

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

CAUSACION DE LA PROPIA MUERTE Y RESPONSABILIDAD PENAL DE TERCEROS

(A propósito de la STS 8 julio 1985,
ponente Cotta y Márquez de Prado)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCION

1. El procesado J. A. conoció, hacia el mes de marzo de 1979, en una discoteca, a la joven M. A. De este modo surgió entre ambos una amistad que pronto se intensificó hasta el punto de convivir y mantener relaciones íntimas en el domicilio del varón. Con todo, dicha convivencia se vio marcada por frecuentes discusiones, en algunas de las cuales se llegaba a las manos; concretamente, consta que en una ocasión M. A. abofeteó a J. A., propinándole éste, por su parte, algunos golpes. Esta situación acentuó las depresiones y melancolía de M. A., quien, «...tras una fuerte discusión sostenida el 15 de junio de 1979, sobre la una de la madrugada del día siguiente, de modo y forma no exactamente determinados, presa de una grave crisis, a presencia del procesado, ingirió una gran dosis del herbicida Madem, que aquél poseía, sin que conste que éste la forzara o indujera a ello...». El procesado, conocedor de la toxicidad del producto y del consiguiente peligro para la vida de M. A., intentó atajar los vómitos, diarreas, disminución del

(*) Abreviaturas utilizadas. *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *BGH*: Bundesgerichtshof; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *GA*: Goldammer's Archiv für Strafrecht; *JA*: Juristische Arbeitsblätter; *JBl*: Juristische Blätter; *JR*: Juristische Rundschau; *JuS*: Juristische Schulung; *JZ*: Juristenzeitung; *MDR*: Monatsschrift für Deutsches Recht; *NJW*: Neue Juristische Wochenschrift; *NSZ*: Neue Zeitschrift für Strafrecht; *RFDUM*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

pulso y debilidad generalizada con remedios caseros, así Dapaz y Efortil en fuertes dosis. Sin embargo, no recabó ayuda de terceros, especialmente médicos, ni en la madrugada ni en las horas de la mañana del siguiente día; al contrario, se durmió y, posteriormente, acudió normalmente al trabajo. Llegado de nuevo a su domicilio hacia las 18 horas con los padres de M. A., procedió, tras algunas gestiones infructuosas, al traslado de ésta a la cercana Ciudad Sanitaria Provincial. M. A. ingresó cadáver a las 18.45 horas, habiendo fallecido por congestión visceral a consecuencia de los carbonatos e insecticidas órgano-fosforados contenidos en el herbicida ingerido.

2. El Tribunal Provincial condenó a J. A. como autor de un delito de *imprudencia temeraria con resultado de muerte* a la pena de 3 años de prisión menor, más accesorias, costas e indemnización de 3.500.000 pesetas a los herederos de M. A. En el recurso de casación, la defensa, mediante una argumentación imprecisa, trata de negar que la discusión habida constituyera motivo suficiente para que la víctima se envenenase ingiriendo el herbicida. Asimismo se alude, sin fundamentar la afirmación, a que el recurrente tampoco creó la situación por una omisión voluntaria. En conclusión, pues, se sostiene por la representación del recurrente que el efecto letal sobre M. A. se produjo sin que en él tuviera intervención alguna J. A. Sin embargo, el TS no acoge las mencionadas alegaciones, sino que ratifica la resolución de la Audiencia Provincial. Ello, por estimar que la muerte de M. A. «fue debida a que aquél (J. A.) se limitó a suministrarle unos remedios caseros para atajar el mal, no obstante conocer la toxicidad del producto que había ingerido en su presencia». Todo ello, junto al posterior abandono, pondría de manifiesto los caracteres de supina negligencia y notable descuido con que obró el procesado, «...y la relación directa de que por ella se produjo el dañoso evento fatal».

3. El supuesto de hecho referido plantea una multiplicidad de aspectos cuyo denominador común viene dado por tratarse de problemas derivados de la intervención de un sujeto en la causación, por parte de otro, de su propia muerte. Esta especial circunstancia obliga a dilucidar con cierto detenimiento buen número de cuestiones. En particular, si J. A. interviene realizando un tipo comisivo u omisivo, doloso o imprudente y de autoría o participación. El TS elude la mayoría de estos temas. Su apelación al criterio, reiteradamente criticado, del «crimen culpae» y su afirmación de que concurre una «imprudencia con resultado de muerte» dejan simplemente entrever la apreciación de un *homicidio culposo*, por emplear la terminología usual en la doctrina. Por otra parte, de la selección de hechos que el Tribunal practica en su argumentación parece desprenderse también que la referida imprudencia se estima de naturaleza omisiva y no comisiva. Pero, en tal caso, sorprende que no se haga alusión alguna a la concurrencia en la persona de J. A., de una *posición de garante*. Pues, pese a que tal proceder responde a la más reiterada práctica de nuestro TS en materia de *comisión por omisión imprudente* (1), es lo cierto que

(1) Cfr. GIMBERNAT, Introducción a la Parte General del Derecho Penal español, Ma-

la doctrina dominante española y extranjera (2) —y el propio TS, en lo que a delitos dolosos se refiere (3)— exigen la constancia del carácter de garante del sujeto para hacer a éste responsable por un resultado en comisión por omisión (4). A continuación se tratará de analizar dogmáticamente el caso desde todas las perspectivas posibles, con el fin de determinar si le asiste o no la razón al Tribunal Supremo en la solución dada por éste al problema planteado. Prácticamente nada, en cambio, será posible comentar a propósito de la fundamentación que le pudiera servir de base, dada la práctica ausencia de la misma. En efecto, ésta únicamente pretende poner de relieve la existencia de una conducta *negligente* en J. A. conectada causalmente con el resultado producido. A ello será preciso también hacer alguna alusión en lo que sigue.

II. ¿ES UN SUICIDIO —EN SENTIDO JURIDICO-PENAL— LA CONDUCTA DE M. A.?

II.1. Rasgos generales del concepto jurídico-penal de suicidio

1. Como antes se ha apuntado, si hay algo que, ya en una primera lectura de los *Antecedentes de hecho*, resulta evidente, es que en el caso en cuestión se produce la imputación a un sujeto de una muerte que otro se ha causado a sí mismo. Ello podría hacer pensar espontáneamente en un inicio del análisis del supuesto por la vía del suicidio y, más concretamente, de las conductas de intervención en éste que nuestro Ordenamiento tipifica en el art. 409 CP (5). Sin embargo,

drid, 1979, pp. 139 y ss.; CORCOY, Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente. Tesina mecanografiada. Barcelona, 1984, pp. 99 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal PG, Barcelona, 1985, p. 257.

(2) Por mucho que luego, al aludir a las clases de posiciones de garantía, unos autores adopten la perspectiva de la teoría formal del deber jurídico (o de las fuentes) y otros, la perspectiva material de la teoría de las funciones. Sobre ello, MIR, PG, pp. 262-263 y ss.

(3) Cfr. por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona, 1986, p. 224 nota 325.

(4) Aunque, a mi juicio, la posición de garante, en su concepción usual como expresión de un deber de naturaleza jurídico-pública, no sea suficiente para la equiparación, siendo preciso que la situación de garantía revista caracteres especiales: cfr. SILVA, El delito, pp. 343 y ss.

(5) Art. 409 CP: «El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión menor».

En el Código penal alemán, a diferencia del español, las conductas de participación en el suicidio son impunes. A partir de ahí, cabe constatar la existencia de una significativa discusión sobre la naturaleza jurídico-penal del suicidio, es decir, sobre si éste es un hecho no antijurídico, no culpable, o incluso meramente no punible. La mayoría de la doctrina ha optado por lo primero. Pero *Schmidhäuser* ha sostenido que se trata de un hecho meramente inculpable, y *Schilling* una teoría próxima, con el propósito de fundamentar «*praeter legem*» la punición en Alemania de las formas de participación en el suicidio. En nuestra doctrina más reciente, es básico sobre la naturaleza del hecho-suicidio desde una óptica constitucional DEL ROSAL BLASCO, La participación y el auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 CP, ADPCP 1987, pp. 73-97.

tal proceder sería a todas luces precipitado. Pues, en todo caso, la polémica existente acerca de cuándo nos hallamos ante un «suicidio» a los efectos del Código penal deviene práctica unanimidad cuando se trata de afirmar que no toda «causación de la propia muerte» es un «suicidio» (6). La cuestión es algo más compleja. Pero, dado que la misma es de obligada resolución antes de entrar en el examen de una hipotética responsabilidad de J. A. por la muerte de M. A., será conveniente empezar por una digresión en torno al concepto jurídico-penal de suicidio. Ello, con el fin práctico de dilucidar si, en el caso que nos ocupa, puede hablarse de un auténtico suicidio a los efectos de nuestra disciplina.

2. El suicidio ha sido definido como «muerte querida por una persona imputable» (7). Rasgos característicos de esta definición son, en primer lugar, que, para hablar de suicidio, no es precisa una autoagresión por el suicida, sino que basta con la *aceptación* de la propia muerte —voluntad de morir—, con independencia de si la muerte es causada o no por el propio sujeto (8). Y, en segundo lugar, que, al referirse a la exigencia de imputabilidad, se conforma con que la misma sea plena o disminuida, excluyendo el «suicidio» tan sólo en los casos de total inimputabilidad (9). Personalmente expresaría las cosas de modo diferente. En efecto, entiendo que son cuatro los problemas fundamentales que han de resolverse al proceder a una caracterización completa del suicidio, diferenciándolo de otros procesos de producción de la muerte de un sujeto. Por un lado, (A) si el suicidio se reduce a los supuestos de causación de la propia muerte por el suicida o abarca también los casos en que el sujeto se deja «morir» o «matar». Por otro lado, (B) en qué medida es elemento del concepto de suicidio el *dominio del hecho*, es decir, la *autoría* del sujeto respecto al proceso de producción de su muerte. En tercer lugar, (C) cuáles de las modalidades de dolo resultan abarcadas por la exigencia de que la muerte del sujeto sea querida por éste. Por último, (D) y puesto que es generalmente compartido que el suicidio implica la *responsabilidad* del sujeto que decide sobre su muerte, se trata de determinar conforme a qué criterios y en qué términos queda fijada la mencionada «responsabilidad» (10).

3. En lo que a la primera de ellas se refiere, es obligado reconocer que tradicionalmente suele entenderse por suicidio la causación activa de la propia muerte y no el mero «dejarse morir» (o «matar»). Suicidio es, así, el *suicidio activo* y no es usual contemplar la posibilidad de un «suicidio pasivo», por llamarlo de algún modo. Suicidio, éste último, que se produciría en los casos de rechazo de medicación o asistencia sanitaria en enfermedades o accidentes, o, por ejemplo,

(6) A la inversa, habría que decir también, como después pondremos de relieve, que el suicidio no precisa ser «causación» de la propia muerte. Vid. infra 4.

(7) TORÍO LÓPEZ, La noción jurídica de suicidio, Separata del Libro-homenaje al Dr. Serrano y Serrano. Vol. II. Estudios varios. Valladolid, 1965, pp. 653-668, p. 663.

(8) TORÍO, La noción, pp. 658 y 663.

(9) TORÍO, La noción, p. 666.

(10) Ello, con independencia de que tal «libre responsabilidad» sea elemento del concepto de suicidio, lo que, como veremos, es discutible.

por la no ingestión de alimentos en las huelgas de hambre o de sed (11). ¿Es razonable ampliar el concepto de suicidio a estos supuestos que acabamos de mencionar? No se me ocurre argumento alguno en contra de ello. Ni gramatical, ni dogmático-estructural, ni sistemático, ni político-criminal. Por lo demás, el auxilio o inducción a la realización de hechos de suicidio pasivo me parece punible en idéntica medida que si el hecho es de suicidio activo: es decir, por expresarlo con otras palabras, que estimo tan merecedora de discusión la punición en un caso como en el otro. Esta ampliación del concepto de suicidio, sin embargo, no puede llegar al extremo sostenido por *Torío*, para quien lo definitorio del concepto de suicidio es la *aceptación* de la propia muerte, sea cual sea la causa (12). Esta tesis, a mi juicio, debe por de pronto afrontar dificultades de cierta relevancia en el plano gramatical. Pues *suicidarse* (*seoccidere*) es un término que incorpora inequívocas connotaciones de *autoría*; y por ello el verbo se conjuga en forma reflexiva. Suicidarse es matarse a uno mismo, es una conducta en la que autor y víctima coinciden. De ahí que no quepa confusión alguna entre el homicidio y el suicidio (13), ni entre el homicidio consentido y el suicidio —al menos en el plano teórico. La doctrina alemana lo ha puesto acertadamente de relieve acudiendo al criterio del «dominio del hecho» (14): en el suicidio, el dominio del hecho

(11) Sobre la distinción entre suicidio activo y pasivo, cfr., por ejemplo, SILVA, La responsabilidad penal del médico por omisión, La Ley 27-1-1987, pp. 1-6, p. 4 y nota 54, donde se hace referencia, además, al contradictorio tratamiento que el BGH otorga a la ausencia de intervención de terceros en uno y otro caso.

(12) TORÍO, La noción, p. 658.

El caso límite del suicidio es, según creo, aquél en que un tercero realiza la acción ejecutiva de la muerte con aprobación de la víctima y ésta todavía dispone, tanto simultáneamente como con posterioridad, de la posibilidad de decidir entre la producción o no del resultado. Un sector doctrinal habla, a propósito de estos casos, de «homicidio consentido»: así HERZBERG., *Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlicher Selbstgefährdung als Tötungsdelikt*, JA 1985, pp. 131-138, 177-184, 265-272 y 336-344, p. 133 y ss. Otros autores, en cambio, entienden que, si la víctima dispone de la posibilidad de decidir con posterioridad, sobre la producción de la muerte, se da todavía un proceso de «autodisposición» del sujeto respecto a su vida que sigue pudiéndose incluir en el suicidio: así, ESER, en Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.^a ed., München, 1985, § 216 n.º 11; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.^a ed., Hamburg, 1984, p. 571; recientemente, NEUMANN, *Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des «Opfers»*, JA 1987, pp. 244-256, p. 255. Personalmente, entiendo que, en la medida en que el plan haya sido elaborado por el propio suicida y éste controle y dirija la aportación ejecutiva del tercero (y además disponga de la posibilidad de anular con posterioridad la aportación del mismo) nos hallamos ante una estructura análoga a la de la *coautoría* en los supuestos de comisión de delitos. Con lo que, según veremos, también aquí podría hablarse de «auxilio ejecutivo al suicidio». Ello, en mi opinión, incluso aunque el «suicida» no dispusiera de la posibilidad posterior de anular la contribución del tercero, a que aluden los autores alemanes mencionados. Lo decisivo no es este *dominio negativo*, sino el *dominio positivo* que se expresa en el control directo de la ejecución del hecho.

(13) A mi juicio, es esta confusión la base de doctrinas como la *Schmidhäuser* o *Schilling*.

(14) Cfr. recientemente por toda esta doctrina, DÖLLING, *Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers*, GA 1984, pp. 71-94, p. 76: participación en el suicidio y homicidio consentido se distinguen según el criterio objetivo del dominio del hecho; el dominio del hecho lo tiene quien interpone la última causa irreversible de la muerte. So-

lo tiene el suicida; en el homicidio consentido, un tercero. La expresión «homicidio-suicidio» podría encerrar, pues, una «contradictio in terminis». En efecto —se diría— un hecho o es homicidio o es suicidio, pero no ambas cosas a la vez. Ello vale, desde luego, como regla general. Pero cabría establecer una excepción. Esta vendría dada por el caso en que suicida y tercero poseen —«aparentemente»— un *dominio del hecho compartido*, en otras palabras, aquél en que se da una situación de «aparente» —luego se puntualizará lo que esto significa— coautoría entre ambos (15). Pero sobre ello habrá que detenerse más adelante, al analizar las repercusiones de lo expuesto en la interpretación del art. 409,II CP (16).

4. Ya sabemos que el suicidio es un hecho en el que el sujeto, con dominio del hecho (aun compartido), causa su propia muerte o se deja morir. Pero, evidentemente, con ello no hemos expresado todavía lo más característico del hecho suicida. Pues para que se dé un auténtico suicidio es preciso que el autor «quiera» su propia muerte (17). Sólo esto permite distinguir el suicidio de la autopuesta en peligro o de hechos que ni siquiera revisten esta naturaleza (18). A propósito de ello, los problemas no surgen en cuanto al dolo directo de primer grado. Que hay suicidio cuando, a los elementos mencionados, se une la *intención* de morir parece claro. No tan evidente es, en cambio, si puede hablarse de suicidio en los casos en que el sujeto muestra una estructura subjetiva análoga a la del *dolo directo de segundo grado* (advierde su muerte como consecuencia necesaria) o incluso sólo a la del *dolo eventual* (advierde su muerte como consecuencia probable). A este respecto no existe unanimidad. Así, un sector doctrinal limita el suicidio a los casos de intención de morir (19) y otro, por su parte, lo

bre la posición del BGH, que acoge ahora este criterio, cfr. BRANDTS-SCHLEHOFER, Die Täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungstheorie, JZ 1987, pp. 442-448, p. 442. Alude en España a esta doctrina alemana, GIMBERNAT, Inducción y auxilio al suicidio, en Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976, pp. 163-177, p. 176.

(15) Hay suicidio siempre que el sujeto de cuya muerte se trata tiene dominio del hecho, aunque sea «dominio funcional del hecho», en los casos en que dicho sujeto se sirve de un tercero. El homicidio-suicidio se dará en los supuestos de un «aparente» (sobre esto *infra*) dominio del hecho compartido o en aquéllos en que el suicida se sirve de un instrumento doloso para cometer el hecho. Cfr. al respecto HERZBERG, JA 1985, p. 137.

(16) Vid. *infra* II.2.

(17) Sobre esto, y en lo que sigue, cfr. DIEZ RIPOLLÉS, La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, CPC 1986, pp. 603-659, p. 608 y ss., con abundante información bibliográfica.

(18) Realmente, el concepto de dominio de hecho recoge ya —dada su naturaleza objetivo-subjetiva— este elemento del *querer* la propia muerte.

Aunque *Luzón* se ha servido del mismo —objetivándolo plenamente— también para la definición de la autoría en los delitos imprudentes. Cfr. LUZÓN PEÑA, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales, en Derecho Penal de la Circulación, Barcelona, 1985, pp. 85-106.

(19) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas, Madrid, 1986, p. 90; así como las obras del mismo *Bajo*, de *Jorge Barreiro*, de *Roldán Barbero*, *Bueno Arús* y *Rodríguez Morullo*, citadas por DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 609 notas 17, 18 y 19.

amplía hasta el *dolo eventual* (20). Personalmente, me inclino por esta segunda opción. Pues, en efecto, si el *dolo eventual* basta para estimar que se *quiere* matar a otro (homicidio doloso), no me parece que existan razones suficientes para afirmar que, con tal configuración subjetiva, el sujeto *no se quiere* matar a sí mismo. Del mismo modo que lo que caracteriza al suicidio —*jurídicamente*— es el dominio del hecho por parte del propio suicida, lo relevante en el plano subjetivo es, no el *deseo de morir*, sino la «conducción» del proceso que ha de llevar a la muerte. Y para eso basta con el *dolo eventual* (21).

5. Para el final queda el examen del elemento probablemente más polémico del concepto de suicidio. Pues éste no requiere sólo dominio del hecho y dolo. Además, exige ser realizado por un sujeto responsable (de «freie Verantwortlichkeit» suele hablar la doctrina alemana) (22). El término «responsabilidad», sin embargo, apenas es expresión de nada. Pues ¿qué estados excluyen tal responsabilidad? ¿sólo la plena inimputabilidad? ¿o también la imputabilidad disminuida? ¿cuándo puede afirmarse que quien ha producido su propia muerte es un sujeto responsable? En España la cuestión no ha merecido excesiva polémica doctrinal. Ello, hasta cierto punto, tiene explicación en el hecho de que la intervención de terceros en un «suicidio» sea punible —aunque en medida a veces diferente— tanto si el sujeto que produce su muerte es responsable como si no lo es. En Alemania, en

(20) DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, pp. 609-610; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal*, Barcelona, 1981, p. 375 (citado por DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 610 nota 22).

(21) Tal afirmación no implica desconocer que, psicológicamente, los casos en que falta la específica *intención* de morir son diferentes a los anteriores. Pero ello no me parece suficiente para distinguirlos jurídicamente. Por lo demás, la impunidad del médico que no trata al Testigo de Jehová puede fundamentarse perfectamente aunque se afirme que el hecho de éste de *dejarse morir* es un suicidio. Sobre el caso de la huelga de hambre y lo justificado de incluirla en el concepto de suicidio, cfr. WAGNER, *Selbsttund und Selbstmordverhinderung*, Karlsruhe, 1975, p. 11 y nota 8, con el ejemplo de los miembros de la banda Baader-Meinhof.

(22) La exigencia de «capacidad» del sujeto es doctrina dominante en España. Cfr. sobre ella TORIO, *La noción*, p. 659 y ss., con referencia a Quintano, *Rodríguez Devesa y Del Rosal/Cobol/Rodríguez Mourullo*. Sin embargo, OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958, pp. 44-45 y 131, no la requiere; y tampoco BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, Barcelona, 1986, pp. 44-45: «...no se pueden agregar otras características extrañas, como el de imputable, ya que éste es un concepto jurídico penal con efecto en otros niveles (no en el del bien jurídico y la tipicidad correspondiente), esto es, por ejemplo, en la autoría mediata respecto del homicidio que puede estar en conexión con un pretendido suicidio».

Realmente, es posible que tengan razón *Olesa* y *Bustos*. El art. 409 tipifica formas de participación que, en principio, sólo requiere elementos de injusto en el hecho principal (aunque en el suicidio no puede hablarse de injusto, entiéndase ello analógicamente aquí) y no la culpabilidad. Teóricamente, pues, aun la participación en el suicidio de un inculpaible sería punible por el art. 409. Lo que ocurre es que se da una relación de «concurso de leyes», pues el mencionado hecho será además punible como autoría mediata de homicidio-asesinato-parricidio. Se trata, en el Derecho español, de una relación de subsidiariedad tácita del 409 respecto al 407/406/405. La subsidiariedad es expresa, por ejemplo, en el CP italiano, art. 579. En cualquier caso, con todo, que la «libre responsabilidad» sea o no elemento del concepto de suicidio no modifica el hecho de que constituye un factor esencial en la determinación de si un sujeto responde como partícipe en el suicidio (impune en Derecho alemán) o como autor mediato de asesinato, en general.

cambio, donde la intervención en el primer caso es impune, el tema ha sido examinado con gran detenimiento. En primer lugar, para que resulte mayoritariamente rechazada la tesis que niega la libre responsabilidad en todos los casos de producción de la propia muerte por un sujeto (23). Y, en segundo lugar, para matizar cuándo puede hablarse de libre responsabilidad y cuándo no, y qué baremo ha de seguirse para fijar la frontera entre lo uno y lo otro en los casos de suicidio. A este respecto, pueden advertirse en la doctrina alemana dos posturas bien diferenciadas. Por un lado, se halla la corriente, cuyo representante más caracterizado podría ser *Roxin*, que propugna, para decidir si se da una «libre responsabilidad», acudir, también en el caso del suicidio, a los criterios del § 20 StGB, donde se describen las causas de inimputabilidad (24). Habría, pues, un verdadero suicidio siempre que el sujeto no estuviera incurso en ninguna de esas causas, con la relevante conclusión de que también lo habría en la producción de la propia muerte por semiimputables (25). Por otro lado, existe un segundo sector doctrinal, representado significativamente por *Herzberg*. Este exige, para poder hablar de «libre responsabilidad», que en la conducta de quien produce su propia muerte se den los requisitos que el § 216 StGB establece a propósito de la «petición seria» que constituye el elemento esencial de la atenuación del homicidio consentido en Derecho alemán (26). Ciertamente, suele a veces apuntarse la existencia de una postura intermedia, a cuyo frente se situaría *Eser* (27), quien, partiendo de las tesis de *Herzberg*, intentaría llegar a soluciones conciliadoras. En general, sin embargo, me parece posible incluirle en este segundo grupo. Característica general del mismo es que, a los efectos de la determinación de la libre responsabilidad del suicida, no se trata de si el mismo es imputable o no, sino de si conserva la capacidad de consentir (28).

(23) Sostiene esta posición BRINGEWAT, *Unbeachtliche Selbstötungswille und ernstliches Tötungsverlangen -ein Widerspruch*, en ESER (ed.), *Suizid und Euthanasie*, Stuttgart, 1976, pp. 368-377, p. 368, donde afirma que la posibilidad de libre responsabilidad del suicida constituye una ficción insostenible desde la perspectiva médico-emprírica; en contra de ello, TORIO, *La noción*, p. 664, propugnando un análisis caso por caso; y SILVA, *La Ley 23-1-1987*, pp. 4 y ss., aunque advirtiendo que gran número de suicidios se producen en situaciones psicopatológicas. Reconoce esto último también ROXIN, *Die Mitwirkung beim Suizid -ein Tötungsdelikt?*, en *Festschrift für E. Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlín-New York, 1977, pp. 331-355, pp. 349-350. Existe actualmente una tendencia creciente a estimar que, dado el síndrome presuicidal, la mayoría de los suicidios no serían «libremente responsables»: MEYER, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, Köln, 1984, p. 232.

(24) ROXIN, *Dreher-F*, p. 346, donde señala que la frontera entre la responsabilidad e irresponsabilidad del suicida se halla determinada por los §§ 20 y 35 (estado de necesidad exculpante) del StGB; BOTTKE, *Probleme der Suizidbeteiligung*, GA 1983, pp. 22-37, p. 33; alude a esta corriente CHARALAMBAKIS, *Selbst-Tötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft*, GA 1986, pp. 485-507, p. 489-490. En España parece situarse en esta línea la doctrina dominante; por todos, TORIO, *La noción*, p.p. 665, 666 y 667.

(25) Expresamente en este sentido HIRSCH, *Comentario a la sentencia BGH 18-7-1978*, JR 1979, pp. 429-423, p. 432.

(26) HERZBERG, JA 1985, p. 336 y ss.; BRANDTS-SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 442.

(27) ESER, en Schönke-Schröder, 22.ª ed., n.º 36 ante § 211 y § 216 n.º 8.

(28) ESER, *ibidem*.

6. Ya en otra ocasión pude expresar mi adhesión, si bien en *forma matizada* y sin entrar a fundamentarla, a las tesis de *Herzberg y Eser* (29). Aquí la reiteraré, aludiendo a los argumentos determinantes de las posturas contrapuestas. Ello, aunque tampoco ahora, dado el limitado espacio de que dispongo, reciba la cuestión el examen exhaustivo que sin duda merece. De cualquier manera, la acogida aquí —en sus efectos— de la tesis de *Herzberg* no debe entenderse como un reconocimiento de la idea de que son los criterios de la relevancia del consentimiento los que deciden sobre la libre responsabilidad del suicida. Ciertamente que, en materia de imputabilidad, tales criterios conducen *también* a la solución que estimo correcta. Sin embargo, considero que a idéntica conclusión puede llegarse aplicando los principios de la autoría mediata de modo diferente a como propone el primer sector mencionado (30). Este afirma, en efecto, que la «libre responsabilidad» del suicida sólo se excluye en los casos en que éste es menor de edad (§ 19 StGB), plena enajenación o trastorno mental (§ 20 StGB) o en estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB). Pues entiende que, en tales situaciones, y sólo en ellas, debe apreciarse autoría mediata de quien auxilia o induce, *incluso respecto a las consecuencias del acto suicida que eventualmente hayan recaído sobre terceros*. Tal es el criterio que *Bottke* propone como supuesta prueba de la corrección de su solución: el suicidio se estimaría *libremente* cometido cuando pudiera hacerse responsable al suicida de las consecuencias de su acto sobre terceros, en el caso de que las mismas se produjeran (31). A mi juicio, sin embargo, los principios generales de la autoría mediata no coinciden necesariamente con el tenor de la observación de *Bottke*. En efecto, según ellos, cabe la posibilidad de que el instrumento sea responsable (parcialmente) (32) y de que, no obstante, se aprecie una estructura de autoría mediata (33). Ciertamente, si existe un *dominio funcional del hecho* por parte del hombre de detrás, también podrá afirmarse la concurrencia de una autoría mediata con *instrumento parcialmente imputable* (34). Con todo lo anterior trato de poner de

(29) SILVA, La Ley 23-1-1987, p. 4.

(30) HERZBERG, JA 1985, p. 336, informa sobre el particular.

(31) HERZBERG, JA 1985, p. 339, lo comenta.

(32) Hay casos de autoría mediata en los que la responsabilidad, incluso plena, del *hombre de delante* no excluye la del «hombre de detrás». Son situaciones de *Täter hinter dem Täter* (autor detrás del autor). Sobre ello, asentado sobre la idea básica de que el *principio de responsabilidad* (Verantwortungsprinzip) no siempre es el decisivo para distinguir entre autoría mediata y participación cfr. ROXIN, Täterschaft, 4.ª ed., pp. 611 y 612.

(33) Y, a la inversa, como dice MUÑOZ CONDE, Derecho Penal PE, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 54, cabe la posibilidad de una situación de inimputabilidad en la que no haya dominio funcional por el hombre de detrás y, por tanto, tampoco autoría mediata.

(34) Es lo cierto que ROXIN, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10.ª ed. (ed. jescheck/Russ/Willms) Berlín-New York, 1985, § 25 n.º 68 admite la autoría mediata tanto en casos en que el instrumento se halla en error de prohibición vencible (culpabilidad atenuada) como en los de semiimputables en que es la conciencia del injusto y no la capacidad de autocontrol la disminuida (§ 25 n.º 86). Lo mismo podría aplicarse, según entiendo, a los supuestos de suicidio, cuando el suicida, dada su situación personal, no comprende exactamente la trascendencia objetiva de su hecho. Así, reciente-

manifiesto que la solución de *Roxin, Bottke*, etc., me parece excesivamente esquemática. Sobre todo, cuando la mayor parte de la literatura psiquiátrica advierte sobre el carácter esencialmente patológico del hecho suicidal (35). El excesivo esquematismo de aquella postura radica en hacer coincidir la ausencia de libre responsabilidad en el suicida con la plena inimputabilidad o inculpabilidad. Ello parece ignorar la enorme pluriformidad de situaciones de exención incompleta y atenuación. Estas, en efecto, representan grados muy diferentes de disminución de responsabilidad. A mi juicio, la frontera entre el hecho cometido en forma responsable y aquél que no lo es se hallará, pues, en algún lugar en el seno del mencionado espectro de situaciones. Desde luego, una pequeña perturbación o leve situación de coacción no serían suficientes para excluir la libre responsabilidad del suicida. Pero, a medida que se vayan intensificando, ello será cada vez más discutible. Fundamentalmente, si se tiene en cuenta la posibilidad, ya mencionada, de que el suicida, todavía parcialmente imputable, realice su conducta sin valorar normalmente su trascendencia personal y social.

7. Aceptado que el suicidio empieza a no ser «libremente responsable» en algún punto de la *semiimputabilidad*, se trata de dilucidar qué criterio puede ser válido a los efectos de hallar el mencionado punto. En Alemania, como hemos observado, la corriente que defiende esta tesis entiende que el suicida es «responsable» cuando cabe advertir en él una decisión reflexiva de la misma naturaleza que la que se expresa en la «petición seria» requerida por el homicidio consentido del § 216 StGB (36). Sin embargo, tampoco la aplicación automática de esta idea me parece satisfactoria, dada la diversidad esencial de los casos de suicidio (dominio del hecho) y de *petición* de homicidio. Creo, por ello, preferible proceder al análisis caso por caso, decidiendo sobre la base de si concurre o no un «dominio funcional del hecho» por parte del *interviniente* en el suicidio ajeno. Tal situación se dará, a mi juicio, en general, en los casos en que el suicida carece de —o tiene esencialmente perturbada— la capacidad natural de comprensión y juicio (37). Así, por ejemplo, si actúa presa de un *humor momentáneo* o de una *depresión pasajera*, como sucede en los «Apellsuizide», en que el acto no tiene otro sentido que el de una petición de socorro o atención al entorno (38). Por el momento, es preciso conformarse con criterios rectores de esta naturaleza, a la espera de su concreción por la vía de «grupos de casos».

mente, NEUMANN, JA 1987, p. 250. Sin embargo, en contra de afirmar la autoría mediata del interviniente en caso de suicidio de semiimputables, CHARALAMBAKIS, GA 1986, p. 500. Por su parte, afirma la ausencia de «libre responsabilidad» del suicida en los casos de imputabilidad disminuida el § 215 (2) del *Alternativ Entwurf eines Gesetzes über sterbehilfe*. Stuttgart-New York, 1986.

(35) Sobre ello, SILVA, *La Ley* 23-1-1987, p. 4.

(36) Sobre la misma, HERZBERG, JA 1985, pp. 337 y 340.

(37) «natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit», ESER, Schönke-Schröder, 22.ª ed., § 216 n.º 8.

(38) ESER, *ibidem* y n.º 36 antes del § 211.

8. En lo anterior se han examinado las dos teorías más relevantes sobre el concepto de «libre responsabilidad» del suicida en el ámbito de la imputabilidad, optándose por la más restrictiva. Las mencionadas doctrinas, sin embargo, trascienden al concreto ámbito de la imputabilidad. Ello determina que también en otros ámbitos surjan situaciones conflictivas. Un ejemplo significativo es, a este respecto, el de la relevancia del *error en los motivos* del suicida y el consiguiente tratamiento del interviniente como partícipe o autor mediato. En Alemania, dado que la alternativa a la autoría mediata es la impunidad, razones político-criminales vienen conduciendo a un sector de la doctrina, de incidencia creciente, a considerar que el «error en los motivos», en la medida en que afecte al «sentido de la acción» (39), o sea «referido al bien jurídico» (40), elimina la «libre responsabilidad» del suicida (41), convirtiendo al *hombre de detrás* en autor mediato. En España, sin embargo, donde la afirmación de la «libre responsabilidad» en estos casos no impide la punición del interviniente, *Muñoz Conde* ha sostenido recientemente la tesis opuesta (42), tesis que, por lo demás, cuenta hoy en Alemania con un valedor tan cualificado como *Roxin* (43). Por mi parte, entiendo que, como sucedía con los semiimputables, algunos casos de error en los motivos pueden dar lugar a autoría mediata del interviniente en el suicidio que provoca el mencionado error. A ello se llega sin duda si se considera algo que ya antes he indicado. Concretamente, que, a mi juicio, lo decisivo para la responsabilidad de terceros en el suicidio no es la aplicación automática de los criterios de *seriedad* en el consentimiento que establece el § 216 StGB sino, más bien, la decisión de en qué casos es posible construir una autoría mediata en virtud de un auténtico *dominio funcional del hecho* (44). Dominio que puede concurrir en muchos casos de error

(39) Cfr. por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., p. 229.

(40) La noción de «error en los motivos referido al bien jurídico» por oposición al error en los motivos «normal» se entiende si se compara el caso de quien mata a otro porque le han dicho que el mismo había sido el causante de su ruina (lo que era falso) y de quien se mata a sí mismo por creer erróneamente que padece una enfermedad incurable. La referencia al bien jurídico viene dada en este último caso por el hecho de que uno acaba con su propia vida y es esa *vida* la que carece de sentido para él, la que ha perdido la calidad requerida por él, tras aparecer como vida de enfermedad irreversible.

(41) Sobre esto, últimamente, BRANDTS-SCHLEHOFER, *JZ* 1987, p. 444, 445 y 447, añadiendo que la «referencia al bien jurídico» se determina no conforme a un baremo de lo objetivo-razonable, sino conforme a una medida subjetiva de la víctima.

(42) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*. Mecanografiado inédito, 1986, p. 18.

(43) También, en efecto, en este sentido se manifiesta últimamente ROXIN, *LK* 10.ª ed., § 25 n.º 83: casos de engaño sobre el padecimiento de una enfermedad incurable o sobre que se va a producir un doble suicidio. Antes, en cambio, era de otra opinión: cfr. *Täterschaft*, 4.ª ed., p. 225 y ss. y 227.

ROXIN, *Comentario a la sentencia del BGH 5-7-1983, NSTZ* 1984, pp. 70-73, p. 72, se muestra a favor de la mencionada irrelevancia pese a que dé lugar a lagunas de punibilidad en Derecho alemán. Para evitarlas en el futuro, propone la introducción de un precepto que sancione la participación en el suicidio, pero sólo por «selbstsüchtige Begünstigen» (p. 73). Es decir, por móviles egoístas.

(44) Cfr. NEUMANN, *JA* 1987, p. 256.

en los motivos del suicida (45). Para concluir, corroborando lo anterior, considero importante señalar que, en mi opinión, es perfectamente posible sostener que un «error en los motivos» determinado excluye la *seriedad* del consentimiento a los efectos del § 216 StGB y que, no obstante, no afecta a la *libre responsabilidad* del suicida. Ambas cosas son, en efecto, diferentes. En un supuesto se trata de afirmar el dominio funcional del hecho por un tercero; en el otro, de reconocer como válido el consentimiento a la intervención practicada por un tercero (46).

II.2. *Excurso: consecuencias de lo anterior en la interpretación del inciso II del art. 409 CP*

1. Del concepto de suicidio configurado en el apartado anterior se desprende, según creo, una consecuencia de cierta relevancia para la interpretación del inciso segundo del art. 409. La doctrina tradicional ha estimado que en éste se describía una conducta susceptible de ser calificada de tres modos diferentes: auxilio ejecutivo al suicidio; homicidio consentido y homicidio-suicidio (47). Sin embargo, ello, como antes pusimos de relieve, implica desconocer que un suicidio es un hecho por el que un sujeto produce su propia muerte y en un homicidio, en cambio, se mata a otro (48). En el art. 409,II, pues —se di-

(45) La argumentación de NEUMANN, JA 1987, pp. 251-252, resulta más que convincente. Mientras que en los supuestos de «delitos», el Ordenamiento jurídico ha delineado una interpretación del hecho que oponer al sentido individual que el mismo pueda tener para el sujeto, en el suicidio no es así. No hay ninguna norma que configure el contenido del suicidio. Así pues, resulta decisiva la imagen del suicidio a tal respecto. Ello amplía las posibilidades de dominio funcional y de responsabilidad del hombre de detrás. De todos modos, el propio desarrollo de la postura de NEUMANN, JA 1987, pp. 253-254, prueba que la discusión en torno al problema del error en los motivos en los casos de suicidio dista mucho de estar cerrada.

(46) Sobre la diferencia entre ambas situaciones, ROXIN, *Täterschaft*, 4.^a ed., p. 604. No comparto su opinión BRANDTS-SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 444.

(47) Sobre las tres denominaciones y su identificación, TORIO, *La noción*, p. 653; DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal PE (Delitos contra las personas)*, Madrid, 1962, p. 276; también GIMBERNAT, *Estudios*, p. 163, entendiendo que el art. 409,II describe un homicidio en el que la víctima está de acuerdo en que el autor le quite la vida, lo que denomina homicidio consentido u homicidio-suicidio. Crítico sobre la denominación de homicidio consentido, BAJO, PE, p. 94.

(48) El tema de la distinción entre homicidio y suicidio es de singular relevancia con el fin de poner de manifiesto que el suicidio no es una forma de homicidio: que el homicidio no es matar a un hombre (lo que englobaría los casos en que uno se mata a sí mismo) sino matar a un hombre distinto del autor (de quien tiene el dominio del hecho). Ello no plantea problemas en Derecho español por la redacción del art. 407 CP (El que matare a otro...). Y en Derecho alemán, donde el § 212 StGB (Wer einen Menschen tötet...) es más ambiguo, lo ha puesto de manifiesto BOTTKE, GA 1983, p. 26. Es la identificación de uno y otro, y el entender que el suicidio es una clase de homicidio, lo que sirve de base a las tesis de *Schmidhäuser* y *Schilling*. Estos autores proponen castigar las formas de intervención en un suicidio, pese a la ausencia de un precepto específico en Derecho alemán que las incremine, por la vía de estimar que se trata de intervenciones en un homicidio. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht*, en *Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1974, pp. 813 y 814-815, estimando que el suicidio es un homicidio cometido bajo el amparo de una causa de exculpación; SCHILLING, *Abschied vom Teilnahmeargument bei der*

ría en principio—, nos hallamos ante un homicidio o ante un suicidio, pero jamás ante los dos, pues ello es imposible, y de ahí que la expresión *homicidio-suicidio* encierre una *contradictio in terminis* (49). Contra esta consideración, de índole puramente estructural, no cabe objeción alguna. En particular, no cabe señalar que en aquel inciso nos hallamos ante un auténtico homicidio consentido en el que la ley, sin embargo, afirma la presencia de un suicidio (50). Ello, sin duda, apoyaría la tesis de *Torío* de que lo esencial del suicidio es la *aceptación* de la propia muerte, con independencia de quien la produzca. Pero ya antes nos hemos distanciado de dicha posición. Ahora se insistirá sobre ello. En el inciso primero del art. 409 la cuestión no admite duda alguna. Hay un *autor*, el suicida, que es quien posee dominio del hecho sobre el proceso de producción de su muerte y, precisamente por ello, se tipifican conductas de participación (auxilio e inducción), a las que les falta dicho dominio del hecho. El *suicidio* como hecho implica, pues, dominio del hecho por el suicida. Ahora bien, la propia ley indica, a propósito del art. 409,II que seguimos estando ante un suicidio y que la conducta del tercero sigue siendo un auxilio («si se lo prestare —*el auxilio para que se suicide*— hasta el punto...»). Todo ello indica que el suicida conserva el dominio del hecho y que es por completo inadecuada la denominación de «homicidio consentido» aplicada a este caso (51). Sentado esto, la cuestión que interesa discutir, con el fin de completar el análisis del tema, es la de si puede haber auxilio ejecutivo (*ejecutar él mismo la muerte...*) sin que el que lo preste tenga, a su vez, dominio del hecho; si cabe que un tercero ejecute la muerte del suicida sin ser autor. El tema se ha planteado en España de modo más general a propósito de la cláusula del art. 14,1.º CP. Sobre ella, hay quien ha entendido que expresa una forma de participación (52) y quien, por contra, piensa que expresa una

Mitwirkung zur Selbsttötung, JZ 1979, pp. 159-167: la participación en el suicidio es, a la vez, *autoría mediata de homicidio*. Una crítica a la primera postura se halla en ROXIN Dreher-F, pp. 336-337 y HERZBERG, JA 1985, p. 132; y a la segunda, en HIRSCH, JR 1979, p. 431 y HERZBERG, JA 1985, p. 134.

(49) GIMBERNAT, Estudios, p. 172, entiende que no es un suicidio pues la víctima no se mata. Pero lo cierto es que el texto dice expresamente que se trata de auxiliar a un suicidio y lo que no dice es que la víctima no se mate, sino que la muerte la ejecuta un tercero. Lo que deja abierta la posibilidad de que en la ejecución de la muerte intervengan los dos: de que también *se mate* el suicida, lo que justificaría el que la ley siga hablando de suicidio.

(50) TORIO, La noción, p. 654; El mismo, Instigación al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos, en Estudios penales y Criminológicos IV (1979-1980), Santiago de Compostela, 1981, pp. 169-202, pp. 188-189. Por su parte, QUINTANO, Tratado de Derecho penal PE, I, Delitos contra las personas, Madrid, 1962, p. 338, practica una equiparación entre el art. 409, II CP y el § 216 StGB.

(51) De todos modos, en Alemania, HERZBERG, JA 1985, pp. 136-137, en los casos en que tanto el suicida como el tercero tienen dominio del hecho, entiende aplicable el § 216 (Tötung auf Verlangen), en lugar de concluir la impunidad. Pero en España, aun de seguir esta opinión, el art. 409,II sigue siendo ley especial frente al art. 407, también podría decirse que el art. 409,II contempla los casos de homicidio consentido en que el consentimiento llega hasta un dominio del hecho por parte de la víctima o suicida.

(52) GIMBERNAT, Autor y cómplice en Derecho Penal, Madrid, 1966, pp. 219 y 270 ss., que le llama «coautor ejecutivo»; QUINTERO, Los delitos especiales y la teoría de la par-

situación de coautoría (53). Desde la perspectiva de esta segunda postura, y entendiendo que el art. 409 es una subespecie de aquella situación, considero que el llamado «auxilio ejecutivo al suicidio» describe un supuesto en que el suicida mantiene el dominio del hecho (por eso hay un suicidio y no meramente un homicidio) pero el tercero que ejecuta también lo tiene (54): se da una situación análoga a la del «dominio del hecho compartido», «cuasi-coautoría» entre ambos sujetos (55).

2. Sin embargo, ya esta denominación pone de relieve que, bajo la apariencia de un dominio del hecho compartido, el suicida y el tercero no dominan el mismo hecho, *sino cada uno el suyo*. Con otras palabras, esta situación, que inicialmente parece de coautoría, plantea el problema de que a cada uno de los sujetos coautores le falta una condición esencial de la autoría del hecho del otro. Ello impide hablar de coautoría. Más bien, habrá un homicidio del tercero al que contribuye —no sólo consiente— la propia víctima. Y un suicidio a cuya ejecución contribuye un tercero. Ambas estructuras se hallan en relación de concurso de leyes, concurso que se resuelve por el principio de especialidad. Este determina la prevalencia del art. 409,II sobre el 407, 406 ó 405, en los que la concurrencia de dominio (contribución al hecho) por parte de la víctima no se toma en consideración (56).

3. Como se habrá advertido, todo ello es bastante más que un mero homicidio consentido. La víctima, en efecto, no se limita a consentir, sino que mantiene hasta el final el dominio del hecho (57). Ello explica probablemente mejor que la simple concurrencia de consentimiento el privilegio de que disfrutaran estas situaciones (pena atenua-

ticipación, Barcelona, 1974, pp. 80 y ss., le llama «coautor material»; RUIZ ANTÓN, El agente provocador en Derecho Penal, Madrid, 1982, pp. 101 y ss., 129 y ss.; El mismo, La doctrina jurisprudencial sobre el delito de quiebra cometido culpablemente y la teoría de la participación, la Ley 1983-I, pp. 193-199, pp. 197 y ss.: se entiende que la función del precepto es castigar al individuo que toma parte directa en la ejecución del hecho y, sin embargo, no puede asumir la condición de autor. Para BUSTOS, PE, p. 48 el art. 409,II es una subclase del art. 14,1.º y éste una forma de participación.

(53) MIR, PG, pp. 330-331.

(54) Plantea la cuestión en términos de alternatividad, sin embargo, NEUMANN, JA 1987, p. 245: dominio del hecho o del suicida o del tercero, aunque con ello lo que pretende conseguir es la impunidad del tercero siempre que el suicida tenga dominio del hecho, solución que creo posible alcanzar —en Alemania— aun afirmando el dominio del hecho también de dicho tercero.

(55) Así, la expresión homicidio-suicidio sería apropiada para designarla.

(56) Hasta aquí estoy de acuerdo con *Gimbernat* en que el art. 409,II (aplicándose las agravantes genéricas) puede desplazar a los demás delitos contra la vida. Pero no porque en él se contemple el consentimiento, sino porque en él se toma en consideración el dominio del hecho del suicida. En los demás casos —consentimiento que no da lugar al dominio del hecho—, el art. 409,II no puede desplazar a otros delitos contra la vida por la sencilla razón de que no es aplicable: no hay un suicidio, y, entonces, resulta que el consentimiento, no contemplado en los demás delitos contra la vida, es irrelevante en Derecho español. Sobre la opinión de GIMBERNAT, vid. Estudios, pp. 173 y 175. Por lo demás, sobre el dominio del hecho por el suicida, aunque sea compartido (*Mit-herrschaft*), como elemento característico de las situaciones de intervención en el suicidio, a diferencia del homicidio consentido, cfr. ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., pp. 572 y 573.

(57) En sentido similar, MUÑOZ CONDE, PE, 6.ª ed., pp. 55-56; BUSTOS, PE, pp. 48-49; en Alemania ESER, Schönke-Schröder, 22.ª ed., § 216 n.º 11 (vid. supra nota 12).

da para los casos en que se dieran las circunstancias del asesinato o el parricidio). No cabe olvidar, en efecto, que nuestro Ordenamiento es singularmente reticente respecto al consentimiento, no otorgándole relevancia atenuatoria ni en la generalidad de los casos de lesiones, lo que convertiría en una incongruencia sistemática su reconocimiento en el homicidio. La conclusión de todo lo anterior es de la máxima importancia. Sólo en los casos en los que el suicida mantiene el dominio del hecho hasta el final es aplicable el art. 409,II. En los demás supuestos de ejecución de su muerte por un tercero serán el 405, 406 ó 407 los tipos aplicables (58). El lugar sistemático del homicidio consentido «*stricto sensu*» en Derecho español no es, pues, el art. 409,II, sino, según los casos, uno de aquellos otros preceptos. Esta consecuencia es importante fundamentalmente en lo que se refiere a un sujeto que, habiendo consentido en que otro llegue a ejecutar su muerte, se halla inconsciente y, por tanto, sin posibilidad alguna de control del proceso, en el momento en que el tercero procede a hacerlo. En este caso, no puede aplicarse el art. 409,II sino que procede la aplicación de los arts. 405/406/407 según las circunstancias.

II.3. *Aplicación de los elementos generales del concepto jurídico-penal de suicidio al caso concreto*

1. La decisión de si la conducta de M. A. puede calificarse de suicidio en el sentido antes expuesto debe afrontar, por orden cronológico, dos problemas bien diferentes. En primer lugar, y en lo que se refiere a la fase de ingestión del herbicida, se plantea la cuestión de la «libre responsabilidad». En efecto, ninguno de los restantes elementos (causación, dolo, dominio del hecho) parece ofrecer aquí problemas de entidad. Sí, en cambio, el estado acentuado («grave crisis») de *depresión y melancolía* en que la joven se encontraba. ¿Significa esto que no puede hablarse de «libre responsabilidad» a propósito de su conducta? Entre melancolía y suicidio existe una relación estrecha. Ello quiere decir que los estados melancólicos o depresivos se hallan con frecuencia en la base de tendencias suicidas (59). Por otro lado, la literatura psiquiátrica forense atribuye a la melancolía *extrema* efectos de inimputabilidad y a formas menos intensas efectos de notable disminución de la imputabilidad (60). Ahora bien, estas afirmaciones deben matizarse en un doble sentido. Por un lado, para sostener que no siempre hay en la base de las conductas suicidas forzosamente una

(58) De todos modos, el TS ha venido aplicando el art. 409,II en supuestos en los que es, al menos, discutible que el suicida mantuviera el dominio del hecho, siendo sólo evidente el acuerdo: así, por ejemplo, STS 15-12-1977 (A.4898) en que, dados dos amantes, él le inyecta a ella el producto tóxico. La cita MUÑOZ CONDE, *Provocación*, p. 5.

(59) CODÓN-LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica penal y civil*, 3.^a ed., Burgos, 1968, I, pp. 321, 327 y 330; *Handwörterbuch der Psychiatrie* (Ed. Battagay, Glatzel, Pöldinger, Rauchfleisch) Stuttgart, 1984, pp. 107 y 108.

(60) CODÓN-LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría*, p. 331.

depresión en sentido estricto (61). Y, además, para afirmar que una «depresión» en sentido amplio (así, los estados de abatimiento o aflicción) no bastan para excluir la libertad del suicida. Pues este «decaimiento» sí que se da en la práctica totalidad de suicidios, por lo que acoger el planteamiento anterior implicaría afirmar que no hay suicidios «libres»; con todo lo que ello implica también para el homicidio consentido (62).

2. Lo anterior impide llegar, ante la ausencia de informaciones precisas en los Antecedentes de Hecho del caso (63), a consecuencias concretas sobre el carácter del comportamiento de M. A. Es cierto que todo parece indicar que se trata de un *Appellsuizid*, en el que la doctrina sostiene unánimemente la ausencia de libertad. La situación previa, el medio empleado (que provoca una muerte lenta, con relativa facilidad de evitación siempre que se adopten los medios correctos para ello), y la aparente intensidad de la perturbación parecen apoyar este punto de vista. De todos modos, aunque esto sea menos verosímil, tampoco es posible, con los datos de que disponemos, excluir que se trate de un suicidio reflexivo. De ahí que, a la hora de analizar la responsabilidad de J. A. planteemos tanto la hipótesis principal de que sea un suicidio *no libre* el que no impidió, como la posibilidad contraria. Las dos variantes se confrontarán con la solución jurisprudencial con el fin de determinar si la misma es correcta.

III. ¿ES J. A. RESPONSABLE POR COMISION ACTIVA DE LA MUERTE DE M. A.?

III.1. *En el supuesto —menos verosímil— de que la conducta de M. A. pudiera calificarse como «libremente responsable»*

1. Pese a que, como hemos indicado, el TS centra su análisis de la responsabilidad de J. A. en la última fase (omisiva) del hecho (64), es lo cierto que, de modo previo, se producen ciertas conductas que, acaso, podrían fundamentar una responsabilidad comisiva del mismo por la muerte de M. A. Concretamente, son relevantes a este respecto tanto la *tenencia del herbicida* como la *discusión* habida entre ellos poco antes de ingerir M. A. el tóxico. Dado que en ambas conductas nada hay que permita inferir la existencia de dolo —ni siquiera eventual— su análisis obligaría a afrontar, en todo caso, el problema de la responsabilidad de terceros por hechos imprudentes ante conductas

(61) Sobre esto, vid. ROJO/GINER/LEAL, Suicidio y depresión en *López-Ibor Aliño* (ed.), *Las depresiones. Progresos en su diagnóstico y tratamiento*. Barcelona, 1977, pp. 125-134, 134.

(62) BRANDTS-SCHLEHOFER, JZ 1987, p. 442.

(63) Sólo se habla de una «depresión y melancolía acentuada» y que actuó «presa de una grave crisis».

(64) «...la muerte (...) fue debida a que aquél se limitó a suministrarle unos remedios caseros para atajar el mal (...) abandonándola después a su suerte...».

suicidas en las que, en esta primera subvariante, concurra una libre responsabilidad por parte de la víctima.

2. Sin embargo, la propia imprudencia de J. A. es todo menos evidente. En efecto, el análisis de la fase comisiva del supuesto no muestra, a mi juicio, elementos suficientes para hablar, a propósito de la misma, de imprudencia. Cierto es que en esta materia inciden de modo especial las dificultades, frecuentemente comentadas, relativas a la concreción de la norma de cuidado. Pero, en todo caso, conviene tener en cuenta dos elementos. En primer lugar, la relativa imprevisibilidad de la conducta suicida de M. A. Esta, si bien, según consta en los Antecedentes de Hecho, había manifestado ya con anterioridad un carácter melancólico y depresivo, no había intentado nunca suicidarse, ni siquiera manifestado una eventual voluntad de hacerlo. Además, tampoco resulta claro que su estado melancólico, previo a la discusión, fuera de una extrema intensidad, que pudiera hacer pensar en la posibilidad del suicidio. En conclusión, parece lo más satisfactorio excluir la existencia de una imprudencia (65). En lo que se refiere a la tenencia del herbicida, a las consideraciones anteriores hay que añadir que ésta, a diferencia de si se tratara de un medio inequívocamente lesivo, entra —como la de tantos otros tóxicos de habitual uso doméstico— dentro de lo «socialmente adecuado». Esta «adecuación social» sólo decaería ante la probabilidad seria de un intento de suicidio, situación que, según entiendo, no concurre en el supuesto comentado. En conclusión, en la «fase comisiva» no me parece que concurran elementos suficientes para fundamentar la sanción penal de J. A. (66).

3. En cualquier caso, la exclusión de la existencia de una imprudencia temeraria en el supuesto fáctico, no implica eludir el problema teórico representado por la contribución activa imprudente a un suicidio. En la subvariante que ahora contemplamos —suicidio «libre»— la doctrina se muestra unánime en afirmar la impunidad del interviniente imprudente, por mucho que los argumentos varíen de un autor a otro (67). Así, en Alemania, la mayoría de los autores apelan al argumento «a maiore ad minus» derivado de la impunidad de la par-

(65) Claramente, en lo que se refiere a una imprudencia temeraria. La apreciación de una imprudencia simple ofrecería menos dificultades.

De todos modos, ROXIN, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 181-199, p. 183 afirma que existe imprudencia en un caso hasta cierto punto similar al que ahora comentamos: acompañar a beber a una mujer, de quien se sabe que tras ingerir alcohol cae en estados de depresión, teniendo en el salpicadero del coche una pistola. Aunque, en cualquier caso, este ejemplo de *Roxin* me parece más grave.

(66) Otros problemas que surgirían en este ámbito de cuestiones serían el de la propia *relación de causalidad*, mucho más difícil de probar cuando por medio hay un *momento de decisión*, más o menos «libre», de otro sujeto (causalidad psíquica) y el de la *imputación objetiva*, excluida por muchos autores en casos de esta configuración.

(67) Cfr. por todos HIRSCH, JR 1979, p. 430.

tipificación dolosa en el suicidio en aquel país (68). Otros aluden al criterio del *fin de protección de la norma* (69). Otros, a la *prohibición de regreso* (70). Y, en fin, otros a la ausencia de lesión del bien jurídico (71). Por lo que se refiere a España, es unánime también la doctrina partidaria de la impunidad, fundamentalmente sobre la base del argumento de que el art. 409 no se puede cometer por imprudencia (72). En la subvariante que nos ocupa (suicidio «libre»), pues, aunque hubiéramos concluido la existencia de imprudencia en la conducta de J. A., ésta sería impune por constituir una mera *participación imprudente*.

III.2. *En el supuesto —más verosímil— de que la conducta de M. A. no se calificara de «libremente responsable»*

1. Como en la subvariante anterior, la impunidad de J. A. resulta del hecho de que, a nuestro juicio, no puede estimarse que su conducta sea constitutiva de una imprudencia temeraria. De todos modos, en el caso de que sí pudiera estimarse, las cosas cambiarían sustancial-

(68) Cfr. en este sentido, BOCKELMANN, *Literaturbericht. Strafrecht BT*, ZStW 66 (1954), pp. 11-134, p. 117; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, pp. 715-724, p. 720; ESER, Schönke-Schröder, 22.ª ed., n.º 35 y 36 antes del § 211. Sobre la postura del BGH, conforme con la doctrina dominante, y las tesis discrepantes (Schmidhäuser) o escépticas (Kohlhaas, Geilen), cfr. BLOY, *Die Beteiligungstypen als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1985, p. 146.

Sin embargo, no cabe desconocer la existencia de un grupo de autores que rechazan la virtualidad del mencionado argumento, alegando que en el caso de la contribución imprudente al suicidio se trataría de autoría y no de participación. Así, WELP, *Comentario BGH 16-5-1972*, JR 1972, pp. 426-429, p. 428; SPENDEL, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, JuS 1974, pp. 749-756. Ello, en la medida en que la doctrina dominante alemana estima suficiente para la autoría imprudente una contribución al hecho con infracción del deber de cuidado. Tal conclusión les obliga a fundamentar de modo diferente la impunidad de la causación imprudente de un suicidio. Críticos también, aunque con otros argumentos, SAX, *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung*, JZ 1975, pp. 137-151, p. 145; y NEUMANN, JA 1987, p. 248.

(69) ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 183 y ss. y 185.

(70) WELP, JR 1972, p. 429.

Aunque no es éste el lugar idóneo para ello, hay que señalar que la discusión entre partidarios y críticos de la teoría de la «prohibición de regreso» dista mucho de estar zanjada (cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Mir/Muñoz Conde) Barcelona, 1981, p. 788. En Alemania el tema se ve considerablemente influido por la estimación de la imprudencia previa al delito doloso de un tercero como «tipo de autoría». Así, algunos sostienen la punición de esa imprudencia que ha provocado o facilitado el delito doloso (cfr. *Jescheck Tratado*, p. 788, nota 53). En España, donde se mantiene la distinción entre autoría y participación imprudente (en delitos dolosos o imprudentes), esta participación es una posibilidad teórica que unos estiman punible (cfr. por ejemplo los citados por Luzón, *Derecho penal de la circulación*, p. 96 nota 18 y 19) y otros no. Es esta segunda posición la que ha recibido una argumentación más profunda y detallada, concretamente por Luzón, *Derecho penal de la circulación*, pp. 92 y ss., especialmente 97-99, derivándolo de la regulación de las formas de intervención en el delito en el CP y de su propia naturaleza de causas de extensión de la pena.

(71) SAX, JZ 1975, p. 146.

(72) OLESA, *Inducción*, p. 104; QUINTANO, *Tratado*, I, p. 347; DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, pp. 270-271; BAJO, PE, p. 92.

mente respecto a lo señalado antes a propósito de un suicidio con «libre responsabilidad». En efecto, del argumento «a maiore ad minus» no se desprende ahora la impunidad, sino, al contrario, la posibilidad de sanción. Dado que, si concurriera dolo en J. A., habría que concluir la existencia de una autoría mediata dolosa, siempre que se diera dominio funcional, otro tanto, salvadas las distancias, corresponde señalar para el caso de imprudencia. Así, podría tener sentido afirmar la existencia de una autoría mediata imprudente, por supuesto, siempre que se advirtiera un auténtico dominio (funcional) objetivo del proceso, un verdadero control (73). La afirmación de responsabilidad en estos casos no parece que dé lugar a discrepancias (74). Estas discrepancias sólo surgirán como repercusión de la discusión, ya antes exhaustivamente comentada, acerca de cuándo un suicidio ha sido responsablemente cometido y cuándo no (75). Aclarado esto, no cabría duda sobre la autoría (mediata) imprudente de J. A. sobre la muerte de M. A. (76).

(73) Esto, en todo caso, podría afirmarse a propósito de la discusión, si en ésta se advirtiera una imprudencia, pero no a propósito de la tenencia del herbicida, que no parece suficiente para fundamentar el mencionado «dominio». Sobre el *dominio objetivo y positivo* que es preciso para fundamentar la autoría mediata, cfr. LUZÓN, Derecho penal de la circulación, p. 95, 102, 103, para un caso en el que entiende que se da ausencia de libertad.

(74) Sobre tal responsabilidad imprudente del hombre de detrás, cfr. BOCKELMANN, ZStW 66 (1954), p. 117; BLOY, Die Beteiligungsform, pp. 146-147 nota 91, por citar dos puntos cronológicos extremos en la convicción generalizada de la doctrina alemana. En España, por ejemplo, OLESA, Inducción, p. 104. Tampoco la imputación objetiva, una vez que se determinase la causalidad (ámbito de relativa dificultad) daría lugar a problemas sustanciales, según creo.

(75) Sin embargo, ROXIN, Problemas básicos, p. 185, absuelve en un caso similar sobre la base del criterio del fin de protección de la norma. Ello debe de tener su origen en la consideración de que la suicida es, pese a su estado de depresión, imputable, lo que, según la doctrina general, aquí examinada, excluiría la autoría mediata.

(76) Deseo aprovechar la ocasión para aclarar una aparente discrepancia —producida a propósito del comentario de la STS 27-1-1984— entre Luzón (cfr. obra citada en nota 18) y yo (cfr. mi trabajo, Límites en la responsabilidad por imprudencia. La Ley 1984-4, pp. 1040-1046, y la referencia a él en Luzón, Derecho penal de la circulación, p. 106). Considero que Luzón tiene razón cuando señala la necesidad de distinguir entre autoría y participación imprudente, aunque personalmente todavía no esté completamente convencido de la impunidad de ésta última. Creo también que, en general, el problema del carácter de autoría o participación habría de analizarse de modo previo al de la imputación objetiva. Como se ve, pues, la coincidencia es amplia. Las discrepancias, que se reflejan en la absoluta disparidad de las soluciones dadas al caso, radican, más bien, en la contrapuesta valoración de los hechos. En efecto, a diferencia de lo que entiende Luzón: A) no consideré que el conductor tuviera «dominio objetivo» de la segunda conducta, en la medida en que no es su *hecho imprudente* el que la desencadena, sino un resultado, cuya causación imprudente o no era, a los efectos de tal segunda conducta, irrelevante. B) Además, dicho dominio objetivo decaería en la medida en que no consideré que la mujer víctima del atropello fuera inimputable, ni nada parecido, puesto que de la redacción de los hechos se desprende mucho menos el trastorno que la *precipitación* por comunicar la noticia. Por otro lado, el supuesto trastorno no podía venir provocado por un temor a ser atropellado (el primer proceso lesivo ya había finalizado), sino por el horror ante la visión del cuerpo tendido (lo que, de nuevo, desmentiría el dominio objetivo). C) Por último, considero que el fin de protección de la norma lesionada por el conductor no puede abarcar la evitación de las conductas que terceros realicen al ver el resultado del primer proceso. Concretamente: no creo que dicho fin de protección pretenda evitar (a diferencia de Luzón, p. 104) que otros peatones salgan despavoridos al ver que otras personas han sido atropelladas (p.ej. para comunicar la noticia).

IV. ¿ES J. A. RESPONSABLE POR OMISION DE LA MUERTE DE M. A.?

IV.1. *Cuestiones generales sobre la intervención omisiva en un suicidio*

1. En lo anterior se ha partido de que, de la valoración de los hechos, no se desprenden datos suficientes para fundamentar una responsabilidad comisiva imprudente de J. A. por la muerte de M. A. A continuación, se trata de examinar si es posible que concurren bases sobre las que asentar una responsabilidad omisiva. El tema de la intervención omisiva en situaciones de suicidio es uno de los más discutidos en la doctrina. Con todo, cabe advertir una práctica unanimidad en afirmar, para ciertos casos, la responsabilidad de quien no impide el suicidio o sus efectos, a título de homicidio en comisión por omisión (si concurre en él una posición de garantía *en condiciones suficientes para la equiparación*) (77), o bien de omisión del deber de socorro, si no se da tal posición. Estos casos son los de suicidio cometido en «ausencia de libre responsabilidad», por un lado, y los de suicidio inicialmente «libre» en el que se produce un cambio de sentido, por el otro: así, aquéllos en que el suicida se arrepiente, pide socorro, etc. (78). Tal constatación nos permitiría resolver con cierta rapidez la problemática planteada por el caso que comentamos. En efecto, antes se ha llegado a la conclusión de que es lo más probable que en nuestro supuesto nos encontremos ante un suicidio *no libre*. Con ello, sólo restaría examinar si en J. A. se dan los elementos precisos para una responsabilidad en comisión por omisión, o simplemente debe imputársele una omisión del deber de socorro. Sin embargo, ya antes dejamos también abierta la posibilidad de que el suicidio de M. A. fuera «libre» y analizamos la correspondiente variante. Ello obliga a repetir el esquema en lo que a omisión se refiere, entrando, en la medida de lo posible en la discusión, hoy ya difícilmente abarcable, que al respecto existe. A continuación procederemos a ello.

2. En la discusión sobre la responsabilidad omisiva de quien no impide un suicidio cometido con libre responsabilidad es posible distinguir —salvando matices de menor trascendencia— tres posturas fundamentales. Existe, por un lado, una sólida doctrina, dominante en

(77) Como es sabido, en los delitos de resultado la doctrina dominante entiende que la concurrencia de una posición de garantía es suficiente para la equiparación. Por mi parte, he sostenido que tampoco aquí es así, y que siempre es preciso que a la posición de garantía (como posición de responsabilidad agravada) se unan otras circunstancias para hablar de una omisión equiparable a la comisión. Cfr. SILVA, *El delito*, pp. 339 y ss., 359 y ss., especialmente, pp. 369, 370 y 371.

(78) Cfr. por todos, ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., p. 476; ESER, Schönke-Schröder, n.º 40 antes del § 211; BOTTKE, GA 1983, p. 33; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung aufgrund von Grundfällen*, München, 1977, p. 84; especialmente sobre la unanimidad en los casos de «cambio de sentido» ZINZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, Tesis, Bonn, 1984, p. 91. Aunque, por supuesto, en todo este ámbito vuelve a reproducirse la discusión en torno a cuándo un suicidio es *libre* y cuándo no.

Alemania occidental, que se muestra partidaria de la impunidad, tanto si quien no impide dicho suicidio es un garante como si no lo es (79). Se excluye, pues, la responsabilidad por omisión del deber de socorro y por «comisión por omisión». Los argumentos en favor de la misma son diversa índole. Así, por un lado, se sostiene que la impunidad de la participación activa en el suicidio debe llevar, asimismo, a la impunidad de la no-evitación del mismo so pena de defraudar, mediante la sanción de esta última, la voluntad de la ley en relación con la primera (80).

Por otro lado, se alude a la falta de un tipo sobre el que fundar la equiparación o al valor de la libre decisión del suicida (81). También se argumenta que el suicidio libre no es «Unglücksfall» a los efectos del § 323 c StGB (delito de omisión del deber de socorro) (82). En fin, se entiende que, aunque fuera un «Unglücksfall», en todo caso faltaría la exigibilidad de la actuación de evitación, por el significado de la libre decisión del suicida, o por la imposibilidad de modificar las circunstancias que le han llevado a adoptarla (entre otras razones) (83).

3. Una segunda corriente doctrinal, con apoyo en la jurisprudencia alemana, sostiene el deber de los garantes de impedir suicidios, aun cuando éstos sean libres (84). La consideración que le sirve de base, aparte un considerable escepticismo en cuanto a la posibilidad efectiva de un suicidio libre, es la de que el garante es siempre *autor* del delito de omisión (y no «partícipe por omisión»), con lo que el argumento relativo a la impunidad de la participación activa no le afectaría. En efecto, si el garante es siempre autor y tiene obligación de

(79) Cfr. las referencias a dicha doctrina dominante en CZINCZOLL *Solidaritätspflichten*, p. 87; BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, Berlín, 1982, p. 295 nota 1458; BOTTKE, GA 1983, p. 33. Tal impunidad, con independencia de que la tentativa sea ya acabada y el suicida haya perdido el dominio de los acontecimientos, siempre que no se produzca el «cambio de sentido»: BOTTKE, *Suizid*, p. 313; CRAMER, *Schönke-Schröder*, 22.^a ed., § 323 c n.º 7. Claramente para un caso de inconsciencia, DREHER, *Comentario Schwurgericht*, Berlín, 8-6-66, JR 1967, pp. 269-271, p. 270; GRÜNWARD, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, GA 1959, pp. 110-123, pp. 120-121, entiende que el caer en inconsciencia el suicida ni afecta al dominio del hecho ni a la libre decisión, a diferencia de los casos de «cambio de sentido».

(80) Lo cual sería evidente si se admite como posición de garante la ingerencia: BOTTKE, GA 1983, p. 24; HIRSCH, JR 1979, p. 432; WELP, JR 1972, p. 429. Pero otro tanto puede afirmarse en lo que se refiere a la omisión de socorro. En este sentido, BOTTKE, *Suizid*, p. 314; GROPP, *Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung*, NSZ 1985, pp. 97-103, p. 100.

(81) CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, p. 87.

(82) Por todos, BOTTKE, *Suizid*, pp. 300-301; CHARALAMBAKIS, GA 1986, p. 506; NEUMANN, JA 1987, pp. 254-255.

(83) Así CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, pp. 278 y 281, exceptuando algunos casos. Ya antes, SAX, *Tatbestand und Rechtsgutsverletzung*, JZ 1976, pp. 9-16; 80-85 y 429-439, p. 80 y 81; SCHMIDT, R., *Der Arzt und sein lebensmüder Patient*, JZ 1984, pp. 866-869, p. 868; DÖLLING, *Suizid und unterlassene Hilfeleistung*, NJW 1986, pp. 1011-1017, p. 1016.

(84) Eventualmente, el argumento se extiende a la omisión de socorro. Así, por ejemplo, un clásico de esta dirección es GEILEN, *Suizid und Mitverantwortung*, JZ 1974, pp. 145-154, p. 145; por lo demás, las referencias a esta corriente doctrinal se hallan en BOTTKE, *Suizid*, p. 249 nota 1452; CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, p. 88; GROPP, NSZ 1985, pp. 99 y 103. Se suele citar dentro de esta corriente a *Schmidhäuser*, *Bringewalt*, *Schwalm*, etc.

impedir incluso suicidios «libres», al no hacerlo se convierte en autor de la mencionada muerte en comisión por omisión (85). En la actualidad, esta tesis se sostiene fundamentalmente por Herzberg en forma algo matizada. La postura de Herzberg parte de que es preciso distinguir dos clases de garante. Si el garante lo es por ostentar una función de protección de un bien jurídico (*Beschützergarant*), la no evitación de la lesión le convertirá en autor aunque dicha lesión fuera causada por un proceso delictivo activo (86). Si, en cambio, es garante por una función de control de una fuente de peligro (*Überwachungsgarant*), dado un proceso delictivo activo, la no evitación le convertiría en partícipe (87). Pues bien, Herzberg aplica esta sustancial bipartición al caso de la no evitación del suicidio libre. Con ello, el *Überwachungsgarant* quedaría impune por directa repercusión de la impunidad de la participación activa (88). Mientras, el *Beschützergarant* respondería de la muerte del suicida (89). Contra ello no cabría alegar la impunidad de la participación activa, ni el absurdo de que se castigara al garante que no actúa y no, en cambio, al que además ayuda activamente al suicidio. Según Herzberg, el *Beschützergarant* que ayuda al suicidio es ya, desde ese momento, autor en comisión por omisión de la muerte, si ésta se produce, en virtud de la estructura de la «omisión por comisión» (90).

4. Por último, una tercera corriente hace responsables a los garantes (9) si la no evitación del suicidio se produce en un momento en que el suicida había perdido el dominio del hecho (por caer en inconsciencia, etc.), produciéndose, así, un cambio de dominio (*Tat herrschaftswechsel*) (92). Naturalmente, también esta postura entronca con una concepción general acerca de la distinción entre autoría y participación en los delitos de omisión. Concretamente, con aquélla que entiende que si hay un actuante que detenta un dominio del hecho práctico, el dominio del hecho potencial del omitente hace de éste

(85) Cfr., sobre los presupuestos de esta posición, ROXIN, *Täterschaft*, p. 473. Esta postura resulta, pues, de dos bases: la primera, el sostener el «concepto indiferenciado de omitente» según el cual todo garante que no impide un resultado lesivo de un bien jurídico es autor, sea dicho resultado producido por un fenómeno natural o un delito comisivo (esta tesis la comparte ROXIN, junto con ARMIN KAUFMANN, GRINWALD, RUDOLPHI, STRATENWERTH, CRAMER, etc., e implica la irrelevancia de consideraciones de dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión). La segunda base, completamente independiente de la anterior, es que también hay deber de evitar suicidios «libres».

(86) Cfr. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 261.

(87) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 260.

(88) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 267.

(89) HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 266; EL MISMO, *Täterschaft*, pp. 88-89; EL MISMO, JA 1985, pp. 178-179 y 180 y ss., argumentándolo. Naturalmente, tal responsabilidad se daría en los términos del 216 StGB: homicidio a petición de la víctima. Crítico sobre esto BOTKE, *Suizid*, p. 284.

(90) Sobre esto cfr. SILVA, *El delito*, pp. 164 y ss.

(91) Y, eventualmente, a los no-garantes por omisión de socorro.

(92) Sobre ella, vid. las referencias en BOTKE, *Suizid*, p. 295 nota 1454 y CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten*, p. 90. Crítico, ROXIN, *Täterschaft*, 4.ª ed., pp. 474-475 y 627.

tan sólo participe (93) (impune aquí por el argumento de la participación activa). Mientras que, desde el momento en que dicho actuante pierde el dominio, por caer en inconsciencia, por ejemplo, pasa a ser el omitente la figura central del proceso y, en definitiva, el autor.

5. En la doctrina española actual se suele partir de la punibilidad de la intervención omisiva en el suicidio libre. Una mayoría, según creo, de autores afirma, en todo caso, la imposibilidad de realización por omisión del auxilio ejecutivo al suicidio. Para ello, unos se basan en el argumento, del que antes me he distanciado, de que el art. 409, II CP parte de que no es el suicida quien se mata, sino un tercero, lo que no se cumpliría en este caso (95). Otros, por su parte, en que la *ejecución* implica una conducta material activa que impide la comisión por omisión (96). Excluida también la responsabilidad por homicidio, asesinato o parricidio, pues éstos parten de que la víctima muera contra su voluntad (97), lo que tampoco se daría aquí, sólo resta el auxilio omisivo al suicidio del art. 409, II CP (98). En esto suele coincidir la doctrina (99). Y otro tanto se señala en cuanto a la posibilidad de la omisión de socorro (100).

6. Personalmente, entiendo que, ante una situación de suicidio no libre, el garante que no impide su producción ha de responder, si se dan todos los restantes criterios de la equivalencia, por homicidio en comisión por omisión (o el delito contra la vida que, por las circunstancias, corresponda) y el no garante (o garante sin posibilidad de equivalencia) por omisión del deber de socorro. Ahora bien, dado un suicidio libre, me distancio de la doctrina dominante española y sostengo la impunidad, tanto para el garante como para el no garante que no lo impide (101). Ello, no por creer que el suicidio no constituya situación de peligro típico a los efectos de los delitos de omisión. Tal cosa, pese a las dificultades que plantea la afirmación del carácter «desamparado» del sujeto a los efectos de la aplicación del art. 489 bis CP (102), podría todavía sostenerse de modo general (103). Ocurre, sin embargo, a mi juicio, que, en lo que se refiere al delito de omisión pura del art. 489 bis CP, es «inexigible» la prestación de socorro a

(93) Cfr. sobre esta tesis SILVA, El delito, pp. 223-225 y nota 325.

(94) Que en los casos de suicidio no libre hay responsabilidad, se da evidentemente por sentado. Sobre el debate, por ej., RODRÍGUEZ MOURULLO, Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio, RFDUM V 1961, pp. 333-360, pp. 339 y ss.

(95) GIMBERNAT, Estudios, p. 172; también excluyen la comisión por omisión del auxilio ejecutivo DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, pp. 279; en cambio, contempla tal posibilidad MUÑOZ CONDE, PE, 6.ª ed., p. 56.

(96) BAJO, PE, p. 94.

(97) *Supra* me he separado también de esta opinión.

(98) GIMBERNAT, Estudios, p. 172.

(99) DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, PE, pp. 267-268; OLESA, Inducción, p. 87; BAJO, PE, p. 91.

(100) GIMBERNAT, Estudios, p. 168, sobre que el bien jurídico del art. 489 bis (solidaridad humana) se lesiona también no socorriendo a quien decide poner fin a su vida.

(101) Cfr. La Ley 23-1-1987, p. 4.

(102) DEL ROSAL, ADPCP 1987, p. 97; Díez RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 644 y 645, que niegan el deber de socorro con este argumento.

(103) La Ley 23-1-1987, p. 4 y notas 58 y 59.

quien no lo desea (se le puede «socorrer», pero no hay deber de hacerlo por falta de exigibilidad) (104). Y, en lo que se refiere a la comisión por omisión, el deber de garantía resulta «cancelado» por la libre decisión del suicida, que supone algo así como una liberación del garante del compromiso que le vinculaba al otro sujeto (105). Esto valdría incluso para las situaciones de inconsciencia subsiguientes a un suicidio cometido con libre responsabilidad (106).

No me parece decisivo, a este respecto, el que la impunidad del auxilio omisivo al suicidio diera lugar a un «abuso del poder del Estado que, so pretexto de respetar la voluntad suicida del contrario político, podría conseguir su eliminación respetando su voluntad suicida, pese a los deberes públicos de asistencia derivados de las especiales relaciones de poder» ((107). Según entiendo, operan aquí también las reglas generales y el problema esencial viene dado por la dificultad de la determinación de si la decisión de no ingerir alimentos es efectivamente libre o no.

IV.2. *Análisis del caso concreto*

1. Las consideraciones anteriores resolverían el problema de la presunta responsabilidad omisiva de J. A. si el suicidio de M. A. pudiera ser calificado de «responsable». Sin embargo, ya antes pusimos de relieve que ésta era la posibilidad menos verosímil, dadas las circunstancias del caso. Dado, pues, que lo más probable es que nos hallemos ante un suicidio «no-libre» y que, por lo tanto, quepa una respon-

(104) Cfr. La Ley 23-1-1987, p. 4 y notas 63 y ss., con una explicación más detallada y remisión a mi obra *El delito de omisión. Concepto y sistema*, donde expongo el papel que, a mi entender, desempeña la exigibilidad en los delitos de omisión. DEL ROSAL, ADPCP 1987, pp. 96-97 se sitúa en una línea similar argumentando desde la perspectiva constitucional. Cfr. también DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, pp. 630-631.

Los casos en que *Del Rosal* admite la punición, que serían aquéllos en que el tercero ha contribuido a la formación de la voluntad suicida (por auxilio moral, por ej.) habría que estimarlos, a mi juicio, «comisivos». Se trata, en efecto, de actos concluyentes, que ni siquiera tendrían por qué provenir de garantes. Cfr. SILVA, *El delito*, p. 354, con consideraciones a propósito de los delitos de mera actividad que, salvadas las distancias, son también aplicables aquí.

(105) Cfr. La Ley 23-1-1987, p. 4 y notas 60, 61 y 62, con referencias a *Kreuzer* y *Sowada* en el mismo sentido: Entiendo que el fundamento de la responsabilidad del garante es, en todo caso, el compromiso de afrontar los riesgos que amenazan al otro sujeto. Este compromiso puede romperse por ambas partes y el suicidio *libre* me parece una forma idónea de hacerlo.

(106) Cfr. ROXIN, *Täterschaft*, 4.^a ed., p. 474: si el principio es respetar la voluntad del suicida, ello vale también para los casos en que éste, con posterioridad, se halla inconsciente o desamparado. A este respecto, para evitar falsas interpretaciones, o la impresión de que se ha producido un cambio de opinión, deseo añadir a lo que señalo en La Ley 23-1-1987, p. 5 y notas 76 y ss. Allí sostengo un deber de intervención en casos de inconsciencia, en efecto, pero *estoy contemplando casos de inconsciencia de los que se desconoce si el comienzo de la acción suicida fue libre o no*. Que me refiero a ellos, se desprende, desde luego, del contexto. En lo relativo a situaciones de inconsciencia subsiguientes a un suicidio *libre*, sostengo, ahora como antes, la ausencia de deber de intervenir, tanto para garantes como para no-garantes. Cfr. sin embargo DIEZ RIPOLLÉS, CPC 1986, p. 657 y ss., afirmando deber de intervenir en tales casos de inconsciencia.

sabilidad omisiva, conviene examinar si concurren en el caso los elementos necesarios para afirmarla. Comenzaremos por analizar la posibilidad de una comisión por omisión, que, evidentemente, requiere una posición de garantía del sujeto.

2. Sobre la relación entre J. A. y M. A. no se da en los Antecedentes de Hecho una información detallada. Simplemente, que se trataba de una amistad, intensificada hasta el punto de convivir y tener relaciones íntimas en el domicilio del varón. Además, puede colegirse que dicha relación duró desde el mes de marzo hasta el 15 de junio. Como se ve, no es mucho. En todo caso, es suficiente para advertir que, dejando aparte el actuar precedente (107), la única fuente de posición de garante que aquí cabe considerar es la *convivencia* o *estrecha comunidad de vida* (Wohngemeinschaft, enge Lebensgemeinschaft) (108). Esta, sin embargo, no es admitida, en general, por sí sola, como fundamento suficiente de una posición de garantía: ello, ya se la rechace expresamente (109), ya se le exijan determinados requisitos (110), ya se afirme su posible eficacia en combinación con otras fuentes de la posición de garantía (111). Tan sólo la jurisprudencia alemana parece admitirla sin objeciones (112). Pero siempre dando pie a

(107) Dado el carácter discutido de esta fuente de posición de garante, y puesto que hemos negado una imprudencia previa de J. A. que pudiera conformarlo, prescindiremos de plantear su posible incidencia autónoma en la determinación de la responsabilidad de este sujeto. En cualquier caso, es inevitable que el actuar precedente de J. A. —aun calificado como no imprudente— influya sobre la valoración global que merezca la situación en cuanto generadora de posición de garante. Aparte, y respecto a la no-evitación de la muerte, podría hablarse de un «omitir precedente», que un sector de la doctrina estima asimismo fuente de posición de garante, y que vendría dado por la no-evitación de la ingestión del herbicida, si es que ello fue posible.

(108) Cfr. un caso similar en GROPP, NSTZ 1985, p. 99 nota 27: «Lieselotte-Fall», en el que un médico rompe relaciones amorosas con una joven, suicidándose ésta con un tóxico sin que aquél impida el óbito. Se discute tanto la naturaleza de la relación como la ingerencia (por no tener cerrado el armario de las medicinas).

(109) Así, por ej., GEILEN, *Garantenpflichten aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft*, FamRZ 1961, pp. 147-160, p. 153 y 157; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pp. 355 y 356; DOERING, *Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft?*, MDR 1972, pp. 664-665, p. 665; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, Berlin, 1985, pp. 143-144.

(110) Fundamentalmente, *duración*, o estar *dirigida a la ayuda recíproca*: OTTO/BRAMMSEN, *Die Grundlagen der dtrafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassen*, Jura, 1985, pp. 530-542, p. 530; ya antes HERZBERG, *Die Unterlassung*, p. 344-346; BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1968, pp. 178 y 182; ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt* JA 1980, pp. 553-561, 647-654, 712-717, p. 713; STREE, en Schönke-Schröder, 22.ª ed., § 13 n.º 17 y 25; JESCHECK, LK 10.ª ed., § 13 n.º 21 y 25; BOTTKE, *Suizid*, p. 274. O que dé lugar a *confianza*: BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag, Berlin, 1966, pp. 119-143, p. 140.

(111) Ya sea la *ingerencia*, ya la *asunción de funciones de protección*: GEILEN, FamRZ 1961, p. 160; ARZT, JA 1980, p. 713; KIENAPFEL, *Die Garantenpflichten* (§ 2 StGB) System, Voraussetzungen und Grenzen, JB1 1975, pp. 13-22, 80-86, p. 85; RUDOLPHI, *Häusliche Gemeinschaft als Entstehungsgrund für Garantenstellungen?*, NSTZ 1984, páginas 149-154, 151 y 153; LANDSCHEIDT, *Zur Problematik*, pp. 144 y 150-151.

(112) Cfr. al respecto, ZEICHNER, *Die Entwicklung der Rechtssprechung zur Garan-*

la sospecha de si no habrá tomado en consideración otros elementos trascendentes a la mera relación fáctica de convivencia.

3. Prescindiré de un análisis «interno» de la discusión alemana. En cualquier caso, ésta pone de manifiesto, de nuevo, algo que he tratado de expresar con más detenimiento en otro lugar. Ello es que el fundamento material de la equiparación de una omisión con la comisión activa del delito correspondiente no puede ser otro que la existencia de un «compromiso específico» (113). Sólo si un sujeto adopta el compromiso específico de constituir una barrera de contención para riesgos determinados que amenazan a concretos bienes jurídicos se convierte en dueño absoluto del acontecer típico. Y entonces es posible afirmar que el no-actuar (el retirar la barrera de protección, permitiendo la realización del riesgo) revela una identidad estructural y normativa con la comisión activa: se da una «comisión por omisión» (114). Que esto es así, si bien casi nadie lo reconoce expresamente, lo prueba el intento generalizado, aunque más o menos inconsciente, de encontrar «momentos de asunción» o de «génesis de confianza» en casi todas las situaciones de garantía. Intento que es claramente perceptible en lo que se refiere a la «enge Lebensgemeinschaft».

4. Pues bien, me parece altamente improbable que en la relación entre J. A. y M. A. se diera, de uno u otro modo, un «compromiso» de la naturaleza indicada. Y, desde luego, nada así se desprende de la redacción de hechos, sino más bien lo contrario, dada la brevedad de la relación: unos tres meses. Ello vendría a excluir la comisión por omisión en este caso (115). Naturalmente, sin embargo, lo anterior no significa que «materialmente» no quepa atribuir a J. A. una responsabilidad «más intensa» sobre la suerte de M. A. que la que correspondería a cualquier tercero presente en el momento del suicidio. Pensando en estas situaciones, y en otras bastante más conflictivas, he propuesto la introducción de una categoría intermedia entre las *omisiones puras generales* (como la omisión de socorro) y la *comisión por omisión*. Se trata de la categoría que denomino de *omisiones puras de garante*. Estas, de *lege ferenda*, habrían de contemplarse mediante la creación de un tipo agravado sobre el del art. 489 bis CP. De *lege lata*, sin embargo, no cabe más solución que sancionarlas por este último precepto (116). Y eso es lo que ocurre con el comportamiento de J. A.: dado que no constituye comisión por omisión, sólo parece posible encuadrarlo en la omisión del deber de socorro del art. 489, I CP. Sentado esto, queda examinar si la mencionada omisión de socorro sería dolosa o imprudente. A este respecto, creo que nos hallamos ante un

tenstellung aus enger Lebensgemeinschaft seit der Gründung des Reichsgerichts. Tesis. Kiel 1973, p. 212.

(113) SILVA, El delito, pp. 369 y ss.

(114) SILVA, El delito, p. 371.

(115) Ello nos libera de examinar la relación de imputación objetiva (la llamada «causalidad hipotética») que tampoco es evidente: en efecto, en ningún momento se alude en los hechos a que el traslado de la suicida al hospital en el primer momento hubiese evitado su muerte.

(116) SILVA, El delito, pp. 344 y ss.

caso límite entre la culpa consciente (117) y el dolo eventual (118), cuya resolución no acometeré aquí. En todo caso, poderosas razones abogan en favor de la segunda solución: no se me ocurre, en efecto, qué podría mover a J. A. a *confiar* en que el resultado letal no se produciría y a dejar, consiguientemente, de realizar el oportuno traslado al centro hospitalario (119).

V. CONCLUSION

La solución del caso pasaría, pues, por hacer responsable a J. A. de una omisión del deber de socorro (120), dolosa o imprudente (121). El fallo del TS es, por tanto, criticable, por su afirmación de que se ha producido una *imprudencia con resultado de muerte*, que remite implícitamente a una «comisión por omisión» imprudente de homicidio (122). Esta no existe, como se ha tratado de mostrar. Con todo, más criticable aún resulta: 1) que no se justifique la concurrencia en J. A. de una posición de garantía en la medida y circunstancias suficientes para la comisión por omisión; 2) que no se examine el problema de la imputación objetiva del resultado a la omisión, imprescindible desde el momento en que se parte de que existe una comisión por omisión; 3) que no se analice la posibilidad de un dolo eventual en lugar de la imprudencia admitida. Es decir, en definitiva, que el fallo prácticamente carezca de fundamentación. Pero este tema, por sí solo, merecería un nuevo comentario...

(117) Esta, en todo caso, es innegable, pues en los antecedentes de hecho se hace constar que conocía el carácter tóxico del producto ingerido.

(118) Este, por un lado, parece que podría excluirse en virtud de la teoría de la «manifestación objetiva de la voluntad de evitación» (Armin Kaufmann), pues consta que J. A. intentó atajar los vómitos con remedios caseros. Además, está el hecho de que al día siguiente, volviera al lugar con los padres de M. A. Pero, por otro lado, la impresión del dolo eventual se refleja en el hecho de haberse dormido y haber ido luego a trabajar.

(119) Cfr. CORCOY BIDASOLO, En el límite entre dolo e imprudencia ADPCP 1985, pp. 961-975, pp. 970 y ss.; ZUGALDIA, La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. ADPCP 1986, pp. 395-422.

(120) *De lege ferenda*, agravada o cualificada. *De lege lata*, dentro del marco típico del art. 489 bis CP.

(121) La omisión de socorro imprudente es punible en Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán: cfr. MUÑOZ CONDE, 6.ª ed., p. 159. Aunque el TS no la haya apreciado nunca, según dice CORCOY, Criterios, p. 99.

(122) Descartada la imprudencia activa, a la que, por lo demás, el TS ni siquiera hace alusión alguna.

