

# Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida (\*)

ANGEL JOSÉ SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo

## I. INTRODUCCIÓN

1. No es preciso subrayar la importancia que, desde cualquier perspectiva que se adopte, cobra el grupo de los delitos contra la vida humana independiente. Dogmáticamente, porque el homicidio y sus formas han servido siempre de banco de pruebas de las distintas categorías que conforman la teoría general del delito. Desde el punto de vista criminológico, los delitos contra la vida constituyen el núcleo de la denominada «criminalidad violenta», sobre cuya especial perceptibilidad por la sociedad es imposible exagerar. En clave político-criminal o, mejor aún, político-legislativa, baste recordar que todos los Códigos penales recientes inician con el grupo de los delitos contra la vida la caracterización de las particulares figuras delictivas. No podemos detenernos ahora en el problema más general de cómo se articulan estas tres diversas perspectivas de enfoque (dogmática, política criminal y criminología) que conforman la denominada —desde LISZT— «ciencia penal conjunta» (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) (1). En cualquier caso, a nadie se

---

(\*) El trabajo está cerrado y remitido al Anuario cuando el Proyecto de Código penal de 1994 se encontraba en fase de tramitación parlamentaria. Las referencias al Código penal vigente lo son, por tanto, al Texto Refundido de 1973. Sólo al corregir pruebas han podido incorporarse algunas indicaciones relativas al texto definitivo del nuevo Código Penal de 1995 (N. del A.).

(1) Véase, especialmente, ZIPF, H. *Kriminalpolitik*, 2. Aufl., Heidelberg 1980, pp. 7 ss. En la doctrina penal española, cfr., por todos, GARCÍA PABLOS, A. *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid 1988, pp. 118 y ss.

le oculta el predominio absoluto, en la ciencia penal española, del primero de los enfoques frente a los otros dos. Apenas existe problema dogmático, en este campo de los delitos contra la vida, que no haya sido objeto de análisis pormenorizado (2), mientras carecemos todavía de imágenes precisas de carácter empírico que permitan formular hipótesis criminológicas adecuadas, sin las cuales difícilmente se podrán efectuar propuestas político legislativas que sean algo más que un simple reflejo de posicionamientos previos ideológicos o un más o menos bienintencionado «experimento». Reviste, sin embargo, singular importancia esta perspectiva político legislativa en un momento como el actual, de profunda reforma de la legislación penal española, y en el que se retoma una y otra vez la idea de elaborar un Código penal de nuevo cuño. En el presente estudio vamos a observar, de modo predominante, esta perspectiva político legislativa (3), de la cual fue pionera, en el terreno que nos ocupa, la magistral contribución de TORIO LOPEZ, hace ya más de una década, sobre los delitos de asesinato y parricidio (4).

2. Antes de seguir adelante recordemos, siquiera sea de manera esquemática, el sentido de la actual regulación del grupo de delitos contra la vida humana independiente. La figura básica es el homicidio doloso del art.407 Cp., penado con reclusión menor (doce años y un día a veinte años). Frente a él encontramos dos figuras cualificadas o agravadas: el parricidio y el asesinato (arts.405 y 406 Cp., respectivamente). El primero comprende no sólo la muerte de los ascendientes o descendientes, sino también la del cónyuge y su marco penal se sitúa entre veinte años y un día y treinta años de privación de libertad (reclusión mayor). Esta era también la pena prevista para el asesinato hasta la Reforma Parcial y Urgente del Código penal de 25 de junio de 1983, que la elevó a reclusión mayor en su grado máximo (veintiséis años, ocho meses y un día a treinta años). No debe pasar desapercibida la enorme diferencia entre los respectivos límites mínimos de los marcos penales del homicidio (recuérdese: doce años y un día) y el asesinato, pese a lo discutible de algunas de las características configuradoras de éste y la dificultad de su apreciación en los supuestos concretos. Tales características son hoy,

---

(2) Véase, por todos, el amplio resumen que ofrecen Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia 1993.

(3) Sobre esta asimilación entre política criminal y política legislativa penal, cfr. recientemente KAISER, G. «Kriminalpolitik», en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., Heidelberg 1993, pp. 280-286.

(4) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao 1983, pp. 77-114. En esta misma perspectiva de enfoque destacan también, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E. «Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal», en *Doc. Jur.* 37/40 (monográfico PANCP), vol. 1, 1983, pp. 319-338 y DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid 1993, pp. 947-960.

como es bien sabido, la alevosía, el precio, recompensa o promesa, el ensañamiento, la inundación, incendio, veneno o explosivo y la premeditación conocida.

Figuras privilegiadas o atenuadas respecto al homicidio doloso son, en nuestro derecho vigente, el infanticidio del art. 410 Cp., configurado según el modelo de la «causa honoris» y cuyo privilegio se extiende también a los abuelos maternos (la pena prevista es prisión menor, es decir, de seis meses y un día a seis años) y las diferentes hipótesis recogidas en el art. 409 Cp., conductas todas ellas relacionadas con la aceptación de la muerte por la víctima: auxilio o inducción al suicidio (pena de prisión mayor: seis años y un día a doce años) y el denominado «homicidio-suicidio», esto es, cuando el auxilio al suicida se presta «hasta el punto de ejecutar él mismo (el auxiliador) la muerte», conducta sancionada con la misma pena que el homicidio simple, pero con el efecto privilegiador de su apreciación preferente frente a los tipos cualificados de parricidio o asesinato («efecto obstructor del tipo más benigno»), según opinión pacífica en la doctrina penal española.

La orientación prioritariamente político legislativa del presente estudio nos permite pasar por encima de la multiplicidad de problemas que ofrece esta regulación de los delitos contra la vida humana independiente. Baste recordar la inacabable discusión en torno a la caracterización de las recíprocas relaciones entre los distintos tipos (bien como «delicta sui generis», bien como simples modalidades, privilegiadas o cualificadas, de un mismo tipo básico), problema cuya solución determinará la de otras cuestiones asimismo intensamente debatidas, como son las que se refieren a las formas de autoría y de participación criminal, el tratamiento de las diversas clases de error, en particular el error impropio, o las complejas hipótesis concursales que puedan suscitarse en la situación concreta (5).

Problemas particulares presenta, en nuestro derecho positivo, la caracterización del homicidio culposo, debido al peculiar criterio de regular la imprudencia a través de cláusulas generales, que atienden básicamente a la gravedad de la culpa misma, con independencia de la índole del resultado producido, lo que provoca que el homicidio culposo se reparta hoy entre el art. 565 Cp., cuando la imprudencia causante de la muerte es «temeraria», y el art. 586 bis Cp. si aquella imprudencia es caracterizable como «simple», en cuyo caso estamos ante una conducta constitutiva de falta, perseguible además sólo mediante previa denuncia de la parte agraviada, lo que sin duda comporta, en afortunada expresión de

---

(5) Además de las obras generales, en particular, la ya citada de DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), ofrece amplia información sobre estas cuestiones, con un sugerente punto de vista propio para su solución, la monografía de PEÑARANDA RAMOS, E. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991. Cfr. también la recensión (y réplica) que, con el mismo título, ofrece E. GIMBERNAT ORDEIG, en *ADPCP* 1992, pp. 833-854.

TORIO, una «trivialización en la protección jurídica de la vida» (6); pero sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más adelante.

Hasta la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989 se recogía además (art.408) la figura del homicidio en riña tumultuaria, de conformidad con un modelo de sucesivas presunciones de autoría, en conexión con lo que disponían los artículos 424 y 585, núm.3 Cp. Hoy, la única referencia legislativa al fenómeno de la riña tumultuaria y sus eventuales consecuencias penales se encuentra en el art.424 Cp. Al final de este estudio nos ocuparemos brevemente con el sentido de este precepto y las alternativas que, en relación a este mismo fenómeno, nos ofrece el derecho comparado.

El Código penal vigente contiene, por otra parte, una serie de figuras delictivas cualificadas o agravadas por el resultado «muerte»: así, en los delitos contra la salud pública (art. 348 Cp.), o en el delito de aborto (art. 411 Cp.) o en el robo con violencia o intimidación en las personas (art. 501 Cp.), por recordar algunos ejemplos muy característicos. No existe, sin embargo, un precepto paralelo para las lesiones con resultado mortal, lo que ha provocado una rica discusión en torno al tratamiento que deba darse al denominado homicidio preterintencional. Será también al final de esta contribución cuando abordemos sucintamente estas cuestiones, siempre desde la perspectiva político legislativa aquí adoptada.

Para terminar con este esquemático repaso por la regulación penal del fenómeno de la muerte violenta, resta sólo recordar la existencia de algunos preceptos, de aplicación preferente frente a los tipos que estamos considerando, que se refieren expresamente a la muerte dolosa de víctimas de singular condición, como sucede con el homicidio del Jefe del Estado español (art. 142 Cp.) o de su sucesor (art. 148 Cp.), o el homicidio de un Jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida (art. 136 Cp.); mención particular merece, en fin, la modalidad de genocidio prevista en el n.º 1 del art. 137 bis Cp. Todos estos supuestos van a quedar, sin embargo, fuera de nuestra consideración en las páginas siguientes.

3. Es suficientemente conocido el «tortuoso» itinerario de la reforma penal española más reciente. Destaquemos sólo las líneas más significativas de los sucesivos Proyectos en la regulación de la materia que nos ocupa. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (PLOCP) de 1980 ofrecía escasos cambios en relación al derecho vigente, salvo una sensible atemperación de los correspondientes marcos penales. Destacaba la inclusión, entre los elementos caracterizadores del asesinato, de los «móviles abyectos o fútiles». Se preveían, por otra parte, reglas penológicas particulares para la concurrencia, en el asesinato o el parricidio, de

---

(6) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid 1991, pp. 2529-2546 (p. 2541).

ulteriores circunstancias agravatorias. En el delito de auxilio al suicidio, se distinguía en función del carácter necesario o no de tal auxilio. Por fin, se abandonaba el criterio de la «causa honoris» como fundamento del privilegio del infanticidio, atendiéndose ahora a «la influencia del estado puerperal» o de las «tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento». En cuanto al resto de los fenómenos legislativos a los que aludíamos en el punto precedente, el Proyecto de 1980 regula conjuntamente el homicidio y las lesiones imprudentes y lleva también a las «Disposiciones comunes» a los «Delitos contra la vida y la integridad corporal» (Título I del Libro II) el fenómeno de la riña tumultuaria, así como el homicidio y las lesiones preterintencionales.

Este mismo esquema regulativo es adoptado también por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (PANCP) de 1983, con las siguientes variantes: se reducen a tres (alevosía, ensañamiento y precio recompensa o promesa «u otros motivos») las características configuradoras del asesinato; se suprime el conyugicidio en cuanto modalidad de parricidio; se matiza la redacción del infanticidio; desaparece toda referencia al homicidio preterintencional y, por fin, encontramos una regulación de la riña de la que derivará el actual art. 424 Cp., al tipificarse la simple participación en riña «utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas».

El PLOCP de 1992 comporta, con carácter general, una elevación de los marcos penales, si los comparamos con aquellos previstos para estos delitos en la PANCP o en el Proyecto de 1980. El asesinato mantiene las tres características que preveía la PANCP, omitiendo la referencia a «otros motivos» análogos al precio, recompensa o promesa. Las novedades más significativas se encuentran, por un lado, en la regulación expresa del fenómeno de la «eutanasia» y, de otra parte, en la supresión del parricidio y el infanticidio, en cuanto figuras delictivas particulares. Se modifica la sistemática general del grupo, al desaparecer el Capítulo de «Disposiciones comunes» con las lesiones, permaneciendo la riña tumultuaria, en los mismos términos que en el derecho vigente, dentro de los delitos de lesiones. Se mantiene asimismo el criterio, incorporado al Código penal en la reforma de 21 de junio de 1989, de prever un homicidio imprudente constitutivo de falta perseguible sólo mediante denuncia.

Por fin, el PLOCP de 26 de septiembre de 1994, último texto «prelegislativo» hasta la fecha, pese a seguir casi por completo, en el terreno que nos ocupa, el modelo del Proyecto de 1992, contempla, en relación a éste, dos importantes novedades: la reaparición de la «premeditación conocida» entre las características de agravación del homicidio y la mención, también en el marco de las modalidades agravadas de homicidio, a la muerte del «ascendiente, descendiente o cónyuge del culpable» (6 bis).

---

(6 bis) Estas dos «novedades» que, frente al Proyecto de 1992, ofrecía el de 1994, han quedado fuera del texto definitivo del nuevo Código penal (en adelante, NCP).

4. En las siguientes páginas observaremos este esquema: comenzamos con una breve descripción del régimen legal de los delitos contra la vida humana independiente en los Códigos penales de los países de nuestro entorno (II), presupuesto necesario para formular, a partir de esa experiencia legislativa y de las correspondientes discusiones doctrinales, un marco regulativo genérico, que contemple las decisiones sistemáticas básicas, la configuración de las distintas modalidades típicas y las posibilidades de articulación de los correspondientes marcos penales (III), dejando para un ulterior apartado aquellas otras consideraciones político legislativas referidas a fenómenos complementarios (IV). Concluiremos con una sucinta caracterización de la denominada «teoría de la legislación penal», perspectiva metodológica lamentablemente obviada en la actual reforma penal española (V).

Antes de desarrollar este esquema, es necesaria todavía alguna puntualización. Sólo en la medida en que cobren interés político-legislativo serán objeto de reflexión aquellas cuestiones básicas objeto de cualquier estudio dogmático de esta materia: determinación del bien jurídico protegido, objeto material del delito, caracterización de la conducta típica, problemas de justificación, culpabilidad, formas de aparición, etc.. Ello explica también la selección bibliográfica efectuada, de acuerdo siempre con el criterio de utilizar preferentemente aquellos materiales que orientan el estudio de los delitos contra la vida en clave político criminal. Y ni siquiera con esta limitación se puede pretender exhaustividad en un campo tan elaborado. Por otra parte, no sólo queda fuera del ámbito de estudio la compleja problemática del aborto y fenómenos legislativos próximos (conductas relacionadas con la manipulación genética, por ejemplo), sino también todo lo referente al tratamiento legal de la eutanasia, fenómeno merecedor por sí mismo de un estudio independiente y cuya inclusión aquí desbordaría ampliamente los límites propuestos. Será, de todas formas, inevitable alguna mención a este problema en la medida en que enlaza con la reflexión político legislativa relativa a la tipificación de conductas relacionadas con la muerte voluntaria ajena.

## II. DERECHO COMPARADO

La regulación de los delitos contra la vida humana independiente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno nos ofrece una imagen enormemente variada, lo que desmiente cualquier afirmación en el sentido de la existencia «universal» de determinadas figuras delictivas. La misma variedad se manifiesta también en los criterios de configuración legislativa de este grupo de delitos. Hemos seleccionado aquellos ordenamientos jurídicos más próximos culturalmente, fijando especialmente nuestra atención en las reformas legislativas más recientes o en

curso de realización, así como en las discusiones doctrinales que las acompañan. Nos limitamos ahora a ofrecer, de manera muy esquemática, su respectivo contenido regulativo, sin perjuicio de volver más adelante sobre algunas cuestiones más concretas (7).

En Francia, acaba de entrar en vigor un nuevo Código penal (8). El campo de los delitos contra la vida no experimenta, sin embargo, grandes modificaciones en relación al derogado Código napoleónico. En éste se distinguía entre homicidio y asesinato sobre la base de dos características: premeditación y «acecho» (*guet-apens*); existían, además del asesinato, otras muertes cualificadas por su relación con otros delitos, así como las figuras delictivas autónomas del «envenenamiento» y el parricidio propio (es decir, sólo la muerte de los padres —incluidos los adoptivos— o ascendientes), también agravadas frente al homicidio simple. Carácter privilegiado tenían, por el contrario, el infanticidio y la muerte provocada. Un primer dato que cabe destacar, en el terreno que nos ocupa, del nuevo Código penal, es la severidad de las penas: el homicidio (art. 221-1) se castiga con reclusión de treinta años y la prisión perpetua aparece prevista no sólo para el asesinato (art.221-3), construido ahora solamente sobre la premeditación, sino también para diversas modalidades de muerte agravada (por su relación con otros delitos —art.221-2—, por la especial vulnerabilidad de la víctima, por el carácter público de ésta, en los casos de parricidio propio, que deja de tipificarse autónomamente —art.221-4—, etc.). Pervive como delito autónomo —con pena de treinta años de reclusión— el envenenamiento (art.221-5). Desaparecen las formas privilegiadas de la regulación precedente: homicidio provocado e infanticidio (incluso se pena ahora con prisión perpetua, en cuanto muerte agravada, la de «un menor de quince años», según el art.221-4). Aparece, por el contrario, expresamente regulada la provocación al suicidio (arts.223-13 a 223-15), pero sin mencionarse para nada el homicidio consentido, ni la eutanasia. Entre las violencias sobre las personas, se prevé el caso de que aquellas «entrañen la muerte, sin intención de producirla» (art.222-7), disposición que parece aludir al fenómeno del homicidio preterintencional. Junto a esta figura, penada con quince años de prisión, aparecen una serie de modalidades agravadas —hasta diez supuestos—, algunas tan paradójicas

---

(7) Como trabajo comparado básico en esta materia, pese a las reformas legislativas posteriores a su publicación, hay que seguir mencionando a SIMSOM/GEBERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, München 1969. Más recientemente, destaca ESER/KOCH, «Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse», en *ZStW* 92 (1980), pp. 491-560.

(8) *Code pénal* de 22 de julio de 1992, en vigor desde el primero de marzo de 1994. Para la situación legislativa precedente en relación a los delitos contra la vida, véase MERLE/VITU, *Traité de Droit Criminel. Droit pénal spécial* (A.VITU), t. II, Paris 1982, pp. 1353-1496. Para la nueva regulación, véase COURAT, P. «Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal», en *R. Sc. Crim.* 1993, pp. 469-479.

como la que se refiere a la concurrencia de premeditación (art.222-8). Un último dato, demostrativo también de la mencionada severidad, es la previsión de una pena de tres años de prisión (e incluso cinco años, si media infracción reglamentaria) y multa para el homicidio imprudente (art. 221-6). Deben mencionarse, finalmente, otros dos aspectos de la reciente regulación francesa en este campo: la previsión específica de una serie de delitos de peligro para la vida (cuestión de la que nos ocuparemos en su momento) y la expresa concreción de la responsabilidad de las personas jurídicas en todo el ámbito de los delitos contra las personas, criterio inédito en el derecho comparado y que no es sino desarrollo consecuente del principio, trazado en el Libro I del nuevo Código penal francés, de asignar plena responsabilidad penal a los entes colectivos.

También el vigente *Código penal italiano*, de 1930, se caracteriza, en lo que se refiere a este ámbito, por la severidad de las penas (9), como se pone de manifiesto en la pena de «reclusión no inferior a veintiún años», prevista para el tipo básico del homicidio (art. 575). El Código penal italiano no contempla figuras específicas de asesinato o parricidio, sino que se refiere simplemente a una serie de supuestos de agravación del homicidio (arts. 576 y 577), distinguiendo según se imponga la pena de muerte o la de prisión perpetua. (*ergastolo*). Al haberse suprimido aquélla y sustituido por esta última, en la reforma de 10 de agosto de 1944, la diferenciación carece hoy de consecuencias. En cuanto a los particulares criterios de cualificación del homicidio, éstos poseen una índole muy diversa: cualidad del sujeto activo o de la víctima, medio empleado, finalidad perseguida, caracteres de la conducta, etc. Destacan entre estos homicidios cualificados los cometidos con premeditación, con sustancia venenosa u otro medio insidioso, con crueldad, sevicias o móviles abyectos o fútiles, los vinculados a la comisión de otro delito («para perpetrarlo u ocultarlo o para conseguir o asegurarse, a sí mismo o a otros, el producto, el provecho, el precio o la impunidad»), así como el homicidio de los ascendientes o descendientes, fijándose una pena inferior (de veinticuatro a treinta años de reclusión) en caso de muerte del cónyuge, los hermanos, los padres o hijos adoptivos o la muerte de un afín en línea recta. En cuanto a las figuras privilegiadas o atenuadas de homicidio, hay que mencionar la inducción y auxilio al suicidio (art. 580), el homicidio consentido (art. 579) y el infanticidio (art. 578), configurado este último —desde la reforma de 5 de agosto de 1981— sobre la base de las condiciones de «abandono material y moral» de la madre infanticida. Una de las singularidades de este Código penal italiano reside en la regulación, además del homicidio imprudente (art. 589), de un

---

(9) Cfr., por todos, PATALANO, V. *I delitti contro la vita*, Padova 1984 y, más recientemente, RICCIOTTI, R. en CRESPI/STELLA/ZUCCALA, *Commentario breve al Codice penale*, 2.<sup>a</sup> ed., Padova 1992, pp. 1245-1352. ambos con ulteriores referencias bibliográficas.

«homicidio preterintencional (art. 584), configurado en los términos que en su momento analizaremos y separado expresamente del supuesto de muerte o lesiones consecuencia de otro delito («aberratio delicti») (art. 586). En cuanto a la riña, es punible la simple participación en la misma, configurándose una modalidad cualificada en caso de que concurren muerte o lesiones (art. 588). Por fin, también el Código penal italiano recoge expresamente, en este mismo capítulo de los delitos contra la vida y la incolumidad individual, una serie de delitos de peligró para estos bienes jurídicos (10).

Pasamos al *Código penal portugués* de 1982 (11). Aquí tampoco encontramos la antítesis homicidio-asesinato, sino un delito de homicidio básico (art. 131), con pena de prisión de ocho a dieciséis años, y unas modalidades agravadas junto a otras privilegiadas. La «ratio» de la agravación se sitúa en la mayor reprochabilidad de la conducta, expresándose, de manera indicativa, algunos supuestos particulares en que así sucederá: cuando la víctima es ascendiente o descendiente, natural o adoptivo; cuando se ejecute mediante torturas o actos de crueldad; en caso de móviles abyectos o fútiles; cuando el hecho está determinado por odio racial o religioso; cuando se realiza para preparar, facilitar, ejecutar o encubrir otro delito, cuando se utilizan medios insidiosos como el veneno, o se actúa con premeditación, etc. (art. 132). Paralelamente, son razones de menor reprochabilidad las que conducen a la apreciación del homicidio privilegiado: actuar «dominado por una comprensible emoción violenta o por compasión, desesperación u otro motivo de relevante valor moral o social», según reza el art. 133. Se recogen también expresamente, como figuras atenuadas, el homicidio a petición de la víctima (art. 134) y la inducción y auxilio al suicidio, fijándose la pena correspondiente en función de la capacidad de la víctima (art. 135). El infanticidio adopta una configuración dual, estando presente cuando el móvil es el de «ocultar la deshonra», pero también si se debe a la «influencia perturbadora del parto» (art. 137). Existe, al igual que en el resto de los modelos legislativos que estamos examinando, una previsión expresa del homicidio imprudente (art. 136). La riña se regula según el criterio de tipificar la simple participación, pero sometiendo su punibilidad a la condición objetiva de que se produzca una muerte o lesiones graves (art. 151), de conformidad con el sistema alemán, que encuentra

---

(10) Recientemente se ha dado a conocer un *Schema di delega legislativa per l'emanazione de un nuovo Codice penale*, publicado en *L'Indice penale* 1992, pp. 579-672 que, además de situar a los delitos contra las personas al comienzo de la parte especial, modificando la sistemática actual, introduce una serie de nuevos delitos lesivos de «la dignidad del ser humano», entre los que cabe destacar a «los delitos contra la integridad genética». En relación a las modificaciones introducidas frente a la vigente regulación de los delitos contra la vida, se harán en su momento las oportunas indicaciones.

(11) Cfr., por todos, MAIA GONÇALVES, M., *Código penal português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 7.ª ed., Coimbra 1994, pp. 359-391.

asimismo reflejo en la tipificación expresa de un delito de lesiones con resultado muerte (art. 145). Debemos mencionar, finalmente, la previsión de una serie de delitos de peligro para la vida, entre los cuales llama sobre todo la atención el arcaico «disparo de arma de fuego» (art. 152). El Decreto-Ley n.º 48/95, de 15 de marzo, aprueba un nuevo Código penal para Portugal, cuya entrada en vigor se fija para el 1 de octubre de 1995. Manteniendo la misma estructura y contenido, en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, que el Código de 1982, introduce, no obstante, algunas modificaciones, a las que nos referiremos en los lugares oportunos. Destacan, como aspectos más significativos, el leve endurecimiento general de las penas, la supresión de la referencia a la «causa honoris» en el delito de infanticidio y la eliminación del tipo relativo al disparo de arma de fuego, que acabamos de mencionar.

El *Código penal suizo* de 1937 ha sido objeto de una amplia reforma, en la materia que nos ocupa, por la Ley de 23 de junio de 1989. Será, pues, necesario prestar especial atención al sentido de las modificaciones introducidas (12). El modelo regulativo suizo ofrece un tipo básico de homicidio doloso frente al cual aparecen una figura calificada y otra privilegiada, en ambos casos por razones de culpabilidad. Ello se percibe de manera clara en el asesinato, ya que el art. 112 se refiere a la muerte «sin escrúpulos, esto es, con un móvil, fin o modo de ejecución especialmente reprochable». Frente a lo que sucedía en la regulación anterior, no alude hoy el precepto a la peligrosidad del autor; por otra parte, la pena del asesinato ya no es necesariamente la prisión perpetua, sino que, alternativamente, se establece ahora la prisión de más de diez años. También son razones de culpabilidad, en este caso aminorada, las que están en la base del homicidio privilegiado del art. 113 Cp., que se refiere a la particular situación emocional del autor de la conducta homicida. Las razones culpabilísticas penetran también en la regulación del homicidio a ruego (art. 114) —al incorporar la exigencia de «un móvil merecedor de atención, en particular, la compasión»—, y del auxilio o inducción al suicidio del art. 115, al reclamar el tipo la presencia de un móvil egoísta. El infanticidio, construido sobre la base de los trastornos inherentes al parto, permanece inalterado, si bien se ha rebajado la pena (art. 116). Destaca también, antes y después de la reforma de 1989, el amplio marco penal previsto para el homicidio culposo, donde la pena puede descender hasta la simple multa (art. 117). Desaparece en la reforma el delito de lesiones con resultado de muerte, por lo que entrará en juego en tal supuesto la técnica del concurso ideal de delitos; se prevé, sin embargo, un delito de lesiones calificadas por el peligro (concreto) para la

---

(12) Véase, por todos, STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht BT I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 4. Aufl., Bern 1993, pp. 21-104, con amplia información también sobre la regulación precedente. Una primera impresión de la reforma de los delitos contra la vida y la integridad corporal en SCHULTZ, H. «Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989», en *SchwZStr.* 108 (1991), pp. 395-416.

vida (art. 122). Al anterior delito de participación en riña de la que resulten muerte o lesiones se añade ahora la agresión unilateral con aquellos mismos efectos (arts. 133 y 134, respectivamente). Por fin, tanto antes como después de 1989, el Código penal suizo conoce una amplia variedad de delitos de peligro para la vida, destacando la previsión de un tipo básico o de recogida («quien, sin escrúpulos, pone a otro en un peligro inmediato para su vida», según reza el art. 129 Cp.). Las modificaciones sufridas por este grupo de delitos en 1989 se orientan en la línea de afianzar las exigencias culpabilísticas.

El *Código penal austriaco* muestra grandes semejanzas con la regulación suiza de los delitos contra la vida (13), pero con una diferencia básica: en Austria el tipo básico es el asesinato (par. 75), caracterizado simplemente como la muerte de otro —la pena prevista es la privación de libertad de diez a veinte años o la prisión perpetua—, mientras que el homicidio (par. 76) aparece como una simple modalidad privilegiada —la pena es de cinco a diez años de privación de libertad— por razones de menor reprochabilidad. Junto a estas dos figuras básicas recoge también el Código penal austriaco la muerte a ruego (par. 77), la participación en el suicidio ajeno (par. 78) y el infanticidio (par. 79), construido sobre el criterio de la especial situación anímica inherente al parto. Al igual que en Suiza, encontramos aquí un tratamiento penal relativamente tenue del homicidio culposo, si bien se mencionan una serie de supuestos cualificados (pars. 80 y 81). También a la riña con resultado muerte o lesiones graves se añade aquí la agresión unilateral conducente a esas mismas consecuencias (par. 91). A diferencia, sin embargo, de lo que sucede en Suiza tras la reforma de 1989, perviven en el Código penal austriaco las lesiones cualificadas por la muerte de la víctima (par. 86). Existen también, por fin, en este Código, diversos delitos de peligro para la vida o la integridad corporal, previéndose asimismo un tipo de recogida relativo a la puesta en peligro, tanto dolosa como imprudente, de aquellos bienes jurídicos (par. 89).

Concluimos este repaso por el derecho comparado con la la regulación prevista en el *Código penal alemán* (14). El tipo básico del

(13) Véase, por todos, MOOS, R. en *Wiener Kommentar zum StGB*, 22.Lief. (par. 75-79), Wien 1984 y BURGSTALLER, M., en *ibidem*, 9.Lief. (par. 80-82), Wien 1981. Cfr. asimismo el esclarecedor trabajo de ZIPP, H. «Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung des neuen österreichischen Strafrechts», en *WÜRTEMBERGER-Fs.*, Berlin 1977, pp. 151-165, donde se compara la regulación austriaca de los delitos contra la vida con la vigente en Alemania.

(14) Cfr., por todos, las anotaciones a los correspondientes parágrafos por parte de A. ESER, en el SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl., München 1991 y de B. JÄHNKE, en el *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Bd. V, Berlin/New York 1989. Cfr. además las partes especiales de ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT LH 1. Delikte gegen die Person*, 2. Aufl., Bielefeld 1981, pp. 15-96 y MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht BT, Teilband 1.*, 7. Aufl., Heidelberg 1988, pp. 11-62, como más representativas.

homicidio doloso (par. 212) se define negativamente como matar a otro sin ser asesino, estableciéndose una pena de prisión de más de cinco años, que en casos especialmente graves puede llegar a la reclusión perpetua. Esta última aparece prevista como pena única para el asesinato (par. 211), construido a partir de una serie de datos que expresan fundamentalmente una mayor reprobación ético-social de la conducta (como son el placer de matar, el impulso sexual, la codicia u otros móviles bajos o la crueldad), aunque otros aluden a un mayor contenido de injusto (especialmente, la utilización de medios de peligro común o la producción de la muerte como medio para facilitar u ocultar otro delito). Esta caracterización del asesinato procede de la reforma de 4 de septiembre de 1941 en la que, por otra parte, se prescindió de la premeditación, elemento configurador en torno al que giraba anteriormente esta figura delictiva. En esta misma reforma se optó también por suprimir el delito de parricidio. Al igual que hemos visto en otros Códigos, existe un homicidio privilegiado por la menor reprochabilidad del hecho (lo que sucederá, de manera particular, en los casos de provocación, según señala expresamente el parágrafo 213). El par. 216 contempla también un tratamiento atenuado para la muerte a ruego, pero no se recoge la participación en el suicidio ajeno. En cuanto al infanticidio, se combina el dato de la situación anímica característica del parto con la ilegitimidad de la procreación (par. 217). Para el homicidio culposo se establece un marco penal amplísimo, que comprende desde la simple multa hasta cinco años de prisión (par. 222). Completan este cuadro regulativo las lesiones con resultado muerte del parágrafo 226 y el delito de participación en riña de la que resulte muerte o lesiones graves (par. 227), junto a la previsión, al igual que en el resto de los sistemas legales examinados, de una serie de tipos que contemplan diversas conductas portadoras de un peligro para la vida humana. Mientras que el Proyecto de Código penal de 1962 no modificaba sustancialmente este cuadro normativo, el Proyecto Alternativo de 1970, por el contrario, introduce múltiples innovaciones, que obedecen fundamentalmente al intento de simplificar la regulación, flexibilizando al mismo tiempo el tratamiento penal (se impide, por ejemplo, el automatismo en la imposición de la reclusión perpetua para los homicidios agravados). La idea más innovadora del Proyecto Alternativo, en el campo que nos ocupa, es la de suprimir de la «ratio» de las modalidades cualificadas los momentos puramente culpabilísticos. Pero de éste y otros extremos del Proyecto Alternativo alemán, debido a su fundamental importancia político-legislativa, nos ocuparemos con detalle a lo largo de esta contribución.

### III. ARTICULACIÓN DE UN MODELO LEGISLATIVO

Después de este repaso comparado, pasamos a trazar las líneas maestras que deben tomarse en consideración a la hora de articular un modelo regulativo. Bien entendido que, antes que ofrecer una propuesta

legislativa concreta, nos interesa más bien destacar, en clave fundamentalmente metodológica, la índole de las cuestiones que deben abordarse y los puntos de vista más significativos propuestos para su solución.

1. El primer problema se refiere a la distribución de la materia objeto de prohibición penal. A tales efectos, vamos a limitarnos por ahora al homicidio doloso y ni siquiera a todas sus modalidades: dejaremos, de momento, a un lado aquellos delitos como el parricidio o el infanticidio que responden a una «ratio» particular, así como aquellas otras (homicidio consentido, participación en el suicidio ajeno) caracterizadas por la presencia de un dato tan relevante como la aceptación por la víctima de su propia muerte. Todos estos delitos presentan problemas específicos, que en su momento abordaremos. Ciñéndonos, según esto, a la materia central objeto de prohibición en los delitos contra la vida humana independiente: la producción dolosa de la muerte de otro, encontramos —siguiendo a ESER— tres posibilidades de articulación legislativa (15).

a) Previsión de una sola figura típica de homicidio doloso. Este era ya el punto de vista de Franz von LISZT (16) y ha sido también el criterio acogido por el Proyecto Alternativo alemán (17). El motivo central que subyace a este planteamiento reside en la imposibilidad de encontrar un criterio inequívoco de separación entre las diferentes formas de homicidio doloso. Naturalmente, la opción por este modelo no comporta la aplicación de idéntica sanción en todos los supuestos, sino que ulteriormente habrá que establecer, o bien pautas particulares de medición de la pena dentro de un amplio marco penal (lo que, en cualquier caso, significa todavía un amplísimo margen de arbitrio judicial), o bien diversos marcos penales en función de la concurrencia de modalidades cualificadas o privilegiadas, modelo este último seguido por el Proyecto Alternativo alemán.

b) Cabe, en segundo lugar, distinguir dentro de las formas de homicidio doloso dos niveles —normalmente con las respectivas denominaciones de «asesinato» y «homicidio»— en función de su gravedad. Este modelo admite, a su vez, distintas variantes. Las dos más características

---

(15) Cfr., para lo que sigue, ESER/KOCH, «Die vorsätzlichen Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 494 ss. (véase, especialmente, el cuadro-resumen de la p. 507). Este trabajo es complementario del Informe presentado por ESER a la 53 Convención de Juristas Alemanes. Véase ESER, A. *Empfiehl es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung neu abzugrenzen? Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag, Berlin 1980, München 1980.*

(16) Véase LISZT, F. v. «Verbrechen und Vergehen wider das Leben», en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrecht BT, V Bd.*, Berlin 1905, pp. 1-158 (pp. 72 ss.).

(17) Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, Bd. I*, Tübingen 1970.

son: bien la previsión de un tipo básico de homicidio y un tipo cualificado o agravado de asesinato; o bien, a la inversa, un tipo básico de asesinato frente al cual el homicidio simple se comporta como una modalidad privilegiada. Naturalmente, en ambos supuestos, la mayor o menor amplitud de las respectivas figuras de asesinato y homicidio está en función de las características típicas asignadas a una y otra. En la primera dirección, cabe mencionar el sistema del Código penal español y sus recientes Proyectos de reforma. También el Código penal italiano distingue entre una figura básica de homicidio y una serie de modalidades agravadas o cualificadas, aunque sin utilizar en relación a estas últimas la denominación de asesinato. Este es también el modelo del Código penal francés, con la particularidad de que en él se denomina «asesinato» sólo al homicidio premeditado y no al resto de las cualificaciones. En estos sistemas legislativos no existe una figura de homicidio privilegiado, si prescindimos de los casos particulares (infanticidio, homicidio consentido) a los que antes hacíamos referencia. En la segunda dirección se orienta básicamente el modelo anglosajón de distinción entre «murder» y «manslaughter», traída aquí a colación por el carácter básico del primero, frente al sentido residual del segundo. En cualquier caso, la falta de correlación entre estas figuras y el asesinato y homicidio continentales nos excusa de profundizar aquí en su caracterización (18). En esta misma dirección se mueve la regulación austriaca, que destaca por hacer del asesinato el tipo básico de la muerte dolosa de otro, frente al cual el homicidio aparece como una figura privilegiada de carácter residual. Se trata también de un punto de vista defendido, de «lege ferenda», por algunos autores muy significativos (19). Normalmente, este criterio obliga a articular, dentro del tipo básico de asesinato, marcos penales de distinta gravedad.

c) Tenemos, por fin, el criterio de separar legislativamente tres figuras de homicidio doloso. En tales casos, al tipo básico de muerte dolosa de otro, se añaden un tipo cualificado, normalmente denominado «asesinato», y otro tipo privilegiado, casi siempre en función de la menor reprochabilidad del hecho. Este es el modelo del vigente Código

---

(18) Véase, por todos, SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7.<sup>a</sup> ed., London 1992, pp. 327 y ss. Cfr., sobre ello, TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 99-100.

(19) Así, entre otros, ESER, A. *Empfiehl es sich... ?* (nota 15), pp. 86 ss.; LACKNER, T. «Erfahrungen aus einem Seminar über die Reform der Strafvorschriften zum Schutze des Lebens», en *JZ* 1977, pp. 502-505 (pp. 503-4) y SCHRÖDER, H. «Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte», en *Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. I. Gutachten der Strafrechtslehrer*, Bonn 1954, pp. 282-293. Por lo que se refiere exclusivamente a la separación entre asesinato y homicidio, se muestra partidaria de hacer del asesinato (caso de que se opte por su conservación) la figura básica LAMARCA PÉREZ, C. «Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato en la PANCP», en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, t. II, Valencia 1989, pp. 511-531 (pp. 529 y ss.)

penal alemán o del Código penal portugués, pero donde quizá se presenta con mayor pureza es en el Código penal suizo (20).

Naturalmente, a esta opción básica se vinculan otras no menos significativas (21). En primer lugar, está el problema de la articulación recíproca entre las distintas figuras delictivas, siendo los términos de la alternativa el modelo de «delicta sui generis» o el de simples modalidades (cualificadas o privilegiadas) no autónomas de un mismo tipo básico. La elección de esta última técnica legislativa facilitará, sin duda, la solución de los frecuentes —y extremadamente complicados— problemas de error y participación criminal. Cuestión diversa es, en segundo lugar, la elección de la técnica legislativa concreta: delito circunstanciado, previsión de simples pautas de medición de la pena, sistema de cláusulas generales y ejemplos típicos, etc. (22) Evidentemente, en la selección de la correspondiente técnica legislativa se atenderá, de modo particular, a la pervivencia o no del modelo de circunstancias generales con el que deberá, en su caso, articularse convenientemente el grupo de los delitos contra la vida. Una última cuestión, escasamente atendida en el derecho comparado y en las discusiones doctrinales, es la que se refiere a los conflictos normativos que puedan surgir entre las distintas figuras típicas. En abstracto, cabe imaginar la siguiente alternativa: o bien los distintos tipos tienen ámbitos de aplicación excluyentes entre sí, lo que impedirá la aparición del eventual conflicto normativo; es decir, no será posible que un supuesto dado sea reconducible simultáneamente a distintos tipos (23). O bien la concreta configuración de éstos permite solapamientos, siendo entonces posible que un mismo hecho presente características propias, por ejemplo, de la modalidad agravada y de la privilegiada. En tal caso, es deseable que el mismo legislador ofrezca las pautas para la solución del conflicto normativo, estableciendo el «efecto oclusivo» (*Sperrwirkung*) del tipo privilegiado, o fijando para estas hipótesis (como lo hacía el Proyecto Alternativo alemán) un marco penal propio o, en fin, remitiéndose para la solución del conflicto (como proponía LISZT) al marco penal del tipo básico de homicidio, etc. (24)

2. Una vez expuestos los criterios básicos en orden a la «distribución» de la materia objeto de prohibición en el homicidio doloso, debe-

(20) A este modelo se aproxima asimismo la propuesta de OTTO, H. «Straftaten gegen das Leben», en *ZStW* 83 (1971), pp. 39-80 (p. 79).

(21) Cfr. sobre estas cuestiones ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 498 ss.

(22) Sobre estas diferentes técnicas cfr., por todos, ALONSO ALAMO, M. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid 1981, pp. 190 ss.

(23) Esta ha sido una de las pretensiones de la reforma del Código penal suizo de 23 de junio de 1989, según destaca STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht BT I* (nota 12), p. 33.

(24) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), p. 78. Más detalles en ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 559-560.

mos ocuparnos del problema de las correspondientes conminaciones penales. Conscientemente antepoemos esta cuestión al análisis de las características configuradoras de las diversas tipicidades, siguiendo así una tradición que se remonta a Franz von LISZT. En su importante monografía sobre los delitos contra la vida humana independiente, redactada para la *Vergleichende Darstellung*, observa LISZT, de manera precisa, en qué medida la existencia de la pena capital determina la necesidad de la figura legal del asesinato. No existe un concepto de asesinato reconocido con carácter general, surgido en la conciencia jurídica popular de las diversas culturas, sino que es la pervivencia de la pena capital la que obliga a seleccionar algunas formas de homicidio doloso a las que vincular su aplicación. Existe, por tanto, asesinato sólo porque hay pena de muerte, concluye LISZT, invirtiendo de este modo el orden convencional de análisis, que primero se ocupa con las modalidades homicidas y sólo después pasa a la pena aplicable en cada caso (25). La inversión metódica sugerida por LISZT ha sido retomada años después por ARTZ, si bien argumentando no ya con la derogada pena capital, sino con la reclusión perpetua, vigente todavía en el StGB alemán, al igual que sucede en otros Códigos penales de nuestro entorno. Es la pervivencia de esta pena la que determina la existencia del asesinato (26). Y esta misma conexión entre pena de muerte —o, en su caso, reclusión perpetua— y delito de asesinato es destacada en nuestra doctrina por TORIO, quien expresamente hace suyos, en este respecto, los planteamientos de LISZT y ARTZ (27).

De conformidad con este modo de enfoque, lo primero que debe destacarse —y es algo sobre lo que apenas se hallará discrepancia— es que la más grave de las penas previstas en el correspondiente sistema legislativo debe reservarse precisamente para las formas más graves de ataque a la vida humana independiente. Pero sólo si esa pena difiere cualitativamente (como sucede con la pena de muerte o la de reclusión perpetua) de las que le siguen en la escala de gravedad, cobra sentido la separación conceptual entre homicidio y asesinato, entendidas como modalidades delictivas autónomas. Si, por el contrario, renunciásemos a las penas de muerte y reclusión perpetua, existiendo entonces una única pena privativa de libertad temporal, graduable según su mayor o menor duración, se flexibilizará notablemente la construcción legislativa de diversas modalidades, más o menos graves, de un único delito de homicidio doloso. Corresponde a Franz von LISZT —insistamos una vez más—

---

(25) Véase LISZT, F.v «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 69-70.

(26) Véase ARTZ, G. «Die Delikte gegen das Leben», en *ZStW* 83 (1971), pp. 1-38 (pp. 9 ss.), así como en ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT, LH I.* (nota 14), pp. 31 ss. Expresamente contrario a este criterio metódico se manifiesta ESER, A. *Empfiehl es sich...?* (nota 15), pp. 86 ss., quien entiende que lo primero es buscar los casos típicos y sólo después vendrán en consideración las correspondientes sanciones.

(27) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 95-97.

el mérito de haber destacado por vez primera estas correlaciones. Suprimida la pena de muerte en la mayor parte de los Códigos penales de nuestro entorno (28), el problema se presenta fundamentalmente en relación a la reclusión perpetua, pena que pervive todavía, como ya hemos indicado, en numerosos sistemas legales y vinculada precisamente a los supuestos más graves de homicidio doloso (29).

La primera observación que merece la pervivencia de esta sanción se refiere precisamente a su falta de justificación autónoma. Recuerdan, en este sentido, ESER y KOCH cómo la existencia de la pena de reclusión perpetua se fundamenta casi siempre con la renuncia a la pena de muerte, pero no desde ella misma o por contraposición a las penas privativas de libertad temporales (30). Ahora bien, «precisamente en el campo de los delitos de homicidio —observan los autores del Proyecto Alternativo alemán— se confirma lo cuestionable de la reclusión perpetua, la cual se diferencia de manera tan esencial de cualquier pena temporal, que sólo estaría justificada allí donde los hechos para los que se reserva pertenecieran a una categoría de injusto diversa de la de todos los demás. Esto, sin embargo, no sucede con los casos cualificados de homicidio, sean cuales fueren las características que los definan, en relación a los restantes homicidios». De ahí la exigencia, sigue la fundamentación de este Proyecto Alternativo, de derogar la reclusión perpetua, que sólo por su efecto destructor de la personalidad cabe calificar de inhumana (31). Desde esta última perspectiva rechaza también la reclusión perpetua el Profesor TORIO, entendiendo que esta pena «es contradictoria con la dignidad del hombre», al contener «tácitamente la presuposición de que el sujeto a quien se impone es incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito». Podría decirse, sigue

---

(28) Excede de los límites de este trabajo el análisis de las razones que justifican esta supresión. Las recuerda, incidentalmente, TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 96.

(29) Así, como veíamos en el epígrafe anterior, el Código penal francés mantiene la reclusión perpetua tanto para el asesinato (homicidio premeditado) como para otras formas de homicidio doloso; el Código penal italiano reserva también el *ergastolo* para las múltiples formas de homicidio agravado previstas en los arts. 576 y 577 (y todavía el Proyecto de 1992 mantiene esta pena de *ergastolo*); la reclusión perpetua aparece asimismo prevista para el *Mord* del parágrafo 211 StGB alemán. En el Código penal austriaco, la reclusión perpetua nunca aparece como pena única para el asesinato, sino como alternativa a la prisión de 10 a 20 años y éste es también el criterio adoptado por el Código penal suizo tras la reforma de 1989. Evidentemente, cuando la pena de reclusión perpetua se fije como pena única (como es el caso francés, o italiano, o alemán) serán mayores las exigencias de taxatividad en la formulación de los presupuestos a los que se vincula su imposición que cuando aparece prevista como alternativa a una pena privativa de libertad de duración relativamente determinada (Códigos austriaco y suizo).

(30) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 551. En el mismo sentido se expresa TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 96: «Existe de forma latente una relación lógico dialéctica entre pena capital y reclusión perpetua. La negación de aquella es la afirmación lógica de ésta».

(31) Véase *Alternativ-Entwurf...* (nota 17), p. 17.

TORIO, «que la reclusión perpetua es la verdadera zoología de la represión», pues en ella «se desconocen (...) las propiedades humanas específicas, siendo el hombre tratado como animal». Cabría, en fin, cuestionar —concluye este autor— si más que ante una pena, no estaremos aquí ante una medida de seguridad. «Ahora bien, una medida que no radica en un pronóstico individualizado de peligrosidad, sino en la peligrosidad deducida de la ejecución del hecho, contiene una presunción tan inadmisibile como las presunciones de culpabilidad». Es, además, una medida ilegítima, «porque por definición no es revisable», es decir, «no cesa cuando desaparecen los posibles factores individuales de peligrosidad» (32).

De ahí que el Tribunal Constitucional alemán, en una célebre resolución, haya declarado a la reclusión perpetua contraria a la dignidad de la persona, si no se coordina —transcurrido un determinado período de cumplimiento— con la posibilidad de la libertad condicional o con la gracia, criterio expresamente recogido ya en algún texto punitivo, lo que permite augurar el retroceso de esta clase de sanción (33). Si este proceso se consolida, y desaparece la pena de reclusión perpetua para el asesinato, se producirá entonces la aproximación de los marcos penales de las modalidades simple y cualificada de homicidio doloso, comprometiéndose entonces —según destacábamos más arriba— el sentido mismo de la distinción. Insistiremos más adelante en este planteamiento.

Pasemos ahora a considerar el aspecto opuesto de la cuestión, esto es, el que se refiere a la determinación del límite mínimo de la pena del homicidio doloso. LISZT abogaba por situar este límite en los seis meses (o, incluso, las seis semanas) (34). Lo decisivo, sin embargo, como

(32) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 97 y, del mismo autor, «La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes», en *Poder Judicial* n.º 4 (1986), pp. 69-82: «La reclusión perpetua —en la que el hombre es objeto de una reducción que podría denominarse zoológica— es la forma suprema de ataque a la dignidad en los sistemas penales contemporáneos» (p. 81). También para ARTZ la regulación del asesinato en el Código penal alemán comporta la idea del asesino como delincuente especialmente peligroso, para quien es precisa la reclusión perpetua, concebida básicamente como una medida de seguridad específica. Véase ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), pp. 19 ss. y ARTZ/WEBER, *Strafrecht BT, LHI* (nota 14), pp. 38-39.

(33) Cfr. el párrafo 46, IV del StGB austriaco o el art. 38 del StGB suizo, que posibilitan la libertad condicional del condenado a reclusión perpetua una vez transcurridos quince años. En relación a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán mencionada en el texto (*BVerfGE* 45, 187 ss.), véase fundamentalmente JESCHECK/TRIEFETERER (Hrsg.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?*, Baden Baden 1978 y allí, sobre todo, las contribuciones de G. KAISER (pp. 115-124) y H. MÜLLER-DIETZ (pp. 99-113), en torno al eventual efecto preventivo de la reclusión perpetua y de G. ARTZ (pp. 141-153), relativa a los efectos de la mencionada pena sobre la conformación típica del asesinato (cfr. el resumen, muy claro, de las pp. 151-153). Sobre la eficacia empírica de esta sanción, cfr. KERNER, H.-J. «Tötungsdelikte und lebenslange Freiheitsstrafe», en *ZStW* 98 (1986), pp. 874-918.

(34) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 77 y ss.

ponen de manifiesto ESER y KOCH no es tanto la duración concreta de la pena, cuanto el dato de que la misma sea susceptible de suspensión condicional (35). Es éste, sin duda, el punto de vista correcto para la fijación del límite mínimo del marco penal del homicidio doloso: por más que la índole del bien jurídico menoscabado autorice a conectar la pena más severa de que disponga el ordenamiento jurídico a determinadas formas de agresión a aquél, ello no impide atender también al dato, constatado por la investigación criminológica, del carácter «afectivo» o «pasional» de numerosos homicidios, donde la muerte de la víctima es punto final de una situación conflictiva, que debe ser tomada en consideración hasta el punto de permitir, en ocasiones, la imposición de una pena tan leve que haga posible su suspensión condicional. Volveremos sobre esta cuestión más adelante, al ocuparnos con las formas privilegiadas de homicidio doloso. En cualquier caso —señalan también ESER y KOCH— no parece suficiente la pena de multa como forma de reacción mínima frente al homicidio doloso (36), aunque de forma creciente penetre en los Códigos esta clase de sanción para las hipótesis de homicidio imprudente, como también veremos más adelante.

Una vez analizados los límites superior e inferior del marco penal global para el homicidio doloso y sus posibles variantes cualificadas o privilegiadas, surge el problema ulterior relativo a la articulación de los marcos penales que corresponden a estas concretas modalidades. Una vez más, ha sido Franz von LISZT quien, de forma precisa, planteaba la cuestión de si los distintos marcos penales debían ser secantes o tangentes. Expresado en otros términos: ¿deben o no solaparse recíprocamente las penas previstas para las distintas variantes de homicidio doloso? El mismo LISZT se inclinó inequívocamente por una respuesta afirmativa (37); pero este punto de vista apenas ha encontrado eco en la doctrina (38), y menos aún en los textos legales (39), pese a lo fundado del mismo. Lo que resulta, en cualquier caso, inadmisibles es la absoluta discontinuidad entre los marcos penales, como sucede hoy, por ejemplo, con la regulación de los delitos de homicidio y asesinato en el Código penal español,

---

(35) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 554.

(36) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 554.

(37) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 26 y 101.

(38) A favor, sin reservas, de este solapamiento parcial de los marcos penales, cfr. ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), p. 10 y TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 82 y 113-114. Cfr. sobre este problema ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 559, con ulteriores referencias.

(39) Una importante excepción encontramos en el Código penal portugués de 1982, donde se solapan las penas del homicidio simple (prisión de ocho a dieciséis años) y agravado (de doce a veinte años), si bien se mantiene una pena excluyente, sesiblemente inferior (de uno a cinco años), para la hipótesis privilegiada. El nuevo Código penal portugués de 1995 introduce en este punto la única modificación de elevar la pena máxima del homicidio agravado a veinticinco años.

donde se salta de los veinte años, límite máximo del marco penal de la figura básica, a los veintiseis años, ocho meses y un día, límite mínimo del marco penal del asesinato.

Naturalmente, los datos puestos de manifiesto a lo largo de este apartado hacen abstracción por completo de la existencia de fenómenos legislativos que puedan modificar su significación concreta. Baste recordar solamente los importantes efectos que en nuestro sistema de determinación de la pena cobran instituciones como la justificación o exculpación incompletas, la imputabilidad disminuída o las circunstancias generales modificativas de la responsabilidad criminal; o, en el ámbito de la ejecución de la pena impuesta, la redención de penas por el trabajo. Todos estos datos deberán ser objeto, necesariamente, de cuidadosa atención a la hora de trazar cualquier criterio sancionatorio para los grupos de delitos de la parte especial del Código penal.

3. Una última consideración preliminar, antes de abordar las diversas modalidades de homicidio doloso, es la que se refiere a la criminología de estos delitos. No es necesario recordar la importancia decisiva que cobra el conocimiento empírico de la materia objeto de regulación a la hora de afrontar cualquier reforma de ésta que pretenda ir más allá del mero voluntarismo. Sin los datos suministrados por la criminología es imposible hablar de una política legislativa mínimamente razonable (40). También es suficientemente conocida (y lamentada) la ausencia casi total de verdadera investigación criminológica en nuestro país, lo que priva al legislador penal de imágenes precisas de la realidad objeto de regulación. En cualquier caso, la universalidad del fenómeno aquí estudiado, permite tomar como punto de referencia las conclusiones obtenidas al respecto en otros lugares de nuestro entorno cultural.

Ya desde el trabajo pionero de M.E. WOLFGANG, «Patterns of Criminal Homicide», cuya primera edición es de 1958, se ha venido destacando, como dato central de la investigación criminológica en este campo, el «carácter relacional» de los delitos contra la vida (41). El

---

(40) Cfr. sobre esta cuestión, por todos, el claro resumen de HASSEMER, W. «Kriminologie und Strafrecht», en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch* (nota 3), pp. 312-316.

(41) La bibliografía al respecto es amplísima. Cfr. los resúmenes de J. KÜRZINGER («Gewaltkriminalität») y K. SESSAR («Tötungskriminalität»), en KAISER/KERNER/SACK/SHELLHOSS (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* (nota 3), pp. 171-177 y 549-555, respectivamente. De las obras generales cfr. sólo, entre las alemanas, KAISER, G. *Kriminologie*, 2. Aufl., Heidelberg 1988, pp. 627 ss. y, entre las americanas, SIEGEL, C. *Criminology*, St. Paul, Minn. 1985, pp. 265 ss. Véase también el sugerente trabajo de criminología histórica de MIDDENDORF, W. *Kriminologie der Tötungsdelikte*, Stuttgart 1984. Desde la perspectiva psicológica, destacan las monografías de GLATZEL, J. *Mord und Totschlag, Tötungshandlungen als Beziehungsdelikte*, Heidelberg 1987 y SIMONS, D. *Tötungsdelikte als Folge misslungenen Problemlösungen*, Stuttgart 1988.

homicidio se presenta, según esto, como un fenómeno de crisis, el punto terminal de un conflicto previo, lo que relativiza enormemente la eficacia preventiva de la sanción penal. Según nos informan las estadísticas, en más del 80% de los casos, existe previo conocimiento entre autor y víctima, hablando incluso algunos autores de delito «precipitado por la víctima» (*victim precipitated*). Expresado en otros términos, existe un escaso porcentaje de posibilidades (inferior al 20%) de ser víctima de homicidio doloso llevado a cabo por un extraño (42). Especialmente significativo es, en fin, el alto porcentaje de homicidios entre próximos parientes, lo que pone de manifiesto la importancia, en cuanto factor desencadenante, del medio familiar, allí donde las relaciones paterno-filiales o conyugales aparecen profundamente deterioradas. En este contexto, el alcohol juega también una importante función causal o, al menos condicionante (43).

Este brevísimos apunte criminológico resulta especialmente fructífero a la hora de abordar la eventual regulación del parricidio —en particular, de la modalidad conocida como «conyugicidio»— y de las distintas versiones del denominado «homicidio afectivo» o «emocional», tipo privilegiado característico del ámbito germánico, aunque de escasa tradición en los países latinos. Será al estudiar estas figuras el momento de extraer las oportunas consecuencias de la información ofrecida por la criminología y que aquí nos hemos limitado a resumir.

4. Pasamos ya, tras estos preliminares, a abordar las distintas modalidades, agravadas y privilegiadas, del delito de homicidio. Definido éste como muerte dolosa de otra persona, conducta a la que se vincula una determinada pena, se plantea la cuestión ulterior de en qué supuestos aparece justificada una sanción mayor o menor; y ello con independencia de que se opte por un modelo de regulación unitario, bipartito o tripartito, en los términos vistos en el primer apartado de este epígrafe, o de cuál de los tipos legales se tome, en su caso, como figura delictiva básica. En cualquier caso, lo que sí se desprende suficientemente de lo hasta aquí expuesto, es nuestra opción por un modelo sistemático en el que las distintas figuras delictivas no sean consideradas como «delicta sui generis», sino como simples modalidades, cualificadas o privilegia-

---

En la bibliografía específicamente penal, ofrece un buen resumen de la aportación criminológica a este campo MOOS, R. en *Wiener Kommentar zum StGB* (nota 13), anotaciones previas a los parágrafos 75 a 79, núms. 35 a 37.

(42) Según la reciente contribución de BURGHEIM, J. «Besonderheiten weiblicher Tötungsverbrechen», en *MschKrim* 1994, pp.232-237, esta posibilidad desaparece casi por completo si el autor del homicidio es una mujer. Las mujeres, según este estudio, nunca matan a una persona desconocida y en el 80% de los casos su víctima es un varón (p. 234).

(43) Numerosas referencias al respecto en las contribuciones citadas en la nota 41. En particular, sobre los homicidios producidos en el marco de las relaciones de pareja, cfr. la reciente síntesis de BURGHEIM, J. «Tötungsdelikte bei Partnerschaften. Ergebnisse einer vergleichende Studie», en *MschKrim*. 1994, pp. 215-231.

das, del mismo tipo básico de homicidio doloso, optándose además por marcos penales «secantes», que impidan «saltos» excesivos de penalidad.

Nos ocuparemos en este punto de los criterios de determinación de las hipótesis cualificadas o agravadas, dejando para el siguiente (núm.5) el análisis de las eventuales modalidades privilegiadas. Es ocioso recordar que para los supuestos más graves de homicidio doloso se ha acuñado históricamente el término «asesinato», por lo que las consideraciones que siguen se refieren fundamentalmente a este delito (letra a). Por otra parte, la pervivencia en nuestro Código penal de un tipo agravado específico de parricidio, nos obliga a estudiar por separado esta figura delictiva (letra b). De todas formas, no nos extenderemos en la consideración político-legislativa de estos delitos, al haber sido ya objeto de modélico análisis por el Profesor TORIO, a cuyo estudio nos vamos a remitir con alguna frecuencia.

a) Lo primero que cabe destacar, con este autor, del delito de *asesinato* es su mutabilidad histórica, «la variabilidad de los criterios de demarcación (...) en el tiempo y el derecho penal comparado», hasta el punto de poder negar la existencia de una materia unitaria objeto de valoración: la figura del asesinato «es predominantemente un producto de la ley» (44). Este dato ha sido frecuentemente aducido en la crítica doctrinal al asesinato. Ya fue puesto de relieve por LISZT, quien negaba la existencia de «un concepto de asesinato reconocido con carácter general, surgido de la conciencia jurídica popular de las distintas culturas» y calificaba de «fracasados» todos los intentos de obtener una diferencia conceptual entre las diversas formas de muerte dolosa (45). Cuestión diversa es la de si, pese a esta mutabilidad de las características conducentes a la cualificación del homicidio, debe seguir utilizándose el «nomen iuris» de «asesinato» y aquí la respuesta de TORIO es afirmativa, pues tal expresión «posee una particular signicidad», al destacar «de forma más intensa y significativa que el homicidio simple, el valor y la intangibilidad de la vida humana» (46). Este es también el criterio de la mayor parte de las regulaciones positivas, que califican normalmente de «asesinato» los casos más graves de homicidio doloso y ello con independencia de la concreta configuración legislativa de la materia; esto es, tanto si se considera figura básica al homicidio, frente al cual el asesinato representa una cualificación, como si se hace del asesinato, en la línea

---

(44) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 98 y 103.

(45) Véase LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 69 y 72. Muy recientemente, vuelve a insistir en el fracaso de tales intentos STRATENWERTH, G. *Schweizerisches Strafrecht BT I* (nota 12), p. 25, apelando a la historia, al derecho comparado y a la praxis jurisprudencial.

(46) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 113. También SCHRÖDER, H. «Die künftige Gestaltung...» (nota 19), p. 288, abogaba por la pervivencia de la actual terminología, fundamentalmente por razones históricas y de arraigo de las denominaciones en la cultura jurídica popular.

del Código penal austriaco, la figura básica de los delitos contra la vida y prescindiendo asimismo del modelo (unitario, bipartito o tripartito) de distribución de la materia objeto de prohibición (47).

Son bien conocidas las dos líneas históricas concurrentes en la configuración del asesinato (48): la romanista, que parte de la contraposición entre «impetus» y «propositum», haciendo de la premeditación el núcleo del asesinato, y la germánica, que distingue entre el hecho violento abiertamente realizado y la obra insidiosa. La primera tradición cristalizará en el Código penal napoleónico de 1810 y, por su mediación y la del Código penal bávaro de 1813, penetrará decisivamente en los Códigos penales decimonónicos. La otra tradición fue abiertamente reivindicada por STOOSS, en su Anteproyecto de Código penal suizo de 1894, de donde pasará al vigente Código penal helvético y determinará decisivamente la reforma alemana de 4 de septiembre de 1941 que, en palabras de ESER, «sustituye el criterio psicológico de la premeditación —que caracterizaba al asesinato en el Código penal de 1871— por una casuística ético-social de la reprochabilidad» (49).

Este modelo «ético-social» ha ido consolidándose progresivamente, como se desprende de un repaso elemental por el derecho comparado. Y ello por varias razones: en primer lugar, por la misma crisis de la premeditación en cuanto característica configuradora del asesinato, en el sentido que recordaremos más adelante; no hay que olvidar, en segundo lugar, el alto grado de emotivismo que poseen las expresiones «asesino» y «asesinato», alusivas a un modo de comportamiento especialmente reprochable desde la perspectiva ético-social; tras este modelo regulativo late, en fin, la idea de la especial peligrosidad del asesino, aspecto éste decisivo desde la perspectiva positivista de LISZT y al que expresamente aludía el Código penal suizo en su redacción anterior a 1989 (50). Esta última consideración sigue, en buena medida, latiendo en la

---

(47) Recuérdese, no obstante, que en ocasiones se habla simplemente de «homicidios cualificados», sin recurrir a la expresión «asesinato» (así, en el Código penal italiano o en el portugués) o se reserva (como sucede en el Código penal francés) la expresión «asesinato» para aquel homicidio en el que concurre una característica particular (en el caso francés, la premeditación), lo que no obsta a la previsión legal de otros homicidios cualificados, penados tan severamente como aquél.

(48) Cfr., por todos, el preciso resumen de SIMSOM/GEERDS, *Straftaten gegen die Person...* (nota 7), pp. 7 ss. Dejamos nuevamente sin analizar el sentido de la contraposición anglosajona entre «murder» y «manslaughter». Cfr. *supra* III, 1. b) y las referencias de la nota 18.

(49) Véase ESER, A. *Empfiehl es sich...?* (nota 15), pp. 30-31. Cfr. también TORO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 98 ss.

(50) Expresiva de esta evolución es, en nuestra doctrina, la propuesta que, en orden a una futura remodelación legislativa, efectuara FERNÁNDEZ ALBOR, A. *Homicidio y asesinato*, Madrid 1964, p. 136: «Es asesino el que mata a otro por móviles bajos, instintos sádicos o con medios o formas de ejecución que aumenten las consecuencias dañosas del hecho o demuestren una especial peligrosidad del autor».

interpretación de que son objeto, por parte de la doctrina y jurisprudencia, algunas de las particulares características configuradoras del delito de asesinato. Este aspecto de la cuestión ha sido destacado sobre todo por ARTZ, quien —en relación al caso alemán— pone de manifiesto la visión legal y jurisprudencial del asesino como sujeto especialmente peligroso, lo que justificaría frente a él la pervivencia de una particular medida de seguridad: la reclusión perpetua, según exponíamos más arriba (51).

Fruto del desarrollo particular y de la combinación de los modelos regulativos indicados es la abigarrada imagen que del asesinato o, en general, de los homicidios agravados, nos ofrece hoy el derecho comparado, donde encontramos múltiples elementos cualificadores con diversa «ratio» y con frecuentes contrastes valorativos en el seno de un mismo sistema legal. A esta profusión de características agravatorias no es ajeno el hecho de que algunos Códigos opten por la técnica de una cláusula general seguida de la enumeración de diversos ejemplos típicos. No podemos repasar aquí, ni siquiera de forma somera, todos aquellos elementos cualificadores tenidos en cuenta en este contexto por los distintos Códigos (52). Nos vamos a centrar solamente en aquellos que gozan de arraigo en nuestra tradición legislativa o que eventualmente podrían venir en consideración en una futura remodelación de la materia acorde con el único criterio dogmático firme: el que toma como punto de referencia las categorías fundamentales de la teoría general del delito.

Desde esta perspectiva, el contraste básico se produce entre aquellos datos cuya presencia supone una intensificación del contenido de injusto del hecho —tanto si se refieren al desvalor de acción, como al de resultado— y aquellos otros que comportan una mayor culpabilidad. Este es el criterio que sirve de punto de partida en la repetidamente citada contribución de TORIO, quien insiste, desde un primer momento, en la improcedencia de «configurar un tipo agravado diferencial de delito (...) acudiendo a características autónomas de la culpabilidad», es decir, a «aquellos elementos particulares del tipo de delito que no se refieren a la culpabilidad personal por un previo hecho injusto». Y menos aún —sigue este autor— cabría configurar un tipo de delito «en atención a un posible sustrato criminológico, es decir, a la peligrosidad presunta de un eventual tipo criminológico de autor» (53). Trasladando estas

(51) Cfr. *supra* III, 2. y las referencias recogidas en la nota 32.

(52) El estudio más ambicioso, desde esta perspectiva, es el de ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp.516 ss., quienes distinguen entre elementos cualificadores referidos a la víctima, al autor y al hecho, con ulteriores subdivisiones dentro de cada uno de estos grupos. Refiriéndose sólo a los homicidios cualificados del Código penal italiano, distingue PATALANO, V. *I delitti...* (nota 9), pp. 91 ss. entre circunstancias que afectan a la cualidad de la víctima, a la del sujeto activo, al medio empleado, a la finalidad de la conducta, a las características de ésta o a la conformación del elemento psicológico.

(53) Véase TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 80.

consideraciones a nuestro objeto de estudio rechaza, en primer lugar, TORIO la concepción del asesinato como delito que remite a la peligrosidad del autor —en la línea de lo dispuesto en el art. 112 del StGB suizo, en su redacción anterior a 1989— y propone, en segundo lugar, referir «la formación legislativa del tipo del asesinato (...) al desvalor objetivo-impersonal del hecho, en tanto que la culpabilidad subjetivo-personal, expresiva de la relación jurídicamente desaprobada del autor con la acción, no puede ser tomada en cuenta en el tipo de delito»(54). Y éste es también el parecer del Proyecto Alternativo alemán de 1970, cuyos autores se oponen expresamente a aquel criterio —tanto del vigente StGB como del Proyecto oficial de 1962— que atiende, en la calificación de una muerte como asesinato, a la especial reprochabilidad moral (55).

Según este planteamiento —que compartimos plenamente—, habrá que indagar, en relación a las distintas características cualificadoras del asesinato, si su presencia comporta un incremento del contenido de injusto o, por el contrario, alude sólo a una mayor reprochabilidad. A este respecto, los autores del Proyecto Alternativo alemán afirman tajantemente que «una agravación de la pena en relación a la lesión del bien jurídico sólo puede proceder, en el homicidio doloso, de la perpetración de varios homicidios, de la puesta en peligro de ulteriores vidas humanas o del modo particularmente cruel de ejecución de la muerte», mientras que, por razones evidentes, «está excluída una gradación según el valor del mismo bien jurídico lesionado, puesto que toda vida humana tiene idéntico valor»(56). Es conveniente precisar algo más este punto de vista y, a tal fin, intentaremos mostrar, de manera esquemática, la respectiva adscripción, al injusto o a la culpabilidad, de aquellos elementos configuradores de homicidios agravados que recogen los Códigos penales de nuestro entorno, sirviéndonos para ello del intento de sistematización que, en relación a las circunstancias agravantes recogidas en nuestro Código penal, ha propuesto la profesora ALONSO ALAMO (57).

---

(54) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 104 y 105-6.

(55) Véase *Alternativ Entwurf...* (nota 17), p. 17: «En un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos, no a la retribución de reprochabilidad moral, no puede adoptarse este punto de vista». A favor, expresamente, de este mismo criterio, cfr. LACKNER, T. «Erfahrungen...» (nota 19), p. 504. En sentido opuesto, defendiendo la admisibilidad del recurso a la mayor reprochabilidad como base de la calificación, OTTO, H. «Straftaten gegen das Leben» (nota 20), pp. 41 y ss.

(56) Véase *Alternativ Entwurf...* (nota 17), pp. 17-19. De acuerdo con este planteamiento, el párrafo 100 del AE considera causas de agravación del homicidio, que el autor: 1) mate a varias personas mediante una o varias acciones; 2) ponga en peligro con su acción la vida de otras personas; 3) inflija a la víctima sensibles males corporales o anímicos; 4) actúe intencionada y maliciosamente y 5) mate para posibilitar un delito, para ocultar un delito en base a una decisión concebida antes del delito, o para la obtención de una ventaja patrimonial.

(57) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...*(nota 22), pp. 459 y ss.

De conformidad con este modelo, el mayor contenido de injusto puede proceder de un incremento en el desvalor de acción o en el de resultado. En el primer caso se encuentra la alevosía, caracterizadora del asesinato en el Código penal español y también en el alemán, o el veneno, previsto —además de en nuestro Código penal— en los de Francia, Portugal e Italia (en estos dos últimos se habla de «veneno u otro medio insidioso»). En uno y otro caso, la agravante aparece informada por la especificidad del medio, modo o forma de ejecución del hecho. Mayor representación encuentran, en el derecho comparado, las circunstancias que cualifican el homicidio en virtud de un mayor desvalor de resultado. Siempre según el esquema de la profesora ALONSO ALAMO, se comprenden en esta categoría, en primer lugar, aquellas características que comportan un peligro acentuado de consumación, como sucede con la asociación para delinquir, que cualifica al homicidio en el Código penal italiano. Entrarían en consideración, en segundo lugar, aquellas otras que suponen un peligro para otros bienes jurídicos, como sucede con los medios ocasionados a grandes estragos, configuradores del asesinato en el StGB alemán o en nuestro art.406 Cp. Tendríamos, en tercer lugar, los homicidios cualificados por su vinculación a la lesión de otro bien jurídico, de los cuales ofrece abundante muestra el derecho comparado: así, la muerte simplemente acompañada o seguida de otro delito, de los Códigos penales italiano y francés; o, más restrictivamente, la muerte llevada a cabo para preparar o facilitar otro delito, favorecer la huída o asegurar la impunidad, de los Códigos penales italiano, francés, portugués y alemán; o la muerte ejecutada por el convicto para eludir la detención o el arresto o posibilitarse la huida, etc., del Código italiano. Entrarían también aquí en consideración, finalmente, aquellos homicidios llevados a cabo sobre víctimas particularmente vulnerables (como son los menores de determinada edad —Cp francés— o las personas secuestradas con petición de rescate —Proyecto italiano de 1992—) o bien sobre víctimas que ostenten una determinada cualidad o cumplan una función particular (así, los homicidios del magistrado, juez o abogado, del Cp francés, o el amplísimo elenco de víctimas de especial condición que enumera el art. 132, letra h), del nuevo Código penal portugués de 1995).

Afectarían, por el contrario, a la culpabilidad características como la premeditación (que pervive en los Códigos penales español, francés, italiano y portugués); aquellas que evocan un móvil especialmente reprochable, como el precio, recompensa, o promesa del Cp español, o el impulso sexual, la codicia u otros móviles bajos del StGB alemán y, en particular, aquellas características que se refieren a la *Gesinnung* o actitud espiritual del autor, entre las que cabría incluir el ensañamiento de nuestro Código penal, o el «placer de matar» de los Códigos alemán y portugués, o el odio racial o religioso de este último Código —a los que se añade, en 1995, el odio político— o, en fin, la muerte acompañada de torturas u otros actos de crueldad de los Códigos alemán, italiano y portugués. A esta misma categoría responderían también aquellas referencias

legislativas (por ejemplo, del Cp italiano) a la abyección o futilidad de los motivos que conducen a la muerte.

Por supuesto, esta ejemplificación requeriría ulteriores precisiones, en las que ahora no podemos detenernos, pero es suficiente a los efectos de mostrar el sentido general y las consecuencias que se desprenden del criterio metódico adoptado, en cuya virtud, sólo cuando concorra una característica indicativa de un mayor contenido de injusto estará justificado calificar como asesinato (u homicidio agravado) la muerte dolosa de otro. Estas consecuencias han sido, en parte, desarrolladas por el Profesor TORIO en su crítica —en nuestra opinión, definitiva— del modelo que sigue nuestro vigente Cp español, así como del que fijaba el PLOCP de 1980 (58). El eco despertado, en nuestra doctrina penal, por ésta y otras contribuciones coetáneas, como la ya mencionada de BACIGALUPO (59), nos exonera de una crítica más detallada del contenido del actual art. 405 Cp., que sigue sirviendo, de manera acrítica, de punto de referencia en la configuración del asesinato de los últimos Proyectos de 1992 y 1994. Bastará, para nuestro objetivo, con una somera caracterización del sentido de tales críticas (60).

De los elementos caracterizadores del asesinato del vigente art. 406 Cp. (60 bis) se refieren inequívocamente a la culpabilidad el *precio*, *recompensa* o *promesa*, la premeditación y el ensañamiento. En el primer caso, la «ratio» de la agravación reside, como pone de manifiesto ALONSO ALAMO, «en la vileza del móvil» (61), lo que recalca el Proyecto de 1980 añadiendo al «precio, recompensa o promesa» la referencia a «otros móviles abyectos o fútiles» (62). Con ello se aproxima esta modalidad al asesinato por codicia de otros ordenamientos jurídicos. Ahora bien, fundar en la abyección del móvil el incremento de la pena que comporta el asesinato frente al homicidio simple, supone apoyarse en una característica pura de la culpabilidad, próxima —como ha destacado TORIO— a las *Gesinnungsmerkmale* (63), en lugar de hacerlo sobre un dato

(58) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 107-112.

(59) Véase BACIGALUPO ZAPATER, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 321 y ss. y 330 y ss., en relación, respectivamente, al Cp vigente y a la PANCP de 1983.

(60) Un resumen muy reciente ofrece DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 953-956. A favor, sin embargo, de la actual regulación del asesinato, «una de las más perfectas de los Códigos penales de la Europa occidental», se manifiesta CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid 1993, pp. 138 y 211.

(60 bis) El art. 139 del NCP contempla, como características configuradoras del asesinato, la alevosía, el precio, recompensa o promesa y el ensañamiento. La premeditación, que todavía recogía el Proyecto de 1994, se suprime en el curso de los debates parlamentarios.

(61) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), p. 652.

(62) En la PANCP de 1983 se habla de «precio, recompensa o promesa u otros motivos» (art. 140) y tanto el Proyecto de 1992 (art. 145), como el de 1994 (art. 139) mantienen idéntica redacción a la del actual art. 406, núm. 2.º Cp.

(63) Una crítica detallada del «móvil abyecto o fútil» del PLOCP de 1980, en TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 107-109. Véase también TALÓN MARTÍNEZ, F. «Delitos contra las personas», en *El Proyecto de Código penal (monográfico de la R.Jur. Cat.)*, Barcelona 1980, pp. 73-99 (p. 79).

indicativo de un mayor contenido de injusto, como es lo político criminalmente indicado, según venimos insistiendo. Cuestión diversa, aunque estrechamente relacionada, es la que se refiere a la posibilidad de cualificar el homicidio por su preordenación a un ataque patrimonial, como vemos en el derecho comparado y que supone técnicamente —según ha puesto de relieve TORIO— una mejor solución que la del actual robo con homicidio doloso del art. 501 Cp., dada la preeminencia del bien jurídico «vida humana» sobre el «patrimonio» en estos hechos pluriofensivos (64). En este caso, sin embargo, lo que cualifica al homicidio no es tanto la vileza del móvil, cuanto la vinculación objetiva (teleológica) de aquél con otro delito, dato éste indicativo de un mayor desvalor de resultado, como destacábamos anteriormente.

Por lo que se refiere al *ensañamiento*, también aquí estaríamos en presencia de una pura característica del ánimo, por más que la definición legal del mismo incorpore simultáneamente referencias objetivas, relativas al modo de ejecución («aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido»), pues —según destaca ALONSO ALAMO— el dato decisivo reside en «la actitud espiritual del autor reflejada en el hecho», es decir, «la brutalidad reflejada en la forma de ejecución» (65). Pero además del rechazo —en el que venimos insistiendo— a configurar en base a un dato de esta índole la agravación que comporta el asesinato frente al homicidio simple, suscita serias reservas apoyarse en un elemento que, como ha sido destacado a menudo, puede evocar la existencia de una imputabilidad disminuida (66). La persistencia del ensañamiento es, pese a todo ello, una constante en los sucesivos Proyectos de nuevo Código penal.

Pasemos, finalmente, a la *premeditación*. La crítica a la tradicional conformación del asesinato sobre la base de la premeditación es bien conocida y de ella se ha hecho eco la doctrina española más reciente. A las razones tradicionalmente aducidas en su contra —inseguridad del concepto (LISZT), dificultades insuperables de prueba (STOOSS), compatibilidad con la existencia de un motivo no reprochable (HOLTZENDORF),

---

(64) Véase, sobre este problema, TORIO LÓPEZ, A. «La distinción legislativa entre el asesinato y el robo con homicidio», en *Estudios penales y criminológicos VII*, Santiago de Compostela 1984, pp. 451-475. Sobre las «distorsiones axiológico-punitivas» existentes en la actual regulación del robo con homicidio, cfr. SUÁREZ MONTES, R.F. «Observaciones a la penalidad del robo con homicidio en la reforma de 1983», en *La Ley* 1983/4, pp. 1286-1291.

(65) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), p. 660. Una comprensión diversa del ensañamiento, como característica que incrementa la gravedad del injusto del asesinato, en GRACIA MARTÍN, L. en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 122 y ss.

(66) Véase, entre otros, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), p. 326. Por otra parte, como señala este autor, la «ratio» del ensañamiento puede verse en las exigencias de prevención especial ante la mayor peligrosidad de quien así obra. Ya nos hemos referido, sin embargo, a lo problemático que resulta construir el asesinato sobre la base de la peligrosidad del autor. Cfr. nuevamente TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 104 y ss.

entre otras— añade TORIO el dato, constatado por la criminología, de la posibilidad de que dicha característica encubra «una base psicopatológica incompatible con su estimación como culpabilidad definitivamente agravada», especialmente, cuando se exige aquel «ánimo frío y sereno» del que habla la Escuela Clásica (67). El destino de esta característica cualificadora ha seguido, por otra parte, un curso vacilante en la proyectada reforma penal: se mantiene en el Proyecto de 1980, prescindiendo de la exigencia de que sea «conocida», desaparece en la PANCP de 1983, así como en el Proyecto de 1992 y reaparece de nuevo en el PLOCP de 26 de septiembre de 1994, volviéndose a utilizar incluso la expresión tradicional de «premeditación conocida» (68), (68 bis).

No presentan objeción, desde la perspectiva metódica adoptada, la *alevosía* y los denominados «medios de peligro común», pues se trata, en los dos casos, de características cualificadoras referidas al injusto típico. La primera de ellas supondría —siempre según ALONSO ALAMO— un incremento del desvalor de acción, ya que atiende fundamentalmente a un específico modo de ejecución, mientras que los medios de peligro común calificarían el hecho por el incremento del desvalor de resultado, en atención al peligro que, para otros bienes jurídicos, comporta su empleo (69). Pero, incluso en estos dos supuestos, no dejan de presentarse reservas. Así, por lo que se refiere a la *alevosía* —y haciendo abstracción de su posible calificación como característica de la actitud espiritual (*Gesinnung*), en cuanto expresiva de una particular cobardía (70)— ha destacado TORIO lo controvertible que resulta entenderla «como elemento que funda indefectiblemente el asesinato», pues puede, por ejemplo, «coexistir con la excitación anímica profunda del autor, quien realiza el hecho objetivamente alevoso con culpabilidad reducida. Es a

---

(67) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 109 ss. Pero en caso de que no se exija *este frigidum pacatoque animo*, difícilmente podrá separarse entonces la premeditación del simple dolo homicida. Cfr., al respecto, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 325-6 y DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 953-954. Desde una perspectiva diversa, hace hincapié ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), p. 7 en la dialéctica entre eficacia preventiva asignada a la pena más grave del sistema, prevista para el asesinato, y la configuración de éste sobre la base de una característica que, sin duda, comporta la consideración por el autor de las consecuencias jurídicas de su conducta, pues si ésta se lleva a cabo, queda en entredicho aquella eficacia preventiva.

(68) En opinión de CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna...* (nota 60), pp. 138 y 211, la premeditación debe mantenerse, pero con carácter relativo, de acuerdo con la teoría sintomática; esto es, sólo «cuando revele una mayor reprochabilidad de la conducta». Le sigue GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), p. 120.

(68 bis) Ya hemos indicado (nota 60 bis) que la relación definitiva del NCP prescinde de esta característica.

(69) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), pp. 468 ss., 495 ss. y 605 ss.

(70) Véase ALONSO ALAMO, M. *El sistema...* (nota 22), pp. 478 ss. Cfr. la defensa de este punto de vista en DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 955-956.

veces manifestación de la impulsividad de la ejecución, cuya base es una psicopatía o anormalidad» (71). Desde una perspectiva diversa, se han hecho valer también otros argumentos que cuestionan la admisibilidad de construir sobre esta base un homicidio agravado: por ejemplo, las dificultades de separación frente al abuso de superioridad (72); su excesiva amplitud, máxime en la versión que de ella ofrecen los Proyectos de 1992 y 1994, en los que se extiende la agravación a «cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa», siguiendo en esto a la doctrina jurisprudencial más reciente (73); o, en fin, el dato de que la realización alevosa de un delito, esto es, tomando «las medidas para hacerlo bien, asegurándose el resultado y evitando posibles respuestas» es precisamente la regla general, por lo que no debería considerarse como fundamento de agravación alguna (74).

Y en relación a los denominados *medios de peligro común* —entendiendo por tales la «inundación, incendio y explosivo», pues el «veneno» posee una naturaleza diversa, que lo aproxima a la alevosía, según entiende la doctrina dominante (75)—, aunque la agravación que comportan tiene un fundamento objetivo, lo que permitiría fundamentar sobre su concurrencia una figura cualificada, no han faltado voces críticas frente a esta eventualidad. En esta dirección, aplaude DEL ROSAL la desaparición de esta circunstancia del Proyecto de 1992, entendiendo que el peligro que los mencionados medios pueden ocasionar «puede ser ya suficientemente valorado, a través del uso de los mecanismos concursales, mediante la aplicación al caso de otras figuras delictivas, como las de incendio, daños, estragos, etc., que concurrirían en su aplicación junto con la del delito de homicidio» (76). Pero esta argumentación no es en absoluto convincente, pues la producción de la muerte ajena empleando los mencionados medios cualifica el hecho, convirtiéndolo en asesinato, por el *peligro* que el medio utilizado, debido a su capacidad expansiva, comporta para *otros* bienes jurídicos de terceros titulares, por lo que si dicho peligro progresa hasta el eventual menoscabo de aquellos, se dará el concurso de delitos entre el de *asesinato* y estas ulteriores lesiones jurídicas (77).

(71) Véase TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 111-112.

(72) Véase, por todos, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 322-3.

(73) Véase, por todos, DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 954-956. La definición de alevosía del art. 22, núm. 1 del NCP prescinde de la cláusula ampliatoria mencionada en el texto.

(74) En este sentido, CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, parte especial*, Valencia 1993, p. 543.

(75) Véase, por todos, ALONSO ALAMO, M., *El sistema...* (nota 22), pp. 495 ss.

(76) Véase DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal...» (nota 4), p. 954.

(77) La circunstancia que comentamos se mantenía, en términos idénticos a los del art. 406, n.º 3 del Cp., en el Proyecto de 1980, desapareciendo en los sucesivos. El NCP tampoco la contempla. En contra de esta supresión se manifiestan, entre otros, BACIGALUPO, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), p. 331, refiriéndose a la PANCP de 1983 y CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la reforma...* (nota 60), pp. 138 y 211.

Esta breve consideración de las actuales características configuradoras del asesinato en nuestro derecho positivo —y su virtualidad, en clave político-legislativa, para seguir siéndolo— aparece, evidentemente, mediatizada por la naturaleza dogmática que respectivamente se les asigne. En tal sentido, se percibe en nuestra doctrina una clara contraposición entre quienes, próximos al finalismo, ubican aquellas en el tipo de injusto, lo que las hace aptas para configurar modalidades cualificadas del delito de homicidio, y quienes, en coherencia con la concepción tradicional, sitúan la mayor parte de las circunstancias mencionadas fuera del injusto, lo que las impediría cumplir aquella función (78).

Por lo demás, los sucesivos Proyectos o Anteproyectos de nuevo Código penal se han limitado a mantener o suprimir algunas de las actuales características configuradoras del asesinato, sin aventurarse a tomar en consideración aquellas de las previstas en el derecho comparado que inequívocamente conducen a la apreciación de una mayor gravedad objetiva del hecho y de las cuales ofrecíamos una sucinta relación más arriba. Destacan especialmente las numerosas referencias legislativas a homicidios cualificados por su vinculación con otro delito, bien para preparar o facilitar su ejecución, bien para favorecer la huida o asegurar la impunidad. También veíamos las frecuentes menciones al homicidio ejecutado sobre víctimas que se encuentran en una determinada situación de vulnerabilidad o que ostentan una condición particular. En el primer sentido, ni siquiera han encontrado eco las certeras reflexiones de TORIO —a las que aludíamos más arriba— sobre la incorrecta articulación legislativa actual entre los delitos de asesinato y robo con homicidio doloso (79). La única innovación, en este orden de ideas, aparece en el Proyecto de 1992 y se refiere a la mención expresa de la producción dolosa de la muerte de varias personas (art. 78, n.º 4) pero, a diferencia del Proyecto Alternativo alemán que, como veíamos más arriba, aprecia aquí un homicidio cualificado, nuestro Proyecto toma en consideración dicha hipótesis para establecer una excepción expresa al régimen punitivo general del concurso ideal de delitos, lo que no parece un criterio sistemático excesivamente afortunado.

Es hora ya de pasar a resumir las conclusiones básicas que se desprenden del análisis precedente. En primer lugar, no parecen existir serias objeciones al mantenimiento del término «asesinato» para denominar a los homicidios cualificados, siempre que no se entienda con ello que nos encontramos ante un delito autónomo. No se ha logrado encontrar justi-

---

(78) Como muestra de esta diversidad de planteamientos cabe mencionar, en la primera dirección, a GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 106 ss. y, en la segunda, a CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal* (nota 74), pp. 541 y ss., si bien precisando que la «ratio» no se halla tanto en un incremento de la culpabilidad, cuanto en una «mayor necesidad de tutela» (p. 538).

(79) Véase TORIO LÓPEZ, A. «La distinción legislativa...» (nota 64), pp. 456 y ss.

ficación convincente para postular, de *lege ferenda*, esa autonomía del asesinato, la cual, por el contrario, provoca los conocidos problemas en materia de error y participación criminal. La construcción de estas modalidades de homicidio cualificado que denominamos «asesinato» sólo puede hacerse, en segundo lugar, sobre la base de un mayor contenido de injusto, bien se sustente sobre datos que incrementan el desvalor de acción, bien se refieran las características cualificadoras a un desvalor de resultado más intenso. Por el contrario, no estaría justificado fundamentar el asesinato sobre datos puramente culpabilísticos. Hay que aproximar, en tercer lugar, los marcos penales del homicidio simple y su modalidad agravada, hasta hacerlos incluso secantes. Es oportuna, en este contexto, la atinada observación de ARTZ en el sentido de que la sobrevaloración, a efectos sancionatorios, de las características del asesinato comporta una simultánea infravaloración del bien jurídico vida humana (80). Debemos, además, insistir en la conveniencia de proporcionar una solución legislativa expresa para los casos en que coincidan características configuradoras de un homicidio cualificado con otras objeto de consideración atenuatoria, cuestión ésta sobre la que todavía tendremos ocasión de volver más adelante. Es inevitable recordar, finalmente, que estas reflexiones, que en absoluto son nuevas y se corresponden en mayor o menor medida con la situación legislativa de algunos países de nuestro entorno, no han encontrado eco en las sucesivas tentativas de reforma global de nuestro sistema penal (80 bis).

b) Entre las modalidades de asesinato o de homicidio cualificado aparece ocasionalmente en el derecho comparado la muerte de próximos parientes (81). En este sentido, el reciente Cp francés de 1992 castiga con prisión perpetua la muerte del ascendiente legítimo o natural así como la del padre o madre adoptivos. En el Cp italiano se califica como homicidio agravado la muerte del ascendiente o descendiente distinguiéndose, a efectos sancionatorios, entre los supuestos que comportaban la pena capital, antes de que ésta fuera suprimida (cuando concurre un motivo abyecto o fútil, o se ejecuta el hecho con crueldad o sevicias, o empleando veneno u otro medio insidioso, o con premeditación), y el resto de las hipótesis, que conducen al *ergastolo*. El Proyecto de 1992 mantiene todavía esta última pena para la muerte de ascendientes o descendientes (incluidos los adoptivos) y hermanos, siempre que concurren determinadas circunstancias. Por fin, el Cp portugués califica como homicidio agravado el del ascendiente o descendiente, natural o adoptivo. Ninguna mención a la muerte de próximos parientes recogen, por el contrario, los Códigos penales alemán, austriaco y suizo.

---

(80) Véase ARTZ, G. «Die Delikte...» (nota 26), pp. 12 ss.

(80 bis) Y siguen siendo válidas por más que se haya aprobado un NCP que perpetúa, en relación a esta materia, los defectos señalados en el texto.

(81) Una descripción actualizada de la situación del parricidio en el derecho comparado nos ofrece recientemente RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. «El parricidio en el derecho comparado», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 3 (1993), pp. 641-665.

En nuestro sistema penal, el *parricidio* no sólo comporta una pena más grave que la del homicidio simple, sino que aparece, además, dotado de un «nomen iuris» propio y separado de los casos de asesinato, lo que justifica que abordemos aquí su tratamiento autónomo. De cualquier manera, el definitivo análisis, en clave político legislativa, de este delito por el profesor TORIO, a cuyas conclusiones —que, entretanto, han gozado de amplia aceptación en nuestra doctrina (82)— nos adherimos por completo, nos excusa de un tratamiento más detallado de la cuestión. Será suficiente, para nuestros fines, con recordar —de manera resumida— el planteamiento del mencionado autor (83).

Comienza su análisis TORIO poniendo de manifiesto la diversidad de materias comprendidas en el actual art. 405 Cp., cada una de ellas con significación político criminal y criminológica diversas. En primer lugar, el conyugicidio, que es el campo más frecuente de aplicación del precepto y que, sin embargo, apenas aparece representado en el derecho comparado. Aquí la investigación criminológica pone de manifiesto que nos encontramos ante el caso paradigmático de homicidio emocional o pasional, donde la muerte no es sino el punto final de un conflicto en el que el autor del hecho ha sido normalmente víctima de quien después resultará muerto y donde para nada cabe hablar de una mayor culpabilidad, sino que, por el contrario, ésta aparecerá, de ordinario, notablemente disminuida (84).

---

(82) Véase, entre otros, BORJA JIMÉNEZ, E. «Parricidio e infanticidio: ¿dos especies a extinguir?», en *Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro*, vol. I, Valencia 1989, pp. 141-153; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2.ª ed., Barcelona 1991, p. 28; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTON y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), pp. 521-522.; COBO DEL ROSAL, en LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (Coord.), *Código penal comentado*, Madrid 1990, pp. 739 ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Manual de Derecho penal, parte especial, vol. I*, Madrid 1993, pp. 45 ss.; MATA Y MARTÍN, R. «La relación conyugal como elemento del delito de parricidio», en *La Ley*, 18 de abril de 1995, pp. 1-4; DEL ROSAL BLASCO, B. «Política criminal...» (nota 4), pp. 950-952. A conclusiones semejantes a las de TORIO llega, de forma independiente, BACIGALUPO ZAPATER, E. «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 327, 332, 337. Por su parte, BAJO FERNÁNDEZ, M. *Manual de Derecho penal, parte especial. Delitos contra las personas*, 2.ª ed., Madrid 1991, p. 47, defiende la sustantividad del parricidio, pero sometido a un régimen como el del art. 11, que permitiera tanto la agravación como la atenuación, según los casos. De la posición de CEREZO MIR y sus discípulos nos ocupamos más abajo, en la nota 87.

(83) Véase, para lo que sigue, TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 82-95.

(84) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 83. Cfr. recientemente, de entre las numerosas aproximaciones criminológicas a este problema, BECKER/HAFFNER/MALLACH, «Täter-Opfer Interaktion bei Tötungsdelikte im Rahmen von Partnerschaftskonflikten», en GÖPPINGER-Fs., Berlin 1990, pp. 253-263 y BURGHEIM, J. «Tötungsdelikte bei Partnertrennungen» (nota 43), *passim*, así como las monografías de GLATZEL (1987) y SIMONS (1988), citadas en la nota 41. Cfr. también el reciente estudio de LANZA, L. *Gli omicidi in famiglia*, Milano 1994, especialmente las conclusiones de las páginas 247-249.

El segundo de los campos captados por la norma del art. 405 Cp. es el «libericidio», o muerte del hijo por los padres. La investigación de TORIO pone aquí de relieve la existencia, también en esta hipótesis, de una motivación irregular que debería merecer una valoración atenuada de la conexión personal entre el autor y el hecho. Destaca, además, este autor cómo un alto número de las condenas por «libericidio» recaen sobre hechos que sólo en virtud de la consideración legal abstracta dejan de ser calificados como infanticidio privilegiado, siendo su contenido material de injusto o culpabilidad análogos al de este último delito (85).

Tendríamos, finalmente, el parricidio propio, es decir, la muerte de los ascendientes, hipótesis escasamente significativa desde el punto de vista estadístico, pero la única merecedora de atención cuando se discute, en clave político criminal, acerca de la pervivencia del parricidio. Ahora bien, la decisión al respecto pasa necesariamente por la previa determinación de cuál es el fundamento de la cualificación del homicidio en estas hipótesis (86). Dicho fundamento —sigue TORIO— no puede residir, como pretendía CARRARA, en la mayor peligrosidad del parricida, pues ni la experiencia criminológica avala esta tesis, ni sería admisible fundar en la peligrosidad del autor una agravación de la pena. Tampoco cabe hallar la legitimidad político criminal del parricidio en el plano del injusto, pues este delito «no requiere una acción objetivamente peligrosa diferente de la propia del homicidio simple», ni «conlleva tampoco necesariamente un ataque más intenso al bien jurídico, puesto que la lesión de la vida humana no es graduable», ni cabe, en fin, hablar de un delito pluriofensivo en el sentido de que menoscaba la vida y el orden familiar (87). Por el contrario, el parricidio agrava por razones de culpabilidad. Desde esta perspectiva, el parentesco aparecería como una característica de la culpabilidad objetivamente configurada; su presencia conduce entonces a una presunción legislativa de carácter irrefragable (*iuris et de iure*) de mayor culpabilidad; presunción que, sin embargo, «está en contradicción con la investigación empírica del campo del parricidio», que nos habla de un fenómeno de «criminalidad por crisis o

---

(85) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 83-85.

(86) Véase TORIO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), pp. 86 ss.

(87) En nuestra doctrina, entienden CEREZO y alguno de sus discípulos que la agravación que comporta el parricidio aparece justificada al obedecer a un mayor contenido de injusto, en concreto, de desvalor de acción, dado que «la muerte de un pariente supone la infracción de deberes jurídicos específicos que existen entre los padres e hijos y entre los cónyuges». Véase GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), p. 153 y allí (en la nota 27) indicaciones bibliográficas relativas al punto de vista de CEREZO y GUALLART. Pero esta perspectiva comporta, o bien la naturaleza pluriofensiva del parricidio, o bien una concepción del delito en cuya virtud el contenido material del injusto no viene dado por la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino por el quebrantamiento de deberes, criterios ambos difícilmente comparables.

por conflicto», donde el contenido de la culpabilidad aparece normalmente atenuado. En este sentido se orientó ya la temprana crítica de esta figura delictiva por autores como LISZT o HOLTZENDORF, lo que provocó la desaparición de la misma del catálogo de los homicidios agravados en el Código penal alemán (desde 1941) y en los de su entorno más próximo, como el austriaco o el suizo, hasta el punto de que, en su minucioso análisis político-legislativo de los delitos contra la vida, afirman tajantemente ESER y KOCH que la cualificación de la muerte de parientes en general y de la muerte de los ascendientes en particular se considera hoy completamente superada (88).

A pesar del enorme eco que el planteamiento de TORIO —sucintamente resumido aquí— ha encontrado en la doctrina penal española, los Proyectos de nuevo Código penal se han mostrado escasamente receptivos a aquél: el Proyecto de 1980 mantenía la situación legislativa vigente en este punto, mientras que la PANCP se limitaba a suprimir el conyugicidio. Un paso más dará el Proyecto de 1992, que opta, correctamente, por prescindir del delito de parricidio, indicándose en la Exposición de Motivos que basta, para las hipótesis hasta entonces comprendidas en él, con la aplicación de los tipos de homicidio o asesinato, según los casos. Sin embargo, el Proyecto de 1994 reintroduce el parricidio (incluyendo el conyugicidio), como uno más de los casos de homicidio cualificado, junto a los que hoy caracterizan al asesinato. Esperemos que la discusión parlamentaria sitúe de nuevo el problema del parricidio en la dirección trazada por el Proyecto de 1992 (88 bis) pues, por expresarlo de nuevo con palabras de TORIO, «ha pasado el tiempo histórico de la existencia» de esta figura delictiva (89).

5. Pasemos ahora a las modalidades privilegiadas o atenuadas de delitos contra la vida humana independiente. De acuerdo con la imagen que presenta el derecho comparado, cabe tomar aquí en consideración tres hipótesis: en primer lugar, aquellos homicidios privilegiados por la particular situación afectiva o emocional en que se realiza el hecho, la

---

(88) Véase ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Totungstatbestände...» (nota 7), p. 518.

(88 bis) Así ha sucedido efectivamente, desapareciendo del NCP toda referencia al parricidio.

(89) Véase TORÍO LÓPEZ, A. «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 93. Lamentablemente, los pronunciamientos a favor o en contra del criterio del Proyecto de 1992 en este punto —si exceptuamos la toma de posición de CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna...* (nota 60), p. 211, en favor de la reintroducción de esta figura— carecen del mínimo contenido argumentativo. Basta con cotejar los Informes al Proyecto redactados por la Asociación Profesional de la Magistratura (publicado en *CPC* n.º 47, 1992, pp. 309-330), el Consejo General de la Abogacía Española o la Asociación Jueces para la Democracia (publicados en *CPC* n.º 49, 1993, pp. 9-64 y 65-89, respectivamente). En cuanto a la vehemente defensa de la pervivencia del parricidio por parte de REIG REIG, J.V., «Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 2 (1992), pp. 511-572 (pp. 561 ss.), se mantiene en una línea argumentativa completamente superada, desconociendo el sentido de la doctrina más reciente.

cual pone de manifiesto una culpabilidad disminuída; en segundo lugar, el delito de infanticidio, cuya singularización legislativa nos obliga aquí a un tratamiento particularizado; tendríamos, por fin, aquellas conductas relacionadas con la muerte aceptada por la propia víctima, bien se trate de conductas de participación en suicidio ajeno, bien estemos ante el genuino homicidio consentido, en el sentido amplio de la expresión. Veamos por separado estos diversos fenómenos legislativos, bien entendido que, como ya apuntáramos al comienzo de este trabajo (*supra*, I, 4.), dejaremos fuera de nuestro análisis —en relación con el tercero de los fenómenos mencionados— todo lo concerniente al problema de la eutanasia y su eventual relevancia jurídico-penal.

a) Comenzamos por el *homicidio «emocional»* (*Affekttötung*), entendida esta expresión en su sentido más amplio. Algunos Códigos penales de nuestro entorno contienen, en efecto, la previsión expresa de una modalidad atenuada de homicidio doloso en atención a la particular situación afectiva o emocional en la que el sujeto activo emprende la conducta típica y que conduce a apreciar una sensible disminución de la culpabilidad. Ello se traduce en un marco penal que normalmente oscila entre los seis meses o un año, como límite mínimo, y un máximo situado en torno a los cinco años de privación de libertad. Este es el caso, como vemos más arriba (*supra*, II) de los Códigos penales austriaco (parágrafo 76), alemán (parágrafo 213), suizo (art. 113), o portugués (art. 133). La previsión de este particular homicidio privilegiado no aparece vinculada, por otra parte, a un determinado modelo regulativo de los delitos contra la vida, sino que —en el sentido destacado anteriormente (*supra*, III, 1.)— la encontramos tanto en modelos bipartitos (por ejemplo, el austriaco) como tripartitos (p.ej., el alemán, suizo o portugués) e incluso es compatible con la previsión de una sola figura de homicidio doloso, con modalidades cualificadas y privilegiadas, como sucede en el Proyecto Alternativo alemán. El Código penal español, sin embargo, no ha conocido nunca un delito de homicidio de estas características —ajeno también a las regulaciones francesa e italiana— lo que no obsta, como es bien sabido, a la posibilidad de obtener significativos efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal por otras vías: singularmente, la de la eximente incompleta del art. 9, n.º 1 Cp. y la de la circunstancia atenuante prevista en el n.º 8 de este mismo art. 9 Cp. La situación legal vigente pervive, por lo demás, en los sucesivos Proyectos de reforma.

La atención legislativa al estado afectivo o emocional en el que se lleva a cabo la acción homicida viene avalada, como también indicábamos más arriba (*supra*, III, 3.), por los resultados de la investigación criminológica. Baste mencionar que en la importante monografía de MIDDENDORF, relativa a la criminología de los delitos contra la vida, se destina la mayor atención, incluso en el orden de análisis, a los homicidios «por conflicto», como el campo más amplio y significativo de los

comportamientos homicidas (90).

Pasemos a la caracterización dogmática de estos homicidios. Existe amplio acuerdo doctrinal en situar la «ratio» del privilegio en la menor culpabilidad del sujeto activo de la conducta típica, dato éste común al resto de los homicidios privilegiados, si exceptuamos el caso del homicidio consentido, en el que —como veremos más adelante— cabe apreciar también un menor contenido de injusto. Por tratarse de hipótesis privilegiadas no tienen aquí cabida, por otra parte, las objeciones que suscitaba, en el caso de los homicidios cualificados, el apoyo en características autónomas de la culpabilidad o el recurso a las presunciones. Pues, como nos recuerda TORIO, «lo que no es válido para la agravación de la responsabilidad puede serlo para su atenuación» (91). En cuanto a los modelos regulativos concretos, destacan ESER y KOCH la presencia, convencionalmente, de dos datos (92): un sustrato psicológico, normalmente en forma de «afecto» o «emoción» y la verificación, de carácter normativo, referida a la intensidad de dicho «afecto» y al modo en que incide sobre la culpabilidad del autor. Bien entendido que junto a los «afectos» en sentido estricto, los Códigos mencionan, en ocasiones, otros datos cuya concurrencia puede traducirse también en la apreciación de un homicidio privilegiado en virtud de la menor reprochabilidad del hecho: singularmente vienen aquí en consideración la provocación, característica del *common law* y expresamente mencionada también en el parágrafo 213 del StGB alemán (93), así como determinados motivos, susceptibles de una consideración atenuatoria de la responsabilidad, como puede ser la compasión. En esta última modalidad de privilegio son, sin embargo, más frecuentes aquellas fórmulas generales del tipo «motivos o móviles atendibles», que una concreta enumeración de éstos.

---

(90) Véase MIDDENDORFF, W., *Kriminologie...* (nota 41), pp. 19 ss. Destaca también este estudio, que un buen número de tales conflictos se presentan en el marco de las relaciones familiares o de pareja, como veíamos al estudiar el delito de parricidio. Por lo demás, a la incidencia del alcohol y la escasa instrucción de los disputantes, añade MIDDENDORFF el dato de que en estos homicidios fruto de un conflicto normalmente el autor se entrega inmediatamente o es aprehendido en poco tiempo. Ulteriores referencias en los restantes trabajos y lugares citados en esta misma nota 41.

(91) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Estudio de la reforma...» (nota 4), p. 81.

(92) Véase, para lo que sigue, ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 531 ss. En particular, para el «Totschlag» del pár. 76 StGB austriaco ofrece abundantísima información MOOS, R., *Wiener Kommentar...* (nota 13), en sus comentarios al mencionado precepto. Para el «Totschlag» del art. 113 StGB suizo, véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, BT I* (nota 12), pp. 30 ss.

(93) A la provocación cabría añadir otros datos de análoga significación dogmática, como puede ser el exceso en la legítima defensa. Sobre la decisiva significación del homicidio provocado en la configuración, por el *common law*, del concepto de «manslaughter», véase SMITH/HOGAN, *Criminal Law* (nota 18), pp. 350 ss. Es significativo que, para LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 100-101, sólo el homicidio provocado tiene entidad para su consideración como forma privilegiada.

De estas diversas hipótesis de homicidio privilegiado la más característica es, como acabamos de indicar, aquella que atiende a la situación afectiva o emocional del autor en el momento del hecho. Estamos aquí, sin embargo, ante un sustrato psicológico de difícil caracterización, dada la extraordinaria complejidad de la esfera afectiva del hombre. Según el ampliamente difundido DSM-III-R (clasificación cuasi oficial, en el medio psiquiátrico americano, de los distintos trastornos mentales), se define el «afecto» como «un patrón de conductas observables que es la expresión de los sentimientos experimentados subjetivamente (emoción)», citándose como ejemplos la euforia, la ira y la tristeza (94). En la literatura penal alemana es muy frecuente la distinción entre afectos «distímicos» (por ej., la cólera, la ira, los celos, el odio, etc.) y «asténicos» (por ej., la angustia, la desesperación, la perplejidad, la desidia, etc.), si bien los efectos sobre la responsabilidad criminal son idénticos en uno y otro caso. Se distingue también, por otra parte, entre el nivel del afecto característico del homicidio privilegiado y aquel otro nivel, más acusado, que puede en ocasiones conducir a la inimputabilidad. En cualquier caso, debe insistirse en que la simple presencia de la situación afectiva no conduce a la apreciación del privilegio, pues entran en juego las limitaciones normativas anteriormente señaladas: verificación, de carácter individual, del grado, duración y efectos de la emoción concreta sobre las cualidades estrictamente personales del autor, así como virtualidad causal de dicha emoción sobre la resolución homicida y la ejecución del hecho (95).

La atención a las emociones, o los móviles, o la provocación, en cuanto datos configuradores de una figura privilegiada de homicidio doloso no puede desconectarse de la virtualidad que tales datos pueden cobrar en el contexto de los elementos generales del concepto de delito, de conformidad con las disposiciones de la parte general del Código penal respectivo. Piénsese en la eventual regulación de los efectos de la justificación incompleta o de la imputabilidad disminuída o en la previsión legislativa de circunstancias generales atenuatorias de la responsabilidad criminal. Particularmente significativo, a la hora de articular un precepto específico relativo al homicidio privilegiado por la situación emocional (o por los móviles, o por la previa provocación) es, en el caso español, la existencia de una regla como la del art. 9, n.º 1 (eximente incompleta) —con el importante efecto mitigador que establece el art. 66 Cp.—, o la previsión de una circunstancia atenuante como la consagrada en el art. 9, n.º 8 Cp. («obrar por causas o estímulos tan po-

---

(94) Véase DSM-III-R, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona 1989, p. 465. En términos casi idénticos el recientemente publicado  $\Delta$ SM-IV, Barcelona 1995, p. 779. Cfr. también, BULBENA, A., «Psicopatología de la afectividad», en VALLEJO RUILOBA, J., (ed.), *Introducción a la psicopatología y a la psiquiatría*, 3.ª ed., Barcelona 1991, pp. 188-203.

(95) Cfr. los autores y lugares citados *supra*, en la nota 92.

derosas que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad»), cuya eficacia puede ser especialmente significativa caso de apreciarse como muy cualificada, si además no concurren circunstancias agravantes (art. 61, regla 5.<sup>a</sup> Cp.). De ahí las cautas precisiones de BACIGALUPO cuando plantea la cuestión de si es aconsejable la creación de un tipo atenuado de homicidio «fundado en el estado emocional del autor en el momento de la comisión del hecho». En opinión de este autor, «el Derecho penal español no parece requerir esta forma atenuada de homicidio en razón del contenido de atenuantes genéricas (art. 9 del Código penal), que permite llegar a idénticos resultados». Caso de que se modificara este sistema —a favor de lo cual se manifiesta BACIGALUPO—, «la cuestión de un tipo especial de homicidio emocional estaría íntimamente ligada al problema de la imputabilidad disminuida y al criterio que se adoptara al respecto» (96).

Este punto de vista suscita, no obstante, algunas dudas y dificultades que deben ponerse de manifiesto antes de optar por prescindir hacia el futuro de una figura legislativa como la que estamos comentando. El argumento de la eventual reduplicación de datos tomados en consideración, con idénticos efectos, en la parte general del Código no es, en efecto, tan obvio como podría parecer a primera vista. Por una parte, nada impide la toma en consideración de circunstancias generales modificativas de la responsabilidad criminal en la configuración de tipos penales cualificados o privilegiados y el mismo Código penal español nos ofrece, al respecto, abundantes ejemplos; piénsese, sin ir más lejos, en los delitos de asesinato o parricidio. Lo decisivo es si estamos o no ante una materia susceptible de valoración unitaria y, desde esta perspectiva, no cabe duda de que las emociones, conflictos afectivos, etc. juegan en los delitos contra la vida un papel singular —como pone de manifiesto la investigación criminológica—, lo que nos sitúa ante un campo unitario de enjuiciamiento (97). Por otra parte, no es completamente exacto que los efectos de la aplicación de este homicidio privilegiado sean idénticos a los que se llega hoy con la técnica de las eximentes incompletas, o la aplicación de la regla 5.<sup>a</sup> del art. 61 Cp. Por de pronto, estas técnicas otorgan al juez un amplísimo arbitrio a la hora de determinar el efecto atenuatorio, por lo que éste puede ser muy diverso que en el caso de la fijación, de antemano, de un marco penal específico para las hipótesis que estamos considerando. Además —y esto es lo decisivo—, la previsión de esta figura delictiva particular provocaría el denominado «efecto oclusivo» del tipo más benigno, impidiendo que la apreciación, por ejemplo, de una situación de arrebató muy cualificada se haga, como su-

---

(96) Véase BACIGALUPO ZAPATER, E., «Los delitos de homicidio...» (nota 4), p. 337.

(97) Véase especialmente MOOS, R., en *Wiener Kommentar...* (nota 13), núms. 3 y ss. al párrafo 76.

cede hoy, sobre la base de la previa calificación de asesinato o parricidio si se dan los elementos de uno de estos tipos cualificados, obstruyéndose así, de manera muy acusada, el efecto atenuatorio de aquella circunstancia.

Estas consideraciones nos llevan, finalmente, al problema de la pena aplicable para este homicidio privilegiado por la menor reprochabilidad del hecho. Veamos al comienzo de este apartado cómo los modelos doctrinales y legislativos se mueven normalmente entre un año —o seis meses— como límite mínimo y los cinco años como límite superior (98). Lo decisivo, sin embargo, no es tanto la dimensión concreta, en términos absolutos, de la pena, sino el dato de si ésta se mueve dentro del ámbito de una posible suspensión condicional (99). Por otra parte, debemos volver a insistir en la conveniencia de que el precepto en cuestión establezca expresamente su preferencia frente a los tipos cualificados eventualmente concurrentes, o bien se arbitre alguna otra solución penológica para resolver la mencionada concurrencia (por ejemplo, mediante la remisión al marco penal del tipo básico). Nos remitimos, a este respecto, a las indicaciones efectuadas más arriba (*supra*, III m, 2.)

b) Pasamos al delito de *infanticidio*. Es imposible, en un trabajo de estas características, mencionar siquiera los múltiples problemas dogmáticos y político criminales que suscita esta figura (100). Recuérdese solamente, en esta última perspectiva, la incidencia que el movimiento ilustrado tuvo sobre su actual consideración privilegiada (101) y cómo

(98) En favor del límite inferior de seis meses se inclinaba, por ejemplo, LISZT, F.v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 77 ss. y los participantes en el Seminario dirigido por LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), pp. 504-505. La excepción más señalada a esta fijación de un límite inferior tan tenue nos la ofrece el StGB austriaco (que fija una pena mínima de cinco años), unánimemente criticado en este punto. Véase, por todos, MOOS, R., en *Wiener Kommentar...* (nota 13), núm. 2 al párrafo 76.

(99) Véase, en este sentido, ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), p. 554.

(100) Un resumen muy completo ofrece GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 177 ss. Las primeras aportaciones al estudio dogmático de esta figura se deben, en nuestra literatura penal, a DEL ROSAL, J., «Infanticidio (límite objetivo)», en *Estudios penales*, Madrid 1948, pp. 181-216 y STAMPA BRAUN, J.M., «El objeto jurídico del infanticidio honoris causa», en *ADPCP* 1955, pp. 27-37. De las contribuciones monográficas más recientes cabe mencionar: GARCÍA PÉREZ, J.J., «El delito de infanticidio en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesidad de su reforma» en *ADPCP* 1988, pp. 305-334; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., «Delito de infanticidio», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 3 (1993), pp. 413-511 y MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «El infanticidio», en *Rev. D. P. Crim. (UNED)*, n.º 2 (1992), pp. 513-549. Todos ellos con ulteriores referencias bibliográficas.

(101) Cfr. RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una criminología histórica)*, trad. A. MAJADA, Barcelona 1955, pp. 278 ss., quienes llegan a afirmar que el infanticidio «es el delito clave para todos los esfuerzos reformadores del derecho penal en el siglo XVIII». Véase también, por todos, STAMPA BRAUN, J.M., «Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como "delictum exceptum"», en *ADPCP* 1953, pp. 47-76.

desde entonces se han ido articulando, en el derecho comparado, dos modelos regulativos (102): el modelo latino de la «causa honoris», seguido todavía hoy por el art. 410 Cp. español y el modelo, característico de los países centroeuropeos, que atiende a la peculiar situación emocional de la madre durante el parto o en el período inmediatamente posterior. A veces encontramos una particular combinación de ambos modelos, como sucede en el parágrafo 217 del StGB alemán, en cuya virtud, si bien el dato central debe situarse en la influencia del parto sobre el estado afectivo de la mujer, se limita, sin embargo, el privilegio a las muertes de hijos ilegítimos. Evidentemente, los cambios valorativos de las últimas décadas han propiciado una profunda crisis de la «causa honoris» en cuanto fundamento del privilegio que comporta el infanticidio y, en este sentido, es paradigmático el cambio operado en Italia por la Ley de 5 de agosto de 1981, que suprime todas las referencias legislativas a dicha motivación (en el aborto, el abandono de menores, etc.) y articula un nuevo delito de infanticidio (art. 578 del *Codice penale*) sobre la base de las «condiciones de abandono material y moral conexas al parto» (103). Y en Portugal, mientras que el Código penal de 1982 (art. 137) se refiere todavía, de manera alternativa, a la «influencia perturbadora del parto» o al móvil de «ocultar la deshonra», en el art. 136 del nuevo Código penal de 1995 desaparece esta última referencia».

En cualquier caso, estamos ante una figura delictiva que, pese a las múltiples críticas sufridas y la repetida exigencia, desde antiguo, de su desaparición, ofrece una notable resistencia, como pone de manifiesto el derecho comparado (104). En la reciente reforma penal española se optó también, en un primer momento (Proyecto de 1980 y PANCP de 1983), por mantener el privilegio, construido no sobre la «causa honoris», sino sobre la especial situación psicológica y emocional característica del parto (105).

---

(102) Véase SIMSOM/GEERDS, *Straftaten gegen die Person...* (nota 7), pp. 35 ss. y, más recientemente, ESER/KOCH, «Die vorsätzliche Tötungstatbestände...» (nota 7), pp. 545 y ss.

(103) Cfr. PATALANO, V. *I delitti...* (nota 9), pp. 170 ss. y, sobre todo, la reciente monografía de AMBROSSETTI, E.M., *L'infanticidio e la legge penale*, Padova 1992, pp. 31 y ss.

(104) AMBROSSETTI, E.M., *L'infanticidio...* (nota 103), p. 112, destaca el dato de que ninguna reforma desde la postguerra ha procedido a derogar el infanticidio. En 1954, señalaba SCHRÖDER, H., «Die künftige Gestaltung...» (nota 46), p., que «pese a todo, nunca se ha puesto en duda la existencia, de «lege ferenda», de un delito de infanticidio». Todavía hoy lo mantienen los recientes Proyectos de reforma de la legislación penal de Italia y el Reino Unido. Para Italia, cfr. el *Schema di delega...* (nota 10), art. 59.2 (p. 639). En relación al Reino Unido, cfr. MAJER-KATKIN/OGLE, «A rationale for Infanticide Laws», en *CrimLR* 1993, pp. 903-914, quienes informan sobre el Proyecto de Código penal elaborado por el Comité de Revisión del Derecho penal (pp. 904-905).

(105) El Proyecto de 1980 hablaba de la muerte del recién nacido, «bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento», mientras que la PANCP de 1983 aludía sólo a estas últimas. El cambio se debe, sin duda, a la crítica generalizada que había suscitado la referencia al «estado puerperal». Cfr. en este sentido, por todos, TALÓN MARTÍNEZ, F. «Delitos contra las personas» (nota 63), pp. 81 y ss.

Más radicalmente, los Proyectos de 1992 y 1994 prescinden de cualquier referencia al delito de infanticidio, remitiendo las hipótesis que ahora capta el art. 410 Cp. —según la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992— a la figura del homicidio, bien entendido que «la concurrencia, en su caso, de las eximentes completas o incompletas de trastorno (*sic*) mental o miedo, puede resolver en justicia los supuestos que merezcan una comprensible benevolencia» (106). Esta decisión derogatoria debe, no obstante, ser objeto de una mayor ponderación (106 bis).

En primer lugar, cabría traer a colación los mismos argumentos que aducíamos a favor de la eventual creación de una figura privilegiada de homicidio emocional, con la cual guarda el infanticidio tan estrecha relación (107): las reglas generales de atenuación de la responsabilidad criminal pueden legítimamente concretarse en la formación de tipos penales atenuados o privilegiados; lo decisivo es, más bien —como indicábamos entonces—, si estamos o no ante una materia susceptible de valoración unitaria y la criminología del infanticidio muestra sobradamente que es así (108). Pero además —y sobre ello insistíamos también más arriba—, no son idénticos los efectos que se siguen de dejar la cuestión al juego de las reglas generales o bien fijar un tipo penal específico, con su marco penal propio. Por de pronto, se ciñe a sus justos términos, en este último caso, el arbitrio judicial. Por otra parte, la existencia del tipo penal privilegiado impedirá —«efecto oclusivo» del tipo más benigno— la eventual calificación del hecho como parricidio o asesinato. Lo primero, porque el Proyecto de 1994 recupera, como vimos, el parricidio,

---

(106) A favor de esta supresión del delito de infanticidio se manifiesta la mayor parte de la doctrina penal española. Cfr., entre otros muchos autores, BORJA JIMÉNEZ, E., «Parricidio e infanticidio...» (nota 82), rechazando la configuración de figuras calificadas o atenuadas sobre la base de datos que aparecen ya en el catálogo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (p. 153); BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, p.e.* (nota 82), p. 32; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTON y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), p. 531; COBO/DEL ROSAL, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, *Código penal comentado* (nota 82), pp. 773-4; GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto de nuevo Código penal*, Madrid 1992, pp. 19-20; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Manual de Derecho penal, p.e. I* (nota 82), p. 106; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F.L., «El infanticidio» (nota 100), *passim*; QUINTERO OLIVARES, G., «Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código penal», en S. MIR (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Barcelona 1980, pp. 249-264 (p. 253); DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal...» (nota 4), pp. 952-953.

(106 bis) Lo expuesto en el texto es válido también para el NCP que mantiene la decisión del Proyecto de 1994, en el sentido de suprimir este delito.

(107) El Proyecto Alternativo alemán recogía el infanticidio como modalidad particular de *Affektötung*. Muy expresivamente señalaban ya VIZMANOS/ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid 1848, p. 329, que en estas hipótesis se producirá, frecuentemente, «aquel arrebató u obcecación que nos impide darnos exacta cuenta del valor moral de nuestras acciones».

(108) De la abundante información criminológica véase sólo el libro colectivo *Recherches sur l'infanticide*, Paris 1968 y, en nuestra doctrina, STAMPA BRAUN, J.M., «Criminología del infanticidio», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano*, t. II, Valladolid 1965, pp. 133-163.

que pasa a convertirse en una modalidad más de asesinato (aunque sin este «nomen iuris»); lo segundo, por la ampliación, ya comentada, del ámbito tradicional de la alevosía en los dos últimos Proyectos (109), (109 bis).

Por otra parte, no cabe olvidar, si se decide suprimir el infanticidio, la estrecha conexión que guarda con otras figuras delictivas, singularmente el abandono de niños y el aborto (110). Del abandono de niños, en cuanto delito de peligro para la vida, nos ocuparemos brevemente al final de este trabajo. La relación entre infanticidio y aborto ha sido abordada, sobre todo, en clave criminológica. Es casi un lugar común, desde esta perspectiva, señalar el temperamento pasivo, falto de previsión, irreflexivo, de la infanticida lo que hace que la pena tenga una escasa eficacia preventiva que, en el contexto de la particular situación psicológica del parto, se traduce en una explosión emotiva que provoca el comportamiento típico (111). Nos limitaremos aquí, sin embargo, a considerar dos datos especialmente relevantes desde el punto de vista de la articulación legislativa de los dos fenómenos.

Debe ser objeto de consideración, en primer lugar, la correlación existente entre el aborto eugenésico y la denominada eutanasia precoz, es decir, «el “dejar morir”, o incluso dar muerte activamente a niños recién nacidos con deficiencias físicas y psíquicas», supuesto que según destaca Arthur KAUFMANN podría calificarse quizás con mayor propiedad como «eugenesia» (112). Pues bien, suprimido el infanticidio, e

(109) Crítico, desde esta perspectiva, con la solución del Proyecto de 1992, CEREZO MIR, J. *Estudios sobre la reforma...* (nota 60), p. 212. En contra del argumento, GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto...* (nota 106), p. 19, señalando que el hecho nunca podrá calificarse de asesinato, «pues la cortísima edad es inherente al delito, no cupiendo, así, la alevosía».

(109 bis) Ya hemos visto (notas 73 y 88 bis) que el NCP prescinde del parricidio y mantiene la definición tradicional de alevosía. Pero habrá que ver si el Tribunal Supremo abandona o no la tesis ampliatoria en la interpretación de esta agravante.

(110) Basta recordar la extensión de la «causa honoris» a las tres figuras mencionadas en el texto (arts. 410, 488, pfo. 3.º y 414 Cp., respectivamente). Esta conexión hunde sus raíces en la historia y de ella se hizo eco MITTERMAIER, C.J.A., «Contribuzioni alla dottrina del delitto d'infanticidio», en MORI, F.A., (ed.), *Scritti Germanici de Diritto Criminale*, t. II, Livorno 1846, pp. 209-312, señalando que «el aborto, la exposición y el infanticidio pertenecen a una misma familia de delitos y la *Constitutio Criminalis Carolina*, al haber situado juntos los preceptos que los regulan, demuestra haberlos contemplado desde el punto de vista adecuado» (p. 216). La conexión es destacada también, en esas mismas fechas, en España por MARCOS GUTIÉRREZ, J. *Práctica Criminal de España*, t. III, 4.ª ed., Madrid 1826, pp. 41 ss. (pp. 49-50).

(111) Cfr. los trabajos mencionados en la nota 108. Un reciente análisis de los mecanismos psicológicos presentes en la acción infanticida ofrecen MAIER-KATKIN/OGLE, «A rationale...» (nota 104), pp. 905 ss., quienes, por cierto, insisten también en que «infanticidio y aborto son fenómenos relacionados y deberían ser considerados conjuntamente» (*ibidem*, p. 903, nota 1). Una excelente síntesis de los factores éticos, económicos y psicológicos constantes en el infanticidio, incluyendo consideraciones etnológicas y etológicas, nos ofrece COURAKIS, N. «Contribution a une analyse pluridisciplinaire de l'infanticide», en *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, 1978, pp. 345-362.

(112) Véase, sobre este problema, ESER, A. en SCHONKE/SCHRODER, *StGB Kommentar* (nota 14), núm. 32 a, antes de los parágrafos 211 y ss. y, especialmente, KAUFMANN, Arthur «Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Frühheuthanasie», en *JZ* 1982, pp. 481-487 y, más recientemente, del mismo autor,

inexistente en nuestro sistema legal un homicidio privilegiado por razones de menor culpabilidad, nos encontraríamos aquí ante la siguiente paradoja: es impune, según el art. 417 bis, núm. 3 Cp., el aborto realizado cuando «se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas» —eso sí, realizado dentro de cierto plazo y con determinadas condiciones—, mientras que si la madre da a luz un recién nacido en quien se constaten tales taras, nunca estará justificada ni exculpada —siguiendo a Arthur KAUFMANN y la doctrina dominante en Alemania— la conducta activa dirigida a destruir su vida, lo que nos sitúa en el ámbito del homicidio (cuando no del parricidio o el asesinato) y su correspondiente marco penal. A lo sumo —siempre según Arthur KAUFMANN y el criterio, propuesto por él, de la «inexigibilidad normativa»—, cabrá «dejarlo morir» (eutanasia «precoz» pasiva) «cuando se ha producido un daño probadamente irreversible de tal magnitud que no existe perspectiva alguna de que el niño llegue a alcanzar la capacidad de la percepción y de la comunicación» (113). No cabe pasar por alto el contraste valorativo que se produciría en el tratamiento legislativo de una y otra hipótesis.

Algo parecido sucede con las motivaciones socioeconómicas conducentes, respectivamente, al aborto y al infanticidio. En el primero de estos delitos, han penetrado legislativamente en aquellos modelos regulativos de «indicaciones» que incorporan al catálogo correspondiente la denominada «indicación de situación de necesidad, como es el caso del párrafo 218 a) del StGB alemán. No cabe, sin embargo, desconocer que esas mismas motivaciones socioeconómicas desempeñan también un papel en la génesis del infanticidio, como pone de relieve la importante contribución de COURAKIS (114). El problema es, de nuevo, cómo justificar el «salto» desde la impunidad, en caso de destrucción del embrión, a la pena del homicidio (o parricidio, o asesinato), si se mata al «recién nacido», en el caso de idéntica motivación en la conducta.

---

«¿Relativización de la protección jurídica de la vida?» (trad. J.M. SILVA SÁNCHEZ), en *CPC* n.º 31 (1987), pp. 39-54 (pp. 42-44). Se hace eco, en nuestra doctrina, de la conexión entre aborto eugenésico y eutanasia «precoz», Díez RIPOLLÉS, J.L. «El artículo 417 bis del Código penal y su naturaleza jurídica», en COBO (Dir.)/BAJO (Coord.), *Comentarios a la legislación penal, t. IX La reforma del delito de aborto*, Madrid, 1989, pp. 69-148 (pp. 134-135).

(113) Véase KAUFMANN, Arthur «Zur ethischen...» (nota 112), pp. 484 y ss.; *el mismo*, «¿Relativización...?» (nota 112), pp. 43-44. El criterio ha encontrado acogida el párrafo 214 del *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, München 1986. Existe traducción española de MAPELLI CAFFARENA, B., «Proyecto Alternativo de Ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos», en *ADPCP*, 1988, pp. 833-875.

(114) Véase COURAKIS, N. «Contribution...» (nota 111), *passim*, aunque relativiza, en la p. 349, la tesis que asigna un peso decisivo a este factor económico, salvo en los infanticidios de las sociedades primitivas, en los cuales —como enseña la etnología— los factores «económico» y «ecológico» juegan un significativo papel (pp. 352-353). Sobre el peso que en la historia del delito de infanticidio han tenido los motivos socioeconómicos, cfr. AMBROSSETTI, E.M. *L'infanticidio...* (nota 103), pp. 12 y ss.

Con estos dos ejemplos se pretende sólo llamar la atención sobre la necesidad de considerar cuidadosamente los efectos que, en relación a figuras delictivas próximas, podría provocar la supresión del delito de infanticidio. Nos inclinamos, más bien, según lo expuesto, a su mantenimiento, siguiendo en esto la pauta del derecho comparado. Quizá la solución más adecuada fuera, en esta dirección, la de hacer del infanticidio una particular modalidad dentro de un tipo de «homicidio emocional», como proponía el Proyecto Alternativo alemán (115). En cualquier caso, como señala acertadamente AMBROSSETTI, la supresión del infanticidio allí donde no exista este *Affekttötung* —como sucede en Italia o España—, pasa necesariamente por su creación (116).

c) Abordamos, en este último apartado, el tratamiento político-legislativo de aquellos comportamientos vinculados a la muerte voluntaria de otra persona; bien en forma de *conductas de participación en el suicidio ajeno*, bien en la manifestación conocida como *homicidio consentido*, también denominado homicidio «a petición» o «a ruego». Estas dos clases de comportamientos aparecen hoy, como es sabido, reguladas de manera conjunta por el art. 409 Cp. No es necesario recordar la crítica que ha merecido este criterio sistemático —calificado por TORIO de «anacronismo»—, sin reflejo en el derecho comparado (117). Aquí van a ser objeto de consideración individualizada, si bien de forma necesariamente somera, pues también en este campo contamos con el inestimable punto de apoyo de las consideraciones político legislativas desarrolladas por el mencionado autor, en una contribución que se ha convertido en el punto de arranque de una ya abultada bibliografía española reciente relativa a estas cuestiones (118). No es, en absoluto, ajeno

---

(115) En la misma dirección que el *Alternativentwurf* se mueven las propuestas de ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 32 y ESER, A., *Empfiehl es sich...?* (nota 15), pp. 147 y ss. y 201. En el Seminario de LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), pp. 503 y 505, se opta por mantener una tipificación autónoma para el infanticidio, mientras que OTTO, H., «Straftaten gegen das Leben» (nota 20), pp. 71-72, entiende que con la previsión legislativa de un *Affekttötung* se hace superflua la regulación expresa del infanticidio. En este mismo sentido, muy recientemente, SIEG, R., «Gegen die Privilegierung der Tötung des nichtehelichen Kindes», en *ZStW* 102 (1990), pp. 292-317 (pp. 316-7).

(116) Véase AMBROSSETTI, E.M., *L'infanticidio...* (nota 103), pp. 128 y ss.

(117) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela 1981, pp. 169-202 (pp. 181 y 187, situando en el ALR prusiano de 1794 y en el Código penal de Brasil de 1830 el origen de este criterio unificador de la participación en el suicidio y el homicidio suicidio). Cfr. también, del mismo autor, «Hacia la actualización de la instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido. Indicaciones provisionales», en *Rev. Fac. D. Univ. Granada* n.º 13 (1987, publicada en 1989). *Homenaje al Prof. J.A. SÁINZ CANTERO II*, pp. 227-229 (p. 227).

(118) Una información tan exhaustiva como precisa ofrece DIEZ RIPOLLÉS, J.L., en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 199-267. Es obligado remitirse a esta obra para ulteriores referencias bibliográficas: Cfr. también, muy recientemente, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994.

a este creciente interés el dato de que nos encontramos aquí ante el cuadro legislativo para el eventual tratamiento jurídico-penal de las distintas formas de eutanasia, cuestión ésta que, sin embargo —y como ya indicábamos en la introducción—, desborda el marco que nos hemos trazado en este trabajo, por lo que no será objeto de análisis particular.

Comenzamos con la participación en el suicidio. La primera cuestión que debemos plantear es la referente a la oportunidad o no de una regulación expresa de conductas de participación en el suicidio ajeno. Si miramos a nuestro alrededor, vemos que la mayor parte de los sistemas penales resuelven esta cuestión de manera afirmativa. Así lo hace el nuevo Código penal francés, bajo el epígrafe: «De la provocación al suicidio», dentro del capítulo de los delitos relativos a la «puesta en peligro de las personas» y siempre que a la provocación siga el suicidio o la tentativa del mismo (art. 223.13). También lo hace el Código penal italiano, cuyo art. 510 recoge, junto al tipo básico de instigación o ayuda al suicidio, una serie de modalidades agravadas (persona menor de 18 años, alcohólico, disminuído psíquico, etc.) y privilegiadas (si sólo se producen lesiones graves). El art. 135 del Código penal portugués de 1982 se refiere asimismo a la inducción o ayuda al suicidio como tipo básico, agravándose la pena si la persona instigada es menor de 16 años, inimputable o «tiene sensiblemente disminuida la resistencia moral». Estos dos últimos supuestos son unificados en el nuevo texto de 1995, hablándose genéricamente de disminución sensible, por cualquier motivo, de la «capacidad de valoración o determinación». Los Códigos penales austriaco (parágrafo 78) y suizo (art. 115) tipifican también, finalmente, la inducción y auxilio al suicidio, exigiéndose adicionalmente, en el segundo de estos Códigos, el móvil egoísta de la intervención.

Así pues, de los Códigos penales que venimos considerando a lo largo de este trabajo, sólo el Código penal alemán omite toda referencia a las conductas de participación en el suicidio ajeno. La doctrina alemana insiste, sin embargo, de manera constante, en que el silencio legislativo no comporta, en absoluto, la impunidad de aquellas conductas. Todo dependerá —observa ZIPF— de cómo se trace el límite entre autoría y participación o cómo se delimite la punibilidad de la omisión, o de si existe o no un tipo de recogida de omisión general de socorro (119). Más concretamente, la discusión va a girar, en último término, en torno a la determinación del carácter voluntario del suicidio pues, de negarse la voluntariedad, quedaría abierta la puerta a una eventual responsabilidad del tercero interviniente a título de homicidio en autoría mediata (intervención activa) o bien homicidio en comisión por omisión, si existe una posición de garante, u omisión general del deber de socorro, si tal posición no se da (intervención omisiva). Por otra parte, a la doctrina alema-

---

(119) Véase ZIPF, H., «Kriminalpolitische Überlegungen...» (nota 13), p. 158.

na se le plantea el problema adicional de hacer explicable el silencio legislativo en relación a las conductas de participación en el suicidio ajeno y la simultánea tipificación del homicidio consentido (120). Estas y otras consideraciones han originado que un importante sector de la doctrina alemana proponga, por razones fundamentalmente de seguridad jurídica, la expresa tipificación legislativa de conductas de participación en el suicidio ajeno (121).

No es éste, sin embargo, el parecer de una parte de la doctrina española más reciente, que se manifiesta —con matices de uno a otro autor— en favor de la irrelevancia penal de toda conducta vinculada con el suicidio ajeno, con base en el reconocimiento, de carácter constitucional, de la plena disponibilidad sobre la propia vida (122). No podemos detenernos en el correspondiente debate doctrinal, minuciosa y agudamente analizado por DIEZ RIPOLLES. Nos interesa destacar aquí otro aspecto de la cuestión, en el que ha insistido sobre todo el Profesor TORIO. Cuando, de la libertad del suicida para acabar con su propia vida, se concluye la impunidad de cualquier forma de participación en el suicidio, no deja de contemplarse éste como una manifestación, incluso sublimada, de la libertad humana. En el extremo opuesto se situaría la tesis que ve en el suicidio un acto determinado por factores morbosos o patológicos, perspectiva que aproxima la intervención de terceros al ámbito del tipo del homicidio o del asesinato, realizados en autoría mediata. Común a ambos puntos de vista es que hacen ocioso un tipo específico de participación en el suicidio ajeno. El planteamiento metódico correcto requiere, sin embargo, —en palabras de TORIO— «apartarse tanto de la concepción de todo suicidio como acto determinado por factores morbosos o patológicos, como de la idea filosófica de que el suicida es la manifestación suprema de la libertad humana». Estamos, por el contrario, ante un proceso psicológico singular, donde el suicidio aparece como producto de un previo «síndrome presuicidal» —en terminología de RINGEL—, en el que la conducta del tercero interviniente puede

---

(120) Sobre este problema cfr. últimamente, por todos, SCHROEDER, F.Ch., «Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen», en ZStW 106 (1994), pp. 565-580.

(121) Así ya LISZT, F.V., «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 137 y ss. Más recientemente, LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505; SCHRÖDER, H., «Die Künftige Gestaltung...» (nota 46), pp. 292-293. También el *Proyecto Alternativo* (nota 17) propone tipificar (párrafo 103) el no impedimento de un suicidio en determinadas condiciones, pretendiendo con ello ceñir dentro de límites concretos la tendencia expansiva de la jurisprudencia en este punto (pp. 20 y ss.). En idéntico sentido, ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), pp. 33 y ss.

(122) Véase, sobre todo, CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal*, p.e. (nota 74), pp. 555 ss. y DEL ROSAL BLASCO, B., «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Cp.», en *ADPCP*, 1988, pp. 73-97 (pp. 87 ss.). Cfr., para más detalles, Díez RIPOLLÉS, J.L. en Díez RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 201 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

decantar la decisión, rompiendo el equilibrio de la balanza y profundizando la situación de riesgo para la vida (123), lo que justificaría la intervención legislativa en este ámbito.

A favor, en resumen, de la tipificación de determinadas conductas de participación en el suicidio ajeno convergen distintos argumentos: por un lado, la imagen comparada, que no sólo nos muestra que es ésta la solución más extendida en nuestro entorno, sino que pone además de manifiesto los inconvenientes que, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, provoca la ausencia de regulación, dada la tendencia a explicar el suicidio como acto psíquicamente defectuoso o morboso (124); por otra parte, la constatación de que, aún sin compartir este punto de vista, no debe tampoco incurrirse en el extremo opuesto de ver en el suicidio una suprema manifestación de la libertad, sino que estaríamos más bien ante un proceso psicológico particular en el que las conductas de terceros intervinientes pueden tener una significación decisiva. De ahí que una buena parte de la doctrina española siga inclinándose todavía por la tipificación de algunas conductas de participación en el suicidio ajeno (125) y en el mismo sentido se manifiesta —y ello es especialmente significativo— la reciente *Propuesta* del Grupo de Estudios de Política Criminal, que toma la «trascendente decisión de considerar en todo caso punible la inducción al suicidio», asumiendo con ello «que la libre disponibilidad de la propia vida no exime a la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas» (126).

Pasemos a la configuración legislativa de estas formas de participación en el suicidio ajeno. Lo primero que debe plantearse es qué modalidades concretas de participación en el suicidio ajeno deben quedar captadas por la prohibición penal. En el derecho comparado vemos constantemente reflejadas tanto la conducta instigadora como la de auxilio (127).

(123) Véase TORÍO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 175 y ss. y «Hacia la actualización...» (nota 117), pp. 227-8. También en el Seminario de LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505, se argumenta con esta situación psíquica peculiar, previa al suicidio, para fundamentar la punibilidad de conductas de participación en el mismo.

(124) Estas razones de seguridad jurídica son mostradas convincentemente por MUÑOZ CONDE, F., «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», en *ADPCP*, 1987, pp. 301-317 (pp. 301 y ss.), pese a que este autor se inclina, por razones político criminales, en favor de la impunidad de la participación en el suicidio ajeno.

(125) Cfr., para más información, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 201-211.

(126) Cfr. *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Málaga 1993, p. 38.

(127) Así, en los Códigos penales italiano, portugués, suizo o austriaco. El Código penal francés de 1992 capta incluso la propaganda o publicidad de medios encaminados a producir la muerte (art. 223. 14), criterio altamente cuestionable desde la perspectiva del principio de intervención mínima.

La equiparación aparece, sin embargo, cuestionada por amplios sectores doctrinales. Expresiva de este punto de vista crítico es la conclusión del Seminario de LACKNER, en el sentido de tipificar la instigación al suicidio, pero no la conducta de auxilio, por entender que «ésta, al tener como presupuesto una decisión suicida ya adoptada, es menos peligrosa que la causación de tal decisión. El interés de la víctima a ser protegido frente al apoyo a un plan suicida ya existente es menor que el de permanecer incólume frente al influjo para el suicidio. Y esto es así con independencia de la cuestión fundamental de la libertad de la voluntad suicida» (128).

Los Proyectos de reforma del Código penal español muestran, al respecto, una línea vacilante: el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983 equiparan inducción y cooperación necesaria al suicidio, privilegiando el auxilio no necesario; en los Proyectos de 1992 y 1994 es más grave la inducción que el auxilio necesario al suicidio, siendo atípico el auxilio no necesario (128 bis). Las dudas en cuanto a asimilar o no inducción y auxilio necesario, así como la separación entre éste y el no necesario están, evidentemente, motivadas por el tratamiento legislativo de la inducción y de las dos formas de auxilio —cooperación necesaria y complicidad— en los artículos 14 y 16 del Código penal (129). Es dudoso, sin embargo, que dicho tratamiento deba trasladarse al ámbito de la participación en el suicidio, como convincentemente nos recuerda TORIO: en primer lugar, porque «hacer un delito de la cooperación no necesaria al suicidio plantea problemas sutiles a la luz de la teoría general del delito (...) Auxilio o cooperación innecesaria, puede entenderse como inesencial o jurídico-penalmente irrelevante»; pero además, no hay que olvidar que «los esfuerzos teóricos para establecer la delimitación entre cooperación necesaria y complicidad pueden hasta ahora considerarse fracasados; por fin, concluye el mencionado autor, «las diferencias en el contenido de injusto, o en la reprochabilidad objetiva, entre ambos supuestos dependerán más de las circunstancias concomitantes que de la índole de la

---

(128) Véase LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505.

(128 bis) Este es también el criterio del texto definitivo del NCP, en su art. 143.

(129) En la reciente literatura penal española, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Los delitos de homicidio...» (nota 4), pp. 329, 333-4, rechaza —a propósito de la PANCP— la atenuación que la inducción al suicidio comporta («las razones que determinan que el artículo 14 equipare los autores y los inductores en relación a la pena, no tienen por qué ceder en relación al suicidio. Sobre todo, porque la inducción al suicidio y la autoría mediata de homicidio apenas si se diferencian en su contenido de injusto») y duda del criterio de distinguir, en la cooperación al suicidio, según que ésta sea necesaria o no. Por su parte, DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal...» (nota 4), p. 959, critica el criterio del Proyecto de 1992 de castigar con pena más grave la inducción que la cooperación «cuando en la parte general del PCP 1992 ambas conductas están equiparadas a formas de autoría y se castigan igual, con la pena que les corresponde a los autores». Por el contrario, JUANATEY DORADO, C., «Participación en el suicidio y eutanasia», en *Poder Judicial* n.º 28 (1992), pp. 109-122 justifica —a propósito de este mismo PLOCP de 1992— la mayor sanción de la inducción que la del auxilio, con argumentos muy próximos a las indicaciones de LACKNER reflejadas en el texto (pp. 112-113).

acción», por lo que parece aconsejable no pretender «captar con el tipo sino únicamente en la medición judicial de la pena» las diferencias particulares existentes (130). En este mismo sentido, la *Propuesta* del Grupo de Estudios de Política Criminal, anteriormente mencionada, se refiere, sin ulterior distinción, «al que coopere al suicidio de otra persona», aclarándose en su fundamentación que se pretende asegurar «el castigo de las *conductas de cooperación necesaria y complicidad*» en el suicidio ajeno. Por lo demás, la tipicidad de estos comportamientos se limita en la mencionada *Propuesta* a aquellos supuestos en los que no concurren en el suicida los requisitos de ser mayor de 18 años, tener «capacidad natural de juicio» y mediar solicitud expresa, libre y seria; ello supone un notable privilegio frente a la inducción al suicidio, punible en todo caso (131).

Problema diverso, apenas suscitado en la doctrina española, es el de si se exige o no la consumación del suicidio, a los efectos de imputar responsabilidad al partícipe. En los modelos jurídicos que venimos considerando es, en ocasiones, suficiente la simple tentativa de suicidio (así en los Códigos, francés, portugués y suizo), vinculándose en otros casos la punibilidad a la producción de lesiones graves en el suicida (en tal sentido, el Código penal italiano). Es, sin embargo, altamente cuestionable esta extensión de la punibilidad del partícipe más allá de los supuestos estrictos de producción de la muerte del suicida. En este sentido, debemos citar una vez más la posición de TORIO, quien observa cómo, en otro caso, se produciría «la paradoja de que quien intentó el suicidio tenga garantizada la libertad (...), mientras que quien se limitó a auxiliar está sometido a pena»; y añade irónicamente: «la suicida fracasada podría visitar a su auxiliador en la prisión». De todas formas, admite TORIO que, en la línea del derecho comparado, «podría bastar legislativamente al respecto la tentativa de suicidio, seguida de lesiones graves» (132).

Dos aspectos más deben tomarse en consideración a la hora de abordar el tratamiento legislativo de la participación en el suicidio. En primer lugar, la pena conminada por el correspondiente tipo legal debe fijarse de tal manera que, al menos para las modalidades de auxilio —si se decide privilegiarlas frente a las de inducción— permanezca abierta la posibilidad de suspensión condicional de la pena en los casos menos graves. ARTZ llega incluso a proponer, para algunas hipótesis, el simple pronunciamiento de culpabilidad, con renuncia a la pena (133). Por otra parte, debe también plantearse el legislador la posibilidad de matizar los diversos grados en el contenido de injusto y culpabilidad, en las conduc-

---

(130) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 181-183 y, del mismo autor, «Hacia la actualización...» (nota 117), p. 229.

(131) Cfr. *Una alternativa...* (nota 126), pp. 36 ss. El subrayado es nuestro.

(132) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Hacia la actualización...» (nota 117), pp. 228-229 y, ya antes, en «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 183-184.

(133) Véase ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 35.

tas que estamos considerando, por la vía de formular un tipo básico y modalidades cualificadas y privilegiadas frente a él, como sucede, por ejemplo, en los Códigos penales francés, italiano y portugués. Dejamos aquí solamente apuntada esta posibilidad (134).

Pasamos al problema del denominado homicidio consentido o, mejor aún, homicidio a petición o a ruego de la víctima. La diferencia en la denominación, señala ARTZ, estriba en un dato de carácter político criminal. Pues aún en el caso de que se permitiera plena disponibilidad de la vida, «existiría, a diferencia del resto de los bienes jurídicos disponibles, una situación especial desde la perspectiva político criminal: la víctima no puede contradecir la afirmación del autor en el sentido de que aquél ha consentido»; de ahí que deban establecerse criterios tendentes a obtener seguridad frente a una engañosa apelación al consentimiento, sustituyéndose éste por la «exigencia seria» (135), que es la expresión comúnmente empleada en la regulación de esta figura.

Lo primero que debe plantearse es la «ratio» del privilegio frente al homicidio simple. Y a esta cuestión se responde con una doble argumentación. Por un lado, existiría un menor contenido de injusto. Y ello tanto si se refiere esta disminución al desvalor de resultado, como opinan los autores del Proyecto Alternativo alemán, aduciendo que «la terminación de la vida de aquél que desea que se le dé muerte, supone una menor lesión del bien jurídico» (136), como si se entiende —y en tal sentido se manifiesta, entre nosotros, TORIO— que lo que aparece aminorado es el desvalor de acción (137). Por otra parte, habría una culpabilidad disminuida en virtud del móvil —normalmente, la compasión— que anima la acción y que hace aparecer a ésta como menos reprochable (138). A veces sucede que el legislador no presume esta menor culpabilidad, sino que la misma debe ser probada; así, por ejemplo, el art. 114 del StGB suizo exige expresamente la concurrencia de «un móvil atendible, como puede serlo la «compasión». Naturalmente, muchos autores apelan conjuntamente a esta doble disminución, del injusto y de la culpabilidad. Es muy expresiva, en tal sentido, la caracterización del problema ofrecida

---

(134) Las variantes que establecen los Códigos penales mencionados en el texto se configuran en base a la edad de la víctima, su capacidad psíquica y la producción o no de la muerte.

(135) Véase ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 36.

(136) Véase *Alternativ-Entwurf...* (nota 17), p. 21.

(137) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 187-189; el mismo, «Hacia la actualización...» (nota 117), p. 229 («Dado que el consentimiento no puede operar como factor legitimador por razones relativas, hitórico-culturales, sí debe, por el contrario, disminuir el desvalor del acto»); el mismo, «Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia», en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela 1991, pp. 217-245 (p. 232: «En el homicidio el consentimiento de la víctima disminuye el desvalor de acción. La reprochabilidad objetiva es diversa según que medie o no consentimiento»).

(138) En este sentido, tempranamente, LISZT, F.V., «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), p. 133.

por MOOS, quien entiende que en el homicidio a petición del parágrafo 77 del StGB austriaco, la petición (*Verlangen*) «debe primero ubicarse en el tipo y considerarla de nuevo otra vez bajo el aspecto de la culpabilidad (doble posición), pues la víctima exterioriza con su exigencia dos ideas: «¡Quiero morir!» y «¡Mátame!»». La primera expresión se refiere al bien jurídico y disminuye el injusto, la segunda se dirige a la motivación del autor y aminora la culpabilidad» (139).

Admitida, pues, la legitimidad de un tratamiento atenuatorio para el homicidio consentido, se plantea el problema de si debe incluso llegarse a la atipicidad de tales comportamientos. Es éste un punto de vista que ha gozado de cierta difusión en la doctrina penal española, partiendo de una argumentación que, buscando apoyatura en el texto constitucional, pretende que sólo la vida libremente deseada por su titular puede constituir el bien jurídico protegido por los delitos contra la vida humana independiente, de tal modo que la voluntad de morir legitimaría la conducta homicida del tercero. De ésta y otras posiciones análogas da cumplida cuenta DIEZ RIPOLLES —lo que nos dispensa de un análisis más detallado—, mostrando que, en cualquier caso, la doctrina española absolutamente dominante, así como el Tribunal Constitucional, incidentalmente, han rechazado este criterio de la absoluta disponibilidad de la propia vida con eficacia liberadora incluso frente a terceros (140). Tampoco en el derecho comparado encontramos una tal legitimación del homicidio consentido; este comportamiento sigue constituyendo delito —si bien, sensiblemente privilegiado frente al homicidio simple— en los Códigos penales de los países de nuestro ámbito cultural. Y lo mismo cabe decir de algunas recientes propuestas eutanásicas. En este sentido, los autores del reciente Proyecto alemán relativo a la ayuda a morir rechazan expresamente la descriminalización del homicidio consentido y sólo en los supuestos estrictamente eutanásicos admiten la posibilidad de prescindir de la pena, perviviendo en todo caso la naturaleza delictiva del hecho (141). Y otro tanto cabe decir de la ya mencionada *Propuesta* del Grupo de Estudios de Política Criminal que, aún descriminalizando diversas hipótesis eutanásicas, adopta como punto de partida la punibilidad del homicidio a petición de la víctima, sometida a ciertas exigencias —tratarse de persona mayor de 18 años con capacidad natural de juicio y siempre que la solicitud sea expresa, libre y seria—

---

(139) Véase MOOS, R., en *Wiener Kommentar...* (nota 13), núm. 7 al parágrafo 77. En la doctrina penal española defiende también esta doble fundamentación TORÍO LÓPEZ, A., en los trabajos y lugares citados en la nota 137.

(140) Cfr., para más detalles, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales* (nota 2), pp. 201 ss. Véase también, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia* (nota 118), pp. 335 y ss. y TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión crítica...» (nota 137), pp. 229 y ss. y 240.

(141) Véase «Proyecto Alternativo...» (nota 113), pp. 867-868.

reconduciendo incluso a los restantes tipos de homicidio aquellos casos en que no concurren estas condiciones (142).

Rechazar el punto de vista de quienes legitiman en cualquier caso la muerte a petición de la víctima no significa en absoluto dar por bueno el criterio punitivo del vigente art. 409 Cp. Hemos insistido, por el contrario, en el menor contenido de injusto y culpabilidad que presentan estas hipótesis frente al homicidio simple y esta menor gravedad del hecho debe encontrar adecuado reflejo en la correspondiente conminación penal, especialmente por lo que respecta a su límite inferior que, normalmente —y así lo vemos también en el derecho comparado—, se fijará de modo que posibilite la eventual suspensión condicional de la pena impuesta (143). No es infrecuente, incluso, la exigencia de una referencia legislativa expresa a la posibilidad de un pronunciamiento de culpabilidad con simultánea renuncia a la pena, en algunas hipótesis particulares (144). Y es que no debe olvidarse que será en conexión con la regulación del homicidio consentido donde deberán articularse las oportunas referencias legislativas a los supuestos de eutanasia. Pero esta cuestión excede, como ya hemos señalado repetidamente, los límites que nos hemos fijado en este estudio.

6. Una vez analizadas, en clave político-legislativa, las distintas modalidades, cualificadas o privilegiadas, de homicidio doloso, debemos referirnos, antes de cerrar este epígrafe, a aquella otra modalidad de homicidio, que es además estadísticamente la más significativa: el *homicidio imprudente* o culposo. Como es bien sabido, todos los Proyectos de Código penal que se han ido sucediendo en estos últimos años abandonan el arcaico y repetidamente criticado modelo vigente, que reconduce la conducta imprudente a las cláusulas generales contenidas en los artículos 565, 586 bis y 600 del Código penal, para pasar al modelo, más respetuoso con las exigencias de seguridad jurídica, de tipificación expresa de modalidades delictivas imprudentes, al igual que sucede, por otra parte, en el derecho comparado (145). Lo más significativo, desde el punto de vista sistemático, es el cambio producido desde el Proyecto de 1980 y la PANCP de 1983, que regulaban conjuntamente el homici-

---

(142) Véase *Una Alternativa...* (nota 126), pp. 36-37.

(143) Cfr. las consideraciones al respecto de TORIO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...» (nota 117), pp. 187-189.

(144) Véase, en tal sentido, las propuestas —entre otros autores— de ARTZ, G., «Die Delikte...» (nota 26), p. 35 y LACKNER, K., «Erfahrungen...» (nota 19), p. 505. Esto mismo propone también, como indicábamos en el texto, el reciente Proyecto Alternativo alemán para los supuestos de eutanasia activa.

(145) En los sistemas jurídicos que venimos analizando encontramos, sin excepción, referencia expresa al homicidio imprudente. Así, en los arts. 221-6 y 221-7 del Cp. francés, art. 589 del Cp. italiano, art. 136 del Cp. portugués de 1982 (art. 137 del nuevo texto de 1995), art. 117 StGB suizo, párrafos 80 y 81 del StGB austriaco y párrafo 222 del StGB alemán.

dio y las lesiones culposas, al sistema —más correcto— de regulación separada de ambos delitos en los Proyectos de 1992 y 1994.

El problema fundamental en este campo, siempre desde la óptica político-legislativa, reside en el peso respectivo que se asigne al desvalor de acción y al desvalor de resultado. Si el acento se sitúa en el primero, será decisiva la gravedad de la imprudencia, pasando a segundo plano la naturaleza del bien jurídico menoscabado, tal como sucede con el modelo legislativo actualmente vigente. Recuérdense que, tras la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, el homicidio imprudente, siempre que la imprudencia no sea «temeraria» —y con independencia de si media o no infracción de reglamentos—, es constitutivo de una mera falta del art. 586 bis Cp., castigada normalmente con una simple multa y perseguible sólo «previa denuncia del ofendido». Este criterio ha merecido justas críticas por parte de un sector de la doctrina penal española. Se plantea, en tal sentido, TORIO la posible tensión con las exigencias constitucionales que comporta «la bagatelización, y en el fondo, la trivialización» de bienes jurídicos básicos como la vida, la autodeterminación sexual o la libertad: «Por ejemplo, la consideración como infracción penal leve (falta) de alguna forma de homicidio (...) como sucede en el nuevo art. 586 bis del Código penal, puede entrar en antagonismo con la declaración en favor de la vida del art. 15 de la Constitución» (146). A su vez, ROMEO CASABONA se sorprende de que «el legislador haya renunciado a la intervención judicial de oficio cuando se trate de la falta de homicidio simple, sea o no antirreglamentaria», observando que ni el principio de intervención mínima, ni las razones de racionalización y economía procesal «avalan suficientemente semejante restricción, dada la especial relevancia del bien jurídico implicado, de indiscutible y acentuado interés general» (147).

Pese a estas justificadas críticas, los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994 (147 bis) optan por mantener una modalidad de comportamiento imprudente constitutivo de simple falta, castigada con pena de multa y perseguible además previa denuncia del ofendido (arts. 600 y 611, respectivamente), a diferencia de lo que sucedía en el Proyecto de 1980 y en la PANCP de 1983, donde el homicidio culposo nunca era falta. Lo cierto

(146) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Injusto penal...» (nota 6), p. 2541.

(147) Véase ROMEO CASABONA, C., «Los delitos culposos en la reforma penal», en *ADPCP*, 1990, pp. 443-495 (p. 483). Es interesante destacar, en este orden de ideas, la severa crítica que merece a los redactores del reciente Proyecto de Código penal italiano —cfr. *Schema di delega legislativa...* (nota 10), p. 612— la perseguibilidad a instancia de parte de determinadas lesiones graves imprudentes, con argumentos aplicables, *a fortiori*, al caso de homicidio imprudente: es anacrónica en un momento en que se vuelve la atención criminológica y político criminal a la criminalidad culposa, objetivamente la más peligrosa; constituye un error de política criminal en una época caracterizada por la pérdida de sentido de la intangibilidad de la vida y de la integridad física; legitima la inmoralidad del mercadeo con bienes personales primarios; remite graves comportamientos antisociales a «apaños» entre compañías aseguradoras, etc.

(147 bis) El texto definitivo de NCP de 1995, art. 621.2 y 621.6.

es que el derecho comparado, sin llegar a contemplar esta posibilidad de homicidio culposo como simple contravención perseguible a instancia de parte, sí que ofrece una progresiva atemperación en su tratamiento punitivo, castigándose a veces estos comportamientos con una simple multa (148). Y ZIPF da un paso más cuando propone considerar la conveniencia de reaccionar frente a algunas hipótesis de homicidio culposo, especialmente en el ámbito del tráfico automovilístico, con una sanción administrativa de carácter pecuniario, en combinación con la exigencia de la correspondiente reparación civil por el daño causado, renunciando, por el contrario, a la criminalización de tales conductas (149). Pero si ya la consideración como falta de determinadas formas de homicidio culposo suscita —como veíamos anteriormente— justificadas reservas desde la perspectiva de la protección constitucional de la vida, «sería decididamente inconstitucional —señala TORIO— sancionar formas de homicidio, lesiones, violación, secuestro, incendio, etc., con simples multas «administrativas». Estaríamos aquí ante un ejemplo característico de la aplicación del método valorativo, propuesto por este autor, en orden a la separación entre injusto penal e injusto administrativo, cuestión ésta en la que no podemos detenernos aquí (150).

Una última consideración a propósito del homicidio imprudente y su regulación es la que se refiere a la eventual previsión legislativa de modalidades cualificadas. Baste señalar que, en el derecho comparado, las más frecuentes se refieren a la utilización de un vehículo de motor (Cp. italiano) o a la violación de reglamentaciones especiales, como las relativas a seguridad en el trabajo u otras actividades especiales (Códigos penales francés e italiano), o cuando la conducta culposa pueda ser calificada de temeraria (Cp. portugués), o atendiendo, en fin, a la producción, con la conducta imprudente, de múltiples muertes o lesiones corporales (Cp. italiano, si bien debe señalarse que el Proyecto de 1992

---

(148) Así, por ejemplo, en el Código penal suizo (art. 117) o en el Proyecto Alternativo alemán de 1970 (párrafo 102), donde se justificaba este tratamiento indicando que «sólo son adecuadas penas más elevadas si el autor lesiona al mismo tiempo otras leyes penales; pero en tal caso, las reglas del concurso de delitos permiten un tratamiento adecuado. Por otra parte —sigue la fundamentación del Proyecto Alternativo—, debe recordarse que siempre serán de aplicación preferente aquellos tipos de peligro para la vida o la integridad corporal cualificados por la producción imprudente de la muerte. Cfr. *Alternativ-Entwurf...* (nota 17), p. 21. Debe destacarse que ya LISZT, F.V., «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 144 ss. proponía para el homicidio culposo la simple multa, en cuanto alternativa a la pena privativa de libertad. Una síntesis de la discusión en torno al tratamiento de estos «homicidios involuntarios», en el marco de la reforma del derecho penal británico, nos ofrece, muy recientemente, WASIK, M., «Form and Function in the law of Involuntary Manslaughter», en *Crim.L.R.*, 1994, pp. 883-893.

(149) Véase ZIPF, H., «Kriminalpolitische Überlegungen...» (nota 13), pp. 163-164.

(150) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Injusto penal...» (nota 6), *passim*. Lo entrecorrido en el texto, en p. 2541.

suprime esta cualificación, remitiendo a las reglas generales sobre la concurrencia delictiva). Como caso singular debe, finalmente, mencionarse, la existencia, en el Código penal austriaco, de un discutido precepto que se refiere a conductas imprudentes, causantes de la muerte de otra persona, realizadas en el marco de determinadas actividades peligrosas para la vida (151).

#### IV. FENÓMENOS LEGISLATIVOS COMPLEMENTARIOS.

De forma necesariamente más rápida, vamos a pasar revista, en este epígrafe, a una serie de fenómenos legislativos estrechamente relacionados con el problema de la adecuada articulación de los delitos contra la vida humana independiente. A efectos puramente expositivos, distribuiremos esta materia en dos bloques: en primer lugar, nos vamos a referir a aquellos supuestos en los que la muerte no querida de una persona aparece, sin embargo, vinculada a la realización voluntaria de otro delito distinto (punto 1). Vienen aquí en consideración fenómenos tan diversos como los delitos cualificados por el resultado mortal, o el homicidio preterintencional o la muerte producida en el curso de una riña confusa y tumultuaria. En segundo lugar, aludiremos a la eventual articulación legislativa de un grupo de delitos cuyo punto de referencia unitario se cifra en el dato de constituir conductas peligrosas para la vida ajena (punto 2). El carácter sólo complementario de estos fenómenos legislativos, desde la perspectiva del presente estudio, y la ya excesiva extensión que éste va cobrando, nos obligan aquí a un esfuerzo de síntesis, reduciendo así mismo al mínimo indispensable las referencias bibliográficas.

1. Comenzaremos por aquellos distintos fenómenos dogmáticos e histórico-legislativos que tienen como punto común de referencia la producción de una muerte no querida, vinculada a la realización dolosa de otro delito.

a) Entran aquí en consideración, en primer lugar, los *delitos cualificados por el resultado mortal*. Como es sabido, la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983, al dotar de su actual redacción al párrafo segundo del art. 1, vino a resolver el problema más significativo que presentaban las figuras cualificadas por el resultado: el de la posibilidad de imputar incluso el resultado fortuitamente vinculado a la conducta delictiva básica. No se resolvían con ello, sin embargo, como muy

---

(151) Cfr. el amplio comentario de M. BURGSTALLER a este párrafo 81 del StGB austriaco, en FOREGGER/NOWAKOWSKI (Hrsg.), *Wiener Kommentar...* (nota 13).

pronto puso de manifiesto la doctrina (152), las múltiples cuestiones que todavía sigue planteando esta técnica legislativa, complicadas además por una curiosa línea jurisprudencial que exige para la apreciación del correspondiente delito cualificado por el resultado (por ejemplo, aborto con resultado de muerte) dolo eventual en relación al resultado cualificador, remitiendo a la técnica del concurso ideal de delitos aquellas hipótesis en las que dicho resultado se impute a título de culpa o imprudencia. No podemos, obviamente, detenernos sobre este particular (153). Baste recordar que —como pone de manifiesto la mencionada interpretación jurisprudencial— el problema fundamental que plantean hoy las figuras delictivas cualificadas por el resultado es el de justificar la existencia en ellas de un injusto adicional que legitime la previsión de una pena superior a la que resultaría de la aplicación de las reglas del concurso de delitos. De la respuesta a esta cuestión dependerá la opción a favor del mantenimiento o, por el contrario, la supresión de estos delitos cualificados por el resultado, bien entendido que, en el primer caso —como nos recuerda SUÁREZ MONTES—, se hará necesario su ajuste «en estructura y penalidad a las exigencias del principio» de culpabilidad (154).

---

(152) Véase, por todos, SUÁREZ MONTES, R.F., «Los delitos cualificados por el resultado y el pfo. 2.º del art. 1», en BAJO/COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal. t. V. La reforma del Código penal de 1983, vol. 1.º*, Madrid 1985, pp. 35-51. Ya antes, en relación a la fórmula paralela del Proyecto de Código penal de 1980, Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código penal español de 1980 (I) y (II)», en *ADPCP*, 1982, pp. 627-649 y *ADPCP*, 1983, pp. 101-126, trabajo fundamental en relación a esta materia.

(153) Un amplio análisis de esta línea jurisprudencial, con consideraciones críticas, a nuestro juicio, definitivas, encontramos en SUÁREZ MONTES, R.F., «Aplicación del nuevo art. 1 Cp. al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios penales y criminológicos IX*, Santiago de Compostela 1986, pp. 207-255 y, más recientemente, «Los delitos cualificados por el resultado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la reforma de 1983», en *Estudios de Derecho penal y criminología en homenaje al Prof. J.M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, t. II*, Madrid 1989, pp. 373-386. Le sigue, entre otros, CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna...* (nota 60), pp. 90 ss. A favor, por el contrario, de la tesis del Tribunal Supremo, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre los delitos preterintencionales, los delitos cualificados por el resultado y el principio de culpabilidad», en *Estudios penales en memoria del Prof. A. FERNÁNDEZ ALBOR*, Santiago de Compostela 1989, pp. 45-55 (pp. 51 ss.), quien vuelve a defender este criterio como ponente de la importante STS de 23 de abril de 1992 (A. 6783), al resolver sobre la aplicación del art. 348 Cp. (cualificación por la muerte en los delitos contra la salud pública) en el célebre «caso de la colza». En el mismo sentido que SUÁREZ MONTES y CEREZO y críticos, por tanto, con la solución del Tribunal Supremo en este punto, PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia 1995, pp. 228 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

(154) Véase SUÁREZ MONTES, R.F., «Los delitos cualificados...» (nota 152), p. 51. Sobre esta problemática, cfr. ampliamente, Díez RIPOLLÉS, J.L., en el trabajo citado en la nota 152. De las contribuciones más recientes, destacan: CARDENAL MURILLO, A., «Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado», en *ADPCP*, 1989, pp. 593-619 y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Imputación objetiva y subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en *ADPCP*, 1989, pp. 1021-1049.

Pues bien, salvo en el caso del reciente Código penal francés, la tendencia perceptible en el derecho comparado, si juzgamos por las últimas reformas en esta materia, es la de suprimir los particulares delitos cualificados por el resultado muerte, remitiendo los supuestos en ellos comprendidos al tratamiento previsto para el concurso ideal de delitos. Este ha sido uno de los propósitos fundamentales de la reforma del Código penal suizo por la Ley de 23 de junio de 1989, como nos recuerda SCHULTZ (155). En esta misma dirección se orienta el Proyecto italiano de 1992, cuya Exposición de Motivos se refiere expresamente al propósito de suprimir, «en el cuadro de la política más general de eliminación de las diversas figuras de delitos cualificados por el resultado, inútiles y complicatorios, y de toda otra figura disciplinable sobre la base de los principios generales (sobre todo, los relativos al concurso de delitos), el homicidio preterintencional (...) y las hipótesis de muerte o lesiones como consecuencia de otro delito (reconducibles a la disposición general sobre el concurso formal de delitos)» (156). Y ésta es también, finalmente, la línea legislativa que trazan los sucesivos Proyectos de nuevo Código penal español, con mayor o menor fortuna en cuanto a la consecución del objetivo trazado, como pone de manifiesto, en relación a la PANCP de 1983, el esclarecedor análisis del Profesor SUAREZ MONTES, quien concluye dudando que puedan ser suprimidas totalmente tales figuras cualificadas por el resultado (157), (157 bis).

b) Párrafo aparte merece, en el contexto de las estructuras legislativas que estamos considerando, el denominado *homicidio preterintencional*, objeto de un tratamiento doctrinal tan prolijo, que nos permite limitarnos aquí a sólo unas pocas consideraciones, estimando suficientemente conocidas las líneas básicas de la discusión. Inmediatamente después de la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983, trazaba con precisión, la Profesora ALONSO ALAMO (158), las distintas posibilidades que se abrían para el tratamiento de estas hipótesis de emprendimiento de una acción dolosa de lesiones que produce, de forma no querida, la muerte de la víctima. Se ha impuesto, como es bien sabido, la tesis —que ya propusiera LÖFFLER (159)— del concurso ideal de delitos.

(155) Véase SCHULTZ, H. «Die Delikte...» (nota 12), pp. 396-397.

(156) Véase *Schema di delega legislativa...* (nota 10), p. 611.

(157) Véase SUÁREZ MONTES, R.F., «Los delitos cualificados por el resultado en la PANCP», en *CPC* n.º 22 (1984), pp. 183-199 (especialmente, p. 198). Cfr. también las propuestas político-legislativas de CARDENAL MURILLO, A., «Naturaleza y límites...» (nota 154), pp. 612 y ss. y Díez RIPOLLÉS, J.L., «Los delitos cualificados . . . (II)» (nota 152), pp. 115 y ss.

(157 bis) También el NCP opta por prescindir de la técnica de los delitos cualificados por el resultado.

(158) Véase ALONSO ALAMO, M., «El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del art. 50 del Código penal», en *La Ley*, 1983-3, pp. 1059-1073.

(159) Véase LÖFFLER, A., «Die Körperverletzung», en *Vergleichende Darstellung...BT*, Bd. V (nota 16), pp. 205-383 (p. 370).

No han dejado, sin embargo, de destacarse algunos de los inconvenientes que presenta esta solución (160). Unos son de índole práctica, como sucede con aquellos casos, no infrecuentes, en los que a la acción dirigida a lesionar sigue inmediatamente la muerte, lo que impedirá determinar la índole de las lesiones que en otro caso se hubieran producido, a los efectos de aplicar la regla prevista en el art. 71 Cp. para el concurso ideal de delitos. Pero también se plantean dificultades de naturaleza dogmática: así, se ha denunciado la insuficiente diferenciación, en cuanto a su tratamiento, entre las hipótesis de preterintencionalidad y las de desviación, valorativamente diversas; y lo mismo sucedería en relación a los delitos cualificados por el resultado muerte, caso de optarse por la supresión de éstos, en los términos que acabamos de ver. A ello se añade la paradoja, inherente a la solución concursal —y en cuya denuncia ha insistido TORIO, siguiendo en este punto a ARTZ—, que supone imaginarse el emprendimiento de una acción dolosa de lesiones que, simultáneamente, se ejecute con el cuidado necesario para evitar la producción de la muerte (161).

Estos inconvenientes de la solución concursal hablarían en favor de una regulación expresa del fenómeno que estamos considerando, lo que garantizaría además la seguridad jurídica. En cuanto al modelo legislativo concreto, prevalece en el derecho comparado la vía de la cualificación de las lesiones por el resultado mortal acaecido, que es el modelo seguido en los Códigos penales alemán (parágrafo 226), austriaco (parágrafos 86 y 87) y portugués (art. 145). En estos dos últimos Códigos se diferencia, además, la pena en función de las lesiones que sirven de base. También el Código penal suizo se inclinaba por este modelo regulativo hasta la reciente reforma de 1989, donde se sustituye el delito de lesiones con resultado muerte, por el de lesiones cualificadas por el peligro para la vida (art. 122), que entraría en concurrencia ideal con el delito de homicidio imprudente, caso de producirse el resultado mortal, siguiendo la solución trazada por el parágrafo 110 del Proyecto Alternativo alemán.

La solución de las lesiones con resultado muerte ha sido objeto de severa crítica, en nuestra doctrina, por TORIO LOPEZ, quien, partiendo de un planteamiento metódico que sitúa en «la dirección objetivo-final de la acción, previa a la subsiguiente dirección subjetivo-final (dolo)» el

---

(160) Cfr., para lo que sigue, MARTOS NÚÑEZ, J.A., «La preterintencionalidad», en *Rev.-D.P. Crim. (UNED)*, n.º 3 (1993), pp. 553-601 (pp. 585 ss.) y PERIS RIERA, J.M., *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia 1994, pp. 197 y ss. En ambos casos, con amplia información bibliográfica y jurisprudencial.

(161) Véase TORIO LÓPEZ, A., «La distinción legislativa...» (nota 64), pp. 458 ss. y, especialmente, «Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de *lege ferenda* con el homicidio preterintencional», en *Rev. Fac. D. Univ. Granada* n.º 13 (1987, publicado en 1989), *Homenaje al Prof. J.A. SÁINZ CANTERO II*, pp. 215-225 (p. 224). Sorprende enormemente que las dos contribuciones monográficas citadas en la nota precedente silencien este importante trabajo.

momento central de lo injusto, pone de manifiesto cómo en la solución que comentamos «la función rectora del comportamiento corresponde (...) a la norma base del delito de lesiones, no a la norma prohibitiva del homicidio», lo que supone la incongruencia de que la muerte sobrevenga como consecuencia de una acción peligrosa para la salud, no para la vida, violando «el principio normativo que es la imputación objetiva». A la incongruencia presente en el homicidio preterintencional entre el tipo subjetivo (dolo de lesionar) y el tipo objetivo (homicidio) se añadiría, en las lesiones con resultado muerte, otra más «puesto que una acción objetivamente reconducible a la prohibición de las lesiones, sólo por su virtualidad causal, actúa de soporte para la imputación de un homicidio» (162).

Esto no sucedería, sigue TORIO, con la solución del Código penal italiano, cuyo art.584 tipifica un «homicidio preterintencional» (163), que puede ser entendido «en el sentido de requerir, precisamente, una acción peligrosa para la vida, no para la salud, para que el homicidio pueda ser efectivamente imputado». Se exigiría así que la acción originaria sea peligrosa para la vida, es decir, se encuentre comprendida en el fin de la norma prohibitiva del homicidio; de este modo, dejarán de valorarse «como homicidio preterintencional conexiones causales inadecuadas que sólo aleatoriamente han llevado al resultado mortal». No se producirá aquí ya la doble incongruencia —objetiva y subjetiva— señalada en relación a la solución alemana, «sino una incongruencia única de naturaleza subjetiva: la figura presupone un hecho antinormativo de homicidio y la ausencia de dolo de matar, siendo suficiente (aparte de la previsibilidad, que opera en otro sentido, de la muerte) la voluntad originaria de producir «lesiones». Esta construcción, concluye TORIO, mostraría, frente a la del Código penal alemán, «una superioridad indiscutible» (164). El reciente Proyecto italiano opta, sin embargo, por la supresión del homicidio preterintencional «configurando, como agravante del homicidio culposo y de las lesiones culposas, la conducta violenta y dolosa contra la persona» (165), solución que desde la perspectiva normativa que está en la base de la argumentación de TORIO, sigue siendo preferible a la de las lesiones con resultado muerte.

---

(162) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Función político criminal...» (nota 161), p. 223.

(163) El art. 584 del Cp. italiano se refiere a «quien, con actos dirigidos a cometer uno de los delitos previstos en los artículos 581 y 582 (golpes y lesiones) ocasiona la muerte de un hombre». Sobre el sentido de este precepto cfr., por todos, ampliamente, PATALANO, V. *I delitti contro la vita* (nota 9), pp. 233 ss., donde analiza los caracteres que distinguirían a esta figura de homicidio del doloso y el imprudente. En sentido semejante, el art. 222.7 del nuevo Código penal francés se refiere a «las violencias que hayan entrañado la muerte, sin intención de producirla», fijándose en el art. 222.8 una serie de modalidades agravatorias.

(164) Véase TORIO LÓPEZ, A., «Función político criminal...» (nota 161), p. 223.

(165) Véase *Schema di delega legislativa...* (nota 10), p. 611. En tal caso, la pena no podrá ser inferior a la que resultaría de las reglas sobre el concurso de delitos (así, en el art. 59, 5, letra c del Proyecto). Una crítica reciente del actual art. 584 del Cp. italiano, ofrece REGINA, A., «L'omicidio preterintenzionale (una riletatura dell'art. 584 cp)», en *L'Indice penale* 1991, pp. 517-547, quien cuestiona la constitucionalidad del precepto.

De los recientes Proyectos del nuevo Código penal español, sólo se ocupa expresamente con este fenómeno el Proyecto de 1980, cuyo art. 173 —ubicado sistemáticamente entre las «Disposiciones comunes los «Delitos contra la vida e integridad personal»— tipificaba la conducta de quien «con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del lesionado», lo que aproximaba esta regulación al modelo italiano, como no dejó de destacar la doctrina (166). El precepto desaparece en los posteriores Proyectos, lo que hace pensar que se quiere remitir el tratamiento del problema, también de *lege ferenda*, a las reglas del concurso de delitos, a pesar de los inconvenientes que presenta esta solución y a los que aludíamos más arriba (166 bis).

c) Cerramos este grupo de casos con una referencia, también muy sucinta, al problema de la *muerte producida en el contexto de un situación de riña confusa y tumultuaria*. No es necesario insistir en la importancia histórico-dogmática de este delito (167). Baste recordar cómo las exigencias culpabilísticas han provocado el progresivo abandono de la solución italiana de la «complicitá corresponsiva» y la sustitución de este modelo por aquel otro que se limita a tipificar, en cuanto delito de peligro abstracto para la vida o la integridad corporal (168), la mera participación en riña en determinadas condiciones. En este sentido se orientan los Códigos penales italiano (art. 588), portugués (art. 151), suizo (arts. 133 y 134), austriaco (paragrafo 91) y alemán (paragrafo 227). Y ésta es también la solución adoptada por el legislador español en la reforma del Código penal de 21 de junio de 1989, plasmada en el actual art. 424 Cp., que castiga «por su participación en la riña», a «quienes riñeren entre sí, acometiéndose confusa y tumultuariamente y utilizando medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas». Excedería nuestro propósito entrar en el análisis de este precepto (169), pero no

(166) Cfr. la aguda crítica de SUÁREZ MONTES, R.F., «La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980», en *ADPCP* 1981, pp. 795-824. Sin embargo, el más reciente monografista del problema, PERIS RIERA, J.M., *La preterintencionalidad...* (nota 160), pp. 312-313 propone, de *lege ferenda*, una regulación del homicidio preterintencional que se apoya en buena medida en la del Proyecto de 1980, por más que reconozca la necesidad de introducir en la misma las oportunas mejoras técnicas.

(166 bis) En el NCP no existe mención alguna al fenómeno que comentamos.

(167) Véase sólo la precisa reconstrucción de LÖFFLER, A., «Die Körperverletzung» (nota 159), pp. 311 y ss. y en la literatura más reciente, MONTORZI, M., «La rissa: genesi della fattispecie», en *L'Indice penale* 1987, pp. 513-541.

(168) La opinión de que estamos ante un delito de peligro abstracto es absolutamente dominante en la doctrina penal alemana. Véase, por todos, STREE, W., en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB Kommentar* (nota 14), núm. 1 al parágrafo 227. Posteriormente, del mismo autor, «Probleme des Schlägereitalbestandes», en *R. SCHMITT-Fs.*, Tübingen 1992, pp. 215-230.

(169) Para la situación legislativa precedente, cfr. SALAS HOLAGADO, A., «El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria», en *ADPCP*, 1987, pp. 665-695 y MARELLI CAFFARENA, B., «Análisis del delito de riña en la PANCP», en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Prof. A. BERISTÁIN*, San Sebastián 1989, pp. 797-808. Después de la reforma de 1989, cfr. HUERTA TOCILDO, S.,

podemos dejar de destacar en él algún rasgo sorprendente si lo comparamos con sus modelos de otros países (169 bis).

En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede en los preceptos de los Códigos penales que acabamos de reseñar, la figura delictiva recogida en el art. 424 del Código penal español no exige, en cuanto condición objetiva de punibilidad, la producción de la muerte o lesiones graves en alguno de los intervinientes en la riña. De esta forma, sin embargo, el comportamiento se aleja de la esfera del peligro (siquiera mediato) para la vida o la integridad corporal, situándose en el terreno de las conductas delictivas perturbadoras del orden público, cuando no de los meros injustos de policía, como no ha dejado de destacar la doctrina (170). Incluso LAMPE ha llegado a sugerir, de *lege ferenda*, esta vía: debería, a su juicio, suprimirse el actual párrafo 227 del StGB alemán reconduciendo la conducta allí prevista, en su caso, al delito de desórdenes públicos (171). Y ésta es también la vía por la que, decididamente, aboga el reciente Proyecto italiano de 1992, donde se prevé el paso de la riña a los delitos contra la seguridad colectiva, «para justificar la *ratio essendi* de tal delito autónomo», estableciendo simultáneamente una agravación para el homicidio y las lesiones, tanto dolosas como imprudentes, producidas en el contexto de una riña (172).

En segundo lugar, y frente al criterio de las regulaciones alemana y austriaca —y también la suiza, desde 1989— el art. 424 del Cp. español sólo contempla la situación (plurilateral) de «riña», dejando fuera las frecuentes hipótesis de (unilateral) «agresión» (*Angriff*). Existen, en ter-

«El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria», en *ADPCP*, 1990, pp.63-97 y MORILLAS CUEVA, L., «Participación en riña», en BAJO/COBO (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XIV. *La L.O. de 21 de junio de 1989, de actualización del Código penal*, vol. 1.º, Madrid 1992, pp. 337-367. Sobre la naturaleza del delito recogido en el art. 424 Cp. existe disparidad de pareceres en la doctrina penal española: así, mientras unos hablan de delito de peligro concreto (por todos, MORILLAS CUEVA, *loc. cit.*, p. 347), otros lo califican de delito de peligro hipotético (en este sentido, entre otros, HUERTA TOCILDO, S., *loc. cit.*, pp. 86 ss. y MAPELLI CAFFARENA, B., *loc. cit.*, p. 804).

(169bis) El art. 154 del NCP exige que los medios o instrumentos utilizados «pongan en peligro la vida o integridad de las personas».

(170) Así se manifestaba ya LÖFFLER, A., «Die Körperverletzung» (nota 159), pp. 320 y ss. En la doctrina italiana, cfr., por todos, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale, parte speciale I*, 8.ª ed., Milano 1981, pp. 102 y ss. Destacan también, en nuestra doctrina, la proximidad del delito del art. 424 Cp. a los delitos contra el orden público, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal, p.e.* (nota 82), p. 174; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, p.e.* (nota 82), pp. 66-67 y CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho penal, p.e.* (nota 74), p. 605. En contra, MAPELLI CAFFARENA, B., «Análisis del delito de riña...» (nota 169), pp. 801 y ss.

(171) Véase LAMPE, E.J., «Gefährliche Körperverletzung und körperliche Gefährdung», en *ZStW* 83 (1971), pp. 177-202 (p. 195).

(172) Véase *Schema di delega...* (nota 10), pp. 611 y 638-640. HUERTA TOCILDO, S., «El nuevo delito...» (nota 169), p. 97, propone suprimir el art.424 Cp. e introducir entre las cualificaciones de las lesiones una con este tenor: «se impondrá el grado máximo de las penas respectivamente previstas en los artículos 420 y 421 si la agresión hubiese tenido lugar en el marco de una riña confusa y tumultuaria de la que hubiere resultado muerte y no constare su autor».

cer lugar, distintos modelos legislativos —portugués, austriaco, suizo o alemán— que hacen una referencia expresa, en cuanto supuesto que excluye la punibilidad por la participación en la riña, a los casos de intervención «no reprochable» en la misma —muy expresivamente, el art. 133 del StGB suizo habla de «quien exclusivamente se defiende o separa a los contendientes»—, frente al modelo del vigente art. 424 del Cp. español, que no indica nada al respecto. Una última consideración es la que se refiere a la ubicación sistemática de la riña, pues frente al modelo legislativo vigente, que la sitúa entre los delitos contra la salud y la integridad corporal —y otro tanto hacen los Proyectos de 1992 y 1994—, sería sin duda preferible reconducir este comportamiento delictivo, en la línea de lo que sucede en otros ordenamientos, a un capítulo relativo a conductas que comportan un peligro para la vida y la incolumidad individual. Pero esto nos traslada ya al último problema que va a ser objeto de consideración en este trabajo.

2. Debe, en efecto, recordarse la frecuente plasmación legislativa, en el marco de los delitos contra la vida y la integridad corporal, de una serie de figuras delictivas cuyo núcleo de injusto viene dado por la puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos. En ocasiones incluso —como sucede en los Códigos penales francés y suizo— estos delitos aparecen agrupados en un capítulo común, con «nomen iuris» propio. Y no debemos olvidar que la regulación que de los delitos contra la vida ofrecen estos Códigos es de muy reciente factura. Es frecuente, sin embargo, que tales delitos de peligro para la vida aparezcan, sin más, junto al resto de los tipos del capítulo correspondiente. En cualquier caso, los catálogos de delitos contra la vida y la integridad corporal que ofrece el derecho comparado incluyen conductas de peligro para aquellos bienes jurídicos que, en nuestro Código penal, se ubican en lugar sistemático diverso (173).

En cuanto a qué delitos, en concreto, vienen aquí en consideración, se suelen mencionar, de modo casi constante, las situaciones de riña, que acabamos de analizar, la omisión de socorro o asistencia y el abandono de menores o incapaces. A ellos se añaden, de forma más excepcional, otros comportamientos, como el arcaico «disparo de arma de «fuego», que todavía pervive en el Cp. portugués de 1982 (art. 152), desapareciendo, sin embargo, en el nuevo texto de 1995, o las representaciones violentas y la difusión entre niños de materias peligrosas para la salud, recogidas respectivamente en los artículos 135 y 136 del StGB suizo. Esta somera caracterización permite percatarse de que, según destacaran ya SIMSOM Y GEERDS, no se trata aquí de aquellos comporta-

---

(173) Es digno de resaltar, por otra parte, que con la excepción del de RODRÍGUEZ DEVESA, los manuales y tratados españoles de parte especial siguen en este punto la sistemática legal, sin estudiar, por consiguiente, como grupo separado, el de los delitos de peligro para la vida.

mientos que comportan un peligro de carácter genérico para la vida o la salud o integridad corporal, como sucede con los denominados «delitos de peligro común» (incendio, delitos contra la seguridad del tráfico, etc.), sino de conductas que entran más específicamente en contacto con los mencionados bienes jurídicos (174). Que deban situarse sistemáticamente entre los delitos contra la vida es consecuencia, por otra parte, de la «fuerza de atracción» que, en el caso de conductas de orientación pluriofensiva, posee el bien jurídico de mayor relevancia (175).

Por otra parte, viene discutiéndose desde antiguo la eventual necesidad de formular, junto a los particulares delitos de peligro para la vida, un tipo general de recogida que pueda entrar subsidiariamente en juego, cerrando lagunas de punibilidad en este ámbito. A favor de una figura de estas características se manifestó ya Franz von LISZT, quien proponía tipificar la «producción (dolosa) del peligro de que sobrevenga la muerte o una lesión grave a otra persona» (176) y su propuesta ha encontrado eco en el Código penal suizo, cuyo art. 119 se refiere a «quien, de manera carente de escrúpulos, lleva a alguien a un peligro inmediato para su vida» (177). Y el reciente Código penal francés (art. 223.1) tipifica «el hecho de exponer directamente a otro a un riesgo inmediato de muerte o de lesiones que puedan entrañar una mutilación o una enfermedad permanente, por la violación manifiestamente deliberada de una obligación particular de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o un reglamento» (178). El problema que aquí se plantea es el de hasta dónde cabe extender, desde la perspectiva de un derecho penal de «ultima ratio», los límites del comportamiento punible. La respuesta deberá ser, sin duda, negativa cuando lleguen a tipificarse conductas cuya potencialidad lesiva para la vida o la integridad corporal sea remota o no haya podido ser suficientemente contrastada, como sucede con las «representaciones violentas» del Código penal suizo, según pone de manifiesto STRATENWERTH (179).

---

(174) Véase SIMSOM/GEERDS, *Straftaten gegen die Person...* (nota 7), pp. 204 ss.

(175) Recuérdese lo expuesto más arriba a propósito del robo con homicidio doloso. Cfr. también las observaciones que, a propósito del bien jurídico protegido en el delito de rapto, efectuábamos en un trabajo precedente: SANZ MORÁN, A.J., «Sobre la reforma del delito de rapto», en *Libro Homenaje al Prof A. BERISTÁIN, cit.* (nota 169), pp. 895-906 (especialmente, pp. 901 ss.).

(176) Véase LISZT, F., v. «Verbrechen und Vergehen...» (nota 16), pp. 151 y ss.

(177) Sobre el reducido alcance de este precepto, cfr. STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, BT I* (nota 12), pp. 73 ss.

(178) Cfr., sobre el sentido y alcance de este precepto, ACCOMANDO/GUÉRY, «Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du nouveau code pénal», en *Rev. Sc. Crim.* 1994, pp. 681-701.

(179) Véase STRATENWERTH, G., *Schweizerisches Strafrecht, BT I* (nota 12), p. 95.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta aquí el análisis, en clave político-legislativa, del grupo de los delitos contra la vida humana independiente y fenómenos complementarios. Pese a la excesiva extensión que cobra ya este estudio, no queremos concluirlo sin unas reflexiones, siquiera someras, sobre el sentido de la perspectiva a la que hemos procurado ceñirnos. Pues aunque han transcurrido ya más de veinte años desde la publicación del trabajo pionero de Peter NOLL sobre la «teoría de la legislación» (180) —conformándose, desde entonces, una masa bibliográfica considerable—, es éste un modelo de enfoque con escasa penetración en el discurso jurídico de nuestro país y sobre todo en la *praxis* parlamentaria. Y ello pese al importante volumen de reformas legislativas producidas tras la implantación del nuevo orden político-jurídico trazado por la Constitución Española de 1978.

Por lo que concierne al ámbito del derecho penal, distingue GÜNTHER dos fases en la decisión del legislador: una primera, en la que predominan los puntos de vista político criminales —el «método de la legislación penal»—, se refiere al contenido de los tipos penales, esto es, «a si, y en qué medida, formas de comportamiento hasta ahora sin sanción deben ser situadas bajo la amenaza de una pena o, a la inversa, conductas hasta ahora sancionadas deben permanecer impunes o ser sancionadas de forma diversa (...) a como hasta ahora». La segunda fase —la «técnica de la legislación»— se refiere a la forma de las normas penales y, aunque cronológicamente posterior, no deja de estar estrechamente vinculada con la decisión precedente (181). No puede decirse que la reforma penal española más reciente satisfaga esta doble exigencia procedimental, hurtándose incluso, en el caso de alguno de los Proyectos de nuevo Código penal, todo debate previo, como no ha dejado de lamentar, casi unánimemente, la doctrina científica (182).

Baste recordar, a modo de contraste, las exigencias que —siguiendo y completando a GÜNTHER— formulaba, hace ya algunos años, H. JÄGER en orden a la conformación de un tipo penal (183). Se precisa, en primer

(180) Véase NOLL, P., *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973.

(181) Véase GÜNTHER, H.L., «Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzgebungslehre», en *JuS* 1978, pp. 8-14 (p. 8). Se trata de un trabajo central desde la perspectiva de la aplicación al ámbito del derecho penal de las exigencias de una «teoría de la legislación» racional.

(182) Cfr., por todos, el reciente balance de SUÁREZ MONTES, R.F., «La fallida reforma penal en España», en AA.VV., *Ciencias humanas y sociedad*, Madrid 1993, pp. 513-527.

(183) Véase, para lo que sigue, JÄGER, H., «Strafgesetzbuchgen als Prozess», en *KLUG-Fs.*, Bd. I, Köln 1983, pp. 83-96 (pp. 86 ss.), y su reciente resumen: «Irrationale Kriminalpolitik», en H. SCHÜLER-SPRINGORUM-Fs., Köln 1983, pp. 229-243 (especialmente, pp. 234-235). Cfr. también GÜNTHER, H.L., «Die Genese...» (nota 181), pp. 9 y ss.

lugar, un programa político criminal claro, que arranque de la función protectora del derecho penal, en cuya virtud, el legislador sólo puede sancionar con una pena conductas socialmente peligrosas. Se fijarán a continuación las hipótesis de riesgo, sometiéndolas a la correspondiente prueba empírica. Cobra especial significación, en este contexto, la ayuda prestada por la investigación criminológica: la legislación penal —nos recuerda GÜNTHER— sólo puede ser eficaz si se apoya en un sólido conocimiento criminológico; sólo así podrá evitarse «que el legislador parta de hechos incorrectos o que valore incorrectamente un estado de cosas determinado» (184). Una vez constatada la dañosidad social de la conducta, deberá ponderarse, en el sentido de la exigencia de proporcionalidad, su eventual tipificación penal. El principio «in dubio pro libertate» —cuyo alcance dista, no obstante, de ser pacífico— jugará, a tal efecto, un significativo papel (185). El siguiente paso consistirá en ceñir el contenido de la formulación típica sólo a aquellos peligros relevantes desde la perspectiva protectora adoptada, ponderando también la eventual consideración legislativa de aquellos otros peligros que, sólo mediatizados por determinadas condiciones, se anudan al comportamiento típico. La siguiente exigencia, siempre según JÄGER, se refiere a la evitación de contradicciones valorativas, como reclama el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que incluye también la utilización uniforme de los argumentos dirigidos a fundamentar la decisión. Se considerará a continuación la posibilidad de utilizar alternativas extrapenales, de acuerdo con el carácter de «ultima ratio» propio del derecho penal, valorándose asimismo las consecuencias de la sanción, pues «sólo vendrá en consideración una norma penal si cabe esperar de ella un efecto preventivo general». Habrá de procurarse, finalmente, la eliminación de argumentos irrelevantes, como sucede con el de la «cifra oscura», aducido tanto a favor como en contra de la criminalización de determinadas conductas.

Es ocioso recordar que ni las más recientes reformas penales españolas, ni las sucesivas propuestas de elaboración de un nuevo Código penal satisfacen, siquiera mínimamente, este conjunto de exigencias (185 bis). Admitamos incluso que se trata de un cometido imposible, planteado sólo en el sentido de un postulado al que orientar la tarea legislativa. Ello no excusaría, sin embargo, las necesidades de un cambio radical de rumbo por parte de nuestro legislador. Nos daríamos por satisfechos si esta contribución, de cuyas limitaciones y carencias somos plenamente conscientes, pudiera al menos contribuir a esta meta de una política legislativa más ponderada, en el ámbito que aquí hemos analizado.

---

(184) Véase GÜNTHER, H.L., «Die Genese...» (nota 181), p. 10.

(185) Cfr., sobre este principio, GÜNTHER, H.L., «Die Genese...» (nota 181), p. 10 y JÄGER, H., «Strafgesetzbuch...» (nota 183), pp. 91 y ss.

(185 bis) Lo señalado en el texto vale, en grado aún mayor, para el proceso de elaboración del NCP.