supuestos de preterintencionalidad heterogénea; sin embargo, la tesis del concurso ideal goza de común aceptación en la doctrina científica. En la preterintencionalidad heterogénea estamos en presencia de una única acción que se subsume bajo dos tipos penales independientes y tales supuestos se deben juzgar con arreglo a lo dispuesto por el concurso ideal.

ATENCIÓN. En el CP de 1995 desaparece la preterintencionalidad, debiendo estarse a las reglas generales del concurso en caso de su apreciación. En este sentido, la STS 147/2007, de 19 febrero recuerda que «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 el resultado de muerte fuere previsible».

La SAP de Madrid (Sección 15.ª) núm. 456/2008 de 10 octubre, señala que si se hubiera producido un resultado de muerte, nos encontraríamos ante un delito preterintencional, que según se refleja en la STS de 26-10-2005, con remisión a la STS de 21-01-1997, «surge cuando el resultado más grave no es sino un desarrollo no querido, pero de la misma índole del querido, situado como se ha dicho gráficamente, en su «misma línea de ataque», lo que se resolvería a través de un concurso ideal entre un delito de lesiones dolosas y otro de homicidio culposo, con aplicación de las reglas penológicas del art. 71 del CP».

La SAP de Asturias (Sección 8.ª) núm. 6/2007 de 27 febrero, dice que estamos ante la clásica figura del «delito preterintencional», que, desaparecida su regulación específica a partir del CP de 1995 (en realidad el «delito preterintencional» ya había desaparecido del CP en la reforma de 1983, que mantuvo no obstante la atenuante de «preterintencionalidad», en el número 4.º de su art. 9), debe pensarse ahora como un concurso ideal entre el inicial delito doloso y el resultado típico producido por imprudencia.

2.7.3. El homicidio imprudente

Se regula en el art. 142 CP que establece:

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

2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.

3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período».

La falta de homicidio por imprudencia leve, solo perseguible a instancia de parte mediante denuncia del agraviado o su representante legal, se regula en el art. 621.2 CP donde se sanciona con pena de multa de uno a dos meses a «los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona», y en los apartados 3 y 4 si se utilizaren vehículos a motor o ciclomotores y armas respectivamente. Nos remitimos a la regulación de la imprudencia en parte general.

2.8. Tentativa y delito imposible

La tentativa abarca los supuestos de práctica de todos o parte de los actos de ejecución, tentativa acabada o inacabada, y el delito imposible, la falta de idoneidad del modo elegido o la ausencia de objeto material del delito en los que la conducta será impune, salvo en los casos de inidoneidad relativa como se señaló en la parte general.

El problema más grave -y que con frecuencia se plantean en los Tribunales- es la diferenciación entre la tentativa de homicidio y las lesiones, para lo que ha de atenderse a la verdadera intención del sujeto de matar animus necandi o de lesionar animus laedendi, y dado que no es posible penetrar en el intelecto humano, cuando tal intención no es manifestada por el sujeto, resulta preciso acudir al examen de las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho, que revelen de forma inequívoca su intención.

En este sentido, la STS 16/2008, de 29 enero, recuerda que «el elemento subjetivo del tipo, ánimo de causar la muerte, es un hecho que debe ser probado estando abarcado por la garantía de presunción de inocencia.



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

Ciertamente, por su naturaleza, la prueba del mismo solamente puede alcanzarse mediante inferencias, avaladas por la lógica, la técnica o la ciencia, que partan de hechos suficientemente probados. No es plenamente pacífico si se concibe el elemento subjetivo como algo empírico y constatable o, por el contrario, algo que se imputa, con imputación adscriptiva, sin que tenga aquella naturaleza, sólo predicable de los hechos desde los que esa imputación se justifica. Una concepción señala que, entre, por un lado, la conciencia del sujeto en relación al resultado que espera de su comportamiento, y, por otro lado, su voluntad de que tal resultado acaezca, existe una relación de implicación tal que, probado aquél, ha de atribuírsele también esa voluntad. No se trata de que esa constatación de datos de hecho, externos y verificables, autorice una presunción de dolo ex re. No cabe en nuestro sistema penal una praesumptio doli. En realidad lo que ocurre es que la afirmación de concurrencia del dolo del delito no podría concebirse por medio de inducción, y como tal justificarse. Se llega así a afirmar que el dolo cum in animo consistat no es susceptible de una verdadera prueba. Por ello el ánimo de matar, no tanto se describe, en cuanto que constatadamente existente, sino que se imputa o adscribe a un sujeto, del que se conoce un comportamiento. No cabría, pues, hablar de prueba del dolo. Alguna STS parece tener presente tal concepción. En la STS 990/2004 de 15 de septiembre se dijo que "el ámbito de la presunción de inocencia no alcanza a los elementos internos o subjetivos del delito, al no tratarse en realidad de auténticos hechos físicos y materiales que son los que constituyen el marco en el que despliega sus efectos el derecho fundamental que se dice conculcado, por lo que quedan fuera de ese ámbito los factores de naturaleza anímica que son lo que el sujeto sabe, quiere, conoce o pretende. De ahí que la concurrencia de esa clase de elementos subjetivos no suele ser fruto de una prueba propiamente dicha (a salvo de la confesión), sino de un juicio de valor del órgano enjuiciador fundamentado en los datos fácticos concurrentes, eso sí, debidamente probados". También en la 1036/2003 se parte de que la afirmación del elemento subjetivo debe erradicarse de los enunciados a incluir entre los hechos probados.

Sin embargo, de manera casi constante la Jurisprudencia del TS concibe la afirmación sobre el dolo, y en concreto sobre el ánimo de matar, dentro del ámbito de la exigencia de prueba (indirecta), como la conclusión de una inferencia y, sin negarle la calidad de hecho, el ámbito de control, que

corresponde al recurso de casación, lo refiere a la razonabilidad de dicha inferencia, a dilucidar dentro del motivo infracción de Ley del apartado primero del art. 849 de la LECrim. Tratándose de una prueba indirecta para determinar el animus del agente, la competencia de la Sala Segunda se reduce a constatar si la inferencia obtenida por el juzgador se ajusta a las reglas de la razón, de la experiencia común y del criterio humano, y solamente podrá alterarse el juicio inferido cuando éste, por no respetar dichas normas, se revele arbitrario, irracional o absurdo, pues que la apreciación y valoración de esos elementos fácticos circunstanciales a que nos hemos referido.

La especificidad de ese control en el recurso de casación no supone elusión de las exigencias de la garantía constitucional. Así lo recuerda la STC 340/2006 de 11 de diciembre, recuerda que el contenido de la garantía significa que: "ha de quedar asimismo suficientemente probado el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le imputa, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado. En relación específicamente con los elementos subjetivos, debe tenerse presente además que sólo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial" (STC 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero)».

En la perspectiva procesal de la prueba, se ha venido reiterando una constante doctrina jurisprudencial que entroniza, siquiera con fin enunciativo y no de modo cerrado, una serie de cánones valorativos para justificar la afirmación de que existe el «ánimo de matar» en el acusado. Entre tales criterios se han indicado, como resume la STS 1003/2006 de 19 de octubre:

- «1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, "también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales".
- 2) La personalidad del agresor, "decidida personalidad del agente y el agredido".
- 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.
- 4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, "palabras que acompañaron a la agresión" y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal.
- 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, "medios e instrumentos empleados en la agresión".
- 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, "las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado". Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia, esta circunstancia de las zonas de las heridas, coinciden en considerado el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, no son extrañas otras de signo contrario, que señalan que el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible "ánimo de matar".
- 7) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, "duración, número y violencia de los golpes", pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar en el caso de herida poco profunda, cuando el autor realiza un comportamiento que por sí mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado.

8) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y trascendencia de los mismos.

Estos criterios que ad exemplum se describen no constituyen un sistema cerrado o numerus clausus, sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez se contrastan con nuevos elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos».

ATENCIÓN. Criterios para determinar el ánimo de matar:

- 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima.
- 2) La personalidad del agresor y el agredido.
- 3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.
- 4) Manifestaciones de los intervinientes durante y tras la contienda.
- 5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar.
- 6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal.
- 7) Insistencia y reiteración de los actos atacantes.
- 8) Conducta posterior.

2.9. Causas de justificación

Nos remitimos a Parte General en caso de concurrencia de legítima defensa, estado de necesidad, u obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

3. EL ASESINATO

3.1. Concepto y elementos

Se sanciona en el art. 139 CP que establece que:

«Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Con alevosía.
- 2.^a Por precio, recompensa o promesa.
- 3.^a Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

Por tanto, los elementos son los mismos que en el homicidio, al tratarse de una forma de homicidio, a los que se añade la concurrencia de alguna de las tres circunstancias previstas, al haberse prescindido de la regulación anterior de la premeditación conocida, y de la inundación, incendio, veneno y explosivo.

Son comunes al homicidio las cuestiones relativas al bien jurídico protegido, a la acción de matar y a las modalidades de la conducta típica.

3.2. Circunstancias cualificadoras

3.2.1. Alevosía

La definición de la alevosía se efectúa en sede de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no en el asesinato. Dispone el art. 22.1 CP la circunstancia agravante «de ejecutar el hecho con alevosía», y que hay alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan

directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona jurídica proceder de la defensa por parte del ofendido». De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, se exige, según refiere invariablemente la doctrina científica y la jurisprudencia del TS -STS 155/2005 de 15.2, 357/2005 de 22.3, STS 13-11-2008, núm. 713/2008 y STS 410/2008, de 24 junio-, los siguientes requisitos o elementos integrantes: a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas. b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el modus operandi, que el autor utilice en la ejecución de 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. c) En tercer lugar, un elemento 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. Es decir, el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo. d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión. Finalmente, es necesario que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS 37/2009 de 22 enero). De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la eliminación de la defensa (STS 86/2004 de 28.1 y 363/2004 de 17.3), como señalaba la STS 1890/2001 de 19.10, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, por ejemplo STS 49/2004 de 22.1, STS 410/2008 de 24 junio, y otras muchas, se viene distinguiendo: a) Alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera. b)

Alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresa», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible. c) Alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento. Esta delimitación conceptual, más teórica que práctica, no supone un encasillamiento impermeable entre las diversas modalidades comisivas que impida hallar elementos configurativos de un tipo de alevosía en otro. Así, por ejemplo, la naturaleza sorpresiva de la alevosía, reseñada en segundo lugar (letra b), es perfectamente predicable del primer supuesto (letra a), pues si el agresor se oculta en lugar adecuado para agredir a la víctima, es indudable que su acción constituirá un ataque sorpresivo, por inesperado, para dicha víctima.

La STS 37/2009 de 22 enero, destaca que el animus necandi es elemento sustancial del delito de homicidio y del de asesinato. Tanto si aparece como dolo directo como si lo hace como dolo eventual, pues en el Derecho español vigente no distingue la ley, que solo lo hace entre dolo e imprudencia. Que la forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa, sin riesgos para el ejecutor que pudieran provenir del atacado. Es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, 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. Una segunda modalidad se aprecia en los casos de emboscada, trampa o similar en la que el ataque se prepara de forma que se asegure contra cualquier posible defensa del agredido. Y, finalmente, es constante la Jurisprudencia que entiende que ello también concurre cuando se trata de personas indefensas o en nítida situación de inferioridad y ésta es aprovechada por el autor al ejecutar su acción.

La SAP de Madrid, Sec. 17.^a, núm. 240/2008 de 28 de marzo, recoge la jurisprudencia antes señalada y añade con base a otras resoluciones del TS que «en todo caso ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta peculiar forma de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y voluntad del actor abarque no sólo el hecho de la muerte sino el particular modo en que la alevosía se manifieste. Aun teniendo aspectos objetivos y subjetivos, es circunstancia de carácter marcadamente objetivo. Es suficiente que la ocasión y circunstancias del hecho hayan sido creadas, buscadas de propósito o simplemente aprovechadas». La más reciente jurisprudencia potencia de nuevo el aspecto subjetivo de la alevosía, exigiendo que el infractor «se haya representado que su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desee obrar de modo consecuente a lo proyectado y representado». Otras resoluciones del TS aluden a su naturaleza mixta (STS 596/2006), lo objetivo implicaría mayor antijuridicidad y lo subjetivo, mayor culpabilidad, componentes ambos que se encuentran en esta circunstancia.

Casuística:

La STS 410/2008, de 24 junio señala que la alevosía es una circunstancia agravante cualificativa del asesinato (art. 139.1.^a CP) que debe apreciarse - según establece el CP- «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido» (art. 22.1.^a CP). Según la jurisprudencia, la alevosía es una circunstancia agravante de carácter predominantemente objetivo, pero que incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, cuyo elemento

esencial lo constituye «el aprovechamiento de la indefensión en la que se encuentra la víctima», y que, como es sobradamente conocido presenta tres modalidades: 1) la denominada proditoria; 2) la súbita o inopinada, y 3) la de aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento.

La STS 13/2008, de 18 de enero, hace referencia al momento del empleo y a la polémica sobre la alevosía sobrevenida, señalando que la conducta típica de la alevosía, esto es, la selección de medios, modos o formas directamente dirigidas a asegurar el resultado de muerte, en este caso, o a impedir la defensa que pudiera provenir del ofendido, ha de concurrir desde el inicio de la acción dirigida a la muerte de otra persona. Por ello sostiene que la concurrencia de una pelea previa entre los contendientes dificulta la apreciación de la alevosía. No obstante, caben excepciones que se enmarcan dentro de lo que se ha denominado alevosía sobrevenida, por todas la STS 147/2007, de 19 de febrero, cuando comenzando de una determinada manera, con puñetazos o patadas, por ejemplo, en un momento determinado, pueden cambiar las circunstancias, pasándose a utilizar medios (armas blancas o de fuego) contra los que no quepa defensa alguna, y mucho más si esto se hace subrepticamente a espaldas del agredido, o de una forma rápida e inopinada.

Por tanto, en casos de riña mutuamente aceptada suele excluirse la alevosía. Así STS 1472/2005 de 7.12, pues cualquiera de los contendientes puede estar prevenido respecto a una agresión del contrario. Pero, en primer lugar, la existencia de saltos cualitativos en la agresión, que sean significativos respecto de las características de la riña previa, puede hacer que aquella sea considerada alevosa. Y, en segundo lugar, nada permite excluir que el inicio de la pelea previa, aunque no sea lo que materialmente causa la muerte, suponga ya la colocación de la víctima en una situación irreversible de ausencia total de posibilidades de defensa. Por lo tanto, ha de concluirse que la existencia de señales de pelea y defensa no supone siempre la imposibilidad de apreciar la alevosía (y el abuso de superioridad).

Sobre el sujeto pasivo, la jurisprudencia ha considerado alevoso el ataque a un ciego, a un tetrapléjico o a un recién nacido, aunque respecto de este hay sentencias contradictorias no admitiéndose en algunos casos, al ser inherente a su condición -del recién nacido- la posibilidad de defenderse. No obstante, de

forma unánime y desde los primeros tiempos de la jurisprudencia del TS se ha estimado concurrente en la muerte de un recién nacido así la STS 119/2004, de 2 febrero.

No hay incompatibilidad de la alevosía en relación con el dolo eventual. Que no se tuviera un dolo directo de matar, aunque se efectuaran todos los actos que normalmente producirían tal resultado, que en definitiva le fue indiferente, aceptando la realidad de su producción, nada tiene que ver con el juego de la agravante de alevosía. No hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima -aseguramiento de la ejecución- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad. En este sentido, la STS 435/2007 de 16 de mayo, dice que «si bien es cierto que en el ámbito dogmático es mayoritaria la opinión de quienes niegan la posibilidad de un asesinato cometido por dolo eventual, no faltan propuestas que estiman perfectamente posible tal compatibilidad, distinguiendo entre el dolo referido a las circunstancias mismas -en el presente caso, el precio o recompensa-, que ha de ser abarcado por un dolo directo, y el dolo referido a la muerte, respecto del que bastaría el dolo eventual». Tal idea ha sido acogida por la propia jurisprudencia (SSTS 175/2004, 13 de febrero y 415/2004, 25 de marzo). La STS 978/2007 de 5 de noviembre, señala, con cita de otras más, que una cosa es que se conozca la situación de indefensión de la víctima, y se aproveche para asegurar la ejecución, y otra cosa es que el resultado sea querido directamente, por pretendido o de consecuencias necesarias, o indirectamente, caso del dolo eventual, si bien ha exigido dolo directo respecto de la situación de indefensión de la víctima, conformándose con el eventual respecto del resultado de muerte. Últimamente la STS a núm. 907/2008 de 18 diciembre y la SAP de Barcelona (Sección 10.ª) de 5 noviembre 2008, en el caso conocido de una indigente quemada en un cajero también declaran la compatibilidad, condenándose en este último supuesto por delito de asesinato por dolo eventual.

Elementos	Clases	Naturaleza
a) Normativo. Solo en los delitos contra las	a) Alevosía proditoria, traición, la asechanza, insidia,	Objetiva

Elementos	Clases	Naturaleza
<p>personas.</p> <p>b) Objetivo. Medios, modos o formas adecuados sin posibilidades de defensa.</p> <p>c) Subjetivo, intención de producir la muerte a través de los medios indicados.</p> <p>d) Teleológico, situación de total indefensión.</p>	<p>emboscada o celada.</p> <p>b) Alevosía súbita o inopinada, sorpresiva.</p> <p>c) Alevosía de desvalimiento o aprovechamiento de una situación de absoluto desamparo de la víctima.</p>	<p>Subjetiva</p> <p>Mixta</p>

Además la jurisprudencia de la Sala 2.^a ha declarado expresamente compatible la alevosía con la eximente incompleta de enajenación o trastorno mental transitorio, así la STS antes referida, la STS 20 de febrero de 2002, la núm. 609/2003 de 10 de febrero y la STS 47/2004 de 23 de enero. También con el arrebató u obcecación (STS 169/2003), con embriaguez (STS 167/2000) e incompatible con el abuso de superioridad, dada su misma naturaleza, existiendo jurisprudencia contradictoria sobre la compatibilidad con el despoblado. En el mismo sentido, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26-05-2000 declara la compatibilidad de la agravante de alevosía con la eximente completa de enajenación mental del art. 20.1 del CP. La STS 81/2007 de 12 de febrero, aprecia la compatibilidad destacando que ha sido jurisprudencialmente declarada en numerosas ocasiones la compatibilidad de esta agravante con aquellas circunstancias tales como las constituidas por alteraciones psíquicas, miedos u ofuscaciones mentales, siempre que el autor no haya perdido totalmente el grado suficiente de conciencia y lucidez respecto del modo y la forma en que lleva a cabo su agresión.

3.2.2. Por precio, recompensa o promesa

Precio como valor pecuniario en que se estima la realización de un hecho delictivo. Recompensa, limitada a un contenido económico apreciable que puede ser cualquier cosa, no solo dinero o un derecho valorable económicamente incluso concesión de empleo, pero no retribuciones o concesiones amorosas honoríficas o de otro tipo sin valor económico. Promesa como expresión de voluntad de futura actuación que interesa a la persona en cuyo favor se establece. Supone un mandato oneroso excluyendo los supuestos de gratuidad.

El TS señala que para que concurra la agravación es necesario que los sujetos, a los que se imputa una conducta delictiva, actúen solamente movidos por la oferta económica que incentiva su actuación y determina, de forma directa, su participación en el delito.

ATENCIÓN. Son requisitos para la apreciación de la agravante de precio, recompensa o promesa:

- a) En cuanto a la actividad, recibir precio, recompensa o promesa de tipo económico para la ejecución del hecho.
- b) En cuanto a la culpabilidad, que dicha merced sea la causa motriz del delito, afectando tanto al que lo entrega como al que lo recibe.
- c) En cuanto a la antijuridicidad, que la merced tenga suficiente intensidad para ser repudiada socialmente.
- d) Temporal, en cuanto ha de preceder a la realización del delito.
- e) Causal, de manera que tales medios han de ser aceptados por el mandatario siendo indiferente quien tome la iniciativa y la participación o no del mandante en la ejecución de la muerte, y si luego se obtiene el precio o no.

Otro problema que plantea es el de la bilateralidad. Esta circunstancia agravante de ejecutar los hechos mediante precio es predicable tanto del que lo ofrece como del que lo acepta para la comisión delictiva, y que revela una añadida peligrosidad en ambos tanto para asegurar el resultado en aquél, como para el que lleva a cabo delitos por mero interés económico y, por ello,

con más facilidad y sin mayores escrúpulos. Aunque antigua doctrina jurisprudencial parecía indicar la aplicación de la agravante sólo al que recibe el precio, las últimas sentencias afirman su «bilateralidad» o aplicabilidad tanto al que ofrece como al que acepta el precio (la ley no lo restringe a uno sólo). Así, «la agravante abarca tanto al dador del precio como al receptor del mismo, por la mayor peligrosidad y depravación moral que supone cometer la acción criminal, impulsada por la merced dada o prometida». En estos términos se pronuncia la SAP de Albacete, Sec. 2.^a, 17-10-2007, núm. 22/2007. No obstante, tal cuestión no es pacífica.

Como manifiesta la STS de 31 de octubre del 2002, «la jurisprudencia de esta Sala, cuando ha abordado la naturaleza de la agravante de precio no ha mantenido un criterio uniforme. Así, mientras en algunas Sentencias ha afirmado la naturaleza bilateral de la agravación, en otras se ha erradicado la apreciación de la agravante de "precio, recompensa o promesa" al inductor por respeto al principio non bis in idem», pues cuando «la inducción o instigación aparece fundada únicamente en el ofrecimiento del precio, resulta evidente que tal merced no puede ser valorada dos veces: una como productora de la instigación y otra como circunstancia de agravación de la misma, sin vulnerar el elemental principio penal del non bis in idem que impide penar dos veces la conducta».

Ese distinto tratamiento de la agravación se ha pretendido explicar desde la distinción entre el precio, como agravante genérica, y su consideración como elemento del tipo penal del asesinato, delito diferenciado del homicidio, criterio que, no parece adecuado mantener tras la promulgación del nuevo CP. Conformado el asesinato como forma del homicidio, hemos de comprobar la compatibilidad de la inducción y la agravante de precio. Si para que sea aplicable la agravación de precio es preciso que éste motive el hecho del que lo recibe, es evidente que la agravación funciona como instrumento de la inducción. En otras palabras, hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor. Consiguientemente, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción. Apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la

inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica. Una solución distinta afirmando el carácter bilateral de la agravación de precio, podría sustentarse si mantuviéramos que la agravación opera de forma objetiva y automática al inductor y al ejecutor, criterio que nunca ha mantenido la jurisprudencia del TS que, aun en los supuestos en los que afirmaba la bilateralidad, también mantuvo la necesidad de que «en la agravante de precio se compruebe que concurra la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulos que encierra». A ello se refiere la SAP de Alicante, Sec. 2.ª, 15-3-2007, núm. 144/2007.

3.2.3. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido

La circunstancia de ensañamiento supone una agravación del reproche que merece la conducta en atención a una determinada forma e intención de ejecutar la acción. En el homicidio presupone el ánimo de matar, y además, de hacerlo de una determinada forma. El art. 139.3.º del CP se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». Por su parte, el art. 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, causa de forma deliberada otros males que exceden de los necesariamente unidos a su acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento de la víctima añadido al que ordinariamente acompañará a tal clase de conducta.

Los padecimientos han de ser innecesarios para el fin propuesto, como expresivas de lo que un comentarista clásico llamó «la maldad de lujo» que anima el ensañamiento, la maldad brutal, 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 un elemento objetivo de la innecesariedad de esos males para la ejecución del fin propuesto. Lógicamente, el ensañamiento tendrá lugar estando la víctima viva, si está muerta no integrarían este delito.

Se requieren, pues, señala la STS, núm. 713/2008 de 13-11, dos elementos:

- Uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima.
- 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.

Este elemento subjetivo, por su propia naturaleza, ha de extraerse mediante un proceso inferencial razonado y razonable de datos objetivos constatados. Elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso, también precisa la STS 2.1.2002, que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno, no implicando la apreciación de ensañamiento vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a las que se atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento. En el mismo sentido la STS 28.2.2002 señala que: «es razonable la agravación, calificadora del asesinato, de ensañamiento, no solo porque el número de golpes con la navaja pone de manifiesto una crueldad innecesaria, también porque se declara probado que mientras se causaban la víctima vivía... Porque la intensidad de las puñaladas era innecesaria», habiendo declarado en el mismo sentido la STS 20.12.2001: «esa multiplicidad de heridas, algunas de ellas innecesarias para producir la muerte, revelan la concurrencia de ese deliberado aumento de dolor de la víctima causado por la especial crueldad (o inhumanidad) de los autores del hecho».



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

En el caso de la STS 713/2008, el relato fáctico de la sentencia se refiere que el imputado portando un martillo tipo «encofrador», asestó repetidos golpes, hasta un total de quince, en la región frontal, región nasal, región malar izquierda, región de la sien izquierda y región parietal izquierda, a la víctima, y que éste ataque no le produjo la muerte instantánea, causándole, durante un espacio indeterminado, la agonía hasta su expiración, acoge el motivo y no aprecia la agravante, ya que, en efecto, en el ensañamiento los actos no han de estar dirigidos de modo directo a la consumación del delito -en el caso que se examina los forenses determinaron que ninguno de los golpes era mortal de necesidad, pero el conjunto de todos ellos le causaron la muerte, sin poder determinar una secuencia sino al aumento deliberado del sufrimiento- (SSTS 331/2005 de 20.4, 617/2006 de 7.6). Observándose que falta la referencia al elemento subjetivo, la finalidad de aumentar el dolor de la víctima, entendiendo el término «deliberadamente» como el conocimiento reflexivo de lo que se está haciendo, y la expresión «inhumanamente» como comportamiento cruel, impropio de un ser humano (SSTS 1760/2003 de 26.12, 1176/2003 de 12.9). Pues bien, ni en la relación fáctica ni en la fundamentación jurídica se incorpora expresamente la intención de hacer sufrir a la víctima innecesariamente, por lo que la reiteración en los golpes se entiende como exponente del deseo de acabar con la vida de la víctima y no de aumentar su sufrimiento. En este caso -como recuerda la STS 1232/2006 de 5.12-, la cantidad de golpes forman su todo dentro de lo que, por su propia naturaleza y circunstancias debe ser considerado como una agresión desenfrenada en la que el autor acomete a su víctima, de forma desaforada e incontinente hasta que consigue su único propósito, que no es otro que el de causarle la muerte.

La STS 896/2006 de 14 de septiembre, tampoco aprecia los dos elementos exigidos para la apreciación de la agravante. Se describe un combate generalizado en el que intervienen directamente, de un lado, los acusados, y de otro, la víctima, su padre, y sus dos hijos, armados todos con navajas, palos o pinchos, imponiéndose el mayor número de los acusados (seis contra tres); destacándose el acometimiento armado de los acusados sobre el que resultó fallecido incluidas las mujeres, que, además, animaban a los demás a «acabar con la vida de la víctima, repitiendo la frase matadlo, matadlo», revelándose así la clara intención compartida de producir la muerte precisamente del mismo. El factum añade que «la víctima falleció a los pocos minutos de producirse los

hechos, a consecuencia de shock cardiocirculatorio, debido a las intensas hemorragias tanto torácica como abdominal, siendo dos de las heridas sufridas de carácter letal, situadas en la espalda, tanto a la derecha como a la izquierda y que penetran ambas en el tórax y abdomen, existiendo otras capaces de producir aturdimiento, tales como las causadas por golpes contusos en tórax superior y cabeza, y otras de especial consideración, como la sufrida en región lateral derecha del cuello y en oreja izquierda.

La STS 1081/2007, dice que, siendo consciente de que la primera puñalada era mortal, le asestó 20 puñaladas más, innecesarias para el fin propuesto.

La STS 147/2007, de 19 febrero, recuerda que tiene expresado la Sala «que en la agravante de ensañamiento se distingue el elemento objetivo, caracterizado por efectiva causación de unos males innecesarios, esto es, aquellos resultados de la acción que no sean necesarios a la finalidad perseguida por el autor. Y otro subjetivo, por el que el autor del hecho asume la innecesariedad de su acción, el carácter deliberado del exceso. El autor, deliberadamente, asume que la acción que desarrolla ya no persigue la realización del delito sino persigue un aumento del dolor causado con actos innecesarios a la ejecución del delito. Y esto último puede inferirse racionalmente de los propios elementos objetivos que han concurrido en el caso, en cuanto el sujeto no suele exteriorizar su ánimo de incrementar deliberada e innecesariamente el sufrimiento y dolor de su víctima. La deducción sobre la acreditación del elemento subjetivo del ensañamiento, es decir, la finalidad de causar un padecimiento innecesario y aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, es racional. En efecto, el actuar violento del autor, descartada la existencia de una situación que limitara el control de la acción, se presenta como consciente y, al mismo tiempo, voluntaria, pues la lógica y la experiencia nos indican que quien reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento».

En otro orden, es compatible con la exigente incompleta de enajenación mental y con el trastorno mental transitorio.

ATENCIÓN. Se requieren dos elementos para apreciar el ensañamiento:

- Uno objetivo, constituido por males innecesarios y máximo dolor y sufrimiento a la víctima.

- Otro subjetivo, consistente en ejecutar, de modo consciente y deliberado, con complacencia, actos dirigidos de modo directo al aumento del sufrimiento de la víctima.

3.3. Dolo

El dolo del sujeto debe abarcar tanto la intención de la muerte como la concurrencia de las circunstancias cualificadoras. A diferencia del homicidio, es opinión general que el asesinato no admite la forma culposa, no cabe por imprudencia, al considerarse incompatible tal elemento intencional, el propio legislador lo reconoce al regular solo el homicidio imprudente sin referencia al asesinato imprudente.

La admisibilidad del dolo eventual suele plantear problemas, pero ya señalábamos en el estudio de la alevosía que no hay incompatibilidad alguna.

3.4. Agravación

El art. 140 cualifica el asesinato en el caso de que concurran varias causas del art. 139 CP, que en la regulación anterior, ante el silencio legal, se entendía que una cualificaba el delito como elemento del mismo y la otra se aplicaba como agravante genérica. Ahora se establece, con mayor dureza, una pena mayor para el caso de concurrir más de una circunstancia, entendiéndose igualmente aplicable el precepto para el caso de concurrir las tres. De concurrir una agravante genérica se estará a las reglas generales del art. 66 CP.

ATENCIÓN. Se establece que «cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años».

3.5. Provocación, conspiración y proposición

Dice el art. 141 CP, aplicable tanto al homicidio como al asesinato que:

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

4. INDUCCIÓN Y COOPERACIÓN AL SUICIDIO

4.1. Problemas generales

El suicidio es un acto libre desde el punto de vista jurídico. Como es sabido, el suicidio es una conducta impune, por cuanto no se sanciona ni se castiga en nuestra legislación, argumentándose razones empíricas, prácticas o de política criminal para ello, si bien se considera una acción que desaprueba el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario no cabría explicar cómo se castiga a quien participa en un acto no injusto, de forma que la participación de terceros en la acción de quitarse la vida violenta y voluntariamente, se eleva a la categoría de delito, siendo la conducta principal impune.

El bien jurídico protegido en estas conductas es la vida humana no deseada por el titular de la misma, o como se señala doctrinalmente, el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular, que es distinto al derecho a la vida consagrado constitucionalmente en el art. 15 CE, y que genera discusiones sobre la legitimidad del Estado a penalizar estas conductas, ante la decisión libre y conscientemente adoptada de poner fin a la vida con ayuda de terceros.

El art. 143 CP regula la inducción y cooperación al suicidio, señalando que:

«1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

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

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

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

De la regulación legal se deduce que en el número 3 que regula el llamado «homicidio-suicidio» la muerte es un requisito típico. Pero tal afirmación no es tan evidente en relación a los tipos de inducción y cooperación al suicidio, se dice que ambas formas de participación son conductas de mera actividad que no requieren resultado alguno, y para otro sector, la muerte es condición objetiva de punibilidad. La mayoría de la doctrina admite las formas imperfectas admitiendo la punición si la muerte no se produce, aunque tal afirmación no es pacífica; en cualquier caso parece perfectamente aplicable la tentativa si se inician los actos ejecutivos y la muerte no se produce. En este caso el suicida no puede ser considerado perjudicado a los efectos de responsabilidad civil, lo que no excluye la existencia de perjudicados en caso de producirse.

En este sentido, la SAP de Córdoba (Sección 1.^a) núm. 432/2005 de 22 septiembre, recuerda que uno de los grandes monografistas del tema (Torio) sostiene que la muerte del suicida es una condición objetiva de penalidad. No puede ser un resultado que cualifique porque la inducción no seguida de resultado alguno no puede considerarse como «delito básico», sino que, por el contrario, es irrelevante con arreglo a los principios que informan la materia en el Derecho común español (Rodríguez Devesa y Serrano Gómez). De ello se concluye que si el suicidio queda en mero intento no existe delito. Algunos autores, en contra de los que niegan las formas imperfectas en la inducción al suicidio, estiman, reiteramos, que no hay obstáculo alguno para apreciar la tentativa, si el suicida inicia los actos ejecutivos y fracasa.

En todo caso, la muerte ha de ser querida por el sujeto pasivo, de lo contrario sería homicidio, y además dicho sujeto ha de ser capaz y plenamente consciente, con voluntad, pues si fuera un inimputable, e incluso semi-inimputable también estaríamos ante un homicidio o asesinato. Por tanto, cabe excluir de la calificación de suicidio en casos de menores de edad, incapaces,

enfermos mentales o en los supuestos de que el consentimiento es prestado viciadamente por error, violencia, coacción o miedo o engaño u otro vicio.

ATENCIÓN. El art. 143 del CP castiga tres conductas, la inducción al suicidio, la cooperación necesaria al suicidio y la cooperación ejecutiva u homicidio-suicidio, añadiendo un supuesto de eutanasia. Se excluye la eficacia eximente del consentimiento porque castiga expresamente, aunque con pena inferior a la del homicidio, la inducción y la cooperación a la muerte del suicida. De otra parte:

- 1) Declara la impunidad de la cooperación o auxilio no necesario al suicidio.
- 2) Despenaliza la participación omisiva pura en la muerte del suicida, según doctrina mayoritaria.

Por consiguiente, el CP es sensible a la problemática que la eutanasia plantea en nuestro entorno cultural. De modo que si la ejecución de la muerte del suicida (art. 143.3) se castiga con pena inferior al homicidio, cuando el que manifiesta su voluntad de morir lo hace en los términos del art. 143.4 (contexto eutanásico), se produce una nueva atenuación para el que ejecuta su muerte. El consentimiento de la víctima no excluye la responsabilidad de quien causa su muerte, pero es eficaz en cuanto que determina una pena inferior a la del homicidio, que desciende aún más si el consentimiento se produce en un caso de eutanasia.

4.2. Inducción al suicidio

En el apartado primero del art. 143 se sanciona al que induzca a otro al suicidio. Se trata de influir directamente sobre otra persona para que lleve a cabo el suicidio, de forma que no hubiera llevado a cabo la acción sin tal influencia o instigación, aunque el ánimo de este hubiera estado más o menos predispuesto, pero no decidido. La inducción es una forma de participación, que consiste en suscitar, persuadir e influir en otro, dolosamente, la resolución de cometer en este caso el suicidio. Se exige que éste sea cometido libremente por el inducido. Se realiza cuando alguien, mediante un influjo meramente psíquico, pero eficaz y directo, se convierte en la causa de que otro resuelva suicidarse, lo que quiere decir:

- a) que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que (previamente) no está decidido a cometer la infracción;
- b) que la incitación ha de ser intensa y adecuada de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado;
- c) que se determine a un ejecutor determinado;
- d) que el inducido realice efectivamente el hecho a que ha sido incitado; y
- e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión y de que se ejecute.

Por tanto, si una persona está decidida a ejecutar el hecho, sin la previa influencia de otra, esta no puede ser acusada de comportarse como inductor, pues no ha determinado a la primera a la comisión del delito, de ahí el primer requisito exigible.

El AAP de Madrid (Sección 16.^a), núm. 170/2006 de 24 marzo, establece que «la inducción al suicidio, según el CP, ha de ser directa, clara, terminante, con claras acciones tendentes a forzar la voluntad del sujeto a causarse la muerte, que pudiera ser que él no hubiera deseado ni pensado hacer. Lo que lo distingue del auxilio o colaboración (penado menos gravemente que la inducción) que exige determinación y consentimiento del que se suicida, de quitarse la vida y acepta la colaboración de otro». La inducción es la comisión de una o varias acciones predeterminadas a convencer a otra persona de que debe quitarse la vida, incluso sin estar previamente convencido de ello el suicida. En cualquier caso, ha de insistirse en que la inducción, para ser tal, en atención a lo dispuesto en el art. 28.a) del CP, ha de ser directa y ejercerse sobre el psiquismo de un ejecutor material determinado, debiendo ir dirigida, además, a la realización de una infracción penal concreta. La jurisprudencia del TS la define como una autoría material en el ejecutor y otra autoría intelectual por parte del instigador, dolosa inducción en cuanto directa (a un determinado hecho) y dirigida a otro (determinada persona). El inducido no ha de haber resuelto alternativamente la ejecución del hecho delictual, sino que ello ha de ser consecuencia de la excitación influenciante del inductor, sin que ello signifique que previamente aquél haya de ser indiferente al hecho, o que no

pueda apreciarse algún otro factor confluyente o adherido, siempre de estimación secundaria, en la determinación delictiva del agente.

En la conducta del apartado segundo se requiere 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, es decir, una conducta por parte del sujeto activo de colaboración prestada a la muerte querida por otra persona, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma, de tal modo que sea el propio suicida el que tenga en todo momento el dominio del hecho, o sea, que el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide finalizar la vida o desiste del intento.

4.3. Cooperación necesaria

La cooperación al suicidio solo se sanciona en el apartado 2 del citado artículo cuando lo sea con «actos necesarios», por tanto cabe excluir aquellos actos que pudieran calificarse de mera complicidad, solo aquellos sin los cuales el resultado no se produciría.

Una cuestión discutida es si cabe la cooperación necesaria tanto en la forma activa como omisiva, particularmente en los casos de omisión, siendo postura dominante la admisión siempre que exista posición de garante en los términos del art. 11 CP, de manera que en los casos de simple omisión u omisión propia solo sería posible aplicar en su caso la omisión del deber de socorro del art. 195 CP.

Por tanto, el que sin más no impide un suicidio puede cometer un delito de omisión del deber de socorro (caso del que no corta la cuerda de un ahorcado, o impide que se beba el veneno mortal), y el que siendo garante (marido respecto de la mujer u otro vínculo familiar) no impide el suicidio del garantizado, puede ser autor de auxilio al suicidio.

Como reverso se plantea el problema de la calificación jurídica de quien trata de impedir el suicidio de otro. El AAP de Madrid (Sección 4.^a) núm. 49/2006 de 25 enero, considera que el derecho a la vida y el derecho a la muerte, aunque

formen las dos caras de una moneda, no son bienes jurídicos equiparables, ni nuestro ordenamiento jurídico les otorga el mismo tratamiento. Así, mientras la colaboración para mantener la vida no encuentra reproche penal en ningún precepto, no ocurre así con la colaboración en la muerte voluntaria de un tercero. El art. 143 CP castiga tanto la inducción al suicidio como la cooperación cuando ha mediado petición expresa. Por ello, el principio de especialidad y legalidad sólo permite entender prohibido lo que la ley prohíbe, de manera que omitiendo el legislador la sanción de quien obliga a otro a mantener la vida (no así el supuesto de la muerte) tal conducta nunca merecería reproche penal y, por tanto, no podría constituir, jamás, un delito de coacciones del art. 172 CP.

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 párrafo tercero del referido artículo, auxilio ejecutivo al suicidio o ejecución material de la muerte consentida. En el caso del mero auxiliador necesario, como el del auxilio ejecutivo del suicidio, requieren que la conducta del sujeto activo sea de colaboración prestada a la muerte, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma, de tal modo que -como hemos dicho- sea el propio suicida el que tenga, en todo momento, el dominio del hecho, o sea, el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide su finalización o desiste.

4.4. Homicidio-suicidio

En el apartado 3 del art. 143 se castiga la ejecución del suicidio de otro, aquí el sujeto pasivo no tiene el dominio del hecho a diferencia de las modalidades anteriores. Suele denominarse doctrinalmente a esta figura 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, planteándose el mismo problema respecto de la comisión por omisión, que debe admitirse, igualmente, si existe posición de garante.

5. LA EUTANASIA

5.1. Consideración general

El vocablo eutanasia proviene del griego thanatos que significa muerte dulce (eu-bueno, thanatos-muerte). El término eutanasia abarca diversos campos de actuación en la ayuda a morir a un enfermo, planteándose la problemática relativa a la muerte digna y a si tiene derecho el titular del derecho a la vida, a renunciar a ella, en uso de la libertad, derecho a no continuar sufriendo la vida misma, decidiendo quitarse o abreviarse la vida, solicitando de otro o del Estado, ayuda o la adopción de medidas en ese sentido.

El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere o libertad de hacer, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la Ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de esto, no es posible admitir que la CE en su art. 15, garantice al individuo un derecho a su propia muerte [STC núm. 120/1990, de 27 junio 1990 recogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª) en el caso Sampedro, Manuela Sanles contra España. Decisión de 26 octubre 2000].

5.2. Clases

Doctrinalmente se pueden distinguir 4 tipos de eutanasia:

A) Eutanasia auténtica. Supone el auxilio activo a morir sin acortamiento de la vida, tratando de mitigar el sufrimiento del enfermo. Actos que son atípicos.

B) Eutanasia pasiva. Suele entenderse aquella actividad médica o sanitaria que consiste en dejar de prolongar artificialmente la vida de aquellas personas a las que irremisiblemente avocadas a la muerte, tal prolongación les causa padecimientos insufribles. En estos casos de prolongación artificial de la vida se plantea hasta cuando ha de mantenerse el tratamiento y en que momento puede interrumpirse, planteándose el problema del derecho a una muerte digna en la idea de que a un alargamiento de la vida no sigue la curación, al contrario la prolongación artificial de la vida produce mayores dolores. Ante esta situación se opta por cesar en las técnicas de prolongación, tratándose de una conducta omisiva no activa, permitiendo que la naturaleza siga su curso. En este caso no puede calificarse la conducta como homicida, estamos en presencia de una conducta socialmente adecuada desde el punto de vista del médico, causa de justificación por estado de necesidad en su variante de colisión de deberes y por tanto atípica, debiendo atenderse a las manifestaciones de voluntad que el enfermo haya podido manifestar con anterioridad sobre el tratamiento a seguir y su derecho a una muerte lo menos cruel posible.

Resulta, por tanto, básico, el consentimiento del paciente, suscitándose problemas en los casos del moribundo que no está en condiciones de prestar consentimiento, en donde de ordinario será el médico conforme a la *lex artis* que lo comunicara a los familiares, los que podrán acordar la modificación del tratamiento doloroso.

C) Eutanasia indirecta. Se entiende por tal el adelantamiento de la muerte como consecuencia cierta de la administración de lenitivos para aliviar el dolor cruel que sufre el enfermo. Por tanto, auxilio activo a morir con acortamiento de la vida. No se trata de ayuda para morir sino ayuda en el morir al igual que en la pasiva. Ante el mantenimiento de una vida sin esperanza de recuperación debe primar la libertad de autodeterminación y decisión del afectado y la protección de la dignidad de la persona en el morir. Si el enfermo no ha manifestado su voluntad o no puede prestar el consentimiento, la práctica médica de acuerdo con su normativa deontológica hace que no pueda hablarse

de homicidio por falta de dolo ni de auxilio al suicidio, en los mismos términos que el anterior supuesto.

D) Eutanasia directa o activa. Ante un proceso doloroso, insufrible, conectado a un pronóstico infausto se procede al acortamiento de la vida. Se trata del homicidio rogado que encuentra acogida en nuestro derecho, art. 143-4 CP. Supuesto típico es la situación de una persona, abocada irremisiblemente a la muerte, que solicita seriamente de otra que ponga fin a su vida. Se sabe lo irremediable de la muerte en un plazo determinado o bien la calidad de vida del solicitante es tan defectuosa que aun queriéndose quitar la vida no puede y lo solicita de un tercero. En estos casos la acción es punible con arreglo al citado precepto.

5.3. Regulación

Nuestro CP en el art. 143-4 se refiere a la eutanasia directa en los casos de petición expresa del enfermo, al sancionar con pena inferior en uno o dos grados a las previstas en los casos de cooperación necesaria y homicidio suicidio (de los dos párrafos anteriores):

«[a] que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar».

De tal regulación debe destacarse:

- Solo cabe por acción directa o cooperación activa necesaria, siendo impune en caso de omisión.
- Se exige petición expresa, seria e inequívoca. Ello no implica que deba ser escrita, puede ser oral, y el sujeto ha de tener plena capacidad en el momento de manifestación de su voluntad.

- No se exige la situación de una situación terminal sino de enfermedad grave que llevaría a la muerte, o padecimientos graves permanentes, concepto jurídico indeterminado susceptible de varias interpretaciones.
- En cuanto a la penalidad, al bajarse en uno o dos grados, el ordenamiento otorga relevancia al consentimiento prestado a diferencia del texto anterior.

El reconocimiento del derecho a la autodeterminación del paciente, aun frente al médico, encuentra su reflejo en el art. 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente, 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (dictada en consonancia con el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual entró en vigor en España el 1 de enero de 2000), que en lo relativo al reconocimiento del derecho a rechazar el tratamiento, dispone en su art. 2.4 que «todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento». Y en el art. 8.2 excepciona el derecho a negarse al tratamiento sólo cuando, no siendo posible conseguir la autorización, hay riesgo para la salud pública o «riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».

ATENCIÓN. Requisitos:

1. Muerte del sujeto pasivo.
2. Consentimiento en forma de petición.
3. Petición expresa seria e inequívoca por el titular del derecho a la vida.
4. Que el peticionario se encuentre en situación de enfermedad grave que le conduciría a la muerte o sufriera graves padecimientos permanentes e insoportables.

Algunas legislaciones autonómicas regulan «el principio de autonomía de la persona» o excepcionan la exigencia de consentimiento en situaciones de

estado de necesidad a los casos en que no es posible conseguir la autorización o no hay manifestación expresa negativa del enfermo.

Aun así, esa negativa comporta consecuencias tales como la obligación del enfermo de solicitar el alta hospitalaria, si no existen tratamientos alternativos (art. 21 de la Ley 41/2002), y la pérdida de las prestaciones de invalidez, si no hay «causa razonable» para el rechazo. Y la Ley 41/2002 remite al Juez disponiendo que si el paciente no acepta el alta se le «oirá», y si persiste «lo pondrá en conocimiento del Juez para que confirme o revoque la decisión» (art. 21.2). En la línea de asegurar el ejercicio del derecho a rechazar el tratamiento, la Ley regula la eficacia de lo que llama «instrucciones previas» también llamadas «testamento vital» o más técnicamente «voluntades anticipadas» (art. 11). Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Es decir, aquellas voluntades expresadas con anterioridad en estado de plenitud de facultades para que tengan validez en el momento en que las facultades de conocimiento y voluntad se encuentren mermadas, sobre el tratamiento o la donación de órganos en caso de fallecimiento. Existe, pues, un derecho a disponer de la vida en el sentido de derecho a rechazar el tratamiento o medida salvadora.

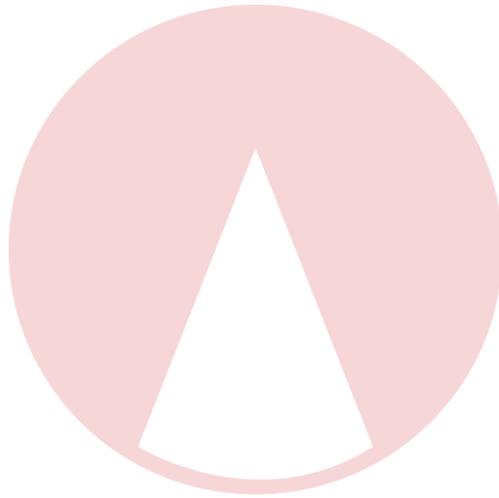
En la actualidad algunas CC.AA. tienen regulada por ley el llamado Testamento vital. Se trata de un documento de Voluntades Anticipadas -conocido genéricamente como Testamento Vital- donde se expresa la voluntad sobre las atenciones médicas que se desea o no desea recibir en caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que lleve a un estado que impida expresarse por sí mismo.

El Dictamen del Consejo Consultivo de la Junta de Andalucía de 1 de marzo de 2007 en relación a la negativa al tratamiento de una paciente llega a la conclusión de que la doctrina penal excluye de la punibilidad la eutanasia pasiva indirecta, porque una cosa es matar mediante un acto directo, y otra cosa dejar morir por la interrupción del tratamiento tras la solicitud del paciente.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS

Señala como ejemplos más relevantes la cesación de suministro de medicamentos, rehusar el tratamiento oncológico en casos de cáncer terminal, y la interrupción de la ventilación mecánica mediante la desconexión de los aparatos, que es lo que finalmente autorizó la Junta.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS







Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

51

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

53

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com