

TEMA 1

1. PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

Históricamente la parte especial precedió a la parte general, primero surgen los delitos y sus penas, cuando hay un cierto desarrollo jurídico empieza a elaborarse los conceptos generales acerca de lo que es el delito y los conceptos generales aplicables a cualquier delito (p.ej, sucedió con la legítima defensa, en relación con el homicidio). Tardíamente empiezan las compilaciones y los códigos (XIX) que empiezan a contemplar las categorías generales.

Cuando se aborda el estudio de la parte especial se pretende hacer una parte especial de la parte general, pero este esfuerzo está condenado al fracaso porque no sería más que en el fondo una reproducción de la parte general.

2. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA SISTEMÁTICA DE LA PARTE ESPECIAL

3. CRITERIOS CLASIFICATORIOS. EL BIEN JURÍDICO

Qué criterios clasificatorios pueden seguirse para el estudio de la parte especial del CP:

A lo largo del tiempo se han propuesto diferentes criterios clasificatorios, por ejemplo:

Se ha sugerido a tender a la forma de comisión de los delitos, al medio de acción; este criterio llevaría a agrupar sistemáticamente delitos como el asesinato, el robo con violencia, las coacciones, las agresiones sexuales; sobre la única base que en todos ellos el sujeto activo despliega la violencia, de manera que había delitos típicamente violentos y la violencia sería el elemento aglutinador. Por otra parte habría delitos fraudulentos, engañosos como la estafa, los abusos sexuales mediando el engaño etc. Este método clasificatorio se ha visto condenado al fracaso, puesto que es poco operativo en la medida en que aglutina delitos tan dispares como puede ser una agresión sexual y el robo con violencia.

Otro criterio clasificatorio son los móviles del autor (criterio subjetivo): aquello que inclina al sujeto al delito. Llevaría también a agrupar sistemáticamente el asesinato con una agresión sexual. También se abandona este criterio por la doctrina.

Puede decirse que el criterio dominante es el criterio del bien jurídico protegido por el delito o delitos que vengan en consideración. Este criterio es el que sigue el legislador penal en el libro 2º del CP cuando tipifica las diferentes conductas delictivas (desde la protección de bienes personales a la protección de bienes colectivos). Las rúbricas del

código penal nos informan sobre cuál es el bien jurídico tutelado, esta información es muy valiosa, ya que el bien jurídico no sólo cumple una función clasificadora, sino que el bien jurídico cumple una función interpretativa, fundamental; es decir, la interpretación teleológica (fin) tiene que partir del examen del bien jurídico protegido porque la resolución de los problemas interpretativos han de llevarse a la luz del tipo penal que se pretende proteger.

No siempre encontramos la información en las rúbricas, por ejemplo, en el tit 18 la rúbrica es *“de las falsedades”* (abarca falsedades documentales, falsedades personales, falsedad de moneda...) pero no se nos dice cuál es el bien jurídico protegido, de manera que es labor del intérprete determinar qué bien jurídico se protege.

En otros delitos, la rúbrica no nos da información, en el tit 1º que lleva por rúbrica *“del homicidio y sus formas”* no os dice el bien jurídico protegido aunque es fácil determinar que el bien jurídico protegido es la vida.

Hay delitos en los que la rúbrica del título apunta a un determinado bien jurídico, y sin embargo, lo que debe entenderse por ese bien jurídico no es claro, por ejemplo: *“delitos contra el honor”* (título 11): calumnia e injurias, bienes jurídicos afectados: autoestima, dignidad, dignidad...

En los casos en los que la rúbrica se refiere a un bien jurídico hemos de tener claro que las rúbricas de los títulos no son vinculante para el intérprete, cuando nos enfrentemos al estudio de un determinado delito, la rúbrica nos puede dar una información pero no es vinculante, de manera que la interpretación teleológica, unida a la interpretación sistemática y otros criterios, esos son los que tienen que llevarnos a determinar cuál es el bien jurídico protegido.

Desde la perspectiva del bien jurídico podemos distinguir dos fenómenos que hay que conocer:

En primer lugar, puede suceder que un determinado delito atente contra más de un bien jurídico, decimos que es un delito pluriofensivo o plurilesivo, es preciso decidir cuál es el bien jurídico preponderante y este a su vez decidirá la orientación sistemática. P. ej: en el robo con intimidación: concurre el apoderamiento de propiedad mueble ajena y el ataque a la libertad; de acuerdo con la historia, el bien jurídico que se protege en el robo es la propiedad.

En segundo lugar, un mismo bien jurídico se protege a través de diferentes tipos delictivos formando una familia de delitos: estas familias giran todas en torno al bien jurídico. P. ej: se habla de delitos contra la vida (homicidio, asesinato, auxilio, inducción al suicidio...). Estas familias de delitos pueden dar lugar a dos puntos de vista:

Unas veces hay un tipo básico en torno al cual giran los otros tipos que son tipos agravados o atenuados. P. ej: en los delitos contra la vida, el homicidio es el tipo básico y el asesinato es un tipo agravado de homicidio. (*“Del homicidio y sus formas”* así dice la rúbrica).

Otras veces, la relación de los diferentes tipos es una relación de independencia, no hay uno básico y otro agravado sino independientes entre sí, son delicta sui generis. Se considera que la relación entre el robo y el hurto es relación independiente. Es una cuestión de interpretación, es el intérprete el que decide si hay un tipo agravado y otro básico o son independientes entre sí.

Tiene incidencia práctica, dependiendo de si es sui generis o uno básico o agravado, en materia de participación.

El criterio del bien jurídico es conforme al principio político-criminal que nosotros sabemos que es fundamental en el derecho penal, según este principio los tipos penales se deben dirigir siempre a proteger un bien jurídico fundamental. Este criterio es cuestionado por aquellas corrientes que entienden que en momentos de inseguridad ciudadana y de auge del fenómeno del terrorismo es preciso acudir al derecho penal incorporando conductas, prohibiendo su realización, en aras a mantener una convivencia pacífica; esta corriente de opinión antepone la seguridad a los bienes o valores como la libertad, cuanto más derecho penal haya menos libertad de acción, para esta corriente no importa tanto que las conductas que se prohíban atenten contra un bien jurídico fundamental cuanto su prohibición sea útil para mantener la convivencia. Frente a esta tendencia hay una fuerte oposición por parte de la doctrina que pretende mantener el principio político-criminal del bien jurídico y sobre todo que se cumpla un principio constitucional básico: libertad social de acción, que significa que no se prohíban las conductas salvo que sea indispensable para proteger bienes jurídicos indispensables, dicho en otros términos, en aras de la seguridad no se sacrifique la libertad. Si no hay un bien jurídico que proteger hay otros mecanismos, no hay que acudir al derecho penal.

Por tanto principio de intervención mínima, carácter subsidiario del derecho penal, de manera que solo se acuda al derecho penal en los casos en los que no sean suficientes los recursos de los que dispone otras ramas del ordenamiento jurídico y que además sea absolutamente indispensable para proteger bienes jurídicos fundamentales.

El derecho penal tiene carácter fragmentario, es decir, a veces es suficiente proteger el bien jurídico frente a determinadas formas de ataque no frente a cualquier forma de ataque; hay bienes jurídicos que es preciso proteger como sucede con la vida.

4. ESTRUCTURA DE LAS FIGURAS DEL DELITO

Los tipos penales (*Mezger*) presentan la siguiente estructura: el que haga esto o aquello será castigado con tal pena.

Los tipos contienen una referencia al SUJETO ACTIVO, “el que”, cualquiera; p. ej el que matare a otro. Ante estos casos estamos ante un **delito común**: cometido por cualquiera. No tiene delimitado la autoría.

Hay casos en que el sujeto activo aparece delimitado típicamente, exigiéndose que posea una condición, cualidad, característica determinada, **delitos especiales**: no pueden ser cometidos por cualquiera, sino solo por aquellos sujetos que estén revestidos de la cualidad que el tipo reclama. P. ej aquellos delitos que solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos como la prevaricación judicial. Dentro de los delitos especiales, podemos encontrar dos supuestos distintos:

- Delitos especiales propios: formaciones jurídicas originarias, la conducta se contempla ex novo, para los casos en los que el autor es p.ej un funcionario o un juez, esa conducta no está contemplada en ninguna ley penal para el caso en el que la realizará cualquiera. Solo se incrimina esa conducta cuando es realizada por el sujeto que describe. P. ej, prevaricación judicial. Tiene consecuencias en el ámbito de la autoría mediata (un sujeto se sirve de otro, que en sus manos es un simple instrumento para cometer el delito), los delitos especiales propios no admiten la autoría mediata, no se pueden cometer a través de otro, sólo lo puede cometer el sujeto cualificado.
- Delitos especiales improprios: tiene un correlato en otro lugar del código, esa misma conducta está prevista en otro sitio para el caso de que la cometa cualquiera. P. ej malversación de caudales públicos, es un delito de funcionario (se apropia de bienes públicos), pero si un particular tiene una cosa y se la apropia comete un delito, en este caso, apropiación indebida.

Las figuras delictivas contienen una referencia a la ACCIÓN “el que tomare”, “el que haga”, “el que matare”...: la acción viene expresada mediante un verbo, puede tratarse de un verbo resultativo (matar) que hace referencia tanto a la acción (disparo p.ej) como al resultado (muerte).

Desde la perspectiva de la acción distinguimos entre:

Delitos de resultado: la acción conduce a un determinado resultado (resultado típico) de entre las posibles consecuencias de la acción el legislador selecciona una, aquella que considera significativa desde la perspectiva del bien jurídico que se pretende proteger y la eleva a resultado del delito.

Por ejemplo si alguien dispara a otro y lo mata, esta acción va a traer consigo múltiples efectos: si la víctima tiene niños de corta edad, estos van a quedar desatendidos, pero el homicidio no capta estos efectos sino un resultado típico que es la muerte de la víctima. El problema causal se planteara entre el disparo inicial y el resultado producido.

Es importante que nos atengamos siempre a discutir si la acción que ha realizado el sujeto es efectivamente causal de resultado, para lo cual hay que tener en cuenta las teorías casuales:

Hoy domina en la jurisprudencia la teoría de la equivalencia de las condiciones: causa es cualquier condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que de forma simultánea desaparezca el resultado. “*conditio sine qua non*” si mediante esta abstracción nos preguntamos de no haberse realizado esta acción el resultado se hubiera producido y nos contestamos que sí, esa acción no es causa del resultado, si la respuesta es que no, la acción es causa del resultado.

Delitos de simple actividad: Otras veces el CP nos presenta delitos en los que la mera realización de la acción ya es consumativa, delitos en los que se anticipa la protección de bien jurídico protegiéndose frente a la realización de una acción con independencia de que esa acción conduzca o no a un determinado resultado.

Desde esta perspectiva de la acción, hay que recordar que el CP español reconoce además de los delitos de acción los DELITOS DE OMISIÓN y desde esta perspectiva, hemos de distinguir:

Delitos de omisión pura o simple: correlato de los delitos de simple actividad. Delitos en los que basta con la mera omisión para que el delito se consuma con independencia de que esta omisión conduzca o no a un resultado. Aparecen previstos en el CP. P.ej delito de omisión del deber de socorro.

Delitos de comisión por omisión: correlato de los delitos de resultado. No están regulados caso por caso en el CP, salvo alguna excepción. Nos enfrentamos a un problema interpretativo. Es el intérprete el que tiene que decidir si un tipo penal (homicidio) admite la comisión por omisión.

Art 11 CP: requisitos que han de cumplir para establecer un delito de comisión por omisión:

- Que la omisión equivalga equitativamente a la acción
- El omitente tiene que tener un deber jurídico específico de actuar (no basta con el deber general de socorrer que incumbe a todos), tiene que ser garante del bien jurídico (la madre es garante de la vida del niño)

Los tipos penales se sirven de elementos de diferente naturaleza, que pueden ser **descriptivos** o **valorativos**.

A su vez pueden tener una **naturaleza objetiva externa** o **naturaleza subjetiva interna**, si la prueba de naturaleza externa es sencilla (es apreciable por los sentidos), la prueba de los elementos internos es siempre problemática (no son aprehensibles por los sentidos), pertenecen a lo que el TS denomina “el arcano del alma humana”.

Los elementos objetivos descriptivos permiten que se garantice al máximo la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Pero a veces los tipos penales contienen elementos valorativos (normativos): no nos dan la materia de la prohibición sino que valoran en sí misma indeterminada. Estos elementos valorativos introducen cierta inseguridad que obligan al intérprete a pronunciarse sobre una materia que no se describe legislativamente.

P.ej conceptos como “*inhumanamente*” en el ensañamiento producen inseguridad jurídica. ¿Qué es inhumanamente? Hay que atender a criterios histórico-culturales para entender el concepto.

En tipos penales más modernos, relacionados con las nuevas tecnologías, avances científicos,... aparecen elementos que requieren conocimientos especiales que obligan al juez a informarse con técnicos o especialistas que cuenten con esos conocimientos (propiedad industrial, delitos informáticos...)

En los delitos de resultado, ej homicidio, el resultado consiste en una transformación del mundo exterior que es perceptible por los sentidos pero a veces sucede que el resultado no se puede aprehender por los sentidos y decimos que se trata de un resultado de **naturaleza psicológica** con la consiguiente inseguridad.

Ej: en un delito de injurias ¿cuándo se produce el resultado? ¿desde el momento de la injuria? ¿desde que llegó a conocimiento de un tercero o del injuriado?

COMPOSICIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Distinción entre tipos complejos y tipos compuestos:

Tipos complejos: resultan de la unión o suma de dos o más tipos penales.

P.ej en la regulación de los delitos de terrorismo se contempla la conducta de quienes perteneciendo a un grupo u organización terrorista, lo que ya constituye un delito de asociación ilícita, atententem en contra de las personas causándoles la muerte o lesiones o privándoles de libertad o amenazando o coaccionando a una o más personas... se reúnen conductas que, por un lado, constituyen homicidio, secuestro, amenazas... y, por otra parte, todo ello en el seno de una organización que, en sí misma, es ilícita, delictiva, se trata de un concurso de delitos.

Detrás de esta composición delictiva, el legislador en lugar de remitir a los diferentes tipos penales crea una figura delictiva nueva (terrorismo) en atención a que el hecho tiene un especial contenido de desvalor y merece una pena muy severa, con la finalidad de imponer una pena más grave de la que pueda resultar del simple concurso de delitos. Los delitos complejos han ido desapareciendo del CP.

Delitos compuestos: resultan más de la fusión que de la suma de dos delitos.

Así se entiende que el robo con violencia o intimidación en las personas es el resultado de una fusión entre el hurto y unas coacciones, pero realmente es algo distinto a la suma del hurto y las coacciones; en el hurto la acción consiste en tomar una cosa mueble ajena con ánimo de lucro, la acción, tomar, es valorativamente neutra. En el robo la acción consiste en apoderarse de la cosa, evoca el despliegue de una actividad energética superior. Cuando el robo es con violencia en las personas se están realizando unas coacciones (comportamiento violento dirigido a que otro haga o no haga algo), pero va dirigido al apoderamiento de una cosa y surge un delito especialmente grave contra la propiedad. Desde la perspectiva del bien jurídico se ve afectada la libertad y la propiedad. Se considera predominante la propiedad.

Podemos distinguir la existencia de delitos INSTANTÁNEOS, PERMANENTES o DE ESTADO:

Instantáneos: se realiza una acción que conduce a la lesión de un bien jurídico, el sujeto se desconecta de su acción cuando la realiza, de manera que desata en su paso un curso causal que conducirá al resultado típico que puede ser en el momento o en el paso del tiempo.

P.ej, homicidio, el sujeto dispara (realizando el tipo) alcanzando a la víctima con la intención de matar, puede ser que la muerte se produzca horas o días después, o puede ser que finalmente no fallezca, se quedará en homicidio en grado de tentativa.

Permanentes: el sujeto realiza una acción pero el ataque al bien jurídico se dilata o prolonga en el tiempo, durante un periodo de tiempo más o menos largo, durante el cual permanece la lesión antijurídica, y durante ese tiempo el sujeto va manifestando su voluntad antijurídica.

P.ej detenciones ilegales: secuestro. Mientras dura la lesión antijurídica cabe en cualquier momento la legítima defensa. Se plantean problemas en materia de codelincuencia.

P.ej en lo que dura el secuestro intervienen otras personas que no intervinieron en el momento inicial, por ejemplo realización funciones de vigilancia del secuestrado, puede.

De estado: son delitos instantáneos que crean una situación que se mantiene en el tiempo pero que ya no es relevante para el derecho penal como sucede en el delito de lesiones, quien lesiona a alguien con la pérdida de un órgano o sentido causa una situación que se va a prolongar en el tiempo, el sujeto se desconecta de su acción, el delito se consuma en la acción

Problema de las LEYES PENALES MIXTAS: acumulativamente formadas, alternativamente formados.

Plantea problemas interpretativos, el legislador reúne en un determinado tipo penal conductas diferentes, es tarea del intérprete distinguir si es una variación accidental del mismo delito o figuras delictivas distintas, si se trata de un tipo penal mixto acumulativamente formado o alterativamente formado.

Tipos penales mixtos acumulativamente formados: agrupan conductas distintas, de tal manera que si el sujeto realiza las conductas acumuladas, realiza varios delitos

Tipos penales mixtos alternativamente formados: los distintos supuestos son variaciones accidentales de un delito, basta con que concurra una variación para que el delito se cumpla. Ej: asesinato, se puede cometer el asesinato con alevosía, con ensañamiento, con precio, promesa o recompensa (art 139 CP).

DELITOS CONTRA LA VIDA INDEPENDIENTE

TEMA 2

TÉCNICA DE LAS FAMILIAS DE DELITO:

Un único bien jurídico es protegido a través de diferentes delitos, casos que plantean el problema interpretativo de decidir si estamos ante un delito básico el tono al cual aparecen formas agravadas o delitos independientes entre sí (delicta sui generis). No es infrecuente que el CP agrupe diferentes delitos dirigidos a proteger un mismo bien jurídico.

Libro II, título 1º *“del homicidio y sus formas”*, la rúbrica no nos da información sobre el bien jurídico protegido, el CP se ocupa del homicidio al que se le otorga la preeminencia; parece que estamos ante un tipo básico “el homicidio”, en torno al cual aparecen otras figuras delictivas “sus formas”, agravadas o atenuadas. La regulación comienza con el art 138 con el homicidio doloso.

El homicidio y sus formas protegen la vida humana, el bien jurídico es un criterio interpretativo fundamental. Para delimitar el bien jurídico, vida humana, hay que tener en cuenta la interpretación sistemática porque el homicidio y sus formas se enmarcan en un sistema en el que hallamos que en el título 2º se incrimina el aborto, tampoco nos habla aquí del bien jurídico protegido (vida humana in formación/intrauterina/dependiente...) por vía interpretativa, (sistemática) atendiendo que el aborto se regula de la manera independiente hemos de convenir que a través del tipo del homicidio y sus formas se protege la vida humana independiente.

El código penal no nos da información precisa acerca de dónde termina una y comienza otra. Es una cuestión jurídica, desde el punto de vista biológico hay un continuo pero el jurista tiene que trazar una barrera, un límite. No es una cuestión sencilla, de hecho a lo largo del tiempo en la doctrina se ha elaborado una importante discusión sobre esta cuestión. Desde un punto de vista biológico, en el momento del nacimiento, se distinguen una serie de fases o momentos, que van desde que comienzan las contracciones del parto, pasan por el comienzo de la expulsión del feto del claustro materno, esto puede dilatarse más o menos, antes de la expulsión se habla de la visualización del feto desde el exterior, la posibilidad de actuar directamente sobre él, aun antes de la expulsión. Todo este proceso concluye con la expulsión definitiva, que a su vez va seguida del corte del cordón umbilical, del cese de la respiración placentaria y el comienzo de la respiración pulmonar autónoma. A lo largo del tiempo varios de estos momentos han sido invocados como punto de separación entre la vida uterina y la exterior. Autores como Gimbernat han dicho que es la posibilidad de actuar sobre el feto el criterio que debe seguirse para trazar la barrera entre el feto y el bebé. Otro momento es en el instante en que empieza la respiración pulmonar. A veces se dice que desde que se da principio la expulsión del feto ya hay vida independiente y que por tanto cualquier actuación en ese momento inicial, debería ser abarcada por el tipo del aborto. Otras veces se ha exigido la expulsión definitiva del feto para poder hablar de homicidio. Hoy, la tesis dominante, tiende al criterio del bien jurídico y de su más amplia protección a través de los tipos del homicidio, para lo cual, se entiende que desde que hay un comienzo de expulsión, ya podría hablarse de vida independiente y por tanto, en su caso aplicar el homicidio. Aun cuando el feto todavía no tenga respiración pulmonar autónoma, este criterio no parece decisivo y aun cuando aun no se haya cortado el cordón umbilical, esto porque si de lo que se trata es de proteger la vida desde ese momento, el bien jurídico vida se protege más. También a efectos de este delito, es decisivo, cuando termina la vida. Si el límite mínimo plantea el problema delimitar el homicidio del aborto, el límite mínimo de homicidio coincide con el límite máximo del aborto.

Lo que se plantea es hasta donde puede hablarse de un homicidio, lo que pasa por determinar el concepto de muerte, no habrá homicidio si la persona ya está muerta. El concepto de muerte ha anado a lo largo del tiempo. Hoy el concepto de muerte se

situa en la ausencia de actividad cerebral reflejada en un electroencefalograma plano y además exige la regulación de las leyes que se cumplan una serie de exigencias, porque sobretodo este problema, del límite máximo del homicidio, se plantea cuando se quieren obtener los órganos de una persona, en buenas condiciones, en condiciones óptimas para el trasplante, de aquí que el concepto moderno de muerte se haya elaborado al amparo, a medida que se desarrolló la técnica de los trasplantes de órganos. En 1979 la ley *** se ocupó de estas cuestiones situando la muerte en *** esta ley ha sido desarrollada por sucesivos reglamentos el último de 2012 Real decreto. Se trata así de posibilitar el avance de la medicina, siempre con las suficientes garantías, se trata de que al propio tiempo no se incurra por parte de los médicos, en responsabilidad. Si realizan la acción cumpliendo todos los protocolos que la ley y el reglamento establecen. De manera que podemos sintetizar que el homicidio se mueve en un ámbito que va desde la expulsión del feto del claustro materno, sin que sea precisa la expulsión definitiva. Y llegan finalmente hasta la muerte remitiendo esta en la línea de la ley sobre extracción de órganos, a la llamada muerte cerebral. Lo que sin duda es claro, es que no es válido para el derecho penal lo previsto en el código civil cuando dice que a efectos civiles, el concebido se tiene por nacido cuando vive 24 horas separado del claustro materno, esto es a efectos civiles, pero no a efectos penales. Por tanto, la protección penal, se amplía.

Otras cuestiones que también se plantean son por ejemplo, el límite mínimo del aborto. Cuándo empieza la vida.

Entonces, el bien jurídico vida humana así delimitado, es un bien jurídico que tradicionalmente se ha considerado como un bien jurídico fundamental, un bien jurídico básico del que es titular la persona, un bien jurídico del que tiene que ser protegido cualquier persona frente a cualquier tipo de ataque.

El homicidio no tiene que ser restringido al círculo de las formas de comisión. Cualquier conducta, o medio dirigido a causar la muerte encuentra cabida en el tipo matar.

La vida humana como bien jurídico ha sufrido diferentes cambios desde su concepción así de hablar de la santidad de la vida humana se pasa a hablar de la calidad de la vida humana, y se cuestiona si hay momentos en los que ya no tenga sentido seguir protegiendo la vida al amparo de una santidad, lo que implica connotaciones religiosas, morales. No tiene sentido en los casos en los que estas ha llegado a una situación final de irreversibilidad de la enfermedad, con un pronóstico de muerte inminente, y cuando la persona tiene unos dolores, o unos padecimientos, difícilmente soportables, es decir se introduce en el debate el problema de la calidad de la vida que a veces se contraponen a la santidad. Este debate, también se desarrolla en estrecha conexión con los avances de la medicina, porque ciertamente cada vez hay más medios para proteger la vida, incluso para mantener artificialmente la vida, y hay un momento en que es dudoso, si el tratamiento deja de ser terapéutico, un genuino tratamiento médico y pasa a ser más bien un encarnizamiento terapéutico. O incluso un

ensañamiento terapéutico y se plantea si hay un momento desde un punto de vista médico no sería preferible dejar de intervenir o incluso se plantea desde un punto de vista no estaría justificada provocar la muerte.

Se habla de la eutanasia, un término que está lleno de connotaciones negativas, pero no es unívoco.

En la eutanasia es un debate en el que hay que tomar parte entre la santidad y la calidad, hay un momento en que la vida no es digna de ser vivida.

ELEMENTOS DEL HOMICIDIO.

Homicidio doloso (art.138CP) El que matare a otro será castigado como reo de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años. Este cuadro legislativo debe completarse con lo previsto en el art. 142 que regula el homicidio imprudente culposo realizado con imprudencia grave. Y también debe completarse con el libro tercero, de las faltas, concretamente con lo establecido en el artículo 621.2 los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona.

La regulación del art. 138 comienza haciendo una referencia al sujeto activo del delito, el homicidio es un delito común, el homicidio activo viene expresado con el indeterminado "el que" cualquiera puede cometer un homicidio. La acción viene expresada con el verbo matar, el verbo matar es un verbo resultativo, que alude tanto a la acción como al resultado de la acción. La muerte es ciertamente el resultado del delito y ya sabemos que la presencia de la muerte se ha de determinar conforme al llamado concepto moderno que se establece en la ley. Hemos de detenernos en la acción. La acción tan escuetamente definida con el verbo matar plantea problemas interpretativos. Nos permite decir que el homicidio no tiene los medios determinados sino indeterminados, cualquier medio modo o forma que conduce a la muerte, puede ser considerada como matar, a los efectos de este delito. Amplia protección de la vida frente a cualquier forma de ataque, encuentran cabida ahí los llamados medios materiales, como por ejemplo el golpe o los golpes puñaladas, disparos.. el empleo de cualquier instrumento material. Pero también encuentran cabida ahí los llamados medios morales. Como por ejemplo cuando se mata a otro mediante un susto, causándole una fuerte impresión, el sujeto ha de saber que la víctima tiene un problema cardíaco, y su acción va a conmocionarle gravemente pudiendo causarle la muerte.

Tienen que concurrir otros factores pero desde el punto de vista de la acción puede matarse así, mediante los llamados medios morales.

Matar, se puede matar mediante una conducta activa pero también se puede matar por omisión.

Para que por vía interpretativa podamos subsumir en el tipo del art. 138 una conducta omisiva por tanto para que podamos hacer responder al autor por la muerte cometida a través de este tipo de delito es preciso que se cumplan los requisitos del art. 11 es decir, que la omisión sea equiparable a la acción y que haya una conexión causal entre ella y el resultado. Podemos acudir a la llamada causalidad hipotética, de haberse

realizado la acción esperada por el ordenamiento jurídico, ¿el resultado no se habría producido? Entonces hemos de afirmar la causalidad. Ha de ser un sujeto con un deber específico de actuar, no basta con un deber genérico. (AÑADIR COMISION POR OMISION PENAL I)

Desde el punto de vista de la acción, el homicidio exige que medie una conectiva acción causal entre la acción y la muerte. El art. 138 se limita a decir matar, haciendo referencia al sujeto y la acción.

Esto es una equivalencia a la teoría de la *conditio sine qua non*. Si suprimimos mentalmente la acción, el resultado no se produce, entonces debemos afirmar la causa. Hemos de tener también muy presente para la acción subjetiva, que la acción debe ser objetivamente peligrosa en una consideración *ex ante* para el bien jurídico vida humana: No basta con afirmar la causalidad para que la acción pueda considerarse típica en el sentido del homicidio. De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva que es una teoría del po de lo injusto ha de concurrir elementos facticos y normativos. Además de la conexión causal previamente establecida. Desde un punto de vista factico se requiere para que haya homicidio, que la acción sea en si misma considerada y en una consideración *ex ante*, por tanto con independencia de lo que haya sucedido, situándonos en el momento de la acción peligrosa para el bien jurídico. Esto requiere un juicio de pronóstico o probabilidad y es una cuestión de hecho porque se establezca que efectivamente esa acción según la experiencia, es objetivamente peligrosa para el bien jurídico. Además en segundo lugar, se requiere que desde un punto de vista normativo o valorativo, esa acción sea anti normativa, esto significa pertenezca al ámbito de prohibición de la norma del homicidio. De lo que el tipo del homicidio pretende causar es decir sea una acción que desde la perspectiva del tipo del homicidio, normativamente este ahí contenida. Por ejemplo, puede haber una acción y una conexión causal y sin embargo faltar la imputación objetiva, si a pesar de haberse producido la muerte, la acción en sí mismo no hay un peligro para la vida.

Pero además desde un punto de vista subjetivo, se requiere que concorra bien el dolo bien la imprudencia, por tanto, básicamente desde un punto de vista subjetivo hemos de distinguir entre el homicidio doloso y el culposo pero también el homicidio preterintencional

- El homicidio doloso es el que encuentra cabida en el art. 138CP. Este artículo no hace referencia expresamente al dolo. El CP no regula de forma expresa el dolo pero por vía interpretativa sabemos que así como en el art. 142 se contempla el homicidio imprudente, el art. 138 acoge el homicidio doloso. ¿Qué clase de dolo? cAbe ahí el dolo directo o de primer grado. El dolo implica que el sujeto se representa correctamente la realidad, sabe lo que hace y quiere hacerlo es conocimiento y voluntad de realización de todos y cada uno de los elementos,

osea que el sujeto ha de saber que mata a otro y querer la muerte. El dolo ha de abarcar también el resultado típico. En este sentido el dolo directo o de preimer grado encuentra cabida. Los casos en que el sujeto se representa la muerte y predispone los medios para alcanzar esta meta. En segundo lugar, también encuentra cabida en el tipo del art 138, el homicidio con dolo mediato, o de segundo grado, es decir aquellos casos en que la muerte de la victima no es el fin directamente perseguido por el autor, pero si se la representa como una consecuencia necsariamente unida a su actuación. El caso mas claro es el de el sujeto que coloca una bomba con la finalidad de causar daños y asi cobrar un seguro, pero es representa como necesariamente unida a esta acción la muerte de una persona que esta en el lugar, entonces el sujeto no persigue directamente la muerte pero si sabe que en conexión ocn su acción la muerte se va a producir, y responderá en tal caso con un homicidio, no dolo directo pero si dolo mediato o de segundo grado. Y finalmente, en tercer lugar, encuentra cabida también en el art. 138 el dolo eventual, que concurre en aquellos casos en que el sujeto se mueve en el ámbito de la duda, es decir, no sabe con seguridad si su acción va a causar la muerte, se representa la muert como probable pero no como segura, posiblmente la acción conduzca al resultado, pese a la cual actua, y toma a su cargo la muerte , de acuerdo con la teoría de consentimiento de Frank concurre el dolo eventual si el sujeto admas de representarse la muerte coo posible se dice a si mismo que le da igual, pase lo que pase, actúa. Por tanto, el delito de homicido es un claro ejemplo de delito doloso en el que las diferentes clases de dolo encuentran cabida. Estas clases de dolo no están reguladas en el código penal, es un producto de la elaboración teorica a lo largo del tiempo, una clasificacinn ampliamente extendida a lo largo del tiempo. Cualquiera que sea la modalidad de dolo, la pena va a ser la misma, la prevista en el art. 138CP. Porque este articulo no hace referencia a las distjintas clase de dolo.

El problema del dolo eventual es que a veces es muy diicil de limitar con referencia a la culpa con represnetacion. Las diferente s teoría spara distinguirlo parten del homicidio. La teoría del consentimiento exige por una parte que concorra un elemento cognoscitivo, que el sujeto conozca las propiedades de su acción. Si bien, no tiene seguridad, considera que el resultado es solo probable o posible. Ademas exige un elemento volitivo, que el sujeto haga suyo el resultado Representacion, no como seguro sino como probable. El sujeto no quiere el resultado pero lo acepta. En cambio las teorías de la probabilidad se contemplan depdned el grado. Habra dolo si es altamente probable que se produzca el resultado en cambio habrá ***

En el delito culposo el CP incorpora una regulación compleja, por una parte incrimina el homicidio con imprudencia grave, en el art. 142, y por otra parte, regula el homicidio con imprudencia leve, como una simple falta, en el libro tercero. A este criterio de la gravedad, hay que añadir otro criterio clasificatorio de la culpa o imprudencia, que es

el que atiende a la estructura y nos permite distinguir entre la culpa o imprudencia con representación o sin representación. Ambas caras de la cula encuentran cabida también en el homicidio aunque el código penal no se refiera a el, solo se refiera al problema de la graveidad. En el homicidio por imprudencia, con representación, nos encontramos ante un fenómeno criminal que limita con el homicidio con dolo eventual, y que a veces plantea a los tribunales problemas importantes, y a veces esto da lugar a una jurisprudencia poco uniforme. Los casos en que el sujeto se representa como posible o como probable la muerte de la víctima y actúa, en principio esa conducta puede ser una conducta meramente imprudente, habría una culpa o imprudencia con representación y decidir sin embargo que es dolo eventual va a depender de la teoría acerca del dolo eventual seguimos, si seguimos la de Frank que requiere además que el sujeto acepte el resultado, calificar el hecho como doloso requerirá que se produzca esta aceptación. De tal manera que si el sujeto se lo representa pero confía en que no se produzca, y sin embargo mata, habría un homicidio imprudente. En cambio si el sujeto se lo representa pero dice pase lo que pase, habría un dolo eventual.

En cambio si seguimos la teoría de la probabilidad. El elemento volitivo desaparece, y la presencia del dolo eventual o de la culpa con representación, dependerá del grado de probabilidad. Si el sujeto se lo representa como altamente probable → dolo si en cambio se lo representa como poco probable será imprudencia.

Pero no sabemos como se establece este grado de probabilidad.

Por otra parte, desde el punto de vista de la imprudencia también cabe el homicidio con culpa, sin representación la llamada culpa inconsciente, el código penal no se refiere a ella pero esta aceptada la posibilidad de un homicidio imprudente mediando culpa sin representación, los casos en que el sujeto no previó la muerte pero pudo prevenirla. No se representó la muerte pero pudo y debió representársela. Por tanto, en el ámbito del homicidio imprudente encuentra cabida tanto el homicidio con culpa con representación como sin representación.

Desde la perspectiva de la gravedad el código penal hace referencia a esta cuestión. El N1 de art. 142 dice que el que por imprudencia grave cause la muerte de otro se castigado como reo de imprudencia de 10 a 15 años. De nuevo esto queda en manos del juez. Hay pautas o criterios.

De nuevo trasladamos esto al ámbito del homicidio, si el homicidio por imprudencia requiere una actuación discrepante con la generalmente debida, esta acción ha de ser grave. Por ejemplo el médico que realiza una intervención quirúrgica y no atiende a la *lex artis*, el saber médico, se aparta del cuidado que cualquier médico en su situación tenía que haber observado. En ese momento hay que ver si esa inobservancia del cuidado debido, es o no es grave. De manera que la gravedad se ha de poder establecer en la primera magnitud del delito imprudente. Pero también en la segunda, que requiere que el sujeto no preste el cuidado debido.

Tanto si el sujeto infringe gravemente el deber de cuidado como el deber personal de cuidado.

En el número dos del art. 142 se incrimina también el homicidio imprudente cuando sea cometido utilizando un vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego. En estos casos se impondrá además de la pena por homicidio grave además de una privación del derecho a conducir vehículos a motor además de una privación del derecho a tenencia o porte de armas.

El art. 142.3 hace referencia a la imprudencia profesional, cuando el homicidio fuera cometido por imprudencia profesional además de la pena por homicidio por imprudencia grave una pena de privación del derecho a poder trabajar

No basta con que el sujeto sea un profesional sino que tiene que ser causada la muerte acutando en el ejercicio de su profesión.

Finalmente. Desde la perspectiva del delito de homicidio culposo o imprudente es llamativa la regulación como falta del homicidio por imprudencia leve. Se ha discutido que sea una simple falta, porque el bien jurídico que se menoscaba es la propia vida. La regulación tradicional del cp ha contenido siempre la regulación del homicidio por imprudencia leve.

Desde un punto de vista subjetivo, el delito de homicidio plantea el tratamiento del homicidio preterintencional que no está regulado expresamente en el código penal, y por tanto queda en manos de los jueces resolver y decidir cómo tratar este fenómeno criminal, un fenómeno criminal que además es sumamente frecuente. Comprende aquellos casos en que el sujeto emprende una acción con el ánimo de lesionar a la víctima pero el curso causal va más allá de su pretensión y se produce la muerte. De manera que atendiendo a lo que realmente acontece en el plano anterior, hay una muerte, por tanto nos enfrentamos a un resultado típico de homicidio pero atendiendo al plano subjetivo, el sujeto lo que quiere es lesionar y sin embargo causa la muerte, de forma previsible y evitable. De manera que su acción va más allá de lo pretendido pero en la situación concreta el sujeto pudo prever y evitar que el curso causal desatado llegara a la muerte. Por eso decía Carrara que concurre un complejo de dolo y culpa, pero ¿cómo tratar esto? –en el código penal italiano, se regula el homicidio preterintencionado y se le asocia una pena específica, en el CP alemán se regula de manera diferente, se toma como referencia el delito de lesiones y se le asocia una pena más grave si conlleva con las lesiones la muerte,

En el derecho español no se regula expresamente el homicidio preterintencional, sin embargo es algo que se da con mucha frecuencia.

Cuando se pretende lesionar un bien jurídico y se lesiona otro, por ejemplo el sujeto quiere lesionar y mata, desde un punto de vista subjetivo falta el tipo del homicidio por ausencia de dolo. Pero en cambio, desde un punto de vista objetivo, externo, se cumple el tipo del homicidio puesto que la víctima ha muerto, de manera que hay una falta de congruencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del delito.

Si apreciáramos el homicidio culposo, supuesto que el sujeto pudo prever y evitar la muerte, dejaríamos sin atender el dolo inicial de lesionar. El sujeto quiere lesionar predispone los medios para lesionar a la víctima, solo que el curso causal va más allá

de lo que pretendía, y apreciaríamos simplemente como un homicidio imprudente, es decir, no atenderíamos al elemento subjetivo del delito.

Otra manera sería apreciar un delito de lesiones dolosas, entonces lo que dejaríamos sin atender es que la víctima a muerto y desde un punto de vista objetivo se ha cumplido un homicidio. Por eso se ha abierto camino en la jurisprudencia una solución intermedia que consiste en apreciar un concurso de delitos. Apreciar por un lado un delito de lesiones que el sujeto quiso cometer y por otro lado en concurso con aquel, un homicidio imprudente. Tampoco esta solución satisface plenamente, plantea diversos problemas en primer lugar, porque el juez tiene que resolver que tipo de lesiones se hubiera cometido de no haber sobrevenido la muerte y es que la regulación de las lesiones es una regulación que presenta un cierto casuismo, entonces ¿Qué tipo de lesiones se hubieran producido en caso de que la muerte no hubiera sobrevenido? Este problema se presenta en la práctica, y por otra parte, desde un punto de vista teórico, tampoco es satisfactoria la opción del concurso porque lo cierto es que hay un fenómeno unitario, lo único que hay en la realidad es que se ataca a la víctima y se la mata. Ver una pluralidad delictiva estaría solo justificado en el caso de bienes jurídicos afectados, por ejemplo, el que lesiona a una persona, la viola y la transmite una enfermedad. En el caso del homicidio y las lesiones... A veces el TS habla de concurso ideal, unidad de acción y pluralidad de delitos. Hay dos bienes jurídicos pero se hallan en la misma dirección, el golpe que ataca la integridad física que termina con la vida. De manera que estamos ante un fenómeno particular, la teoría del concurso no es clara. Pese a tener todos estos problemas, esta es la teoría que se viene aceptando hoy en día, a falta de una regulación expresa.

Siguiendo con el estudio del homicidio, vamos a ver las causas de justificación.

En primer lugar, el consentimiento de la víctima no excluye la antijuricidad, o sea que en el ámbito del homicidio consentimiento no funciona como causa de justificación. La vida, se considera un bien jurídico indisponible de tal manera que su titular no puede consentir la lesión, ahora bien, esto no impide que en determinados casos, bajo determinados presupuestos que el CP contempla, el consentimiento despliegue alguna eficacia, no eximente pero si al menos atenuante. Esto se evidencia en la regulación del llamado homicidio suicidio auxilio ejecutivo al suicidio previsto en el artículo 143.3CP allí se establece una pena más benigna que la prevista para el homicidio. En el homicidio la pena es prisión de 10 a 15 años y en este la pena es prisión de 6 a 8 años. Se trata de un tipo atenuante respecto del homicidio.

Por otra parte, se encuentra el estado de necesidad. El edn tiene una doble naturaleza Según una posición mayoritaria, el estado de necesidad puede funcionar como causa de justificación o como causa de exclusión de la culpabilidad.

Justifica cuando se salvaguarda un bien jurídico de superior rango y se lesiona uno de rango menor.

En cambio funciona como causa de exclusión cuando el conflicto se presenta como ***

En el homicidio el estado de necesidad nunca puede justificar el comportamiento,

porque es difícilmente entendible que haya un bien jurídico de superior rango a la vida. Si que funciona el estado de necesidad en el homicidio como causa de exclusión de la culpabilidad. (Caso de los náufragos con una tabla).

LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa tiene un campo de aplicación abonado en el ámbito del homicidio. Es frecuentemente invocada. Tiene que concurrir para que el homicidio esté justificado todos los requisitos de la legítima defensa que ya vimos en penal I. Tiene que haber una racionalidad en la respuesta, y tiene que faltar la provocación previa por parte del defensor. Un campo problemático, que se presenta con cierta frecuencia en la realidad, es el de la defensa de los bienes, quien mata para defender la propiedad. ¿En estos casos puede acudir a la legítima defensa? Si acudimos a la regulación en el código penal encontramos que se regula también la legítima defensa de los bienes y de la morada, y se establece que en caso de defensa de los bienes, se reputara agresión ilegítima, el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida, luego en principio cabe defender los bienes frente a quien pretende robárnoslo, pero la cuestión es si cabe un homicidio en legítima defensa de los bienes. Aquí el 20.4 CP nada nos dice, por tanto habrá que resolverlo por vía interpretativa, y para resolver esta cuestión hay que acudir al convenio de roma para la protección de las "'''' en este convenio se establece la protección de la vida y no se menciona entre los excepcionales casos en que cabe defender la vida, la defensa de los bienes. Se puede defender para proteger la vida, pero no

Con apoyo en el convenio de roma los tribunales, el supremo ha venido sosteniendo que no cabe el homicidio en defensa de los bienes. En las sentencias ya reiteradas se establece que hay que proceder ponderando los bienes en conflicto. El requisito de la ponderación lleva a sostener que cuando es la vida de una persona el bien jurídico que se ataca, el bien jurídico que se defiende no puede ser simplemente la propiedad porque puestos en una balanza decididamente la balanza se inclina del lado de la vida. Además se establece la necesidad de la defensa, se insiste en la necesidad de la defensa, que no es lo mismo que la racionalidad o la necesidad racional del medio empleado. Esta necesidad de la defensa es lo que permite ponderar entre lo que se lesiona y lo que se salvaguarda y por esa vía faltaría la necesidad en los casos en que se mata para proteger bienes.

El convenio de roma ratificado por España, ha dado pie a que se desarrolle esta doctrina jurisprudencial que conduce a no aceptar la legítima defensa de los bienes, del homicidio, con esto se pone de relieve, que la legítima defensa experimenta restricciones en su apelación más allá de las que se derivan directa o abiertamente de la regulación, otra restricción, otro supuesto en que se aconseja proceder de forma más matizada es la legítima defensa en relación con las agresiones de los menores, aquí también en principio frente a una agresión ilegítima de un menor, procede accionar de forma más matizada y no causando directamente la muerte se entiende

que aquí también el juez tiene que realizar una ponderación de los bienes en conflicto y valorar la necesidad de la defensa.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO OFICIO O CARGO.

Estas son causas de justificación comprendidas en el art. 20.7CP El cumplimiento de un deber tiene un campo apreciado en el ámbito del homicidio. Particular es a menudo invocado, cuando los agentes de la autoridad, las fuerzas de seguridad del estado,,, hacen uso de sus armas reglamentarias y causan la muerte de una persona, SE Plantea entonces la cuestión de si pueden estar exentos de responsabilidad al amparo del número 7 del art. 20. La conducta puede estar justificada en atención a dicho precepto pero es precisión que concurran una serie de requisitos que se han ido elaborando a lo largo del tiempo en la jurisprudencia. Frente a otras épocas pasadas en que se aplicaba muy abiertamente esta eximente, hoy se entiende que las fuerzas de seguridad están ciertamente autorizadas a portar armas y a hacer uso de ellas en determinadas situaciones pero que esto no les confiere un derecho a matar. No existe tal derecho a matar. No ha existido nunca, antiguamente a finales del siglo XIX se hablaba de una ley de fugas pero esta ley de fugas nunca existió realmente. Se aludía a ella en relación con casos de bandolerismo singularmente en Andalucía, en que la persecución de determinados delincuentes que huían llevaba muchas veces a su muerte por los agentes de la autoridad y se acudía a esta ley. Pero nunca realmente ha existido esta ley. Hoy en día lo que se hace es aquilatar y precisar mucho los requisitos y su concurrencia para que se pueda aplicar esta eximente. Se hace referencia al principio de proporcionalidad, ha de ponderarse si el agente de la autoridad, tenía a su disposición otros medios menos lesivos con los que podía haber cumplido igualmente su función. Considerando que solo se debe hacer uso de las armas cuando exista un riesgo racional para la propia vida de la gente, para su integridad o la de terceras personas. O en aquellos casos en que en atención a las circunstancias que concurran haya un grave riesgo para la seguridad ciudadana y así el tribunal supremo viene a exigir para la apreciación de la eximente, primero que el sujeto sea autoridad o funcionario autorizado legalmente a hacer uso de medios violentos, en el ejercicio de los deberes a su cargo. En segundo lugar, que el posible delito se haya producido realmente en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente. Tercero que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se haya realizado la actividad, le sea necesario hacer uso de violencia, porque sin ella no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si faltara alguno de estos requisitos, siempre podría apreciarse como incompleta.

En cuarto lugar, que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad perseguida. Esto es, que se utilice el medio menos peligroso, y del modo menos lesivo posible.

Finalmente, proporcionalidad de la medida utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza.

En el artículo 138 aparece una cláusula que puede llevar a confusión. “El que matare a otro será castigado como reo de homicidio” esta expresión –como reo de homicidio– no debe entenderse como una referencia a una determinada condición del autor que ha de ser homicida, a veces en el pasado se ha entendido así cuando el viejo CP hacía referencia a “el que matare a otro será castigado como homicida” aquí se hacía referencia a un tipo criminológico, un sujeto que ha de presentar unas características que permiten hablar de él como el homicida, el asesino... hoy en día el derecho penal de autor está totalmente desacreditado, tuvo su máximo apogeo durante el nazismo, en la llamada escuela de Kie, pero el moderno derecho penal que se adscibe tras la 2ª guerra mundial es un derecho penal de hechos donde se incriminan conductas y no formas de ser por eso la expresión como reo de homicidio art. 138 debe ser entendida como un simple recurso estilístico, en cierto modo superfluo porque no añade nada a la regulación. De manera que debemos estar prevenidos frente a la posible tendencia a ver una especie de manifestación, una reminiscencia del viejo derecho penal. Para acabar, el homicidio es un delito de resultado, el delito se consuma cuando se produce la muerte de la víctima, la muerte es el resultado típico que está implícito en el verbo matar, verbo que alude tanto a la acción como al resultado de la acción y como sucede en los delitos de resultado caben las formas imperfectas de homicidio. Cabe la tentativa, tanto acabada como inacabada, de manera que si la muerte no se produce por causas independientes a la voluntad del autor, este va a responder como encargado de homicidio. En los casos de tentativa acabada, el sujeto a realizado todos los actos de ejecución que deberían producir la muerte, sin embargo, la muerte no se produce, para que el sujeto responda penalmente por el homicidio en grado de tentativa y en tentativa acabada, será preciso que el resultado no se produzca por causas distintas a la voluntad del autor (p.ej que un tercero lo evite) en los casos de tentativa inacabada, el sujeto realiza solo parte de los actos de ejecución, no todos los actos de ejecución que hubieran sido necesarios para causar la muerte, tampoco se produce el resultado y esta no consumación tiene que ser por causas distintas al desistimiento del autor, (o sea también que intervenga un tercero) porque si el sujeto desistiera, o en los casos de tentativa acabada, es el propio sujeto el que evita la muerte (trasladando a la víctima al hospital por ejemplo) NO HABRÍA TENTATIVA. Si hay desistimiento, no hay tentativa, se ofrece la impunidad al autor. Salvo que los hechos realizados hasta el momento del desistimiento, por sí mismos constituyan otro delito, en cuyo caso el sujeto responderá por ese tipo delictivo que ha causado las lesiones. El sujeto si ha causado unas lesiones y se cumple un determinado tipo penal de las lesiones, responderá por ese tipo. El art. 62CP dice que a los autores de la tentativa se les pondrá una pena inferior en 1 o 2 grados que a los que hayan consumado el homicidio. Uno o dos según se trate de una tentativa acabada o inacabada, al grado de ejecución.

En el art. 16 CP se nos dice claramente que el sujeto en los casos de tentativa calificada deberá responder por los actos ejecutados hasta el momento del desistimiento, o el

momento de la evitación del resultado, si estos fueran constitutivos de otro delito o falta. De manera, que hay que estar a lo previsto en el art. 62 y también al art. 16.

EL ASESINATO

El asesinato se encuentra regulado en los arts. 139 y 140 CP. El art. 141CP, contiene unas disposiciones comunes al homicidio y al asesinato. Según este art. La provocación la conspiración y la proposición para cometer el homicidio o el asesinato será castigado por la pena inferior en un o dos grados a la señalada para el asesinato o para el homicidio en su caso. Es decir, tanto con relación al homicidio, como en relación con el asesinato, se incrimina específicamente la provocación la conspiración y la proposición. La conspiración la provocación y la proposición son actos preparatorios que por regla general son impunes porque el código penal castiga la tentativa y el delito consumado pero no aquellos actos que se realicen antes de comenzar la tentativa, es decir, antes de comenzar a ejecutar, hemos de distinguir entre los actos de ejecución del tipo y los actos meramente preparatorios. Las c p y la p son actos preparatorios que solo –

Unos de esos casos excepcionales en los que se elevan a delito los actos preparatorios a delitos son los casos de homicidio y asesinato art. 61. EL código nos da una definición de los mismos en sus arts. 17 y 18. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (hay conspiración aunque no se haya empezado a preparar nada). Si se trata de un homicidio o asesinato es delito.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito, invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

En tercer lugar, la conspiración y la proposición se dice en el art. 17 solo se castigaran en los casos específicamente castigados en la ley. La provocación se regula en el art. 18, existe cuando directamente se incita por medio de la prensa radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante, o se incita a la perpetración de un delito ante una concurrencia de personas.

Según el art. 18.1 párrafo segundo, la apología de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o al autor, se castiga como provocación “es apología a los efectos de este código la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor”

Sintetizando, debemos destacar que tanto la conspiración como la provocación y proposición se incriminan se elevan a delito cuando lo que se produce es un asesinato.

Según el art. 139CP será castigado con pena de prisión de 15 a 20 años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

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

El art. 140 CP viene a contemplar el supuesto de que concurran mas de una de las circunstancias previstas en el 139, se impondrá la pena de prisión dde 20 a 25 años. Por tanto, el asesinato es un delito especialmente grave según el CP, según la desvaloración del hecho que se refleja en las penas que lleva aparejado.

El asesinato es uno de los delitos a los que tradicionalmente se conecto la pena de muerte. Hasta la abolición constitucional de la pena de muerte, el asesinato estaba castigado con pena de muerte, y sin embargo, el examen histórico y el examen de derecho comparado, atendiendo a las diferentes legislaciones de nuestro entorno, muestra que lo que se entiende por asesinato, varia enormemente de unos lugares a otros, de unos ordenamientos jurídicos a otros. Incluso ha cambiado sensiblemente en el dcho español a lo largo de la historia. Hay acuerdo en que en determinados casos frente a la causación de la muerte, conviene aplicar una pena mas grave uqe la prevista para el homicidio. O sea que hay acuerdo en desvalorar el homicidio especialmente en algunos casos. Estas situaciones especiales que elevan el homicidio a asesinato, varían a lo largo del tiempo y entre las diferentes legislaciones. Por tanto no podemos decir que hay una materia que sea asesinato sino que eso lo decide el legislador. Hasta tal punto que Liszt dijo que realmente, hay asesinato en los códigos porque hay (había) pena de muerte. O sea que como hay pena de muerte tenemos que buscar una materia a la que se desvalore especialmente y conectarla la pena de muerte. O sea, no hay pena de muerte porque haya asesinato, sino que hay asesinato porque hay pena de muerte. Pero si esto es así, podríamos preguntarnos, una vez que se suprime legislativamente la pena de muerte, ¿tiene sentido seguir manteniendo el asesinato? Esta es una cuestión de política legislativa. Lo cierto es que los ordenamientos judicios, incluso los que no tienen pena de muerte como el neustro mantienen unas cirucnstancias que cuadno conccurren dan lugar a una pena mayor. El CP español ha simplificado la regulación del asesinato frente al viejo código el cual consideraba asesinato el matar a otro con premeditación. Contemplaba también como asesinato el matar a otro mediante inundadcion, incendio o por medio de veneno. La muerte de veneno se considera hoy asesinato pero porque se reconduce al ámbito de la alevosía, se considera que el veneno es el medio alevoso por excelencia. ¿Por qué se mantiene? Sencillamente, porque si desapareciera, si de pronto un código penal decide suprimir el asesinato, se causaría una alarma social importante, porque la sociedad acostumbrada a hablar de asesinato, y a ver un asesino en cuanto una persona mata a otro. Si de pronto se suprimiera el asesinato parecería estar mandandnose el mensaje de que la vida ya no se protege como en el pasado. Entonces, la figura del asesinato tiene un fuerte valor simbolico. Lleva consigo una pena muy grave.

Lo peculiar del asesinato frente a simple homicidio es que la acción se ha de realizar concurriendo alguna de las circunstancias o características que se enumeran en el art. 139CP. Se trata de características o circunstancias de agravación que tienen una profunda tradición dentro del derecho español, procede esta descripción de los

códigos decimonónicos, si bien se ha producido una simplificación del asesinato ya que originariamente el código de 1848 contemplaba otros supuestos como la premeditación o el empleo de medios ocasionados a grandes estragos, supuestos que hoy han desaparecido.

La materia propia del asesinato varia mucho de unas legislaciones a otras. En el derecho español se ha simplificado Las actuales circunstancias, la alevosía, la ejecución por precio o recompensa y el ensañamiento, estaban ya previstas en el código de 1848. Es importante resolver la cuestión de si estas características agraatorias hacen surgir un delito indeoendiente del homicidio “delictum sui generis” o por el contrario el asesinato no es mas que un homicidio agravado. De manera que el homicidio seria una figura básica o troncal y el asesinato un tipo agravado respecto a esa figura básica o troncal .La cuestión, que es una cuestión de interpretación es importante para resolver la participación criminal, es decir, por qué delito responden los participantes nen los que no concurriera alguna de las características que eleva el homicidio a asesinato y también para resolver los problemas de error sobre alguno de los elementos que forman parte del tipo penal. Para resolver esta cuestión interrpretativa es preciso analizar la naturaleza jurídica de las circunstancias: alevvosia precio y ensañamiento. Particular si incrementan la gravedad del injusto o si por el contrario incrementan la culpabilidad. Porque para que surja una figura independiente, un delictum sui generis seria preciso que hubiera un injusto distinto es decir que el asesinato tuviera un contenido de injusto que no coincidiera plenamente con el hoicidio,bien por el mayor desvalor del resultado, bien por el mayor desalor de acción,. Si lo que se agravara fuera solo la culpabilidad, si estas circunstancias agravaran la pena en atención a la especial culpabilidad del autor, no podríamos decir que el asesinato es un delito independiente. Procedamos a analizar la naturaleza jurídica de estas circunstancias:

LA ALEVOSÍA

En primer lugar el art. 139 contempla la alevosía. No se nos da una definición de alevosía. Parece que hemos de acudir al art. 22CP que también contempla la alevosía y ahí si el legislador nos da una definición: 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 asegurarnos, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. En esta definición, encontramos diferentes elementos, unos de naturaleza objetiva, otros de naturaleza subjetiva que describen una imagen, la de la ejecución alevosa que se presenta como una realización del delito llevada a cabo de una particular manera, no de cualquier forma, asegurando la ejecución del delito sin correr riesgos que pudieran proceder de la defensa del ofendido, empleando medios modos o formas que aseguren esa ejecución sin riesgo, y además haciéndolo con medios o formas que tiendan directa o especialmente a ella. De aquí que la alevosía se nutra de elementos objetivos, una forma de ejecución externa, seleccionada o aprovechada para que no

pueda defenderse la víctima, pero además desde un punto de vista subjetivo estos medios modos o formas han de tender a asegurar la ejecución sin riesgos.

Examinando esta situación, nos preguntamos si en ello puede hallarse un mayor contenido de injusto (el injusto tiene dos planos: desvalor de resultado y desvalor de acción). Desde la perspectiva del desvalor de resultado, el asesinato alevoso no es diferente del homicidio, en ambos la acción atenta contra la vida de otro, el bien jurídico protegido es en todo caso la vida humana independiente. Aquí no hay mayor desvalor de resultado. En cambio, si que podemos hallar un mayor desvalor de acción. La alevosía incrementa el desvalor de acción, por cuanto la muerte se ejecuta de una particular manera traición y sobre seguro dejando a la víctima sin posibilidad de defenderse. Esto acentúa el poder de consumación y por tanto podríamos decir que el asesinato alevoso presenta un mayor contenido de injusto. Hasta aquí no habría inconveniente en aceptar que el asesinato fuera un delito independiente.

Pero si seguimos adelante la situación cambia, porque en el nº 2 del 139 se eleva también a ejecución por precio, promesa o recompensa. Si esto agrava por razones de injusto o de culpabilidad hay una enorme discusión. Pero hoy se considera dominante la doctrina que afirma que lo que agrava la ejecución por precio, recompensa o promesa no es la forma de ejecución de la acción sino los motivos del autor, QUE SON unos motivos que revelan la especial vileza del autor que no duda de matar a otro a cambio de una remuneración. En el precio o recompensa la ejecución está teñida o contaminada por estas circunstancias pero quien mata por precio puede matar de cualquier forma, el modo no está especialmente descrito. Por ello es importante decir que el desvalor de acción del asesinato por precio es igual que el del homicidio. Lo que lo agrava es un aspecto subjetivo del autor en cuyo proceso de decisión interviene un móvil como el obtener una ventaja económica. Por ellos se acepta que en esta circunstancia el fundamento jurídico es la mayor culpabilidad del autor. El precio es el valor económico del delito, la recompensa es una contraprestación también evaluable económicamente que se hace a cambio del delito, y la promesa puede ser tanto de precio como de recompensa. La ejecución por precio recompensa o promesa requiere siempre que al menos intervengan dos personas: quien recibe el precio, promesa o recompensa, y quien lo da. Entonces, evidentemente se plantea la cuestión de si también puede ponerse a cargo esta circunstancia de quien lo paga o lo ofrece, siendo así que en él no concurre el móvil vil del precio. Esto es importante porque si aceptamos que esta circunstancia incrementa la culpabilidad, hemos de rechazar ponerla a cargo de quien lo paga, puesto que en el no concurre la mayor culpabilidad. Lo que significa que el inductor debería responder como inductor a un homicidio simple. Porque en el no concurre el móvil del precio. Esto no significa que se produzca una ruptura del título de imputación, ni que se viole el principio de accesoriedad.

Trasladando esto al ámbito del asesinato por precio, si entendemos que afecta a la culpabilidad y que no puede ponerse a cargo del inductor, dado que el asesinato por

precio no es un delito independiente, sino que es un simple homicidio agravado, no es más que una forma de homicidio, no hay tal ruptura.

Esta solución es la que acoge también en relación con las circunstancias agravantes generales, el art. 65CP. Hay una discusión acerca de si este artículo, sus reglas, son de aplicación única a las circunstancias agravantes generales o también a las circunstancias que la ley ha tenido en cuenta al describir algunos delitos como en el caso del asesinato. Un amplio sector de la doctrina lo rechaza, pero en principio no hay inconveniente en aceptar que estas reglas funcionen también. En el art. 65.1CP con carácter general se dice: las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal, agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurran. A diferencia de lo que el art. 65 establece para las circunstancias impersonales, en el número 2 del art. 65 se dice: las que consistan en la ejecución material del hecho, o en los medios empleados para realizarla servirán para **atenuar** la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. En el caso de la alevosía es claro que estamos ante una circunstancia impersonal. Para que la alevosía pueda ponerse a cargo del autor es preciso que conociera que la muerte se iba a realizar así. Es decir, que el art. 65CP establece soluciones distintas según cual sea la naturaleza personal o impersonal de la circunstancia. El principio de culpabilidad está latiendo detrás de esta regulación. Y parece que también está el principio de accesoriedad está latiendo detrás de la comunicabilidad de las circunstancias personales.

Con esto se pone de relieve la importancia de decidir acerca de las ** porque afecta al tratamiento de la codeinencia. Y si aceptamos que la ejecución por precio o recompensa es una circunstancia personal que se refiere**** entonces hemos de convenir que el asesinato, no es más que un homicidio cualificado. A pesar de que la alevosía, aumenta el injusto, basta con que una de las circunstancias afecte única y exclusivamente a la culpabilidad para que esto arrastre la solución de este problema interpretativo porque desde el momento que aceptemos que hay un homicidio que constituye asesinato porque interviene el precio en atención a la culpabilidad, ya no podemos decir que el asesinato es independiente y esta solución arrastra consigo a las otras circunstancias. De manera que de acuerdo con lo dicho, el asesinato no es más que un homicidio agravado que comporta una pena mucho más grande. Aunque la interpretación literal nunca es decisiva, ni tampoco son decisivas las rubricas del título 1 del libro 2 dice “del homicidio y sus formas”, es un apoyo pero no un argumento definitivo.

EL ENSAÑAMIENTO

La tercera característica que eleva el homicidio a asesinato. El nº 3 del art. 139 dice: “con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido” también en el art. 22CP entre las circunstancias agravantes generales se contempla el

ensañamiento. El nº5 del art. 22CP dice aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Las formas del art. 22 y 139 no son plenamente coincidentes pero si que tiene unos rasgos en común y podríamos añadir que la evolución histórico legislativa del ensañamiento evidencia una tendencia hacia la unificación, inicialmente. Estos elementos básicamente pueden ser reducidos a tres:

- En primer lugar requiere que el sujeto aumente el dolor de la víctima, de manera que en primer lugar requiere un elemento objetivo externo que hace referencia a la forma de ejecución. El dolor que se incrementa, puede ser un dolor físico pero también un dolor psíquico, sufrimiento, y dentro del mismo incluso un aumento del sufrimiento desde el punto de vista moral. El art. 139.3 emplea el termino dolor y a diferencia de este el art. 22.5 habla de sufrimiento Por eso a veces se pretende restringir el dolor a dolor físico. Pero esta interpretación literal es muy minoritaria, la interpretación mayoritaria es una interpretación mas amplia, cualquier tipo de dolor físico o moral cumpliría este primer elemento. Esto significa que a la victima se le proporcionan males adicionales innecesarios para la ejecución, siempre que se aumenta el dolor, esta referencia al incremento habla de la innecesariedad de los males para la ejecución de la muerte, dicho de otra manera la muerte se hubiera producido igual sin producir esos males de lujo. Como males de lujo definia pacheco el ensañamiento. Sin embargo, no es suficiente con que concurren males de lujo para que haya ensañamiento, la jurisprudencia de la sala 2ª de lo penal del tribunal supremo, esta llena de casos en los que no se aprecia el ensañamiento a pesar de que se ha propinado a la victima numerosos golpes. No basta con la reiteración en los golpes, no basta con que se le den 20 o 40 golpes o puñaladas, no es suficiente. Lo que sí se requiere es que haya una conexión entre la ejecución haciendo sufrir innecesariamente a la victima, y la muerte. Una conexión o bien teleológica, de medio a fin, es decir, el aumento de dolor, los numerosos golpes el medio a través del cual se ocasiona la muerte, o al menos un conexión ocasional en sentido estricto. Lo que quiere decir es que durante la ejecución de delito, en algun momento, no necesariamente en el momento final del golpe letal, el autor ha debido aumentar el sufrimiento de la victima de forma innecesaria, aunque no sea este el medio a través del cual se causa la muerte. Con ocasión de causar la muerte, durante la ejecución se incrementa innecesariamente el sufrimiento de la victima. La innecesariedad de los sufrimientos o padecimientos, introduce un elemento indeterminado que da lugar en la practica a importantes problemas, ¿Cómo decidir si es innecesaria la forma de comisión para causar la muerte? Se han barajado diferentes criterios como por ejemplo atender en concreto a si el autor contaba o no contaba con otra forma de comisión, pero parece preferible atender a la necesidad o innecesariedad desde un punto de vista abstracto y

siempre de acuerdo con una consideración ex ante y objetiva. Situandonos en el tiempo de la acción como si fuéramos observadores imparciales, la forma de ejecución realizada tiene que poder ser considerada como innecesaria para la causación de la muerte, de acuerdo con lo que normalmente acontece, de acuerdo con un juicio general de experiencia, porque puede suceder que en la situación concreta un sujeto no cuente con otros medios para cometer la acción pero si tal como lo ha realizado de acuerdo con una consideración general abstracta, esa forma de ejecución es innecesaria para causar la muerte, entonces hemos de aceptar la presencia del ensañamiento. Lo que es aun mas importante, la innecesariedad ha de ser siempre innecesariedad para la ejecución del delito, en nuestro caso para causar la muerte. A veces esto da lugar a confusión, como por ejemplo cuando Muñoz Conde propone un concepto amplio extensivo de la innecesariedad, para abarcar aquellos casos en que un sujeto tortura a la víctima con el fin de obtener información, de que confiese algo, puede suceder que para ese objeto, para que la victima hable, sea necesaria la acción gravosa del sufrimiento, de otra forma no iba a hablar, y sin embargo convenimos en que esto es innecesario para la ejecución del delito, no para obtener una información. Por tanto, sintetizando, en primer lugar, desde un punto de vista externo, el homicidio con ensañamiento requiere que se produzca la muerte de una particular manera, aumentando durante la ejecución el sufrimiento de la victima. Físico, psíquico o moral, y siempre de manera innecesaria. El art. 139 no alude expresamente a la innecesariedad pero esta implícita. El art. 22.5 si que alude a ella. En la jurisprudencia se laude a que ambas *** tienen

- En segundo lugar, se requiere que esto se lleve a cabo deliberadamente. Este adverbio aparece tanto en la **forma del asesinato como en la forma general**, Desde luego da lugar a importantes equívocos. De ***A menudo se confunde la deliberación con el dolo. Deliberadamente es un elemento subjetivo que se desliza a que el sujeto quiera y abarque aumentar su sufrimiento. Pero en rigor, deliberar es conceptualmente distinto del dolo. La deliberación consiste en ponderar los pros y los contras de un comportamiento, ponderar los motivos y los contramotivos, reflexionar, esto es deliberar. Reflexionar si se ejecuta la acción de aquella o esta manera. En cambio el dolo es conocimiento y voluntad de realizar la acción. Se dice a menudo que desde un punto de vista subjetivo ha de concurrir el dolo del ensañamiento es decir que el sujeto ha de conocer y querer aumentar con su acción el sufrimiento de la victima. Esto es distinto del dolo dirigido a la causación de la muerte. Pero además en el ensañamiento el sujeto ha de abarcar con su dolo el aumento del sufrimiento. En rigor esto esta mal reconducido porque con la deliberación lo que nos están diciendo es que el sujeto no ha de actuar irreflexivamente. Si irreflexivamente se aumenta el dolor de la víctima faltaría este requisito. Sobre todo se presta también a

discusión en los llamados delitos pasionales, podríamos preguntarnos, puede concurrir el ensañamiento en un delito pasional? Cuando el sujeto mata en un estado de arrebató puede a la vez matar con ensañamiento o esto es una contradicción? Porque en principio si se exige el ensañamiento, ***

En la jurisprudencia sin embargo, se acepta reiteradamente que es compatible el ensañamiento con la actuación pasional, y se pueden apreciar a la vez. Como se puede conciliar esto? Se puede conciliar aceptando que en una ejecución, la causación de la muerte, puede dilatarse en el tiempo, y puede suceder que lo que empieza siendo un actuar impulsivo, por ejemplo alguien que sorprende a su conyuge con otra persona y en un estado pasional decide matarlos, y emprende la acción, en un primer momento golpea a la victima o las victimas, en principio esto es un actuar impulsivo, pero imaginémosnos que están encerrados en una habitación, el autor no deja salir a las victimas y ahí empieza a enfriarse su animo, entonces lo que empieza siendo una actuación pasional en un primer momento, luego se va transformando psicológicamente el hecho y decide llevar a cabo su acción y decide además hacerles sufrir innecesariamente. Lo que empieza siendo una actuación pasional termina siendo un acto con ensañamiento. Si la muerte se produce en un acto si que seria pasional porque el autor esta bajo la cólera.

Otra cuestión distinta es, desde la perspectiva del ensañamiento, es si cabe cualquier clase de dolo, si también cabe el dolo eventual. Imaginamos el caso en que el autor va a aumentar el dolor de la victima, el sujeto quiere matar, va a matar de una particular manera y piensa "va a sufrir innecesariamente" pero si dice pase lo que pase actúo, podríamos aceptar un ensañamiento asi, con un dolo eventual. El problema es si realmente las formulas del ensañamiento pretenden dar cabida a esta situación de duda donde el sujeto no percibe como necesariamente unido a su actuación el sufrimiento o dolor innecesario. El ensañamiento es una característica que en el fondo se basa en la crueldad del autor. Históricamente se sienta sobre la mayor o menor crueldad de esto. Así entramos en el siguiente elemento.

- En tercer lugar se requiere que el sujeto aumente el dolor de la victima inhumanamente. Esta referencia a la inhumanidad del autor aparece tanto en el art. 22.5 como en el asesinato del 139. La inhumanidad es la crueldad cuando recae sobre personas En la crueldad hay siempre un componente de exceso, de hacer sufrir innecesariamente infringiendo dolores psíquicos a la victima o morales voluntariamente dolosamente, y además hay un aspecto interno subjetivo, que hace referencia a la actitud del sujeto. El sujeto muestra una actitud inmisericordia con la victima, a la que trata como si no fuera una persona. Una actitud contraria a los valores propios de la humanidad. Esta actitud interna es la que los comentaristas del siglo XIX consideraban como fundamento del ensañamiento, la perversidad del autor. Todavía hoy en

algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, por ejemplo en el CP portugués, se sigue haciendo referencia a la perversidad del autor. EL CP español afortunadamente no contiene esta referencia a la perversidad. Afortunadamente porque este término es un término que está impregnado de connotaciones negativas, parece evocar una personalidad con algún trastorno psicopatológico, de aquí que incluso los manuales de psiquiatría eviten ya este término. Pero los tribunales sí que usan a menudo este término. El derecho penal lo que trata de regular imponiendo una pena más grave es aquella actuación contraria a los valores de la humanidad. Alguien que actúa inhumanamente es alguien que realiza un trato **** muestra una actitud interna contraria a los valores de la humanidad, una actitud interna de inmisericordia. Esto son valores que se van desarrollando históricamente, como es propio de los valores normativos. Esta actitud interna de inmisericordia nos informa sobre la culpabilidad de los sujetos.

Este análisis nos permite concluir que la inhumanidad tiene dos caras:

Una cara externa: cruel en cuanto tal, acción dirigida a aumentar el dolor de la víctima innecesariamente*** o incluso podríamos decir el honor de la víctima. Pluralidad de bienes jurídicos. Una cara interna: desde esta perspectiva el ensañamiento requiere una mayor crueldad del autor.

Conclusión el ensañamiento presenta una doble naturaleza jurídica: mayor contenido de injusto pero también se requiere una actitud de inmisericordia que afecta a la *** a esta doble naturaleza se le puede reprochar que se está incriminando agravando por una particular forma de ser, pero no porque esta exigencia de la mayor culpabilidad a tiempo del hecho, lo que hace es restringir el ámbito de aplicación del ensañamiento, no es suficiente que se den muchos golpes a la víctima, además de que se aumenta dolosamente su dolor, tiene que ser expresión de esta actitud interna, inhumana de inmisericordia. NO PUEDE HABER ENSAÑAMIENTO CUANDO LA VÍCTIMA ESTÁ MUERTA. Tampoco se acepta el ensañamiento en los casos en que la víctima aunque viva este insensible, incapaz ya de sentir dolor.

La conclusión es que el asesinato es un homicidio agravado, y no un delito independiente porque desde el momento en que hay una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad, queda excluida la posibilidad de considerar el asesinato como un delito autónomo. Y esto tiene consecuencias para el tratamiento de la participación criminal de manera que aquellos participantes en que no concurra el móvil del precio deberán responder por el tipo básico (homicidio) y para resolver en general los problemas de comunicabilidad?? Como la alevosía y el precio hay que acudir al art. 135CP. Las circunstancias personales solo se pueden poner a cargo de aquellos en

quienes concurre, y las impersonales se pueden poner a cargo de cualquiera que las conozca.

Para terminar tenemos que hacer referencia a dos problemas:

Dolo eventual: Desde un punto de vista conceptual es imaginable el asesinato con dolo eventual. Por ejemplo quien se excede haciendo sufrir a la víctima con la mera inabilidad de hacerla sufrir, pero no tiene seguro que eso vaya a causar la muerte. Ante esa circunstancia, si decide actuar pase lo que pase. Si el sujeto no sabe con certeza si va a hacer sufrir a la víctima, pero sigue adelante → ensañamiento con dolo eventual. Y otra cosa es el dolo eventual referido a la muerte. Ambas cuestiones son objeto de discusión.

Por vía interpretativa parece preferible rechazar el asesinato con dolo eventual. El dolo eventual tiene su ámbito propio en el homicidio, el sujeto no sabe si va a causar la muerte. Pero el asesinato parece exigir el dolo directo, la alevosía tiene un elemento tendencial, en el ensañamiento se exige la inhumanidad y la deliberación previa, hacer sufrir a la víctima males innecesarios. Esto es difícilmente compatible con el dolo eventual. Por ejemplo el caso del sujeto que a pesar de propinar golpes reiterados a la víctima para hacerla sufrir, piense que a lo mejor no muere, pero ya está interponiendo una acción especialmente peligrosa.

En síntesis: Conceptualmente cabe tanto un ensañamiento u otra circunstancia con dolo eventual, como la ejecución de la muerte con dolo eventual, pero parece que no está incriminado efectivamente el asesinato con dolo eventual. Tal como se orientan las circunstancias del asesinato, exigen dolo directo.

Borja Mapei fundamenta que caben supuestos de asesinato con dolo eventual.

La siguiente cuestión es si cabe asesinato en comisión por omisión. Cuando se deja morir a la víctima no realizando la acción que el ordenamiento jurídico espera que se realice, estando el autor en posición de garantía. Por ejemplo, el garante de la vida de una persona que no le proporciona la medicación que debe mantenerlo con vida, y simplemente la deja morir, hasta ahí homicidio en comisión por omisión pero imaginemos que esta muerte va a ser especialmente dolorosa, y esto es sabido por el autor y que pretende así que la víctima sufra y la agonía sea especialmente dolorosa, si se puede construir un ensañamiento con esto, sería asesinato.

Cabe también causar daños a la víctima y después dejarla morir.

Es decir ensañamiento activo o pasivo puede conducir a la muerte en comisión por omisión.

Ahora entraremos en el estudio de otro tipo de delitos contra la vida. Podríamos considerarlos como delitos atenuados respecto del homicidio.

Se trata de un conjunto de delitos que giran en torno al suicidio previstos en el artículo 143CP. Este art. Tiene 4 números.

En el 1 se incrimina la inducción al suicidio

Numero dos, cooperación necesaria al suicidio.

Número tres, se incrimina la cooperación hasta el punto de ejecutar la muerte, auxilio ejecutivo al suicidio o homicidio suicidio.

En el número cuatro se regula, de forma especial el problema de la eutanasia.

Antes de entrar a examinar cada uno de estos delitos es preciso que nos pongamos de acuerdo en que se entiende por suicidio a efectos jurídico penales y también que nos pongamos de acuerdo acerca de que conductas de las que giran en torno al suicidio encuentran cabida en el CP.

¿Qué es suicidio en sentido jurídico penal?

El concepto jurídico penal del suicidio no coincide con el concepto vulgar ni con la etimología.

Etimológicamente suicidio es la muerte que uno se da a si mismo, pero a efectos del art. 143 el concepto del suicido es más amplio, es la muerte que una persona acepta, y ha de tratarse de una persona imputable, la muerte aceptada por una persona imputable, quiere esto decir que el imputable no puede aceptar válidamente su muerte y por tanto si alguien auxilia a un inimputable (enfermo mental, niño...) no comete un delito de auxilio al suicidio sino

El suicidio como tal es impune, el hecho de quitarse la vida no es delito, en otras épocas pasadas si lo era pero hoy en dia lo que se incrimina es la inducción o auxilio al suicidio de otra persona.

Se discute desde la persepctiva político criminal es si se debe incriminar la participación en el deliito de otro, la participación se rige por el principio de unidad del tipo de ***** por tanto si el sujeto que se quita la vida no realiza uuna conducta delictiva, ¿Por qué se incrimina la conducta de simple participación en un hecho impune? Se trata sin duda de una excepción a la regla de la accesoriedad y la unidad del titulo de imputación?? En la participación rimirarl.

En algunos ordenamientos jurídicos se regula el auxilio ejecutivo al suicidio pero no la simple participación, como por ejemplo en Alemania. A la pregunta de por que en nuestro país se mantiene esta excepción? Se suele responder de acuerdo con estudios psicológicos y psiquiátricos. Por una parte a veces se dice que el suicidio es el acto supremo de libertad, consdierar que quien se suicida esta haciendo el uso mas amplio que cabe imaginar de su libertad, es propio de la filosofía existencialista, y si se acepta esto, la participación en el suicidio no debería ser delito. Si se acepta que el suicida esta haciendo el uso mas intnenso de su libertad, la participación no debería ser delito. Por otra parte hay quien entiende que el suicida siempre es un enfero mental, que siempre hay un trastorno grave o mental, por lo que el suicida es un sujeto inimputable. Pero aquí tampoco tendría sentido culpar a nadie por participación, para que incirminar específicamente la participación en el suicidio, con acudir a las regla generales, veriamos un homicidio en autoria mediata. Estas son posturas extremas.

En el medio está la postura que está detrás del Código Penal español, es la de aquellas corrientes que se basan en ** que los suicidas, no siempre, falta la capacidad de culpabilidad, no siempre falta la capacidad de comprender el significado del comportamiento, no siempre es inimputable, lo que suele suceder en el suicidio es la presencia de un conjunto de síntomas, el conocido como síndrome presuicidal que se caracteriza por el estrechamiento de las funciones vitales, las llamadas de auxilio, normalmente los suicidas amenazan con que se van a suicidar, y esto en el fondo es una llamada de atención a los demás, y si en esta situación interviene un tercero que lejos de apoyar para que el presunto suicida salga de esta función de estrechamiento de sus funciones vitales, lo que hace es reforzarlas, decidirle o proporcionarle los medios para que se suicide, entonces tiene sentido, está justificado que el CP específicamente contemple estas conductas de inducción al suicidio. No siempre podríamos construir una autoría mediata, no siempre es imputable y no parece aceptable entender que el suicidio es un acto supremo de libertad.

Ahora vamos a estudiar cada uno de los delitos relacionados con el suicidio:

- En primer lugar la inducción. Se establece en el nº1 del art. 143.1: El que induzca a otro al suicidio será castigado con la pena de... Lo que deba entenderse por inducción a efectos de este delito coincide básicamente con lo que es inducción en sentido jurídico penal, la inducción consiste en hacer surgir en otro que no este plenamente decidió la decisión de realizar una determinada conducta, en este caso la decisión de quitarse la vida. Si estuviera ya decidida previamente, no podríamos hablar de inducción, si de cualquier forma la víctima se hubiera suicidado, no habría inducción. La conducta del inductor tiene que ser apropiada, objetivamente para hacer surgir la decisión suicida, por tanto no basta cualquier comentario genérico, que hubiera puesto a la víctima en el disparadero, sino que es preciso que la acción en sí misma considerada tenga propiedades que permitan decir de acuerdo con una consideración ex ante, que es idónea apropiada a que surja en otro la decisión suicida. Además tiene que haber una conexión causal entre la acción del inductor y la aparición de esta decisión suicida, una conexión causal porque en verdad la decisión de suicidarse constituye un resultado psicológico en el sentido de que es algo que surge en la psique del suicida cuando anteriormente no estaba ahí esa idea. Además, se requiere desde un punto de vista subjetivo que el autor, inductor abarque con su dolo el que surja esta decisión suicida, por tanto no basta con que objetivamente haya surgido la decisión de suicidarse en conexión causal con la conducta del inductor. Es preciso además que el inductor quiera que surja esa decisión por tanto ha de relacionarse **este dolo del inductor. Un problema distinto que ha dado lugar a una enorme discusión, es que función cumple la muerte en el delito de inducción al suicidio. Hay dos posibles respuestas:

1. En primer lugar cabe considerar que la muerte es resultado del delito, pro tanto el inductor tiene que abarcar con su dolo en primer lugar la aparición de la decisión suicida, y en segundo lugar la muerte del suicida. El llamado doble dolo. Cabría la tentativa, en el caso de que el inductor hace surgir la decisión y el suicida empieza a ejecutarlo pero esta no se produce por causas ajenas a su voluntad, entonces el inductor debería responder a título de tentativa, inducción al suicidio en grado de tentativa.
2. La segunda opción es que la muerte no es resultado sino que es** es decir el delito se consuma cuando surge la decisión suicida, pero para que se pueda imponer la pena, se requiere que el suicidio efectivamente se lleve a cabo y se produzca la muerte de la víctima. Las condiciones objetivas de punibilidad son supuestos que pueden suceder o no ... porque las condiciones objetivas de punibilidad no** si se produce se impone la pena, sino no. Los casos en que la muerte no sobrevenga el inductor quedaría impune.

**al que coopere... Se trata de auxiliar al auxilio, pero no a cualquiera solo al llamado au*++

El auxilio consiste en colmar una acción deficitaria en cuanto a los medios de los que dispone el sujeto. El sujeto está decidido a quitarse la vida pero carece de los medios necesarios para llevar a cabo su acción. Lo que hace el cooperador es proporcionar estos medios, llenar esa laguna para que la acción pueda realizarse. El anterior código penal incriminaba en ** e auxilio necesario y el no necesario. Hoy el CP restringe el marco del tipo exigiendo que el auxilio sea necesario, ahora bien, con esto se traslada el problema a la práctica puesto que no es fácil establecer cuando el auxilio es necesario o no y la cooperación es necesaria o no. De esto depende que el hecho constituya o no delito. Es el hecho que distingue la cooperación necesaria de la no necesaria que coincide con la autoría. A fin de obtener pautas o criterios que permitan una decisión, se suelen barajar teorías... la de si los bienes son escasos o por tanto abundantes. Si se proporciona un bien es caso la cooperación es necesario... si hay una fungibilidad en los papeles, si cualquiera hubiera podido realizarlo o no,... Criterios a los que los jueces pueden atender pero siempre dejan remanente de incertidumbre, inseguridad, no hay un criterio fijo que valga siempre, será el juez el que tenga que decidir acerca de la necesidad o no, atendiendo a todas las circunstancias que rodean al caso, pero siempre con una consideración ex ante, en abstracto. También en el auxilio necesario al suicidio se plantea la misma duda de si la muerte es el resultado del delito o simple condición objetiva de punibilidad. En general se acepta que no debería considerarse delito una conducta que permaneciera muy alejada de la efectiva lesión del bien jurídico, es decir, que no debería someterse a una pena criminal a quien sin más, hace un comentario idóneo para que surja la decisión suicida en el caso de la inducción o a quien sin más proporciona un arma o un instrumento para que se lleve a cabo la acción

suicida, o a quien sin mas proporciona una información o unos conocimientos que permitan llevar a cabo la acción suicida. Dado que estamos antes delitos excepcionales que incriminan la participación en un hecho atípico como es el suicidio, se debe ser muy exigente y al menos entender que o bien es preciso que la muerte se produzca, a fin de poner la pena, y considerar que la muerte es condición objetiva de punibilidad, de manera que aunque se cumplan los elementos de la inducción, si la muerte al final no se produce no debería castigarse, evitándose así sentar en el banquillo a un sujeto cuando esta presente entre el público la eventual víctima suicida que no ha muerto. O bien entender que la muerte es el resultado del delito, y que para imponer una pena a título de tentativa, sería preciso que al menos se haya comenzado a ejecutar la muerte, que el suicida haya realizado un principio de ejecución encaminado a conseguir la muerte. Por tanto otras conductas que esutierne en fases anteriores supondrían expandir el ámbito de la tipicidad y suelen ser un rechazo.

En tercer lugar el art. 143.3 establece que será castigado con la pena de prisión de 6 a 10 años si la cooperación llegare hasta el punto de ejecutar la muerte. Aquí se contempla una conducta bifronte. Desde la perspectiva del autor, se trata de un verdadero homicidio, que mata activamente. Lo peculiar es que desde el punto de vista de la víctima es un suicidio puesto que esta acepta o quiere su muerte, por esto esta figura delictiva a veces se denomina homicidio consentido u homicidio suicidio. Esta expresión homicidio consentido, puede llevar a equívocos puede hacer pensar que el consentimiento despliega una eficacia, ya sabemos que el consentimiento es una causa de justificación, sin embargo no es este el sentido de la regulación. La misma presencia del art. 143.3 permite afirmar que el consentimiento no justifica los delitos contra la vida. Se impone una pena de prisión, de 6 a 10 años, que si la comparamos con la pena del homicidio simple, es mas benigna. Luego estamos ante un tipo atenuado, donde el consentimiento, la aceptación, el que se trate de un suicidio desde la perspectiva de la víctima, lleva a imponer una pena sensiblemente mas baja. El numero 3 del art. 143 dice que la cooperación ha de llegar hasta el punto de ejecutar la muerte esto parece evocar la necesidad de una conducta activa, que la ejecución de la muerte apunta a una acción que ha de estar revestida de una especial energía que no puede consistir simple*** pero la especialidad de una ejecución por omisión no deja de ser discutida y de ser considerada a veces posible porque el termino ejecutoria puede ser entendido en un sentido amplio, si no aceptamos que se puede auxiliar a l***. O mas bien en estos casos de comisión por omisión, cuando se auxilia omitiendo, mas bien parece que esta conducta puramente omisiva, debería dar lugar a un delito de comisión ** y no tanto**. De manera que el debate se queda entre apreciar un auxilio necesario y ***

Finalmente el art. 143.4CP, se ocupa del problema de la eutanasia. Para comprender bien el alcance de este precepto, es importante que previamente nos pongamos de

acuerdo de que se entiende por eutanasia, porque se habla de muchas cosas distintas. La etimología del término, procede del griego y significa la buena muerte. En principio es algo en lo que todos estaríamos de acuerdo. Pero cuando se discute el problema de la eutanasia, frecuentemente está latiendo detrás de la discusión, empañándola, el programa nazi de eutanasia, el programa dirigido a poner fin a las vidas sin valor vital. Entonces se piensa que consiste en acabar con la vida de alguien cuya vida ya no tiene sentido, y esto puede abrir las puertas a situaciones inaceptables como las que se vivieron durante el nazismo. Y por tanto hay que estar prevenidos. Sin embargo, la discusión moderna sobre la eutanasia, respetuosa con la vida de las personas, se introducen otros matices y consideraciones que están en un nivel intermedio y que se sitúan en un plano distinto de lo que pudo significar el programa nazi. En primer lugar porque se toma en cuenta lo que se ha llamado el contexto eutanásico. Es decir, la existencia de una situación terminal, de una enfermedad grave, irreversible. Y también a veces se exige la existencia de un pronóstico de desenlace próximo, de una muerte inexorable. Además se sitúa en este contexto eutanásico, la existencia de sufrimientos insostenibles, que concurren en un determinado momento de desarrollo de la enfermedad o del problema, y por otra parte, además de este llamado contexto eutanásico que se debería dibujar claramente hasta donde lleve este pronóstico de desenlace evidente, SE PLANTEA OTRO problema desde la perspectiva de la acción distinguiéndose entre la llamada eutanasia directa es decir, los casos en que presente el contexto eutanásico, se realiza una acción activamente, dirigida finalísticamente a acabar con la vida. Eutanasia directa activa-

En segundo lugar la llamada eutanasia indirecta, también activa, donde se realiza una acción frente al contexto eutanásico, pero esta acción no está dirigida directamente a acabar con la vida, sino a aliviar el dolor los sufrimientos de la víctima si bien se sabe que al tiempo que se alivia su dolor se va a acortar la vida, se va a anticipar el momento de la muerte. Se produce un doble efecto, el fin pretendido es aliviar el dolor, pero además se sabe que al mismo tiempo se va a adelantar el momento de la muerte.

En tercer lugar podemos mencionar la llamada eutanasia por omisión que consiste en no proporcionar a la víctima medicamentos por ejemplo, que alargarían su vida, que podrían mantenerla con vida, si bien en una vida doliente. Dentro de esta eutanasia por omisión se sitúa una variante que es la llamada eutanasia pasiva, que consiste en suprimir un tratamiento técnico de apoyo que mantiene artificialmente la vida como por ejemplo retirar el respirador, la ventilación asistida. En relación con esta eutanasia pasiva se discute si en verdad hay conducta activa o pasiva. Si lo decisivo es retirar los instrumentos o más bien consiste en la supresión de un tratamiento previamente instalado.

Pues bien, con este panorama, vamos a ver lo que dice el art. 143.4CP a ver cuáles de estos supuestos encuentran cabida en el CP o no.

Art 143.4 el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, 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 dos o tres de este artículo.

La simple lectura de este número 4 nos permite distinguir varios planos. Por una parte se apunta a un determinado contexto eutanásico, es preciso que la víctima sufra una enfermedad grave que le habría de conducir necesariamente a la muerte, irreversibilidad de la enfermedad. O también puede ser que le produjera padecimientos graves, permanentes y difíciles de soportar. Todo ello debe darse, para que este tipo sea considerado.

Por otra parte se hace una referencia expresa a la petición, se nos habla de que la petición ha de ser expresa seria e inequívoca, puede ser por escrito y pudiera ser también dada o formulada anticipadamente en el llamado testamento vital, que está previsto en la ley de autonomía del paciente. Una declaración formulada con las suficientes garantías cuando todavía se es consciente y se sabe que llegará un momento, cuando la enfermedad avance, en que se carezca de la capacidad suficiente para formular una petición.

Respecto de la acción se exige que se cause o que se coopere con actos necesarios y directos, a la muerte, o sea parece que se hace referencia aquí a la eutanasia activa, directa. De tal manera que no estaría comprendida aquí, no constituiría delito la llamada eutanasia directa, es decir, cuando se suministran fármacos al paciente para evitar el dolor y morir para que la agonía sea más leve. Aunque estos mismos fármacos supongan una anticipación de la muerte, hoy queda fuera del derecho penal.

Lo mismo hay que decir respecto de la eutanasia por omisión, se exige la cooperación activa y directa, por tanto el no instaurar un tratamiento que podría alargar la vida cuando se sabe que la muerte es inminente y que se va a sufrir con padecimientos difíciles de soportar, esto no entraría dentro del derecho penal.

Se discute si tampoco la eutanasia pasiva, esto depende de si se considera si ahí hay o no acción. Sin embargo frente a esta interpretación parece más plausible la interpretación que ve ahí una simple omisión, porque lo decisivo no es tanto retirar por ejemplo la ventilación asistida cuanto dejar de tratar. Es lo mismo no suministrar un antibiótico o una medicación potente que alargaría la vida que decidir no continuar con la ventilación asistida.

En cualquier caso, la imposición de la pena mediando un contexto eutanásico, en los casos en que se trata de una eutanasia directa activa, es objeto hoy de discusión y en algunos países no es delito la eutanasia directa cuando media este contexto, se habla de una muerte asistida y realmente la incriminación de la conducta activa, directa, es dudosa si se considera que desde un punto de vista valorativo, es lo mismo no

suministrar una medicación que suministrar una dosis de morfina que se sabe que va a adelantar la muerte.

Para concluir el problema de la eutanasia, lo que se discute detrás de todo, es si la vida humana debe ser protegida a todo caso, o si dado que con los avances de la medicina que cada vez puede alargar más la vida, no se podría dar el encarnizamiento del paciente, alargar más y más la vida y si este encarnizamiento no sería considerado ensañamiento y no sería más digno contar con la posibilidad de poner fin a la vida cuando se sabe que no va a ser posible una recuperación de esta. Por una parte no mantener artificialmente en condiciones infrahumanas la vida, una muerte digna, y que por otra parte que se pueda poner fin a la vida por razones en último término económicas.

TEMA 4

EL DELITO DE ABORTO

El aborto es un delito contra la vida en formación, la vida intrauterina. Lo que se protege mediante el aborto es la vida del embrión o del feto.

A veces se invocan otros bienes jurídicos como por ejemplo en el pasado fundamentalmente en Italia durante el fascismo se invocaba el interés de la familia, el interés demográfico del estado (o hubiera una cierta tasa de natalidad) pero hoy en día el delito de aborto solo se entiende en la medida que se dirija a proteger la vida del embrión, o del feto.

A veces la protección de la vida del embrión entra en conflicto con otros intereses como por ejemplo el interés de la mujer embarazada, su libre desarrollo de la personalidad, el interés a decidir sobre si quiere o puede tener un hijo, acaso en circunstancias en las que no es soportable económicamente para ella la venida de un hijo y esta cuestión plantea una cuestión de conflictos de intereses o de bienes pero no interfiere que lo que se protege al final es la vida intrauterina, la vida dependiente.

Desde un punto de vista del objeto material sobre el que recae la acción, es preciso delimitar cuando termina la vida intrauterina y cuando empieza la vida independiente. Es cuestión del límite mínimo y máximo del aborto.

Empezando por el límite máximo, coincide con el límite mínimo del homicidio, de tal manera que la discusión que se plantea a este respecto se puede traer aquí, si entendemos que la muerte del feto durante el parto, es decir, cuando ha comenzado la expulsión pero todavía no hay expulsión plena constituye homicidio, podemos decir que el límite máximo del aborto comienza con la expulsión del feto del claustro materno. El límite mínimo, cuando empieza la vida uterina a los efectos de aborto? Hay una concepción amplia, extensiva y otra concepción más restrictiva, hoy dominante.

Para la concepción amplia defendida por los sectores más duros, más extremos de la iglesia católica, la vida empieza en el mismo momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Se habla entonces del momento de la concepción, de tal manera que cualquier acción dirigida a interrumpir ese proceso que se ha iniciado debería ya constituir aborto a efectos penales. La concepción más restrictiva hoy dominante, la que impera en el derecho comparado, incluso el CP alemán la acoge expresamente, y que también es defendida desde el ámbito de la doctrina católica (no la oficial) defendida por importantes teólogos, biólogos. Esta concepción más restrictiva entiende que desde el momento de la fecundación hay un periodo de días, durante el cual es incierto con una probabilidad estadística bastante amplia de que no sea así, que ese óvulo fecundado se llegue a implantar en el útero. Porque en estos primeros días de la fecundación es altamente probable que el óvulo fecundado se expulse naturalmente, y que por tanto debería quedar fuera del aborto en sentido jurídico penal cualquier intervención realizada en esos días después de la copula porque no es seguro que ese proceso vaya a seguir adelante. Es por ello que el código pena

lamenta deja fuera del ámbito del aborto los trece primeros días. Es por esto que los partidarios de esta concepción más estricta sostengan que el momento inicial del delito de aborto es el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero. En este momento se empieza el proceso. Durante los primeros meses se habla de embrión después de feto hasta los 9 meses. Aquí la vida intrauterina es objeto de protección dentro de unos marcos muy delimitados o sea no hay una protección universal de la vida intrauterina a diferencia de lo que sucede con la vida independiente. El homicidio defiende la vida independiente frente a cualquier ataque en cambio frente a la vida intrauterina la cuestión es más difícil y esta permanentemente en debate. Tan permanentemente que teníamos un proyecto de reforma en materia de aborto que finalmente el gobierno ha decidido no continuar con ella.

En el debate sobre el aborto se enfrentan concepciones ideológicas muy distintas entre sí, que van desde por un lado aquellas posiciones más extremas que con base en determinados principios religiosos entendidos en sentido estricto entienden que el aborto debe ser punible siempre desde el momento de la concepción sin excepciones, porque se considera que la vida es sagrada y desde el primer momento puede haber algo desde el punto de vista moral digno de protección por lo que sería inmoral cualquier intervención. Concepción de protección máxima de la vida.

Hasta otra concepción extrema que considera que al contrario, que no hay nada digno de protección al menos durante los primeros meses, que la madre debe decidir, libre desarrollo de la personalidad, incluso se llegó a decir que el embrión era un simple coágulo.

Y luego están las concepciones intermedias. Si el primero idealista llega a una protección extrema y la segunda materialista nada de protección, las intermedias observan distintas posiciones

Estas posiciones intermedias han ido perfilando dos soluciones

- La primera se conoce como la fórmula de los plazos y consiste en entender que el aborto debe seguir siendo delito, que la vida intrauterina debe ser objeto de protección pero durante las primeras semanas del embarazo, (dos tres meses), debe quedar en una zona limbo, no debe intervenir el derecho penal. Con independencia de que estemos ante un bien valioso, sino más bien en atención a otras consideraciones, por ejemplo con el concepto de la libre personalidad. Por otra parte, se debate también si la vida a la que hace referencia la CE en su art, 15, es la vida independiente o también puede ser la vida dependiente y hasta que punto. La fórmula del plazo viene a decir que debe haber una zona al principio de la prestación, libre, que la mujer pueda decidir libremente interrumpir el embarazo, no se habla entonces propiamente de aborto sino de interrupción.
- La otra solución se conoce como la fórmula de las indicaciones. Parte igualmente de que el aborto debe seguir siendo delito en determinados casos, pero reconoce la presencia, la existencia de situaciones extraordinarias,

excepcionales que en parte podrían ser abarcadas por el estado de necesidad pero en parte no. En las cuales el aborto debe permanecer en una zona libre, no debe ser alcanzado por el derecho penal, en atención a las circunstancias que concurren en él. Se dice entonces que el aborto está indicado. Estas indicaciones son las siguientes:

1. La indicación médica o terapéutica. Que concurriría en aquellos casos en que la mujer embarazada tuviera una enfermedad grave que pudiera verse gravemente afectada, con peligro para la vida incluso de proseguir el embarazo, surgiría así un conflicto entre la vida individual del embrión y de la madre. Esta indicación terapéutica o médica tiene variantes, puede ser entendida en términos más o menos amplios. Enfermedades físicas, psíquicas, hasta que punto el embarazo puede afectar a la salud psíquica de la mujer embarazada.
2. Indicación ética. Hace referencia a aquellos casos en que el embarazo es fruto de un delito sexual, una violación por ejemplo. Se entiende entonces que no se puede obligar a la mujer embarazada a continuar un embarazo y a tener el hijo de su violador, que esto es imponer a la mujer una carga que ella no debería verse obligada a soportar.
3. Indicación embriopática, se refiere a aquellos casos en que el feto presente enfermedades graves que habrían de dificultar enormemente su vida posterior. También aquí al igual que la indicación terapéutica la extensión varía. A veces se habla de taras físicas y psíquicas, imposibilidad de desarrollar una vida independiente. Básicamente gira en torno a la enfermedad, la patología que el feto muestra y que hoy en día con el desarrollo de la medicina se puede conocer en momentos muy tempranos del embarazo.
4. Indicación social o económica. Esta indicación contemplaría los supuestos en que la continuación del embarazo pudiera suponer una carga insostenible para la mujer y la familia. Por ejemplo en casos de grave penuria económica, falta de trabajo, hijos ya numerosos de forma que la llegada de un nuevo hijo podría suponer una carga que la familia no podría soportar.

En cualquier caso los partidarios de estas fórmulas intermedias, sobre todo los de las indicaciones dicen que no se trata de que la vida intrauterina no se considere indigna, sino que se trata de abrir de forma más matizada al derecho penal, y en particular no abrir las puertas de la prisión a una mujer que cause o consienta que se le cause un aborto en unas circunstancias tan difíciles incluso para ella misma que no dejaría de ser una crueldad para la mujer el haber pasado por el aborto y además ingresar en prisión.

El CP español, partiendo de un concepto de aborto como interrupción del proceso del embarazo que causa la destrucción o la muerte del embrión o del feto, el delito de aborto está regulado en el título II del libro I del CP, que lleva como título "Del aborto" en los artículos 144 a 146 inclusive.

Esta regulación del CP se complementa con lo previsto en la LO 2/2010 DE 3 de marzo, ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Es una ley que en un marco más amplio de la salud reproductiva contiene un título específico de la interrupción para comprender bien la regulación del aborto en el CP, porque el propio CP se basa en esta ley.

Precisamente es una ley que posibilita la reforma del CP en esta materia. Hasta esa fecha se mantenía vigente una regulación del aborto del viejo código penal. Cuando se aprueba el CP de 1995 el que nos rige, no hubo consenso en materia de aborto, y precisamente la falta de consenso en materia de aborto hizo peligrar que se aprobara el CP, y se llegó a una solución de compromiso y es que en materia de aborto siguiera rigiendo el viejo CP hasta que el legislador no aprobara una nueva legislación sobre este tema.

La nueva ley en materia de interrupción del embarazo y en que se aparta de la anterior? La anterior recogía limitadamente la fórmula de las indicaciones, el viejo código a partir de 1985 tras una célebre sentencia del TC, había optado por el sistema de las indicaciones no acogía la indicación social o económica, se consideraba que esta indicación llevaba a una extensión.

La nueva ley lo que hace es por una parte acoge la fórmula del plazo y por otra parte la complementa con un sistema de indicaciones. En el art. 14 de la LO 2/2010 se establece que podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación, a petición de la embarazada y siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Que se la haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad en los términos que se establecen en esta ley.
2. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días desde la mencionada información y la realización de la intervención a fin de que la mujer madure y reflexione su decisión.

Por tanto se trata de acoger el sistema del plazo durante las 14 semanas, siempre cuando se observen los mencionados requisitos, los cuales se vienen a añadir a otros requisitos generales que la propia ley establece para que pueda interrumpirse voluntariamente el embarazo. Estos requisitos comunes o generales que deben observarse siempre son los siguientes:

1. Que la interrupción se practique por un médico especialista o bajo su dirección.
2. Que se lleve a cabo en un centro sanitario, público o privado (acreditado).
3. Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada, o en su caso de su representante legal, siempre de acuerdo con lo que establece la ley que regula la autonomía del paciente. Sin embargo aquí mismo se prevé que se pueda prescindir de dicho consentimiento expreso en un supuesto condicional que es cuando existe un riesgo inmediato y grave para

la integridad de la mujer embarazada y no es posible conseguir su autorización, consultando si se puede a sus familiares próximos.

Un problema especial es cuando se trata de menores, la ley se refiere expresamente a ellas, y es un problema muy debatido. La ley prevé que en el caso de estas mujeres de **16 y 17 años**, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo es corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general para las mujeres mayores de edad, y se añade que al menos uno de los representantes legales (madre, padre, persona con pp de la mujer afectada, deberá ser informado de la decisión de la mujer, pero se prescindirá de esa información cuando la mujer alegue que esto le provocara un conflicto grave en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, malos tratos o se produzca una situación de desamparo o desarraigo.

En segundo lugar la ley habla de interrupción por otras causas:

En el art. 15 habla de interrupción por causas medicas, por una lado de indicación terapéutica y por otro lado interrupción embriopática. Dice el art. 15 que excepcionalmente podrá interrumpirse el embarazo por causas medicas cuando concurra alguna de las circunstancias:

1. Que no se superen las 22 semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un medico especialista distinto del que la practique o dirija. Si bien en caso de urgencia o riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse de dicho dictamen. Por tanto indicación terapéutica por riesgo sea para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y acotado el plazo para poder interrumpir el embarazo (22 semanas)
2. Que no se superen las 22 semanas de gestación y exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos medios especialistas distintos del que la practique o dirija.
3. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida. Y así conste en un dictamen emitido antes por un médico o especialista distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave o incurable en el diagnóstico y así lo confirme un comité médico.

Para terminar de dar una imagen general de lo que establece la ley, todavía podriamos añadir brevemente que en el art. 17 de dicha ley se establecen una serie de requisitos que en rigor se trata de obstáculos y precauciones que se deben adoptar en orden a que pueda llevarse a cabo en su caso válidamente la interrupción del embarazo, se habla de una información previa al consentimiento para interrumpir el embarazo y así dice que todas las mujeres que manifiesten la intención de someterse a la intervención voluntaria del embarazo , recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en la ley, los

centros públicos y acreditados a que se pueda dirigir, los tramites para acceder a la prestación, las condiciones para su cobertura o el servicio publico de salud correspondiente.

En los casos de las mujeres que pretendan abortar dentro de ese plazo inicial, se establece que recibirán un sobre cerrado que contendrá la siguiente información. Los derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad, las prestaciones y ayudas publicas para el cuidado y atención de sus hijos, beneficios fiscales y mas información sobre incentivos y ayudas al nacimiento, ayudas publicas disponibles para las mujeres embarazadas, cobertura sanitaria para el embaraazo y el parto, datos disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro, datos sobre centros en que la mujer pueda recibir asesoramiento tanto antes como después de la interrupción del embarazo.

Se prevé también que en los casos de interrupción del embarazo, en el supuesto de grave anomalía del feto, la mujer adeas recibirá información sobre derechos, prestaciones y ayudas existentes para el apoyo a la autonomía de las personas con discapacidad, asi como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.

Tambien se prevé que en cualquiera de estos casos hay que informar a la mujer sobre las posibles consecuencias medicas, psicológicas y sociales de la prosecución del ebarzo o de la interrupción del mismo. En odo caso la infor ha de ser clara, objetiva, commpensigible y para las personas con discapacidad se debe proporcionar en formatos y mediso accesibles a sus capacidades.

Esta regulación se caracteriza por contemplar los casos de aborto punible de manera diferenciada, independiente, la conducta de la mujer y la conducta de terceros que practican el aborto.

Es decir, el legislador se aprta de la técnica ordinaria que consite en incriminar un comportamiento y los que intervienen e el hecho responden por la participación en esa conducta, en ael aborto se sigue un técnica distitna, se contempla la conducta de lamujer por una lado y la conducta de Iso terceros por otro.

Art. 144CP

- Parrafo 1º el que practique el aborto de una mujer sin su consentimiento”**
- Parrafo 2º establece que se impondrán las mismas penas al que practique el aborto habiendo obtenido el consentimiento de la mujer mediante violencia amenaza o engaño, es decir se entiende que el consentimiento prestado asi nno es valido.

Art. 145CP

- Nº1 incrimina la conducta del que produzca el aborto de una mujer con su consentimiento fuera de los casos permitidos por la ley*** además el juez podrá imponer la pena superior en ggrado cuando los actos descritos se realicen fuera de un establecimiento o centro acreditado publico o privado.

¿Qué le sucede a la mujer que lo consiente pero fuera de los casos permitidos por la ley? Ella también responde penalmente pero con una pena menos severa, una pena de multa de 6 a 24 meses (145.2CP).

En todo caso dice el nº3 del 145, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este art. En su mitad superior cuando la conducta se lleve a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

Art. 145 bis:

Aquí se incrimina un supuesto particular de aborto, previéndose una pena de multa 6 a 12 meses en inhabilitación para prestar servicios... por tiempo de 6 a 12 años, frotre a los terceros que practiquen el aborto dentro de los casos contemplados en la ley pero en alguno de estos casos:

1. Sin haber comprobado que la mujer ha recibido la información previa relativa a los derechos prestaciones y ayudas publicas a la maternidad.
2. Sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación.
3. Sin contar con los dictámenes médicos preceptivos. Por ejemplo a cerca de la salud de la mujer, del feto...
4. El haberlo practicado fuera de un centro o establecimiento publico o privado acreditado para la practica del aborto. En este caso se aplicara la pena en su mitad superior.

En cualquiera de estos supuestos mencionados, el juez impondrá las penas previstas en la mitad superior si el aborto se practica después de la vigésimo segunda semana de gestación.

Respecto a la muerte dice el art. 145.3 bis que la mujer no será penada a tenor de este precepto.

Finalmente la regulación del aborto se cierra con lo previsto en el 146 que hace referencia al aborto culposo, imprudente. La cuestión de la incriminación del aborto imprudente ha sido desde antiguo objeto de un importante debate, se discute si realmente cuando por imprudencia se produce la muerte o destrucción del feto o embrión el comportamiento tiene suficiente grado de desvalor como para constituir un injusto penal. La solución a esta cuestión en el fondo esta en relación con la importancia que se atribuya al bien que se pretende proteger, la vida intrauterina. Parece en principio evidente que la vida del feto, del embrión no puede quedar desprotegida frente a conductas temerarias del médico por ejemplo, que infringiendo la lex artis, realiza una acción que produce al feto su muerte. El CPP incrimina el aborto causado por imprudencia grave en el art 146.1 se incrimina la conducta del tercero que por imprudencia grave ocasionara el aborto. Pena de prisión de 3 a 5 meses o alternativamente multa de 6 a 10 meses, por tanto no es una pena importante. Además se exige que la imprudencia sea grave, que se infrinja gravemente el ***

EL párrafo 2º del art. 146 contempla el supuesto del aborto cometido por imprudencia profesional porque en este caso, el profesional actuando en el ejercicio de su función,

además de las penas señaladas antes, se impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un periodo de uno a tres años.

Esto en relación con los terceros, los profesionales sanitarios.

En relación con la mujer que provoca su aborto, el art. 146 en su párrafo 3 nos dice que la embarazada no será penada a tenor de este precepto. La mujer no responde nunca por aborto imprudente. El CP entiende que en esos casos ya la propia autora es víctima de la situación y el peligro que ella mismo genera, y que cuando la autora se convierte en víctima, bastante "pena", dolor le produce su propio comportamiento imprudente como para que además se le imponga una pena a mayores.