

La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCION

El artículo 409 del Código penal vigente es, probablemente, uno de los preceptos más atractivos y sugerentes —a la vez que más complejos técnicamente— de los que dicho texto legal ofrece al penalista para su estudio. Porque nos remite, inmediatamente, a un problema —el del alcance y límites de la disponibilidad de la propia vida— que, por afectar a la misma raíz existencial del hombre, ha sido, y será, siempre objeto de controversia.

No es ahora el momento ni el lugar —ni, seguramente, lo permitirían las limitaciones del autor— para intentar un ensayo filosófico sobre asunto tan conflictivo. Pero sí hay que significar que la doctrina penal española, que ha estudiado con interés y acierto la difícil problemática técnico-jurídica que plantea el artículo 409, ha descuidado la exposición y la discusión de los presupuestos filosóficos y constitucionales de tal configuración legal, con lo que ha desatendido aspectos esenciales de la interpretación del precepto.

Los primeros —los presupuestos filosóficos—, no se han tomado en consideración, o, cuando menos, no se han expuesto y justificado suficientemente, quizá por un exceso de conformismo acrítico con la moral (católica) dominante, que ha impregnado, y aún impregna, de forma más que deseable, nuestro viejo texto punitivo. Ello ha restado mucha de la vitalidad y riqueza con la que se debería haber afrontado la discusión de la problemática jurídica del artículo 409. Porque no se debe de perder de vista que, en el fondo, la hermenéutica jurídica encuentra sus razones y justificaciones más íntimas en una determinada concepción (política, filosófica, antropológica, etc.) del hombre y del cosmos (1).

(1) VIVES ANTÓN, T. S.: «Dos problemas del positivismo jurídico», en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, pp. 349-350; BACIGULPO, E.: *Delito y Punibilidad*, Madrid, 1983, p. 25.

Los segundos —los presupuestos constitucionales—, por obvias razones, no han merecido que se les tuviera seriamente en cuenta hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. A pesar de ello, en las obras posteriores a ésta que se han ocupado del tema —y a diferencia de lo que ha sido, por ejemplo, el debate sobre el aborto—, su consideración ha sido escasa, por no decir nula. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tal posición, que menosprecia o no valora debidamente las referencias constitucionales, no es deseable. Porque, en una situación jurídica tan peculiar como la nuestra, en la que se mantiene vigente un Código penal cuya amplia mayoría de preceptos han nacido con anterioridad al texto constitucional, «una “interpretación según la Constitución” puede llevar a cabo una incalculable tarea de adecuación del sistema penal a los imperativos constitucionales, eliminando parte de las consecuencias del autoritarismo en el ámbito de la legislación penal y excluyendo, en consecuencia, del ámbito de lo punible, conductas que no debieran haber ingresado en él» (2).

Nuestra intención, por tanto, es la de abordar la temática jurídica del artículo 409 desde una perspectiva algo diferente a la escogida tradicionalmente para ello: precisamente, la de los presupuestos filosóficos o ideológicos y constitucionales. Ello nos va a permitir, además, adoptar una perspectiva interpretativa también diferente en algunos de los más interesantes y conflictivos problemas que ha planteado, y plantea, el precepto objeto de nuestra atención.

II. LOS LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA PUNICION DE LA PARTICIPACION Y EL AUXILIO EJECUTIVO EN EL SUICIDIO

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 409 de nuestro Código penal vigente castiga, con la pena de prisión mayor, al «que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide» y, con la de reclusión menor, al que «se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte».

De él se ha dicho muy recientemente que «constituye la prueba de la escasa relevancia del consentimiento en los delitos contra la vida humana independiente» (3). Al margen de lo matizable o discutible que pudiera resultar esta afirmación (4), lo que, en cualquier caso, no re-

(2) VIVES ANTÓN, T. S.: «Reforma política y Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, p. 110. La importancia del *principio jerárquico* en la interpretación jurídico-penal ha sido destacada con acierto por SOLER, S.: *Interpretación de la Ley*, Barcelona, 1962, p. 169.

(3) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. Delitos contra las personas, Madrid, 1986, p. 87.

(4) Porque, desde otra perspectiva, se ha podido, sin embargo, afirmar que, en estos

sulta tan evidente es si, a la vista de lo dispuesto en la Constitución de 1978, ello —esto es: la escasa o nula relevancia del consentimiento en tales delitos— debe de ser así. Y, sobre todo, lo que la doctrina no ha definido claramente ha sido el fundamento del *por qué* el consentimiento no debe ser eficaz o debe de ser escasamente eficaz, así como los límites —si es que los hay— a tal ineficacia o escasa eficacia.

Como se puede observar, el artículo 409 tiene mucho que ver con el problema de la disponibilidad jurídica de la propia vida y con la posición que, a la vista de lo dispuesto en nuestro texto constitucional, se adopte frente al mismo. Y, por supuesto, la solución a cualquiera de los problemas que plantea el citado precepto habrá de pasar, necesariamente, por una reinterpretación constitucional del mismo.

En este sentido, la postura tradicionalmente adoptada por la doctrina española ha sido la de partir del carácter «absoluto e intangible» del derecho a la vida, así como de la ausencia de toda posibilidad de disposición sobre la misma por parte de su titular (5). En consonancia con tales premisas, se ha sustentado que «el derecho a la vida que tutela el artículo 15 de la Constitución tiene... el sentido primordial... de una garantía frente al Estado, que obliga a éste a respetar y proteger la vida de todos», pero «no tiene, en cambio... el sentido de engendrar a favor del individuo la facultad de libre disposición de su propia vida, de tal manera que pueda consentir válidamente su muerte» (6). Igualmente, se ha llegado a decir que, si bien el suicidio es una conducta atípica, «parece evidente que el derecho positivo parte de la antijuridicidad de la conducta suicida, pues en otro caso no se explicaría cómo puede gravarse con el tipo la acción de quien participa en un acto no injusto» (7). De hecho —se matiza—; si el suicidio no se castiga no es sino por razones empíricas (8), por obvias razones de practicidad (9) o por razones de política criminal (10).

delitos, el consentimiento «juega un papel sobresaliente de atenuación de la penalidad» (DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO: *Derecho Penal Español (Parte Especial)*: «Delitos contra las personas», Madrid, 1962, p. 120) o que «el consentimiento del sujeto pasivo opera, de modo indirecto y sutil, pero más eficiente de lo que a primera vista pudiera suponerse» (QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo I, vol. I, 2.ª ed. puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, p. 327).

(5) En tal sentido, v., por todos, COBO DEL ROSAL, M.: «Protección jurídico-penal del derecho a la vida y su negación», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don LUIS LEGAZ y LACAMBRA (1906-1980)*, vol. I, Madrid, 1983, pp. 259 y ss.

(6) RODRIGUEZ MOURULLO, G.: «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo I: Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, p. 79.

(7) TORIO, A.: «La noción jurídica de suicidio», en *Estudios de Derecho Público y Privado, ofrecidos al Prof. Dr. D. IGNACIO SERRANO y SERRANO*, tomo II, Valladolid, 1965, nota 5, p. 656.

(8) *Ibidem*.

(9) DEL ROSAL/COBO/RODRIGUEZ MOURULLO: *PE* (cit. nota 4), p. 256; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, p. 164.

(10) OLESA MUÑO, F. F.: *Inducción y Auxilio al Suicidio*, Barcelona, 1958, p. 15.

2. LA DISCUSION EN EL SENO DE LA DOCTRINA ALEMANA

El problema —como tantos otros— ha sido objeto de un amplio e intenso debate en el seno de la doctrina alemana que, además, en este caso concreto, ofrece para nosotros un particular interés por ser el primer inciso del artículo 15 de la Constitución española de 1978 («Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física») traducción literal del primer inciso del párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante *GG*). Puntualizaremos, no obstante, que muchas de las opiniones recogidas en esta doctrina no son, en absoluto, novedosas y han sido objeto de consideración y discusión desde tiempos remotos y en foros doctrinales de la importancia, por ejemplo, de la Escuela Positiva italiana.

A) La tesis del deber jurídico de seguir viviendo

La doctrina germana ha ofrecido una gran disparidad de opiniones. Así, en un extremo se sitúa la posición de Schmidhäuser (11), quien entiende que el suicidio debe ser comprendido por el tipo del párrafo 212 del Código penal alemán (en adelante *StGB*) (12), pues de la «muerte de un hombre» se trata.

En efecto, para el autor, tanto en un caso (homicidio) como en el otro (suicidio), el desvalor en las circunstancias es exactamente el mismo, pues, en ambos, se trata de poner fin a la vida de un hombre antes de su término natural (13). Así las cosas, esa muerte típica que supone el suicidio será también antijurídica, porque las personas tienen, frente a la comunidad, el deber jurídico de seguir viviendo (14). Lo que sucede es que el suicidio, en la persona del suicida, presenta una especial causa de exculpación, ya que nos encontramos —siempre según Schmidhäuser— ante una situación paralela a la del estado de necesidad exculpante, en la que el sujeto se ve impulsado a la realización del injusto por unas condiciones vitales que él sufre sin otra solución. «Existe una imposibilidad de hallar otra solución cuando la vida ha perdido tan completamente su sentido para el que la vive que sólo se ve, como camino posible, la conclusión violenta de la misma» (15).

(11) SCHMIDHÄUSER, E.: «Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher sichts», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlín, New York, 1974, pp. 801 y ss.

(12) Hay que tener presente que dicho precepto establece que «quien mata a un hombre sin ser asesino será castigado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años».

(13) SCHMIDHÄUSER, E.: *FS für Welzel* (cit. nota 11), p. 812.

(14) *Ibidem*, p. 817. La existencia de dicho deber jurídico la justifica el autor de la siguiente forma: «Una comunidad que se tome a sí misma en serio, no podrá hacer depender su existencia del arbitrio de cada uno de los individuos, sino que debe estimular el respeto por la vida de sus miembros, también, ante los intentos de suicidio» (*Ibidem*, p. 817).

(15) *Ibidem*, p. 815.

A través de esta construcción jurídica, y afirmando la vigencia del principio de accesoriedad, el autor al que nos venimos refiriendo llega a la conclusión —aún no existiendo en el *StGB* un precepto similar al del primer inciso del artículo 409 de nuestro Código penal— de que son punibles los comportamientos de participación (instigación y complicidad) en el suicidio.

La posición de Schmidhäser no ha encontrado eco en la doctrina alemana posterior y, por el contrario, ha sido objeto de numerosas críticas. Así, por ejemplo, ya antes de la propia formulación de este autor, había advertido Gallas que ideas como las defendidas por Schmidhäuser suponían una desafortunada reminiscencia evocadora de un total deber de sumisión del individuo a la comunidad, incompatible con la actual concepción liberal del orden social (16). Por otra parte, son muchos los autores que, a la hora de criticar la construcción de un deber de seguir viviendo (*Weiterlebenspflicht*), recuerdan las palabras de Berner: «El individuo está obligado frente al Estado y frente a los demás mientras está vivo; pero no está obligado a vivir» (17).

Fuera de la doctrina alemana, ya se expresó en términos similarmente críticos, en contra de lo que él llamó «socialismo metafísico», Enrique Ferri, autor para quien la sociedad tiene el derecho de exigirle al hombre el respeto de los derechos sociales mientras éste vive y permanece en ella, y bajo su protección, pero «no tiene el derecho de imponer al hombre la obligación jurídica de existir o de permanecer en ella». Porque, desde el momento en que el hombre renuncia a la vida de un modo absoluto, o cuando renuncia solamente a la vida en el seno de una determinada sociedad, «él mismo se sustrae a toda relación jurídica con la propia sociedad» (18).

B) La tesis de la cualidad de no prohibido del suicidio

Una posición de signo y características muy diferentes a la anterior, ha sido la mantenida por la doctrina mayoritaria alemana desde hace ya muchos años, y que es la tesis de la *cualidad de no prohibido* (*unverbotenheit*) del suicidio.

El suicidio, según tal criterio, es un acto no prohibido, porque, además —se ha dicho (19)—, el que el ordenamiento jurídico regulara los supuestos de auto-causación de daño repugnaría a una concepción del Derecho que entienda éste como un orden regulador de la vida comu-

(16) GALLAS, W.: «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p. 179.

(17) BERNER, A.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 17.ª ed., p. 91, cit. por GALLAS, W.: *Beiträge* (cit. nota 16), p. 179; ROXIN, C.: «Die Mitwirkung beim Suizid: ein Tötungsdelikt?», en *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlín, New York, 1977, p. 339.

(18) FERRI, E.: *Homicidio-suicidio*, traducido por CONCHA PEÑA, Madrid 1934, p. 34.

(19) BINDING, K.: *Handbuch des Strafrechts*, I. Band, 1885, p. 699, cit. por SCHMITT, R.: «Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich Selbst?», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, p. 113.

nitaria de los hombres y haría ceder la distinción del individuo como sujeto y como objeto del Derecho. En una palabra: si se pretendieran castigar los comportamientos de auto-causación de daño se estaría contradiciendo la esencia del Estado liberal.

Por otra parte, para determinados autores —como, por ejemplo, Gallas (20)—, la teoría de la cualidad de no prohibido del suicidio tiene la virtualidad de satisfacer, igualmente, necesidades político-jurídicas: el ordenamiento jurídico se abstiene, tanto en sentido positivo como en sentido negativo, de dictar una normativa en torno al suicidio y se evita, por una parte, tener que declarar que algo que prohíbe la moral supone la realización de una autorización jurídica y, por otra, tener que erigir, mediante la prohibición de los comportamientos suicidas, una regla de comportamiento jurídica para situaciones de obligación moral o existencial altamente personal.

De todas formas, el concepto de «no prohibido» es algo impreciso y algunos autores, entre ellos el propio Gallas (21), han intentado matizarlo identificándolo con el concepto de *espacio libre de regulación jurídica* (22). Así, ha dicho Gallas, tal concepto —el de espacio libre de regulación jurídica— «resulta indispensable para la caracterización de una libertad de obrar que (como la libertad de producirse la propia muerte) no es, al mismo tiempo, la realización de una acción justificada; es decir, que no puede referirse al otorgamiento de un derecho subjetivo o a la concesión de una autorización jurídica o a la de un permiso» (23).

Es decir, utilizando la explicación de este concepto dada por Arthur Kaufmann (24), existen toda una serie de comportamientos, entre los que se podría encontrar el suicidio, que no constituyen acciones legítimas ni ilegítimas; lo que sucede es que, ante ellas, todo el ordenamiento jurídico retira, ya sea por razones jurídico-políticas, ya lo sea por otro tipo de razones, sus normas, renunciando, de esta forma, a toda valoración. En casos como los del suicidio, pues, el orden jurídico «debe abstenerse de cualquier valoración; no debe ni prohibir ni

(20) GALLAS, W.: *Beiträge* (cit. nota 16), p. 181.

(21) *Ibidem*, nota 43, p. 180.

(22) Como relata K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, 2.ª ed., Barcelona, 1980, p. 364, ya la doctrina jurídica del siglo XIX conoció un denominado «espacio libre de regulación jurídica»; es decir, «un sector que el orden jurídico deja sin regular». Así, los fenómenos y modos de comportamiento anímicos puramente internos, los pensamientos, sentimientos, opiniones, creencias, simpatías y antipatías, no son susceptibles, por su naturaleza, de una regulación jurídica». Sobre la problemática general de los llamados «espacios libres de regulación jurídica», v. ENGISCH, K.: «Der rechtsfreie Raum», en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 108, 1952, pp. 385 y ss.; del mismo *Introducción al Pensamiento Jurídico*, traducción de E. GARZÓN VALDÉS y presentación de L. GARCÍA SAN MIGUEL, Madrid, 1967, pp. 174 y ss.

(23) GALLAS, W.: *Beiträge* (cit. nota 16), nota 43, p. 180.

(24) KAUFMANN, ARTHUR: «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 y ss.

autorizar, sino dejar un espacio libre de regulación jurídica, dentro del cual el individuo, por ser éticamente libre, es llamado a responder, por sus decisiones responsables que el Derecho debe respetar como si nunca hubiera entrado a considerarlas, sólo ante su conciencia» (25).

Una línea de pensamiento similar a la de la doctrina mayoritaria germana la mantuvo, a comienzos del presente siglo, Ravá, quien entendió que no existen derechos sobre la propia persona, sino *facultas agendi* o *facultad natural*; en tal concepción, el suicidio pertenece, al igual que el resto de los actos que implican disposición de la propia persona, a una esfera extrajurídica, en la cual existirían únicamente facultades o derechos puramente «naturales» (26).

A esta última doctrina se opuso rotundamente Ferri. «La conclusión de Ravá —sostuvo el ilustre representante de la Escuela Positiva italiana— es una simple diversión estratégica; porque, mientras se trata de saber si algunas acciones son o no lícitas y el modo como la ordenación jurídica deba regularlas, en el fondo lo que hace ese autor es afirmar que el derecho no debe ocuparse de esas acciones» (27). Porque, además —continuaba Ferri—, ¿acaso se puede concebir una acción del hombre viviente en estado de sociedad con los otros hombres como algo ajeno o extraño al Derecho? «El derecho objetivo, frente a todo posible acto humano, lo prohíbe, lo ordena o lo permite regulándolo, o no lo prohíbe» y fuera de tales relaciones jurídicas «no es posible concebir la actividad del individuo en la sociedad humana». Por ello, los actos de disposición sobre el propio cuerpo o están mandados o permitidos o prohibidos o no prohibidos (28). «Y como el suicidio no es castigado —concluye Ferri—... evidentemente ello tiene el valor *jurídico* de un acto lícito y corresponde, por consiguiente, al derecho subjetivo que tiene todo hombre sobre su propia persona» (29).

Dentro de la propia doctrina alemana actual, la tesis de la doctrina mayoritaria no ha quedado exenta de críticas.

Así, de la tesis de la cualidad de no prohibido del suicidio, ha di-

(25) *Ibidem*, p. 341. De todas formas, hay que indicar que ARTHUR KAUFMANN amplía, respecto de lo que suele ser tradicional, el concepto de espacio libre de regulación jurídica, pues, desde su punto de vista, dicho concepto se puede emplear para designar diversos grupos de casos. Así, junto a un primer grupo en el que se incluyen aquellos comportamientos —como lo son las diversas actividades de la vida cotidiana: comer, beber, dormir, etc.— en los que el Derecho no está interesado y a un segundo en el que se incluyen los supuestos denominados como *libres de resultado jurídico* (*rechtsfolgefrei*), existe un tercer grupo constituido por todas aquellas hipótesis en las que, si bien sobre ellas es susceptible una valoración jurídica (y, por tanto, ni son neutrales ni irrelevantes ni indiferentes), el orden jurídico renuncia a ella para dejarlas a la libre determinación del sujeto. Es dentro de este tercer grupo de acciones —que, como explica KAUFMANN, se han venido denominando como «no prohibidas» desde los tiempos de BINDING— donde se podría situar el suicidio, a pesar de que KAUFMANN no se refiere a él expresamente (*Ibidem*, p. 336).

(26) RAVÁ, A.: *Los Derechos sobre la Propia Persona*, Turin, 1901, p. 219, cit. en FERRI, E.: *op. cit.* (nota 18), pp. 3 y 15.

(27) FERRI, E.: *Homicidio-suicidio* (cit. nota 18), p. 16.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

cho el monografista Bottke (30), que proscribe a éste, no obstante su gran significado social, a un lugar que, a pesar de los esfuerzos jurídico-teóricos orientadores de su búsqueda, debe permanecer oculto a los no juristas. Estos —sigue diciendo—, lo que necesitan saber del ordenamiento jurídico es si lo que hacen está o no permitido, por lo que la afirmación de que la muerte voluntaria está «no prohibida» no parece sino una huida, por miedo a la responsabilidad, a un contradictorio caos de *topoi* (31).

Este mismo autor, ha criticado el mantenimiento del propio concepto de espacio libre de regulación jurídica, que si bien nace con la loable intención de asegurarle al ciudadano una esfera de libertad personal, y proteger esta frente a las sanciones y las prohibiciones jurídicas, sin embargo, es una forma trasnochada de comprender las relaciones entre el Estado y el ciudadano (32).

Por otra parte, ha sido Hirsch el que ha recordado que los límites a la normación no pueden derivarse de un concepto prejurídico como el de espacio libre de regulación jurídica, sino que provienen de la Constitución (32 bis). Y, en esta misma línea, ha insistido Bottke en que, a la vista de lo dispuesto en la *GG*, la tesis del espacio libre de regulación jurídica no es aceptable, pues, ésta, en sus artículos 1 y siguientes, no se limita a consagrar unos especiales derechos a la libertad, delimitados estrechamente, que se completarían mediante la figura de un *ámbito libre jurídicamente de intromisiones*, en interés de una, lo más grande posible, libertad de obrar del individuo (33). El que es, entonces —según Bottke—, lo que la *GG* consagra en tales preceptos es lo que el autor nos expone en su particular concepción que veremos más adelante.

C) La tesis del derecho a la muerte

Otro nada despreciable sector de la doctrina alemana, entiende que existe un derecho a la autodeterminación o a la libre disposición de la propia vida y, por tanto, que existe un derecho a decidir el momento de la propia muerte. Este es el caso de Arthur Kaufmann, quien, en una ponencia presentada al *Seminario hispano-alemán sobre avances de la Medicina y Derecho Penal*, celebrado recientemente en Barcelona (34), ha señalado que el párrafo segundo del artículo 2 de la *GG* concibe el derecho a la vida como un derecho eminentemente personal,

(30) BOTTKE, W.: *Suizid und Strafrecht*, Berlín, 1982, p. 42.

(31) Sobre el concepto de *topoi*, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Prólogo» a VIEHWEG, T.: *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. DIEZ PICAZO, Madrid, 1964, p. 15.

(32) BOTTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30), p. 43.

(32 bis) HIRSCH, H. J.: «Strafrecht und rechtsfreier Raum», en *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, p. 93.

(33) BOTTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30), p. 43.

(34) KAUFMANN, ARTHUR: «Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?», ponencia inédita presentada al *Seminario Hispano-alemán sobre Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1986, p. 15.

no comprendiéndose muy bien por qué, desde un punto de vista jurídico, debe tal derecho ser irrenunciable.

Con esta afirmación, se acerca Arthur Kaufmann, no sólo a la opinión de penalistas como Rudolf Schmitt (35), sino a la de comentaristas constitucionales como Hamann y Lenz (36), para quienes el derecho fundamental a la plena disposición de la vida se deduce, sin ninguna duda, del derecho a la vida establecido en el párrafo segundo del artículo 2 de la GG, en análogo sentido a como de él se deduce el derecho fundamental a la plena disposición de la propia integridad personal, en donde tal interpretación —la de la plena disponibilidad— está, según estos autores, fuera de toda discusión (37). Igualmente, se aproxima el profesor de Múnich a la tesis que ya mantuvo en su momento Ferri, quien, sin ningún tipo de duda, afirmó: «el derecho a la vida puede ser renunciable o susceptible de abdicación por parte de quien es su sujeto, y así también el hombre, como tiene derecho a vivir, debe tener el derecho de morir» (38).

De todas formas, la teoría del derecho a la muerte ha sido, también, objeto de encendidas críticas.

Es inadmisibles, se ha dicho, esta vez por Roellecke (39), tratar análogamente el problema de la plena disposición de la integridad corporal y el de la plena disposición de la vida. La integridad física, cuando es perjudicada, puede restituirse o, por lo menos, hasta un cierto grado, puede encontrar una compensación económica; pero la disposición de la vida es irreversible.

Además, ha seguido diciendo este autor (40), la interpretación del «derecho a la integridad física» como «derecho sobre la integridad física» sólo resulta necesaria para los fundamentos de la dogmática del Derecho penal. Puesto que el Tribunal Supremo Federal considera típica, conforme al parágrafo 223 del StGB, la intervención curativa del médico, para hacer posible, desde el punto de vista del Derecho penal, tal intervención aparece, entonces, necesario conceder al paciente el poder de disponer sobre su propia integridad. Pero —sigue diciendo Roellecke—, el Derecho penal, como Derecho de rango inferior, no puede determinar la interpretación de la Constitución. Ade-

(35) SCHMITT, R.: *FS für Maurach* (cit. nota 19), p. 117.

(36) HAMANN/LENZ: *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3.^a ed., 1970, artículo 2 II, Comentario B 8.

(37) La doctrina del derecho a la muerte es, también, la que ha inspirado en Alemania occidental la realización de un *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (Proyecto alternativo de una Ley sobre la Ayuda a Morir), del que da cuenta el propio KAUFMANN (*Seminario Hispano-alemán*, cit. nota 34, pp. 6 y ss.).

(38) FERRI, E.: *Homicidio-suicidio* (cit. nota 18), p. 25. No obstante, ese «derecho a morir» del que habla FERRI tiene, a los efectos de poder ejercitarse con eficacia justificante por terceros, determinadas limitaciones. Así, afirma este autor, «dado que el suicidio es un acto jurídicamente lícito, la participación en él es también jurídicamente lícita, siempre que no sea determinada por motivos antijurídicos, ilegítimos, antisociales» (*Ibidem*, p. 70).

(39) ROELLECKE, G.: «Gibt es ein "Recht auf den Tod"?, en ESER, A. (Hrsg.): *Suizid und Euthanasie*, Stuttgart, 1976, p. 337.

(40) *Ibidem*, p. 338.

más, la doctrina penal mayoritaria ha contradicho las decisiones jurisprudenciales: la intervención curativa del médico no cumple el tipo de lesiones, por tanto, se quiebra el fundamento por el que se otorga al «derecho a la integridad física» el sentido de «derecho sobre la integridad física».

Utilizando otro tipo de argumentos, insiste Roellecke en que la sistemática de la GG excluye la posibilidad de interpretar el derecho que se otorga en el párrafo segundo del artículo 2 como un derecho a la disposición de la propia vida. Pues, aún cuando la Constitución no establezca deberes fundamentales, sí impone determinados deberes: así, por ejemplo, conforme al artículo 6, párrafo segundo, los padres tienen el deber de educar y cuidar a los hijos. Esta imposición de deberes se vería contradicha por un derecho de los ciudadanos a negarla por sí mismos (41).

En resumen, el fin del artículo 2, párrafo segundo de la GG no es el de establecer un «derecho a la muerte», sino el de proteger la existencia individual contra las posibles agresiones estatales (42).

En términos parecidos se ha expresado Eser (43), para quien el antes citado precepto de la GG tiene un claro carácter de fórmula de compromiso entre la «sacralización de la vida» y el «derecho a la muerte». De modo que la Constitución protege la vida, sin establecer un «derecho a la muerte»; pero no la protege de forma absoluta —«a cualquier precio»—, sino teniendo en cuenta unos mínimos cualitativos.

D) La tesis de Bottke

Un planteamiento algo diferente a los expuestos hasta ahora, ha sido el realizado, en fechas relativamente recientes, por el monografista Wilfried Bottke (44). Entiende el autor, que la posible solución al problema «constitucional» del suicidio —y, por tanto, de la disonibilidad jurídica de la propia vida— no puede venir dada por la interpretación del párrafo segundo del artículo 2 de la GG; pues, este precepto lo único que establece es un «derecho a la vida», silenciando con sibilina elocuencia toda posible referencia a un «deber de seguir viviendo» o a un «poder de disposición sobre la propia vida». Sin embargo, sí puede venir resuelto dicho problema por lo dispuesto en el párrafo primero de ese mismo precepto: «Todos tienen derecho al li-

(41) *Ibidem*.

(42) *Ibidem*.

(43) ESER, A.: «Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen», en ESER, A. (Hrsg.): *Suizid und Euthanasie*, Stuttgart, 1976, p. 394. De este mismo autor, v., también: «Entre la "santidad" y la "calidad" de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida», traducción de PATRICIA R. LAURENZO, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1984, pp. 774 y ss.

(44) BOTTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30).

bre desarrollo de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral» (45).

En dicho precepto, se garantiza la genérica libertad de obrar de los individuos y, por tanto, también se garantiza —según Bottke (46)— la libertad del individuo de tomar la responsable decisión, ante su conciencia, de suicidarse. Por otra parte, *el núcleo esencial* de dicha libertad queda preservado de los posibles ataques externos en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo segundo, del propio texto constitucional, que establece que «en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia».

Ahora bien, a la vez que se garantiza dicha libertad, en el mismo precepto, y con la triple alusión en él contenida —*derechos de otro, orden constitucional y ley moral*—, se establecen los límites a esa genérica libertad de obrar y, por tanto, a la libertad de suicidarse (47). En concreto, y para el problema que ahora abordamos, ¿cuáles son los límites a los que el autor se refiere? Aparte de la referencia a la ley moral, que no es sino una cláusula general cuya interpretación ha de hacerse poniéndola en relación con las otras referencias del propio artículo 2, párrafo primero y con el orden de valores establecidos en la GG (48), el primero de tales límites —*los derechos de otro*— plantea —siempre según este autor— la siguiente cuestión: existen *unas muy determinadas personas* que, como consecuencia de una especial relación jurídico-privada —como puede ser la de características jurídico-familiares—, se encuentran sometidas a determinados deberes. La muerte libre —entiende Bottke— no puede hacer perder, frente a terceros, esa especial relación ni puede frustrar el cumplimiento de deberes de fidelidad, tutela o asistencia altamente personales. Ello, no obstante, podría tener sus excepciones en los casos de enfermos terminales que se encuentran sometidos a terribles dolores, etc. (49).

El segundo de tales límites —*el orden constitucional*—, plantea el interrogante de si, dentro de él, tiene cabida *el derecho a impedir el suicidio*; es decir, ¿la libertad de suicidarse se vacía de contenido ante un supuesto deber de soportar la acción salvadora de un tercero? (50). En estos casos —siempre según Bottke—, hay que llevar a cabo una ponderación de los intereses en conflicto y comprobar si los intereses que han llevado al tercero a evitar el suicidio deben prevalecer sobre los intereses del suicida a suicidarse. Y parece, según él, que deben prevalecer los intereses del que impide el suicidio —que, al fin y al cabo, son la protección de la vida, el cumplimiento del deber de solidaridad, etc.—, porque, además, la libertad de suicidarse no se perjudica *en su esencia* (artículo 19, párrafo segundo de la GG), puesto que el sujeto podrá realizar su acción suicida más adelante (51).

(45) *Ibidem*, p. 30.

(46) *Ibidem*, p. 43.

(47) *Ibidem*.

(48) *Ibidem*, p. 52.

(49) *Ibidem*, pp. 45-46.

(50) *Ibidem*, p. 46.

(51) *Ibidem*, p. 47.

De acuerdo con esta forma de pensar, ha podido, en conclusión, afirmar Bottke, que, tanto la teoría de la «antijuridicidad del suicidio», como la del «espacio libre de regulación jurídica», tienen, parcialmente, razón. En efecto, aquélla no tiene razón en la medida en que establece un general deber de seguir viviendo, pero sí la tiene cuando, para algunos supuestos en particular, mantiene la infracción del deber al producirse una muerte voluntaria. En idénticos términos, la teoría del «espacio libre de regulación jurídica» no tiene razón cuando mantiene una libertad jurídico-constitucional para el suicidio, pero sí la tiene en la medida en que, para la esencia de la libertad de suicidarse, postula un derecho libre de intromisiones (52).

E) Toma de posición

Tras esta exposición del debate que ha tenido lugar en la doctrina alemana, vamos a tratar de exponer nuestra posición personal.

Empezaremos por decir que coincidimos con la gran mayoría de la doctrina alemana en que la teoría del «deber de seguir viviendo» es insostenible. Y ya no sólo por los argumentos ofrecidos por aquélla, sino porque, si convenimos con Díez Picazo (53), en que «el concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de deber sino el concepto de poder o de tener derecho», el mantenimiento de una tesis como la que ahora criticamos nos conduciría, sin grandes dificultades, a tener que admitir la existencia de un derecho del Estado —o, por lo menos, de la comunidad— a decidir sobre el mantenimiento o —¿por qué no?— la cesación de nuestra existencia.

Por otra parte, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico no se ha abstenido de realizar valoraciones sobre el comportamiento suicida. De hecho, aunque, desde nuestra perspectiva, no se puede predicar del suicidio su antijuridicidad (54), es innegable que el Código penal adopta, frente a él, una determinada posición valorativa, no castigando el acto suicida y sí castigando, sin embargo, los comportamientos de participación en dicho acto suicida. Con ello, lo único que pretendemos es rechazar —desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico— la tesis del «espacio libre de regulación jurídica», sin entrar, no obstante, en el arduo problema de la aceptabilidad o inaceptabilidad de un concepto de semejantes características.

Ahora bien, lo que, por otra parte, es, a nuestro entender, indiscutible —en contra de lo que ha afirmado algún sector de nuestra doc-

(52) *Ibidem*, pp. 55-56.

(53) Díez-Picazo, L.: *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona-Caracas-México, 1982, p. 83.

(54) Y no se puede por la interpretación constitucional que intentamos desarrollar en estas líneas.

trina—, es que de la Constitución española de 1978 no se puede deducir ni el carácter absoluto de la protección a la vida ni el de su indisponibilidad. Es cierto, y nada hay que objetar a ello, que el derecho a la vida del artículo 15 tiene el sentido de una garantía frente al Estado, que debe respetar y proteger ésta. Pero lo que ya no podemos compartir es que de dicho precepto se pueda deducir, de una parte, que el carácter de dicha protección sea absoluto y, de otra, que el sujeto no tenga la libre disposición de su propia vida. Aquéllo —esto es: el carácter absoluto de la protección de la vida—, viene desmentido por la propia realidad de los tiempos en que nos hallamos. Como elocuentemente ha señalado Arthur Kaufmann (55), la protección absoluta de la vida ha sido una cuestión relativamente no problemática hasta que la Biología y la Medicina no han estado en condiciones de manipular, a través de medios artificiales, el comienzo y el final natural de la vida humana. Pero la posibilidad de alargar artificialmente la vida sitúa al médico ante la cuestión de si, en todo caso, debe proceder a tal prolongación cuando ello conduciría, únicamente, a un alargamiento del suplicio del enfermo. Por otra parte —continúa Kaufmann—, los adelantos de la Medicina han conducido al médico a la necesidad de que, en determinadas ocasiones, éste proceda a una selección, dado que los medios de reanimación o trasplante son escasos.

Piénsese, además, que el Estado puede disponer de la vida imponiendo, en tiempos de guerra, la pena de muerte o declarando la guerra a otros estados. Sería, pues, una ironía, anté todo este tipo de situaciones, seguir insistiendo en el carácter absoluto de la protección de la vida.

Por otra parte, del artículo 15 de la Constitución española de 1978 no puede deducirse el carácter de indisponible de la propia vida o, si se prefiere, el carácter de irrenunciable de tal derecho; por el contrario, nos atreveríamos a afirmar que, más bien, lo que parece poder deducirse del texto constitucional es, precisamente, la tesis opuesta. Vamos a intentar explicar por qué.

El derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución se encuentra indisolublemente ligado con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 del mismo texto consitucional (56). Es más, como ha señalado la doctrina constitucional (57), la *dignidad de la persona* es «el núcleo desde el que irradian su proyección los valores constitucionalizados». Y tal concepto —el de dignidad de la persona— «entraña el reconocimiento de una esfera de la vida de los individuos que debe ser regulada y protegida para que el hombre pueda realizarse». Ese reconocimiento, que también recoge el artículo 10 al referirse al «libre desarrollo de la per-

(55). KAUFMANN, ARTHUR: *Seminario Hispano-alemán* (cit. nota 34), p. 1.

(56) STC 53/1985, de 11 de abril, «B.O.E.» del 18 de mayo; referencia extraída de *Cuadernos de Política Criminal*, número 28, 1986, p. 230.

(57) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: «Derechos y deberes fundamentales», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo II, Madrid, 1984, p. 33.

sonalidad», «es la fuente de la que fluyen los derechos y libertades fundamentales» (58).

Dentro, pues, de esa esfera de libertad debe entrar, sin ninguna duda, el derecho a disponer del propio cuerpo. Porque, como ha señalado entre nosotros Berdugo (59), la vida no es objeto de tutela a causa de su valor social, sino como presupuesto de la participación del individuo en el sistema social. Lo que se están tutelando son «las condiciones mínimas de la propia libertad, las cuales posibilitan al individuo participar o no en el sistema social» (60).

Y no creemos que sea válido objetar que el suicidio no desarrolla la personalidad (61) o que impide la participación en el sistema social. Primero, porque, desde un punto de vista filosófico, también es posible afirmar que qué mayor grado de desarrollo personal cabe que la elección del momento y del modo de la propia muerte. Segundo, porque —como ha indicado Botke (62)— los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución tienen, frente al aspecto de realización «positiva», una faceta «negativa», de renuncia libre a su ejercicio, que debe ser objeto, también, de tutela y protección de la misma manera que lo es su utilización efectiva.

El suicidio, por tanto en términos generales, es un acto, desde el punto de vista jurídico, libre. Y, como han señalado los más diversos autores, la irrenunciabilidad del derecho a la vida sólo se puede justificar desde concepciones utilitarias o colectivistas o desde posiciones morales muy determinadas, que, normalmente, a su vez, se apoyan en principios utilitarios o colectivistas (63).

(58) *Ibidem*.

(59) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El Delito de Lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 71.

(60) *Ibidem*. Obviamente, el planteamiento que aquí proponemos presupone la aceptación —en contra de lo que, probablemente, sería la opinión de un buen número de representantes de nuestra doctrina más reciente— del carácter esencialmente antropocéntrico de nuestra Constitución. Pero es que —con BERDUGO— nosotros también entendemos que, en la disyuntiva individuo-comunidad, como centro del sistema constitucional de valores, nuestra ley fundamental ha optado por el primero y no por la segunda (*Ibidem*, p. 66).

(61) En tal sentido, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D. M.: «La intervención médica y funcional en casos de huelgas de hambre, intentos de suicidio y autolesión», ponencia inédita presentada al *Seminario Hispano-alemán sobre Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona, 1986, p. 4.

(62) BOTKE, W.: *Suizid* (cit. nota 30), p. 44.

(63) Decía FERRI, al referirse a cuáles serían las razones que podrían impedir el libre ejercicio del «derecho a disponer de la vida», que él, en toda la filosofía jurídica, no había encontrado más que dos: «1.ª, que el hombre, teniendo un fin supremo que alcanzar, y que le ha sido impuesto por la suprema ley moral, tiene el deber de conservar la propia existencia, que es el medio para la consecución de tal fin; 2.ª, que tienen derecho a la vida del hombre, no éste solamente, sino que también los miembros de su familia, y el Príncipe, como decían los juristas medievales, o la sociedad o el Estado, como dicen los juristas modernos» (*Homicidio-suicidio*, cit. nota 18, pp. 32-33). Por otra parte, resulta enormemente significativo el relato del gran jurista inglés, GLANVILLE WILLIAMS (*Textbook of Criminal Law*, 2.ª ed., London, 1983, p. 578), en el que nos describe cómo el propio repudio cristiano al suicidio encuentra su origen en un motivo abiertamente utilitario. En efecto, el sentido pecaminoso del suicidio lo inventó AGUSTIN DE HI-

Ahora bien, inmediatamente cabe formularse un interrogante: ¿tiene algunos límites este acto libre?

Desde luego, no podemos aceptar la limitación que indicaba BOTTKE en el sentido de que el suicidio será antijurídico cuando, mediante él, se frustran determinados deberes estrictamente personales. Si así fuera —y por lo antes dicho de que no concebimos la existencia de un deber sin un derecho que exista previamente a él— estaríamos dando a los terceros frente a los que el suicida se encuentra obligado el *derecho* a decidir sobre el momento de la muerte del suicida.

Por lo que se refiere a la ponderación de intereses que hay que realizar ante un supuesto conflicto ente el derecho a suicidarse y el derecho a impedir el suicidio, hay que tener presente, como lo ha hecho entre nosotros Cerezo Mir (64), que la *dignidad de la persona humana* es un principio material de justicia, un límite inmanente del Derecho positivo, que no permite ser incluido como un interés más en el marco de la ponderación de intereses. Es más, con Díez Ripollés (65) habría que llegar aún más lejos y decir que, si la dignidad de la persona humana ha de ser el principio inspirador de todos los valores constitucionales y del ordenamiento jurídico de ellos derivado, el respeto a la dignidad de la persona habrá de ser *el marco* en el que se producirá la ponderación de intereses. Por tanto, desde nuestro punto de vista, debe prevalecer el derecho a suicidarse sobre el derecho a impedir el suicidio (66).

No obstante, dada la inmensa importancia del bien jurídico al que ahora nos estamos refiriendo —la vida—, así como la gravedad que implica el acto de disposición del mismo, y dada la ineludible obligación que tiene el Estado de proteger la vida, lo que sí podría —o, incluso, debería— hacer éste es establecer una regulación de la prestación del consentimiento y unos límites a la eficacia del mismo (67). De tal forma que, el Estado, por una parte, podría exigir que el sujeto, para disponer libremente de su vida, fuera plenamente consciente de la trascendencia y gravedad del acto que realiza y, por otra, podría limitar la eficacia justificante del consentimiento hasta el punto de no

PONA para evitar que muchos cristianos pusieran fin a su vida nada más ser bautizados, ya que, entendían, ésa era la única forma certera de evitar el pecado y asegurarse la Gloria. Ante el gran número de fieles que seguían esta práctica, con la consiguiente diezma de la población creyente, AGUSTÍN DE HIPONA estigmatizó el suicidio considerándolo un pecado aún más grave que cualquiera de los que se pudieran cometer en vida, evitando, de esta forma, los constantes suicidios.

(64) CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I*, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 407.

(65) DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», en *Cuadernos de Política Criminal*, número 30, 1986, p. 635.

(66) Sobre los problemas específicos que pudiera plantear, en este sentido, el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 e, igualmente, sobre los problemas que plantean las intervenciones de terceros en las huelgas de hambre penitenciarias, v. DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre» (cit. nota 65); en particular, para la primera de las cuestiones referidas, v. la nota 72, p. 662.

(67) En tal sentido, para la problemática del consentimiento en las lesiones, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El Delito de Lesiones* (cit. nota 59), pp. 71, *in fine*, y 72, p. 662.

ofrecer cobertura a determinadas intervenciones de terceros en el libre acto del suicidio (68).

Lo primero, excluiría la posibilidad de considerar como libre el acto suicida de un menor o de un incapaz (69), pudiendo, en estos casos, el Estado proteger la vida, incluso, en contra de la voluntad de su titular o en contra de la voluntad de los padres o tutores de dicho menor o de dicho incapaz.

Lo segundo, nos podría llevar a la conclusión de que, aunque el Estado no puede ni debe imponer el respeto a la propia vida, manteniéndola indemne aún en contra de la voluntad de su titular, sí que podría —o debería— obligar a respetar la vida *ajena*, prohibiendo determinados comportamientos que, por parte del tercero no titular de la vida, suponen una efectiva lesión o una efectiva puesta en peligro —que termina en lesión— de la vida ajena, aunque se cuente con el expreso deseo del titular.

Sí podrían —o deberían—, pues, ser punibles, por el evidente salto cualitativo que ello supone y porque, efectivamente, no se respeta la vida *ajena*, los supuestos en los que, aún con la expresa solicitud de un sujeto capaz y libre al otorgar su consentimiento, la muerte es ejecutada por un tercero. Se podrá, no obstante, hablar de inexigibilidad o de exculpación ante el comportamiento de, por ejemplo, el hijo que, no pudiendo soportar más el sufrimiento del padre, enfermo incurable, pone fin a su vida cuando éste se lo pide; aunque no se pudiera hablar de que tal comportamiento estuviera justificado.

Ahora bien, considerar estos comportamientos como punibles no implica —o no debe implicar—, necesariamente, anular completamente la eficacia del consentimiento. El consentimiento aquí, entendemos que debe servir para reducir, respecto del homicidio, la conminación penal abstracta, porque es evidente que el desvalor no puede ser idéntico en un caso que en el otro.

Por otra parte, ya hemos dicho que el Estado podría castigar, no

(68) Estos constituirían, desde nuestro punto de vista, el máximo de limitación aceptable dentro de un estado de Derecho, lo cual tampoco implica que tales límites se deban, necesariamente, establecer.

(69) Al llegar a este punto, deseáramos hacer una importante observación. Se ha señalado, en nuestra doctrina, que, desde el punto de vista jurídico, suicidio es la muerte querida por una persona *imputable*; por tanto, tal concepto hay que descartarlo (entrando en juego, por ejemplo, la figura de la autoría mediata en un homicidio o en un asesinato y no la de la inducción al suicidio) cuando de menores o incapaces se trata (artículo 8, circunstancias 1.ª, 2.ª y 3.ª) (v., por todos, TORIO, A.: «La noción», cit. nota 7, pp. 663 y ss.). Si nos ciñéramos a este criterio, ahora deberíamos decir —coherentemente con él— que el suicidio de cualquiera de los sujetos incluíbles en alguno de los tres primeros números del artículo 8 de nuestro Código penal podría no ser considerado como un acto libre. Sin embargo, entendemos que aquí, al igual que cuando de distinguir la autoría mediata de la inducción se trata, hay que matizar que el acto suicida será libre siempre que el inimputable esté «capacitado excepcionalmente para adoptar una resolución propia» (JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. II, Barcelona, 1981, p. 925; al respecto, permítaseme recomendar que se vea mi libro *La Provocación para Cometer Delito en el Derecho Español*, Madrid, 1986, pp. 283-284).

sólo aquellas conductas que supongan una ejecución de la muerte por parte de un sujeto distinto del suicida, sino también determinadas intervenciones, no ejecutivas, sino participativas, en el propio acto suicida. ¿Cuáles serían estas intervenciones participativas que podrían resultar punibles como consecuencia de la imposición de respetar la vida ajena? Desde nuestro punto de vista, sólo lo podrían ser aquellas que, o bien hagan nacer una voluntad suicida allí donde esta no existía (70), o bien determinen o impulsen *definitivamente* una voluntad suicida preexistente. Y esto es así porque son éstos los únicos supuestos en los que se puede decir que, de alguna manera, la libertad interna del acto suicida no es absoluta o total, ya que, la decisión suicida, viene determinada o motivada «desde fuera», contribuyendo, por tanto, el tercero, de forma efectiva y directa, a la lesión del bien jurídico. Sólo en estos supuestos es, desde nuestra perspectiva, posible encontrar un mínimo fundamento constitucional para el castigo de la participación en un acto no injusto, porque sólo en tales casos el partícipe interviene en el proceso de formación de la voluntad suicida de forma decisiva, no respetándose, de ese modo, la vida *ajena*; o, si se prefiere, contribuyendo efectiva y decisivamente a la lesión del bien jurídico.

Si se acepta el argumento, los únicos comportamientos de participación en el acto suicida que se podrían incluir dentro del párrafo primero del artículo 409 serían los de inducción (artículo 14, número 2) y *determinadas* formas de cooperación necesaria del artículo 14, número 3; en concreto, aquellas consistentes en *determinar o impulsar definitivamente una voluntad suicida preexistente* (71). Quedarían fuera, pues, no sólo los comportamientos de complicidad o cooperación no necesaria del artículo 16 (72), sino también aquellos, que, suponiendo

(70) No es infrecuente poder leer la opinión de quien entiende impensable la inducción en el suicidio; el suicida —se suele decir—, puede necesitar ayuda de un tercero, pero, normalmente, toma la decisión de suicidarse sin la concurrencia de extraños. Sin embargo, entre nosotros, ha sido TORIO LÓPEZ («Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 177 y ss.) el que convincentemente ha expuesto cómo sí que son imaginables supuestos de inducción al suicidio en determinados estados psicológicos denominados de «síndrome presuicidal».

(71) Desde la perspectiva expuesta por COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, pp. 637-638, éstas parecen ser las únicas conductas incluíbles en el número 3, del artículo 14. Pues, la distinción —según ellos— entre cooperador necesario y cómplice se debe hacer sobre la base de un juicio acerca del proceso motivacional del autor, debiéndose indagar, no si el autor hubiera *podido efectuar*, aún de otro modo, sin la colaboración del partícipe, el hecho, si no como exige la Ley, *si lo hubiera efectuado*.

(72) La posición tradicional de la doctrina española ha sido, por el contrario, la de incluir tales supuestos dentro del «auxilio» al que se refiere el artículo 409, párrafo primero; así: DEL ROSAL / COBO / RODRÍGUEZ MOURULLO: *PE* (cit. nota 4), p. 266; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 9.ª edición, Madrid, 1983, p. 67; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª edición, Universidad de Sevilla, 1985, p. 55; BAJO FERNÁNDEZ, F.: *PE* (cit. nota 3), p. 91; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 47, entre otros. Muy recientemente, QUERALT, J. J.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, vol. I, Barcelona, 1986, pp. 18-19, ha excluído —aunque con fundamentos distintos a los aquí expuestos— la punibilidad de la complicidad (artículo 16), dentro del precepto al que nos referimos.

do una cooperación a la ejecución del suicidio sin la cual éste no se hubiere efectuado (artículo 14, número 3), no consisten, sin embargo, es un impulso o en una determinación definitiva de la preexistente voluntad suicida.

De lege data, por tanto, si se aceptan las limitaciones constitucionales que hemos propuesto, las únicas conductas que, junto a las de auxilio ejecutivo al suicidio, podrían castigarse conforme al artículo 409 del Código penal serían las de inducción, del artículo 14, número 2, y algunas —sólo algunas— de las formas de cooperación necesaria incluibles en el número 3 del mismo artículo 14 (73). *De lege ferenda*, sin embargo, me inclinaría por la impunidad de todos los comportamientos de participación en el suicidio (74). Porque, de hecho, el posible fundamento de su punición no queda, en absoluto, libre de objeciones. Y, así, no deja de resultar extraño que si, en último término, la decisión *final* está en manos del titular de la vida —aunque el partícipe interfiera en ella de forma más o menos relevante—, y es él el que ejecuta *personalmente* el acto de disposición, castigemos al que no se limita más que a colaborar en dicho acto libre. ¿Está realmente el Estado legitimado a obligar a respetar la vida ajena hasta el punto de castigar todos los comportamientos consistentes en una intromisión en el proceso de formación de la voluntad de disposición de la misma? La respuesta a esta cuestión es enormemente difícil y, en cualquier caso, dependerá de valoraciones muy personales. Pero su mera formulación sirve, cuando menos, para cuestionarse el hipotético fundamento de la punición de la participación en el suicidio (75).

Esta «reinterpretación» constitucional que hemos llevado a cabo en las páginas precedentes nos va a permitir —tal y como ya anunciamos al comienzo— enfocar de una manera diferente alguno de los problemas más interesantes de la interpretación jurídica del artícu-

(73) Esto, por otra parte, resuelve satisfactoriamente la injusta equiparación de penas que se operaría entre el cooperador necesario y el cómplice si entendiéramos que, dentro del de auxilio del párrafo primero del artículo 409, cupieran ambos tipos de conductas.

(74) Aunque no por la de los de auxilio ejecutivo al suicidio, si bien, en este caso, manteniendo un marco penal, abstracto notablemente más reducido que para el homicidio. Por supuesto, ni que decir tiene que con el planteamiento político-criminal que ahora propugnamos no podemos estar de acuerdo con la regulación que de esta cuestión se hace en los números 1 y 2 del artículo 144 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983; ni siquiera lo estamos para el marco penal abstracto fijado en el inciso primero del número 2.

(75) Nuestra posición, no obstante, debe ser matizada en algunos extremos. Ha de quedar muy claro que no es nuestra intención ni realizar una apología de la muerte libre ni siquiera resaltar sus posibles aspectos positivos. La destrucción de la vida no es, por regla general, algo deseable y el Estado debe protegerla y respetarla, removiendo todos los obstáculos que impidan su libre y completo desarrollo. El suicidio, por tanto, es algo a evitar, como lo es, igualmente, el aborto. Por ello, el Estado debe desplegar todos los medios a su alcance para evitar que se produzcan los conflictos vitales o existenciales que desembocan en suicidios o en abortos. Ahora bien, esto no implica el que debamos perder de vista cuáles han de ser los límites a la actuación estatal en estos terrenos; y, concretamente, los límites en el terreno de la disponibilidad jurídica de la propia vida, que, a nuestro entender, deben venir señalados por los criterios aquí expuestos.

lo 409; en concreto, abordaremos a continuación la cuestión de la naturaleza jurídica de la muerte del suicida y la de la participación por omisión en el suicidio.

III. LA NATURALEZA JURIDICA DE LA MUERTE DEL SUICIDA

1. POSICIONES DOCTRINALES

Se ha discutido mucho —y aún se sigue discutiendo— en el seno de la doctrina española, cuál es la naturaleza jurídica de la muerte del suicida en las diversas modalidades típicas del artículo 409. Más concretamente, en las dos modalidades típicas del primer inciso del precepto, porque respecto del carácter de sultado típico de la muerte del sujeto en el auxilio ejecutivo al suicidio pocos discrepan (76), (76 bis).

Un sector doctrinal, encabezado fundamentalmente por Muñoz Conde (77) y Bajo Fernández (78), ha entendido que la muerte, en el párrafo primero del artículo 409, es, al igual que en el segundo, el *resultado típico* del delito de inducción y auxilio al suicidio.

Frente a esta opinión, otros autores han defendido, por el contrario, que la muerte no es sino una *condición objetiva de punibilidad*. Así lo ha hecho Rodríguez Devesa, quien no ha dudado en afirmar que la muerte «no puede ser un resultado que cualifique, porque la inducción no seguida de resultado alguno no puede considerarse como «delito básico», sino que es irrelevante con arreglo a los principios que informan la materia en el derecho común español». Tampoco —concluye— podría «formar parte del tipo, porque el suicidio *per se* es impune» (79). Torío, por su parte, comparte la calificación jurídica de Rodríguez Devesa, ya que —dice— «el suicidio no es el resultado del delito» porque «no constituye la materia prohibida» (80).

(76) Recientemente, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *PE* (cit. nota 72), p. 46, ha defendido, en contra de lo que suele ser el criterio habitual en nuestra doctrina, que la muerte en el segundo inciso del artículo 409 es una condición objetiva de punibilidad. Entendemos que tal solución no es sostenible porque el Código no está configurando, en dicho inciso, una «forma de participación» en un injusto ajeno, sino un comportamiento consistente, precisamente, en causar la muerte de una persona, aunque con su consentimiento; elemento éste que, no obstante, no modifica la estructura de la conducta típica que, en este caso, no se satisface con la mera manifestación de voluntad, sino que requiere, además, la producción de un resultado material, cual es la muerte del sujeto pasivo.

(76 bis) El mero hecho de plantear este problema supone que estamos tomando postura respecto a otra cuestión, también debatida, que hace referencia a si el delito de inducción y auxilio al suicidio exige o no la efectiva muerte del suicida. La doctrina dominante ha dado, desde nuestro punto de vista, argumentos más que suficientes para que se pueda afirmar que, en efecto, la muerte es una exigencia típica del párrafo primero del artículo 409; v., por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE* (cit. nota 3), p. 88.

(77) MUÑOZ CONDE, F.: *PE* (cit. Nota 72), p. 52.

(78) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *PE* (cit. nota 3), p. 89.

(79) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *PE* (cit. nota 72), p. 65.

(80) TORÍO LÓPEZ, A.: «La noción» (cit. nota 7), nota 1, p. 653. También es partidario de esta tesis BUSTOS RAMÍREZ, J.: *PE* (cit. nota 72), p. 46.

Finalmente, una tercera tesis se ha mantenido por Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo. Según éstos, la tesis del resultado típico no se puede mantener «porque, ya al margen del problema de la inducción, en el *auxilio* a que alude el artículo 409 se incluye cualquier clase de éste y, por consiguiente, también aquellos actos que técnicamente merecerían la consideración de simple complicidad. En consecuencia —continúan—, el *auxilio* puede estar integrado por actos que si bien favorecieron la ejecución de la resolución suicida no constituyen, ni mucho menos, ninguna *conditio sine qua non* del resultado muerte». En tales circunstancias, no es posible hablar de resultado cuando los actos de *auxilio* no son la *causa* del mismo (81).

Tampoco aceptan Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo la tesis de la condición objetiva de punibilidad, pues, a su juicio, presupuesto del concepto de condición objetiva de punibilidad es que la condición futura sea ajena —y, por ello, es objetiva— a la culpabilidad del agente. La ley, sin embargo, en el artículo 409, no ha desvinculado subjetivamente, ni en los supuestos de inducción ni en los de *auxilio*, la muerte del suicida de la conducta del inductor o del auxiliador, porque dicha inducción o dicho *auxilio* han de serlo para que el sujeto se suicide. Por tanto, la muerte no puede ser ajena a la voluntad de los partícipes (82).

Para Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo, la muerte es, más bien, una *condición de la relevancia jurídica* de la conducta de inducción y *auxilio* al suicidio. La explicación de esta particular tesis se concreta de la forma siguiente: «tanto en la inducción como en la prestación de *auxilio* para que otro se suicide se repite, lisa y llanamente, aquel fenómeno de *accesoriedad* que es inherente a toda forma de participación. En general —siguen diciendo—, la *relevancia* jurídicopenal de la inducción y de los actos que técnicamente se califican de complicidad depende de que haya habido actos ejecutivos por parte del autor principal»; con lo cual, lo que se quiere afirmar con el dogma de la *accesoriedad* es únicamente «que el acto de participación carece de una relevancia penal autónoma y que su significación penal deriva del hecho realizado por el autor, al menos en la forma de tentativa». La exigencia, pues, de la muerte del suicida tiene, precisamente, el sentido de «privar de relevancia jurídicopenal a la inducción o *auxilio* al suicidio no seguidos de la muerte del suicida» (83).

2. POSICION PERSONAL

Para la solución del dilema que nos plantea la calificación jurídica de la muerte del suicida, ha de tenerse en cuenta la premisa de la que partimos: en el párrafo primero del artículo 409 sólo tienen cabida los

(81) DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO: *PE* (cit. nota 4), p. 260.

(82) *Ibidem*, pp. 261-262.

(83) *Ibidem*, pp. 263-264.

supuestos de inducción y aquellos que determinan o impulsan definitivamente (cooperación necesaria) el suicidio. Con ello se solventa una de las objeciones más importantes que se han planteado en contra de la tesis del *resultado típico* —por la que nos decantamos—, porque en el caso de la inducción y la cooperación necesaria, no hay inconveniente alguno en afirmar la conexión causal entre la acción del partícipe y el resultado de muerte. Bien es cierto que, tanto en la inducción como en la cooperación necesaria, no se puede decir que el inductor o el cooperador causen *materialmente* la muerte, pero sí que la *motivan, impulsan o determinan decisivamente* (84); por tanto, sí se puede afirmar que la inducción o el auxilio son causales respecto de la muerte del suicida.

Por otra parte, las dos opciones que la doctrina ha planteado como alternativas —la tesis de la *condición objetiva de punibilidad* y la de la *condición de la relevancia jurídica*— no creemos que resulten convincentes.

Por lo que se refiere a la teoría de la condición objetiva de punibilidad, son más que suficientes las observaciones que, para rechazarla, plantearon, en su momento, Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo.

La otra tesis —la de la condición de la relevancia jurídica—, tampoco es convincente porque afirmar que la muerte es una condición de la relevancia jurídica de la conducta es, más bien, la constatación de una evidencia que una definición sobre la naturaleza jurídica de tal elemento. El legislador, lo mismo que, por razones diversas, adelanta en ocasiones las barreras defensivas del Derecho penal, en otras —y, también, por razones diversas—, las atrasa. Y este último es el caso del párrafo primero del artículo 409, en el que el legislador ha elevado a la categoría de delito lo que no son sino formas de participación, que no ha querido castigar más que cuando se produjera la consumación del hecho principal. Pero ello no nos solventa el problema de la naturaleza jurídica de la muerte del suicida, aunque sí nos ofrece un argumento más para poder excluir, en estos casos, las formas imperfectas.

En efecto, uno de los inconvenientes —o quizá mejor: el inconveniente— que plantea la tesis del resultado típico es, precisamente, que nos obliga, *formalmente*, a aceptar la posibilidad de que sean punibles, en referencia al párrafo primero del artículo 409, las formas imperfectas de ejecución y los actos preparatorios. Al margen, sin embargo, de los argumentos estrictamente formales, hay argumentos materiales y políticos-criminales para excluir tal posibilidad, y entiendo que son éstos (los argumentos materiales y político-criminales) y no aquéllos (los argumentos formales) los que deben prevalecer.

Desde nuestro punto de vista, nos encontramos ante un supuesto peculiar en el que el legislador —como ya hemos dicho— ha elevado a la categoría de punibles unos actos de participación en una conducta principal impune. Semejante particularidad le ha conducido, por lo

(84) V., COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: PG (cit. nota 71), p. 363.

que de excepcional tiene esa situación, a exigir, para la punición de dichos comportamientos, *algo más* que lo que se deduciría de aplicar, sin límites excepcionales, los principios generales de la participación. Al legislador no le ha bastado con exigir un comienzo de ejecución del acto principal impune para castigar al partícipe, sino que ha querido *algo más*: que el acto principal se consumara. En este caso, como ya hemos dicho, el legislador ha retrasado las barreras defensivas del Derecho penal hasta el momento de la consumación del acto principal impune.

Y si esto así, sería enormemente inadecuado romper la excepcionalidad en la punición; quebrar, en definitiva, ese atrasamiento de los límites defensivos, por la vía indirecta de considerar punibles la tentativa, la frustración o los actos preparatorios.

Por otra parte, desde el punto de vista político-criminal, es ampliar excesivamente el ámbito de punición de unas conductas que, en el fondo, no son sino de participación en un ámbito de libre desarrollo del actor principal. Prueba, además, de su inconveniencia político-criminal es el pronunciamiento ampliamente mayoritario de la doctrina en ese sentido.

IV. LA ADMISIBILIDAD O INADMISIBILIDAD DE LA PARTICIPACION POR OMISION

Finalmente, vamos a aludir, lo más concisamente posible, a otro problema que ha suscitado, desde antiguo, la atención de la doctrina española, cual es el de la admisibilidad o inadmisibilidad de las formas omisivas en el artículo 409.

El problema fue magistralmente abordado, hace ya unos años, por Gimbernat (85), quien, además, sintetizó las diversas opiniones posibles, por lo que para hacer menos tedioso al lector la exposición del tema, nos referiremos básicamente a las conclusiones del autor y sobre ellas extraeremos las nuestras propias.

Gimbernat distinguió, en su exposición, las dos posibles situaciones que, desde el punto de vista de la omisión, caben ante un comportamiento suicida: la situación del que, simplemente se limita a no impedir un suicidio y la de quien no impide un suicidio, siendo garante, frente a la comunidad jurídica, de la vida del suicida. Para el autor, en el primer caso, si al que no corta la cuerda de la que pende el suicida o no impide que éste se beba el veneno mortal, le consideramos reo de un delito del artículo 409, párrafo primero por entender que ha auxiliado, omisivamente, al suicida, también deberíamos considerar cómplice, por omisión, en un asesinato al que no impide al asesino llevar a cabo su acción o al que no avisa a la Policía, pudiéndolo hacer con tiempo de que ésta impidiera el hecho. Estos últimos supuestos,

(85) GIMBERNAT OORDEIG, E.: *Estudios* (cit. nota 9), pp. 165 y ss.

sin embargo, no se castigan por lo dispuesto en el artículo 406, en relación con el artículo 14, número 3 ó 16, sino por lo dispuesto en el artículo 338 bis, ya que si no este precepto no tendría razón de ser (86). Y si ello es así, ¿cómo es posible que al que no impide un asesinato se le castigue con la pena de arresto mayor o multa o con ambas (artículo 338 bis) y al que no impide un suicidio con la pena de prisión mayor (artículo 409, párrafo primero)? Obviamente, esto es lo que nos lleva a rechazar —siempre según Gimbernat— la posibilidad de castigar como auxilio al suicidio del artículo 409, párrafo primero, el comportamiento del que, simplemente, no ha impedido el suicidio (87).

Pero, ¿podría este mismo comportamiento ser punible por algún otro precepto del Código penal? Para Gimbernat sí, porque el que no impide el suicidio ajeno comete un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis, ya que el bien jurídico protegido por dicho precepto (la solidaridad humana) «se lesiona también aunque el sujeto en peligro trate de poner fin voluntariamente a su vida» (88).

Por lo que se refiere a los supuestos en los que el omitente es garante, frente a la comunidad, de la vida del suicida, la opinión de Gimbernat es, en contra de lo que fue la tendencia dominante, aplicar el párrafo primero del artículo 409 en comisión por omisión (89).

En efecto, para este autor, en el caso de que un marido permita o no impida el suicidio de la esposa, no habrá que recurrir a la figura del parricidio en comisión por omisión, sino a la del auxilio al suicidio en comisión por omisión. Porque, lo importante, en estos supuestos, no es el constatar la existencia de la posición de garante del omitente, sino, además, comprobar si, en referencia al concreto tipo, los elementos de reproche que concurren en el comportamiento activo pueden reproducirse en el omisivo. Y esto no se da en el suicidio de las víctimas. Téngase presente —indica Gimbernat— que una de las características del parricidio, asesinato u homicidio por acción, la es el que se priva de la vida a quien no quiere morir, lo que no sucede en el suicidio (90).

Por tanto, al marido que no impide el suicidio de la esposa se le deberá castigar por un auxilio al suicidio del artículo 409 en comisión por omisión. Y, más concretamente, por un auxilio al suicidio del párrafo primero del artículo 409, pues, en estos casos, el párrafo segundo no es posible aplicarlo, ya que la figura del auxilio ejecutivo al suicidio es un delito de propia mano que no admite las formas omisivas (91).

La posición de Gimbernat, por tanto, se resume de la siguiente forma: a) el que, sin más, no impide el suicidio comete un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis; b) el que, siendo garan-

(86) *Ibidem*, pp. 167-168.

(87) *Ibidem*, p. 168.

(88) *Ibidem*, p. 168.

(89) *Ibidem*, pp. 168 y ss.

(90) *Ibidem*, pp. 170-171.

(91) *Ibidem*, pp. 171-172.

te, no impide el suicidio del garantizado, comete un delito del párrafo primero del artículo 409 en comisión por omisión.

Nuestra posición, sin embargo, se resume en considerar, *con carácter general*, impunes *todos* los comportamientos consistentes en no impedir el suicidio —haya o no posición de garante por parte del omitente—, y sólo *excepcionalmente* admitir *determinadas* formas omisivas. Vamos a tratar de explicar por qué.

Siendo consecuentes con toda la línea expositiva anterior, diremos, en primer lugar, que, *con carácter general*, entendemos que en los supuestos de participación omisiva al suicidio falta una suficiente fundamentación constitucional para su punición. El acto suicida —tal y como hemos sostenido—, es un acto libre, y lo único que podría llegar a fundamentar el castigo de los comportamientos de participación en él sería el que el tercero interviniente, de alguna manera, hubiera contribuido decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida. Excepcionalmente, pues, sólo podríamos encontrar un mínimo fundamento para la punición allí donde pudiéramos demostrar que el tercero omitente ha contribuido, con su omisión, decisiva o definitivamente a la formación de la voluntad suicida. Pero, fuera de esta excepción, no podemos fundamentar un castigo para un comportamiento que no consiste sino en no impedir un acto totalmente libre; es decir, que no consiste sino en no impedir una lesión de un bien jurídico causada por quien tiene todo el derecho a causarla. Incluso, aunque respecto de ese sujeto el omitente tenga, frente al suicida, una posición de garante. El garante no puede estar obligado, frente a la comunidad jurídica, a garantizar el bien jurídico contra los actos de plena y libre disposición del mismo por parte de su titular.

Por otra parte, la redacción del tipo del artículo 409 no parece que facilite la inclusión en él de los comportamientos omisivos. Que no caben en el segundo párrafo, al ser éste un delito de los llamados de propia mano, que no admiten las formas omisivas, ya lo puso de manifiesto Gimbernat. Por lo que respecta al párrafo primero, en éste se castigan la inducción y la prestación de auxilio: conceptualmente, no cabe la inducción por omisión (92); y, por lo que se refiere al auxilio, el Código —como ha indicado Díez Ripollés (93)— utiliza una expresión claramente activa: «prestar auxilio», que es tanto como «dar auxilio». Y «dar auxilio» —añadimos nosotros— se puede, perfectamente interpretar como «poner la actividad de uno al servicio del suicida». Significado que viene, desde nuestro punto de vista, ratificado por el párrafo segundo al decirse: «Si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte.»

Con todos estos presupuestos ¿existe alguna forma omisiva de participación en el suicidio que, *de lege data*, quepa considerar punible? Desde luego, no el simple hecho de no impedir el suicidio. Porque, si bien coincidimos con Gimbernat en que quien no evita el suicidio no

(92) V. las consideraciones hechas en mi libro: *La Provocación* (cit. nota 69), pp. 313 y ss.

(93) Díez RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre» (cit. nota 65), p. 668.

debe responder por el artículo 409, no estamos de acuerdo, sin embargo, en que, en tal caso, se haya de responder por un delito de omisión del deber de socorro del artículo 489 bis. Y ello porque el tipo de este último precepto, exige *expresamente* que el sujeto (en este caso sería el suicida) se halle desamparado; y si por persona *desamparada* hay que entender aquella «que no puede prestarse ayuda a sí misma ni cuenta con quien le prestè la ayuda necesaria» (94), no creemos que tales características se puedan predicar de los suicidas (95), o, al menos, no de *todos*.

Por lo que se refiere a los supuestos en los que el omitente se halla en una situación de garante, en los únicos en los que éste habría de responder sería —al margen de los posibles casos en los que el suicida sea, por ejemplo, un incapaz o un menor y que nos remitirían a la figura de la autoría mediata— aquellos en los que se pudiera demostrar que el garante ha intervenido (por omisión) decisiva o definitivamente en la formación de la voluntad suicida. Y, en cualquier caso, habría que salvar el escollo interpretativo que supone la utilización de un verbo esencialmente activo como es el de «prestar auxilio». Fuera de estos supuestos excepcionales, entendemos que no es posible fundamentar una punición.

(94) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La Omisión de Socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 161.

(95) En el mismo sentido, Díez RIPOLLÉS, J. L.: «La huelga de hambre» (cit. nota 65), p. 684.

