

La regulación española relativa a la punibilidad de las intervenciones en el suicidio en comparación con la situación en el Derecho alemán

MIRJA FELDMANN

Magistrada en la Audiencia Provincial [Landgericht] de Stuttgart.
Doctora en Derecho por las Universidades de Passau (Alemania)
y Complutense de Madrid

RESUMEN

Tras exponer, de la mano de tres supuestos, los vigentes regímenes jurídico-penales relativos a las intervenciones en la muerte querida por la víctima en España y en Alemania y las principales diferencias existentes entre ambos, se ahonda en la cuestión del origen y la evolución de sendas situaciones jurídicas, estableciendo dos hipótesis cuya corrección o no se va examinando para, finalmente, presentar una valoración de cuál es el régimen jurídico-penal más acertado.

Palabras clave: Punibilidad de las intervenciones en el suicidio, eutanasia, regímenes alemán y español, Derecho comparado, política criminal.

ABSTRACT

After an outline of the current legal situation in both Spain and Germany relating to the termination of life on request and participation in suicide and pointing out the main differences between each country's legal situation, the author approaches their origin and evolution and establishes two hypotheses that are scrutinized. Finally, an evaluation of which legal system proves to be better is presented.

Key Words: Criminal responsibility for helping in suicide, euthanasia, Criminal policy in suicide, Comparative law.

1. INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico-penal en España de las intervenciones de terceros en el acortamiento no natural de la vida, deseado por la víc-

tima, presenta notables diferencias respecto del tratamiento otorgado en Derecho alemán a dichas conductas. Procederemos a exponerlas de la mano de un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Almería, en 2002, así como a través de dos modificaciones ficticias del mismo.

Así, de una forma resumida, señalan los hechos probados de la sentencia 47/2002, de 20 de febrero, de dicha Audiencia Provincial:

Sobre las 23 horas del 21 de marzo de 2001, el procesado, Mustafa, se encontró con un conocido suyo, Jesús, nacional de Guinea Ecuatorial, quien le manifestó que le tenía que comentar un problema que tenía, introduciéndose ambos en un vehículo abandonado donde el procesado había pernoctado varios días, situándose el procesado en el asiento del conductor y su acompañante en el asiento contiguo. Entonces, Jesús manifestó a Mustafa que quería morir pues estaba pasando por una mala situación, pidiendo al procesado que le matara él y así solucionaba el problema de su estancia irregular en España y evitaba ser expulsado, insistiéndole en su voluntad de morir, convenciendo así al procesado, quien, utilizando un cinturón que llevaba puesto en la cintura, se lo puso alrededor del cuello y apretó fuertemente hasta causarle la muerte por asfixia.

La Audiencia Provincial de Almería condenó al procesado como autor de un delito de auxilio al suicidio (art. 143.3 CP) a la pena de seis años de prisión, con la accesoria inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (1). La imposición del mínimo legal de la pena se debe a la concurrencia de la circunstancia atenuante 4.^a prevista en el artículo 21 CP, pues al día siguiente del crimen, y antes de saber que el procedimiento se dirigía contra él, el procesado, quien había pernoctado junto al cuerpo sin vida de Jesús (!), fue a la comisaría de policía y voluntariamente confesó su participación en los hechos.

Expuesta la resolución del caso por parte de la Audiencia Provincial de Almería, veremos cómo resolvería este caso el Derecho alemán. No hay duda de que Mustafa habría resultado igualmente condenado. La cuestión, empero, es si lo habría sido como autor de un delito de homicidio común o, antes bien, como autor del privilegiado delito que puede considerarse el equivalente alemán al artículo 143.3 CP y que el Código Penal alemán (Strafgesetzbuch, en adelante StGB) denomina «Tötung auf Verlangen» («homicidio a petición»). Tipificado en el § 216 StGB, castiga con pena privativa de libertad de 6 meses a 5

(1) Al margen de la condena por auxilio al suicidio lo condenó también por un delito de hurto cometido tras haber matado a la víctima, del que no nos ocuparemos por irrelevante.

años «al que hubiere sido llevado a matar a otro por la petición expresa y seria de la víctima».

Procederemos a examinar, para ello, si cabe subsumir los hechos antes reproducidos dentro del tipo. Así, analizaremos en primer lugar cuáles son los elementos típicos que lo integran para efectuar, en segundo término, el proceso de subsunción, es decir, la comprobación de si los distintos elementos de los hechos probados cumplen dichos requisitos.

Cabe aplicar este tipo, y no el del homicidio o asesinato, cuando –junto a los elementos básicos del homicidio– concurren las siguientes circunstancias: 1, una petición expresa y seria por parte de la víctima; y 2, que la misma haya llevado al autor a matar a su víctima.

Ahondando algo más en el primer requisito, para estimar que haya petición, según la doctrina mayoritaria, no basta con que la víctima simplemente consienta o tolere los actos del tercero, sino que es exigido que la víctima manifieste su voluntad de forma activa y con la intención de influir en la mente del destinatario de la declaración de voluntad (2). En el supuesto objeto de nuestro análisis no hay problemas para afirmar la concurrencia de semejante petición, dado que Jesús expresó su deseo de morir de modo activo a través de lo dicho a Mustafa, en quien quiso indudablemente hacer nacer la voluntad de cumplir su deseo. El carácter expreso de la petición tampoco ofrece dificultades. En cambio, es más discutible si la petición fue seria o no.

En cuanto a la caracterización de la seriedad, existe unanimidad en que deben ser estrictas las exigencias que ha de reunir la petición para poder afirmar tal carácter. Respecto de los criterios que suelen enumerarse a tal efecto y muchas veces sin mayor sistematización, cabe distinguir, a mi modo de ver, tres aspectos. El primero de ellos se cifra en la capacidad de formación de una decisión válida, encontrándose comúnmente aceptada la idea de que quien quiera morir debe poseer la capacidad natural de juicio y discernimiento para comprender el significado y la envergadura de su decisión, motivo por el cual no cabe estimar seriedad de la petición en personas que bien en general, bien en el momento de tomarla, no son capaces de autodeterminarse (3) –piénsese en personas de corta edad o (determinados) enfermos mentales–. El segundo aspecto se refiere al proceso de formación de voluntad: no puede ser viciado, por lo que no es considerada seria la petición cuando ha sido provocada por coerción, amenaza o engaño,

(2) Por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, StGB § 216 Rn. 5.

(3) BGH NJW 1981, 932; BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

así como cuando la víctima está incurso en un error de motivos (4). Por último y más allá de los presupuestos ya enumerados, el carácter serio de la petición implica asimismo, según una resolución muy reciente del BGH (5), firmeza y perseverancia interna, por lo que quedan excluidas del radio de acción del tipo peticiones «manifestadas de paso o de manera no meditada» (6). No se ha querido pronunciar, sin embargo, sobre la cuestión de si se debe requerir, tal y como requiere gran parte de la doctrina y algunas sentencias de instancia (7), que la petición no sea fruto de un momentáneo trance (estado de ánimo transitorio) o de un destempe depresivo (8). Ahora bien, parece cuestionable que este último criterio realmente posea autonomía propia y no sea, por el contrario, otra subespecie de los criterios ya citados; pues, en primer lugar, podría plantearse la cuestión de si tales destempes depresivos no ponen en entredicho la capacidad de juicio (actual); e, igualmente convendría reflexionar sobre si en caso de que la petición sea fruto de un mero trance no falta la firmeza de la petición, reflexiones ambas que por razones de espacio no emprendemos en este momento.

Sea como fuere, los hechos probados de la sentencia citada no contienen datos suficientes que permitan juzgar si la petición manifestada por Jesús fue seria o no, en particular no se sabe si se trataba de una petición meditada; ello obedece a que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, en España la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia manejan un concepto amplio de suicidio (9), en particular en lo que a las exigencias relativas a la voluntad de quien quiere morir se refiere. En este contexto conviene señalar que el «suicidio» no sólo constituye un elemento típico de los apartados primero y segundo del artículo 143 CP, sino también, tal y como implica el tenor literal del apartado 3.º,

(4) Véase p. ej. RENGIER, *Strafrecht* BT II, § 6 Rn. 6; EISELE, *Strafrecht* BT, 2008, Rn. 204; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER Rn. 8; el BGH, en su sentencia de 7 de octubre de 2010- 3 StR 168/10, no se pronuncia acerca de la relevancia de errores de motivo, aunque sí afirma la falta de seriedad en caso de que quien mata haya obtenido la petición de matar por engañar sobre su propia intención, en realidad inexistente, de suicidarse tras matar al solicitante.

(5) BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

(6) BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

(7) En tal sentido, AG Tiergarten MedR 2006, 299.

(8) BGH Urt. v. 7 de octubre de 2010, 3 StR 168/10.

(9) Dentro del concepto amplio de suicidio, se pueden distinguir dos estándares —el criterio de la imputabilidad manejado por la jurisprudencia y un sector doctrinal, por un lado, y el criterio de la capacidad natural de juicio—; aunque estos dos criterios no se refieren a vicios de la voluntad tales como pueden ser el engaño, error, la coerción, que suelen ser tratados aparte por la doctrina española. Para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 443 ss.

de este último(10). El manejo de un concepto amplio de suicidio se traduce en que solamente la existencia de graves vicios en la voluntad de la víctima lleva a la desestimación de la existencia de un suicidio en sentido jurídico y, por tanto (en función de la vertiente subjetiva del autor), a la consideración de quien interviene como autor (mediato, en caso de los apartados 1.º y 2.º) de homicidio o asesinato(11).

Realizadas estas puntualizaciones referentes a la situación jurídico-penal en España, que han puesto en evidencia que el ámbito de operatividad del artículo 143.3 CP es mayor con respecto a su «equivalente» alemán, gracias al manejo de un concepto amplio de suicidio, conviene llamar la atención sobre otro aspecto relacionado con la solución según el Derecho alemán del supuesto resuelto por la Audiencia Provincial: aun cuando objetivamente no concurriera una petición seria, cabría la aplicación del tipo privilegiado en virtud del § 216 ap. 2.º StGB, siempre que el autor partiera subjetivamente de que efectivamente existía una petición que contara con tal carácter.

Analizado el contenido del primer elemento típico que distingue el homicidio a petición del homicidio común, queda por examinar la cuestión de si Mustafa había sido determinado a matar por la petición de la propia víctima. En rigor, dos son los componentes que integran este segundo elemento típico. En primer lugar, ha de mediar una relación de causalidad entre la petición y la conducta del autor. Por consiguiente, la conducta del autor no puede ser subsumida dentro del tipo privilegiado cuando éste hubiera matado a la víctima con total independencia de la existencia de una petición de la misma (*omnimodo facturus*) o cuando fueran circunstancias diversas las que hicieron nacer en él la idea de matar(12), aunque hiciera depender su efectiva realización de una eventual petición de la víctima. En segundo lugar, se requiere que la petición fuera «el móvil determinante de la conducta» o leit motiv, por lo que, en caso de concurrir en el autor una pluralidad de móviles, el de la subordinación a la petición de la víc-

(10) Por todos, GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL *et al.*, PE, 2004, pp. 104 ss.; en contra DíEZ RIPOLLÉS en el mismo/GRACIA MARTÍN, CPC PE I, 1997, pp. 185 ss., en particular p. 196: «Lo que da unidad al artículo 143 es el concepto de suicida, implícito en todos sus párrafos, pero no la noción de suicidio, que sólo está presente en el artículos 143. 1 y 2». Tal método ha de rechazarse por una dualidad de motivos: primero, parece evidente que la existencia de un suicida implique la correspondiente existencia de un suicidio y segundo, al no contener el tipo expresamente el elemento típico de «suicida», pero sí remite a través del uso del artículo determinado («la» cooperación) a la noción del suicidio, es lógico que se realice la interpretación a partir de este último.

(11) Véase, p. ej., la STS 7 de julio de 1948.

(12) SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Rn. 10; FISCHER Rn. 10.

tima ha de ser el predominante y que relegue a un segundo plano otros motivos en su caso concurrentes [como podría ser, por ejemplo, el de satisfacer el apetito sexual en el cadáver (13)] (14). Los hechos probados no ofrecen dudas de que la única intención del procesado a la hora de matar a su amigo fue precisamente cumplir el deseo de éste, máxime si tenemos en cuenta que antes de cometer el hecho había intentado disuadirlo.

Concluimos pues que también en Derecho alemán Mustafa habría sido condenado por un delito de homicidio a petición, aunque la pena habría sido inferior a la impuesta por la Audiencia de Almería ya que el § 216 StGB posee un máximo legal de pena que ni siguiera alcanza el mínimo legal de la pena prevista para su equivalente español, de seis a diez años.

Pues bien, una vez examinado el respectivo tratamiento jurídico en Alemania y España del caso resuelto por la Audiencia de Almería, hagamos el ejercicio de modificar ciertos elementos del supuesto de hecho, a saber, los relativos a la conducta del tercero, para comprobar si ello conduce a un trato jurídico penal diferenciado en un país y otro.

Primera modificación

La situación inicial es la misma que la expuesta *supra*, pero esta vez Jesús, desprovisto de medios, pide al procesado Mustafa que le proporcione cianuro letal para que él –Jesús– pueda tomarlo, solucionando así el problema de su estancia irregular y evitando la expulsión. Aunque reticente en un principio, Mustafa acaba por conseguir el veneno a Jesús, quien marcha y muere tras su ingesta.

Segunda modificación

Ante su inminente expulsión de España, Jesús llama, desesperado, a su hermano Ignacio, residente en España, para comentarle la situación. Éste le regaña, tachándole de inútil y fracasado, pues la familia, sumergida en la pobreza, había gastado todo el dinero que le quedaba para costearle el pasaje a España, país donde debería haberse asentado y encontrado trabajo para poder así apoyar a los suyos a través del envío de remesas de dinero. Y ahora, dice el hermano, resulta que no ha conseguido nada de todo esto. Ignacio advierte a Jesús que como vuelva a aparecer en su pueblo en África sentirá todo el desdén y rechazo que merece por semejante fracaso. Y agrega que si no puede quedarse en España, su única salida sería extinguir su inútil vida. Tras esta conversación, Jesús toma la decisión de arro-

(13) Un supuesto de hecho similar fue resuelto por BGHSt 50, 80, 91 (caso del caníbal de Rotenburgo).

(14) SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, Rn. 10.

jarse al Metro, plan que poco después pone en práctica, falleciendo a resultas del mortal atropello.

Y es que, efectivamente, hay una diferencia abismal entre el tratamiento jurídico de estos otros dos supuestos en Derecho español, por un lado, y en Derecho alemán, por otro. En Derecho español, las conductas de M e I resultan punibles, existiendo en el primer supuesto un delito de cooperación necesaria al suicidio castigado con pena de 2 a 5 años (art. 143.2 CP) y en el segundo uno de inducción al suicidio castigado con pena de 4 a 8 años (art. 143.1 CP). Frente a ello, en Derecho alemán las conductas de los intervinientes M e I resultan no punibles, ya que, a diferencia de lo que ocurre en España y en otros muchos países (15), el Derecho alemán se caracteriza por una dicotomía. Mientras que castiga el homicidio a petición, no hay un precepto que penalice la participación (inducción y cooperación) en el suicidio, de manera que estas últimas conductas *en calidad de tales* no son punibles.

Pero las cosas no son tan fáciles como a primera vista parecen, y ello es así en una dualidad de aspectos. En primer lugar, la delimitación entre el homicidio a petición –punible– y el auxilio al suicidio –no punible– ofrece serias dificultades (16). En segundo término, y con independencia de los problemas de delimitación aludidos, hay que advertir de que la circunstancia cierta de que no exista un tipo de participación en el suicidio no significa necesariamente que toda intervención en el suicidio quede impune. Antes al contrario, existe unanimidad doctrinal en que en todo caso puede haber responsabilidad penal si estamos ante un suicidio que no sea libre y responsable, existiendo polémica sobre cuál es el baremo jurídico (17) de dicha libre responsabilidad. Dejando de lado dicha cuestión que centra uno de los debates más encendidos de cuantos existen en la dogmática de

(15) § 78 CP austríaco, artículo 294 CP holandés, artículo 580 CP italiano, artículo 202 CP japonés, artículo 312 CP federal de Méjico, artículo 135 CP portugués, Section 2 del Suicide Act del Reino Unido, artículo 115 CP suizo (únicamente en caso de mediar móviles egoístas), etc.

(16) Para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 236 ss.

(17) Antes de entrar en dicha discusión, parece imprescindible analizar el fenómeno del suicidio desde el punto de vista médico-empírico para sentar las bases para un tratamiento jurídico, sea *de lege lata*, sea *de lege ferenda*, que se ajuste a la realidad; pues no se debe olvidar que el derecho sirve a la solución de problemas de la vida real. Una panorámica sobre la epidemiología, las relaciones entre suicidio y enfermedades (mentales y somáticas), la cuestión de la libertad del mismo desde la perspectiva médica y las particularidades de esta perspectiva respecto de la jurídico-penal se ofrece en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 168 ss.

la Parte Especial (18), conviene puntualizar que en caso de un suicidio no libre y responsable, a quien intervenga de modo activo puede serle imputado, en función de las circunstancias que entren en juego (móviles, *modus operandi*, etc.), un delito de homicidio o asesinato. Cuando se trate de una omisión consistente en no impedir bien sea el acto suicida como tal, o bien el resultado del mismo, cabrá imputar estos mismos delitos en la modalidad de comisión por omisión (§§ 211, 212, 13)(19), si ostenta una posición de garante. De lo contrario, en todo caso, incurriría en responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro (§ 323 c StGB) (20).

Ahora bien, el Tribunal Supremo alemán (en adelante, BGH) y cierto sector doctrinal no limitan la punibilidad de quien intervenga a los supuestos de un suicidio no libre y responsable, sino que van más allá. Inspirado por consideraciones, en principio acertadas, en torno a la necesidad de proteger la vida y pese a la falta de un precepto incriminador de la participación en el suicidio, el BGH ha encontrado diversas vías para castigar a quien interviene en un suicidio, aunque éste cumpla los requisitos de la libre voluntad del suicida.

En efecto, en primer lugar, admite la posibilidad de que quien permanece pasivo ante un suicidio libre, y aunque sea de acuerdo con el deseo del suicida, pueda incurrir en un delito de homicidio a petición en comisión por omisión (§§ 216, 13 StGB) en caso de ostentar una posición de garante (21) y, en su defecto, en un delito de omisión del deber de socorro (22). Responsabilidad que, sin embargo, no nace hasta el momento en el que el suicida pierda la conciencia (23). Dicha

(18) Cfr., p. ej., MK-SCHNEIDER, vor §§ 211 ff. Rn. 54 ss.

(19) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, vor §§ 211 ss. Rn. 40; MK-Schneider, vor §§ 211 ss. Rn. 66.

(20) Cfr. NK-NEUMANN, vor § 211 Rn. 84; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, vor §§ 211 ss. Rn. 40.

(21) BGHSt 2, 150 ss.; BGHSt 13, 162 ss.; BGHSt 32, 367 ss.; en contra, p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER-STREE, § 13 Rn. 22, RENGIER, BT II, § 8 Rn. 14; INGELFINGER, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, 2004, p. 235.

(22) BGHSt 6, 147 ss.; BGHSt 13, 162 ss.; BGHSt 32, 367 ss.; en contra la teoría dominante (LK-SPENDEL § 323 c Rn. 50; SK-RUDOLPHI, § 323 c Rn. 8; SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, § 323 c Rn. 7; MK-SCHNEIDER, vor §§ 211 ff. Rn. 84; GEPPERT, JURA 2005, 44; NK1-SEELMANN, § 323 c Rn. 26; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, vor §§ 211 ff.; NK-WOHLERS, § 323c Rn. 5; ARZT/WEBER, BT, 2000, § 3 Rn. 33; SOWADA, JURA 1985, 86.

(23) En cuanto al homicidio a petición tal restricción fue introducida ya hace tiempo (cfr. BGHSt 32, 367 ss.); por lo que respecta al tipo previsto en el § 323c StGB, en cambio, el alto tribunal solía considerar que el deber de actuar del tercero nacía ya antes de que el suicida perdiera la capacidad de actuar o conciencia, aunque las sentencias suscitan dudas sobre el momento exacto en que dicho deber nace (para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Sui-*

jurisprudencia ha venido siendo objeto de acerba crítica por parte de la abrumadora mayoría de los autores que se han ocupado de la materia (24). Estiman que castigar las conductas omisivas ante un suicidio libre es contrario, ante todo, al principio de la no punibilidad de la participación en el suicidio, lo mismo que al derecho del paciente a rechazar el tratamiento médico (25). A la vista de que, pese a tanta crítica, el BGH no pretendía cambiar de criterio, se han llegado a hacer, como veremos más adelante, varios intentos infructuosos para combatir dicha jurisprudencia con un precepto a medida, siendo el más reciente el realizado en el marco de la Propuesta alternativa de 2005. Cosa que dejó totalmente indiferente al Tribunal Supremo alemán puesto que éste, con ocasión de una reciente resolución en la que admitió la licitud de la interrupción de un tratamiento médico, aunque éste se llevara a cabo de manera activa, estableció que «una omisión que infrinja un deber también puede verificar el tipo del § 216» y remite a estos efectos a las sentencias tan polémicas BGHSt 13, 162, 166; 32, 367, 371 (Wittig) (26).

Además –y este aspecto parece poseer aún más relevancia a efectos de la materia aquí estudiada que en relación con la punibilidad de ciertas conductas omisivas– el BGH estima que aunque no quepa castigar los comportamientos *activos* que, desde un punto de vista material, constituyen un auxilio al suicidio como tales, ello no necesariamente quiere decir que queden impunes, siempre y cuando sean subsumibles dentro de otros tipos tales como pueden ser los de la legislación penal especial. Valga como ejemplo el supuesto de hecho objeto de la sentencia de Exit (27), donde el BGH estableció que la conducta de quien facilita una sustancia estupefaciente a otro para que éste pueda suicidarse por su ingesta da lugar a un delito previsto en la Ley de Estupefacientes, si bien es cierto que desestimó la aplicación del subtipo cualificado por el resultado (28). Asimismo, y en función del tipo de ayuda que se preste, cabe la posibilidad de que la conducta

zid, 2009, p. 261 ss.). La reciente sentencia de Exit tampoco está muy clara, pero parece haber asimilado el trato del § 323c al del § 216, de modo que el deber de actuación sólo nazca cuando el suicida haya perdido la capacidad de actuar (cfr. BGH 5 StR 474/ 00 = BGHSt 46, 290 ff).

(24) Véanse las notas al pie anteriores.

(25) Véase la crítica de ESER en MedR 1985, 6 ss.

(26) BGH Urt. v. 25.06.2010 2 StR 454/09 Rn. 29.

(27) BGH 5 StR 474/ 00 = BGHSt 46, 290 ss.

(28) Más detalle, en FELDMANN, *Suicidio y narcotráfico*, en LH-GIMBERNAT, 2008, 1984 ss.

dé lugar a un delito tipificado en la Ley Federal de Armas (29) o la Ley de Fármacos (30). Dicho recurso a la legislación penal especial, que durante mucho tiempo se había ignorado por completo por la bibliografía especializada en la materia que tratamos, así como su alcance, ha suscitado viva polémica (31). En efecto, no han faltado voces críticas opuestas a aplicar dichas normas del Derecho penal especial a estos supuestos, y así, Krey reprocha al BGH que mediante el recurso a la legislación relativa a los estupefacientes, «reduzca de manera masiva, no pertinente e insensible las posibilidades de cooperación al suicidio impune» (32). Afirmación con la que pretende hacer creer que existe un «principio de la impunidad de la participación en el suicidio» que tiene prevalencia absoluta sobre toda norma que entre en concurso con tal principio.

En conclusión, cabe decir que si bien es cierto que existe una dicotomía entre el homicidio a petición punible y la participación en el suicidio –en principio, impune–, también lo es que hay ciertas conductas de auxilio que pueden resultar punibles, aunque no sea como delito de auxilio al suicidio, sino por estar las mismas incluidas en el ámbito de operatividad de otro delito distinto. Sin perjuicio de ello, son numerosas las conductas activas de auxilio y –lo que es peor– de inducción, que en Derecho alemán no son susceptibles de subsunción en otro delito y que, por consiguiente, quedan impunes, mientras que en España las intervenciones activas, exceptuando la mera complicidad, sí son punibles.

Una vez realizada esta panorámica comparada sobre la situación jurídica relativa a las intervenciones en la muerte querida por la víctima, así como desgranadas las diferencias entre las regulaciones española y alemana, surge la ineludible pregunta, ciertamente, del porqué de tan grandes diferencias. En las próximas páginas vamos a profundizar en esta cuestión, formulando a estos efectos dos hipótesis:

1. ¿Es la dicotomía existente en Alemania el fruto de una decisión meditada a favor de la libertad por parte del legislador histórico alemán, tal y como inducen a pensar algunas de las citas anteriormente

(29) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 319 ss.

(30) Cfr. el caso resuelto por la Audiencia de Wuppertal, Urt. v. 24.01.2007 – 23 KLS 1052/05.

(31) Expone las distintas opiniones defendidas acerca de la operatividad de la Ley de Estupefacientes y toma postura, FELDMANN, *Suicidio y narcotráfico*, en LH-GIMBERNAT, 2008, 1992 ss.

(32) KREY/HEINRICH, BT I, 13. Aufl., 2005, Rn. 102; en parecido sentido, también STERNBERG-LIEBEN, JZ 2002, 154, 156.

reproducidas y el socorrido recurso a un supuesto principio de impunidad de la participación en el suicidio?

2. ¿Y es que en España, hasta hace poco (?) país católico por antonomasia, el régimen jurídico-penal vigente constituye, a la inversa, un vestigio de tiempos pasados en los que no existía una separación entre religión y Estado, moral y Derecho?

Para dar una respuesta a las cuestiones que acaban de ser planteadas emprenderemos un viaje en el tiempo, con el punto de salida en el Derecho romano, y seguiremos los pasos de la evolución de la punibilidad del suicidio y de las intervenciones en él (inclusive del delito de homicidio a petición), tanto en España como en Alemania.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO EN DERECHO ROMANO

El Derecho romano, cuya repercusión en los derechos penales español y alemán ha sido enorme, no preveía penalización alguna del suicidio en sí mismo. En contra de una interpretación errónea y posteriormente muy extendida en la ciencia penal alemana (33), los preceptos introducidos en el siglo II d.c., relativos a la tentativa de suicidio de los soldados (34) y a la imposición de la confiscación de bienes contra quien fuere perseguido por un delito que conllevara dicha consecuencia jurídica y, antes de recaer la sentencia condenatoria, se matara a sí mismo por miedo a la pena (35) –preceptos que, además, no eran aplicables si el suicida había obrado por cansancio de la vida, enfermedad o locura (36)–, no pretendieron reprobar, con carácter general, el suicidio, sino que persiguieron salvaguardar, respectivamente, intereses militares (37) y fiscales (38). En correspondencia con ello, en el Derecho romano tampoco se conocía la penalización generalizada de la participación en el suicidio. De un precepto, según el cual los esclavos que no impidieran el suicidio de su dueño incurrirían en delito (39), no puede ser inferido tampoco, y en contra de lo que sostenía Momm-

(33) Véase, con más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 16.

(34) *Digesto* 49, 16, 6, § 7.

(35) *Digesto* 48, 21, 3, 1 ff.

(36) *Digesto* 40, 16, 6, 7.

(37) Cfr. CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 12.

(38) Cfr. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (1844), 1962, p. 883.

(39) *Digesto* 29, 5, 1, 22; cfr. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, 1908, p. 96.

sen (40), la punibilidad generalizada del auxilio al suicidio, dado su fundamento en esta relación de lealtad especial (41).

3. LA EDAD MEDIA Y LA TEMPRANA EDAD MODERNA

En la Edad Media y durante la temprana Edad Moderna, fue disputada al Derecho romano su influencia en el tratamiento jurídico del suicidio por las iglesias cristianas, cuya postura frente al suicidio fue de condena total; postura que en el contexto de la –en aquel entonces reinante– concepción teocrática del Derecho debía también traducirse en la normativa no religiosa. Desde que San Agustín declarase, reaccionando frente a la radicalización de tendencias negativistas entre los primitivos cristianos, la reprobación absoluta y sin excepciones del suicidio, los Concilios eclesiásticos de los siglos posteriores fueron estableciendo sanciones cada vez más rigurosas para el suicidio, que acabaron por pasar al Derecho canónico (42). Hubo que esperar hasta 1983 para que se aboliera, formalmente, la más característica de entre ellas –la privación de sepultura eclesiástica (43)– que, por otra parte, estaba dotada de una serie de excepciones (44).

Pero no olvidemos que el catolicismo no fue la única religión que tachaba de pecado al suicidio. La misma postura fue defendida por el protestantismo (45), si bien hay que matizar que, a diferencia de lo que sucedía en la Iglesia católica, en la época de la Ilustración en círculos académicos se llegó a plantear la cuestión de si podía ser defendido el suicidio, desde la perspectiva de la moral cristiana (46) y aunque el principio de la prohibición del suicidio no fue controvertido ni siquiera por los teólogos evangélicos de corte más liberal, éstos sí abogaron por la abolición de las sanciones sepulturales. El mantenimiento de éstas, sin embargo, fue defendido con fervor por parte del

(40) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 614, 1043.

(41) Véase, con más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 17.

(42) Véase con más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 19-20.

(43) CANON 1240 § 1.3 del *Código de Derecho Canónico* de 1917.

(44) En caso de duda sobre los verdaderos motivos, debía procederse a la sepultura eclesiástica, evitando el posible escándalo entre los fieles (Código de Derecho Canónico, 1917, canon 1240 § 2). Para más detalle véase CARON, «Suicidio» (*Diritto canonico*) en AZARA/EULA (Hrsg.), *Novissimo Digesto Italiano*, XVIII, 1957, p. 924.

(45) Vid. BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, p. 53.

(46) Cfr. AMELUNXEN, *Der Selbstmord*, 1962, p. 21.

clero y los sectores más cercanos a la Iglesia evangélica (47). Tanto es así que hasta los tiempos de la República de Weimar en muchas iglesias estatales no era concedida al suicida sino la llamada sepultura silenciosa, es decir, sepultura en camposanto, pero sin misa ni intervención de un clérigo (48).

3.1 Alemania

Es sobre todo en Alemania, donde la evolución del Derecho secular se caracteriza por esta oposición entre la no reprobación del suicidio reductible a la tradición romana, pero también propia del Derecho germano (49), y su estricta condena derivada de la doctrina cristiana: por un lado, ni el Espéculo de Sajonia ni el de Suabia, ambos del siglo XIII, contemplaban sanciones para el suicidio (50); por otro lado, existen relatos sobre crueles castigos infligidos al cadáver del suicida o a su patrimonio (51). Si bien es cierto que dichos relatos muchas veces carecen de especificaciones relativas al lugar y al momento histórico en que habrían sido llevadas a cabo tales prácticas, la existencia efectiva, aunque de alcance desconocido (52), de estas últimas se ve avalada por el hecho de que la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), máxima encarnación de la recepción del Derecho común en Alemania, derogó, de modo expreso, las usanzas, costumbres y reglamentos contrarios a su propia regulación del suicidio (art. 135 CCC). Regulación que no permitía la confiscación de bienes sino cuando el acusado de un «yerro» castigado con pena capital y confiscación de bienes se quitare la vida por miedo a dichas penas (no, en cambio, cuando obrare por enfermedad, melancolía, etc.) (53). Por consiguiente, únicamente pretendió, en buena tradición romana, impe-

(47) BAUMANN, *vom recht auf den eigenen tod*, 2001, p. 42.

(48) Hay que advertir que tales sanciones no se imponían si mediaba inimputabilidad notoria del suicida, en cuyo caso se le concedía la sepultura eclesiástica solemne. Para más detalle, véase BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, pp. 32 ss.

(49) Véase CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 15.

(50) Véase con más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 23.

(51) Cfr. p. ej. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Teil 1, 1920, pp. 401 ss.

(52) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 26 ss.

(53) La norma se reproduce en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. citando a BUSCHMANN, A., *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit: Die klassischen Gesetze*, München, 1998.

dir que el acusado se sustrajera a la pena de confiscación, y no castigar el suicidio en sí mismo.

De acuerdo con los límites establecidos por la CCC, la gran mayoría de las normativas particulares de los siglos XVI y XVII no preveía, con carácter general, penas corporales ni patrimoniales para los suicidas, aunque, eso sí, algunas de ellas contemplaban sanciones graduadas relativas a la sepultura (54). En cambio, son escasas las legislaciones particulares –precedentes, sobre todo, del ámbito austríaco– que contenían preceptos que mandaban infligir un trato infamante al cadáver del suicida, fuera echándolo a las corrientes de agua, fuera quemándolo, o que contemplaban la confiscación más allá de los límites establecidos por la CCC (55). De ahí que parezca aconsejable tratar con cierta reserva relatos que generalizan en exceso, representando ese tipo de sanciones como práctica universalizada.

Frente a la moderación por la que se había caracterizado el trato jurídico del suicida en la gran mayoría de los territorios alemanes en los siglos anteriores, el siglo XVIII constituye un punto de inflexión en algunos territorios donde hasta aquel momento no habían existido sanciones para el suicidio que sobrepasaran los límites establecidos por la CCC. Así pues, en Prusia el rey calvinista Federico Guillermo I, en 1721, estrenó una regulación que preveía sanciones cuya gravedad se graduaba en función del móvil que subyaciera al suicidio o a la tentativa del mismo. A saber, si el suicida antes de matarse a sí mismo hubiere sido condenado a muerte, se ejecutaba la pena en el cadáver. En cambio, le era proporcionada una sepultura infamante, enterrándole debajo de la horca, si se trataba de lo que se ha dado en llamar «suicidio premeditado» (*fürsetzlicher Selbstmord*), es decir si el acto se debiere a impaciencia, pérdida de haber y honra de este mundo, desesperación por tener que seguir viviendo, etc. Por último, le era concedida la ya vista sepultura silenciosa en caso de haber obrado por enfermedad corporal o mental, o bien por melancolía. En cuanto a la tentativa de suicidio, fue conminada con «pena extraordinaria y dura» si se trataba de un suicidio premeditado, imponiéndose, en los demás casos, una especie de medida de corrección (56). Dicha regulación se

(54) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 29-34.

(55) A estos efectos cabe citar las siguientes recopilaciones: Landordnung del Condado de Henneberg (1539); la Landordnung de Tirolia (1526); la Land- und Peinliche Gerichtsordnung de Styria; Landrecht de Dithmarschen (1567), cuyas normas relativas al suicidio se citan en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 33 ss.

(56) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 31 ss.

vio endurecida en 1728 al suprimirse las sanciones atenuadas para el suicidio no premeditado (57).

En la misma línea, el *Codex Iuris Bavarici Criminalis*, de 1751, estableció para el suicidio premeditado las penas de confiscación parcial de bienes y de sepultura infamante (*Eselsbegräbnis*) (58).

En cuanto a la existencia de preceptos que castigaran la intervención en la muerte querida por la víctima, son muy pocas las legislaciones que prevían preceptos específicos reguladores de esta materia. Cabe citar, a tal efecto, las normas establecidas por el Ordenamiento de Policía de Nassau (1616) y el *Wendisch-Rügiänische Landgebrauch* (1530), respectivamente, que imponían ciertos deberes de vigilancia a determinados sujetos respecto de, entre otras, las personas que sufrieran melancolía, castigando con pena severa o incluso capital la infracción de dichos deberes en caso de que la misma desembocara en una «desgracia» (59), es decir, estamos ante normas que castigan conductas omisivas. En cambio y exceptuando otra disposición de la *Wendisch-Rügiänische Landgebrauch*, según la cual quien genere la causa de la melancolía, sería castigado con pena de muerte (60), no existían preceptos que castigasen la intervención activa en el suicidio. Dicha falta de preceptos relativos a la intervención en el suicidio ha sido atribuida por algunos autores a los miedos supersticiosos al contacto con los cadáveres de delincuentes y suicidas (61): del hecho de que, por tal motivo, no existiera predisposición alguna para socorrer a los suicidas, deducen que tampoco existía predisposición alguna para cooperar activamente en el suicidio, por lo que no sería necesario prohibir semejantes conductas (62). A nuestro parecer, tal explicación presenta no pocos problemas. En primer lugar resulta dudoso que aquellos miedos al contacto con el cadáver se extendieran también a actos cuya realización se efectuaría en un momento antes de la muerte. En segundo lugar, no son capaces de explicar la no existencia de preceptos relativos a la inducción. Pues lo mismo que semejantes creencias supersticiosas no son, a nuestro entender, capaces de disuadir a un homicida de su plan delictivo, tampoco lo serán con respecto a una

(57) Cfr. BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, p. 19.

(58) § 25 del *Codex Iuris Bavarici Criminalis*.

(59) Vid. BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907, p. 11.

(60) Cit. en BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907.

(61) Para más detalle sobre las creencias supersticiosas en torno a los suicidas, BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907, p. 51 nota 14 y p. 53 nota 23.

(62) En este sentido, CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 27, BAUMGARTEN, *The right to die*, 1998, pp. 112, 108.

persona cuyo objetivo es precisamente hacer nacer, en otra, la idea de quitarse la vida.

Con independencia de ello, resultaría de interés indagar en una cuestión que no se ha llegado a plantear por los autores que se han ocupado de la materia. Se trata de si en el seno de las escasas legislaciones que ya contemplaban unas reglas generales relativas a la participación (y siempre, está claro, sólo en la medida en que se castigara el suicidio), procedía el castigo de los partícipes con arreglo a dichas reglas (63).

3.2 España

La evolución del Derecho secular español desde la Edad Media hasta la Ilustración presenta algunos paralelismos, pero también notables diferencias con respecto a la que se produjo en Alemania. No existían preceptos relativos a la punibilidad del suicidio, ni en el derecho visigodo y alto-medieval, ni en las primeras obras legislativas (Espéculo, Fuero Real) elaboradas bajo el reinado de Alfonso X el Sabio (64). En las siete Partidas redactadas entre 1256 y 1263 y que marcan el apogeo de la recepción del Derecho Común en España (65), que le valieron a Alfonso X el título de segundo Justiniano (66), si bien los suicidas se describen, con mucho detalle, como desesperados, sin expectativa de ser perdonados por Dios, y son equiparados, a nivel moral, con los asesinos, es establecida de modo expreso la regla general de que eran eximidos de pena (secular) (P. VII, Tít. XXVII, Leyes 1-3). La única excepción a esta regla se refiere, siguiendo la tradición romana, a los suicidas que hubieren estado acusados de un «yerro» castigado con pena de muerte y confiscación de bienes, o que hubieren cometido un delito susceptible de persecución penal *post mortem*, imponiéndoseles la confiscación de bienes, a no ser que se diera cualesquiera de los supuestos de exención previstos por la ley como haber obrado por locura, dolor o enfermedad, etc. (P. VII, Tít. I, Ley 24). En conclusión, aun declarando, con carácter general, pecado el suicidio, plasmando así la visión eclesiástica del mismo, las Parti-

(63) Véase para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 36 ss.

(64) Véase para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, 37 ss.

(65) QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.ª ed., 1972, p. 372; en el mismo sentido, VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1, Bd., 1925, p. 409.

(66) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen Histórico del Derecho Penal*, 1866, p. 163.

das no establecieron su punición generalizada, distinguiendo, de esta manera, magistralmente entre pena secular, por un lado, y pecado religioso, por otro. Tampoco se castigaba la tentativa de suicidio (67). Al rastrear las Partidas en busca de preceptos relativos a la intervención en el suicidio, nos tropezamos con aquél, de raíz romana, que impone, so pena de muerte, a los sirvientes y esclavos la obligación de prevenir, entre otras cosas, el suicidio de su amo (Séptima Partida, Tít. VIII, Ley XVI). Aparte, llama la atención una norma que castiga una suerte de autoría mediata, equiparando con un homicida al que facilitare a una persona que se halle en un estado anormal, como la embriaguez o sandez, a petición de ésta, la comisión de un suicidio u homicidio, dándole los medios necesarios para conseguir su fin (Séptima Partida, Tít. VIII, Ley X) (68).

Poco más tarde fue abandonada la tradición romana de no castigar el suicidio como tal. Y así, en las Ordenanzas Reales (1484) se recoge una norma que extiende la sanción de confiscación de bienes a cualquier suicidio (69), siempre que –y éste es el límite que se establece, por lo menos, a partir de un decreto de Enrique III (70)– el suicida no tuviera herederos. Este precepto pasó a formar parte de la Nueva Recopilación (1567) (71) y su sucesora, la Novísima Recopilación (1805) (72) y –obviando una breve interrupción– estuvo en vigor hasta 1848, aunque parece que, en la práctica, dejó de aplicarse ya a partir de la época de la Ilustración (73).

Exceptuando una práctica consistente en colgar el cadáver del suicida preso y acusado por delito digno de muerte (74), no hay indicios de la existencia de penas corporales infligidas al cadáver del suicida.

(67) Véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 45.

(68) En contra de lo que sostiene GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Examen Histórico del Derecho Penal*, 1866, p. 171. La Ley VII del Tít. VIII, por el contrario, no constituye un tipo relativo al auxilio al suicidio, para más detalle: FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 45 ss.

(69) Libro VIII, Título XIX, Ley XIX.

(70) Libro VIII, Título XIII, Ley IX; para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 36 ss.

(71) Libro VIII, Título XXIII, Ley VIII.

(72) Libro VII, Título XXI, Ley XV.

(73) ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 1876, «Suicidio» (p. 1055. T. 4); para la primera edición «española», de 1838, consulte www.bibliojuridica.org/libros/1/364/33.pdf.

(74) Cf. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 65, quien postulaba ceñir la imposición de aquella pena a los supuestos en que se hubiera cometido un delito infamante; ESCRICHE por su parte pretendía sólo aplicarla en caso de que ya se hubiere dictado el fallo.

Antes al contrario, las prácticas observadas, entre otros países en Inglaterra, de enjuiciar al cadáver del suicida e imponerle castigos corporales y patrimoniales causaban estupor entre los autores españoles (75).

A modo de conclusión, cabe decir que si bien es cierto que sí existen, como es natural, fuertes paralelismos entre las legislaciones creadas en ambos países en el espíritu de la recepción, no lo es menos que, a diferencia de lo que ocurrió en Alemania, en España no se produjo ni la lucha contra las costumbres supersticiosas que hemos podido apreciar –aunque de alcance desconocido– en la historia del suicidio en Alemania, ni la exacerbación de la punición secular del suicidio en sí mismo o de su tentativa a lo largo del siglo XVIII. Pues únicamente existía, a lo largo de varios siglos, un precepto relativamente limitado sobre la confiscación de bienes, que dejó de ser aplicado en la medida en la que el pensamiento ilustrado iba ganando terreno en España.

4. EL PENSAMIENTO ILUSTRADO Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO MODERNO

4.1 Alemania

4.1.1 LA DESPENALIZACIÓN DEL SUICIDIO

En el siglo XVIII, nada más alcanzar la punición del suicidio su máximo nivel en algunas partes de Alemania, sin embargo, y como consecuencia del pensamiento ilustrado, fue iniciada la despenalización completa del suicidio en sí mismo. Despenalización en cuyo favor los representantes principales de la Ilustración francesa (76) e italiana (77) adujeron, sobre todo, el principio del carácter personalísimo de la pena, la falta de un efecto disuasivo de la misma frente al suicida, así como un argumento *de maiore ad minus* con relación a las reivindicaciones de despenalizar la emigración. Sostenían que si quedaba impune la emigración, conducta mucho más perjudicial para el Estado que el suicidio, con mayor razón tendría que despenalizarse

(75) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.^a ed., 1828, p. 65.

(76) MONTESQUIEU (1689-1755), VOLTAIRE (1694-1778), D'HOLBACH (1723-1789), ROUSSEAU (1712-1778), DIDEROT (1713-1784), MARAT (1744- 1793), PASTORET, etc., para más detalles sobre sus obras y posturas véase BERNSTEIN, *Bestrafung des Selbstmords*, 1907, pp. 20 ss.

(77) Cesare BECCARIA (1738-1794), Gaetano FILANGIERI (1752-1788).

este último (78). Por otra parte, es de advertir que pese a semejantes reivindicaciones de despenalización la valoración ética del suicidio permaneció muy polémica.

Aun antes de calar las ideas ilustradas y en un momento histórico, en el que otros territorios de habla alemana acababan de instaurar nuevas sanciones contra el suicidio (79), en Prusia, el filósofo de Sanssouci, el Príncipe heredero Federico el Grande, había desarrollado por su cuenta la idea de despenalizar el suicidio (80), para luego, una vez ascendido al trono, ponerla en práctica derogando gradualmente a partir de 1747 las sanciones poco antes introducidas por su padre el Rey Federico Guillermo I (81). Y por si esto fuera poco, en 1775 Federico el Grande puso en marcha una política de prevención del suicidio, aunque ésta probablemente no fuera inspirada en motivos humanitarios sino más bien en la doctrina mercantilista (82). A tal efecto emitió un edicto, posteriormente copiado por otros gobernantes, que obligaba, so pena de severas sanciones, a socorrer a los accidentados, entre los que se incluía explícitamente a los suicidas, socorro a cuya prestación la población se había venido negando en razón de creencias supersticiosas (83).

Si bien es cierto que el trato que recibieron los suicidas por parte del Landrecht prusiano de 1794 supone cierto retroceso con respecto al que había decretado Federico el Grande, también lo es que esta codificación, impulsada por el citado Rey que, sin embargo, falleció antes de su entrada en vigor, hizo gala de una actitud relativamente indulgente con los suicidas. Pues, dejando al lado las penas corporales que preveía para los suicidas delincuentes (84), se ciñó a establecer la sanción de «sepultura silenciosa» para los demás suicidas. En otros

(78) Véase BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), XXXV.

(79) Véase *supra*.

(80) Cfr. MEHRING, *Strafrechtliche Tätigkeit Friedrichs des Großen*, 1927, p. 47 y p. 5; en el mismo sentido VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1. Bd., 1925, p. 272.

(81) *Kabinetts-Ordre* de 1747 y *Rescript* de 1751 que abolió toda sanción relativa al suicidio. Véase el texto íntegro del *Rescript* en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 686, citando a WILLENBÜCHER F., *Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen, Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 56, Breslau, 1904, Nachdruck, Tokyo-Frankfurt, 1977, p. 44, Fn. 2 ss.

(82) BAUMANN, *Vom Recht auf den eigenen Tod*, 2001, pp. 84 ss.

(83) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 36 ss.

(84) § 805 PrALR.

lares –piénsese en las codificaciones de Baviera (85) y Austria (86)–, en cambio, el suicidio premeditado seguía siendo tratado como infracción penal castigándolo con sepultura infamante y confiscación de bienes, hasta que la entrada en vigor del CP bávaro de Feuerbach de 1813, que se sitúa en el origen del derecho penal moderno en Alemania (87), y del *Gesetzbuch über Verbrechen* de Francisco II (1803) en Austria, respectivamente, pusieron fin a esa situación (88).

Los Códigos penales de los demás territorios del antiguo Sacro Imperio Romano Germánico, que poco a poco se fueron elaborando hasta mitades del siglo XIX, ya no establecieron castigo alguno para el suicidio (89). Acto que, aunque no punible, se seguía considerando, eso sí, contrario a la moral (90). El fundamento sobre el que la ciencia penal contemporánea asentaba su despenalización variaba. Algunos autores –como el propio Feuerbach– sostenían que el suicidio sí suponía una lesión de derechos (propios del Estado), debiéndose su impunidad a meras razones de política criminal (91). Otros, por el contrario, negaban la existencia de una lesión de derechos. Postura que conducía directamente al juicio de la impunidad, desde el punto de vista de quienes sostenían que la lesión de un derecho era un requisito imprescindible para el uso del derecho penal (92). Desde el punto de vista de quienes admitían que era legítimo usar el derecho penal aun frente a conductas de carácter meramente inmoral, por el contrario, sólo se llegaba a esta misma conclusión –de impunidad– trayendo a colación bien la inimputabilidad presuntiva de quien se mataba a sí mismo (93), bien razones de política criminal (94).

(85) § 25 *Codex Juris Bavarici Criminalis*.

(86) Para la *Constitutio Criminalis Theresiana*, véase REHBACH, DRiZ 1986, 243. Código penal josefiniano (17) §§ 89 y 123 a 125.

(87) VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, 1. Bd., 1925, p. 295.

(88) Véase BERNSTEIN, *Die Bestrafung des Selbstmords und ihr Ende*, 1907, p. 16.

(89) Cfr. los Códigos de Sajonia (1838), Wurttemberg (1839), Braunschweig (1840), Baden (1845) y del Reino de Prusia (1851).

(90) BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5.^a ed., 1871, p. 133; GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 22.

(91) Véase VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, ed. por MITTERMAIER, 14. Ausgabe, 1847, p. 404.

(92) Véase HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht I*, 1881, p. 468.

(93) LION, GA, 6 (1858), p. 460; asimismo advirtiendo del estado psíquico BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., 1871, p. 134.

(94) Para más detalle GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 23.

4.1.2 LA GÉNESIS DE LA PENALIZACIÓN AUTÓNOMA DE LAS INTERVENCIÓNES EN EL SUICIDIO Y DEL HOMICIDIO A PETICIÓN

Con la derogación de la punibilidad del suicidio emergió, sin embargo, un fenómeno nuevo: la penalización autónoma de las intervenciones de un tercero en la muerte no natural querida por la propia víctima. Y una vez más, Prusia desempeñó un papel de vanguardia, incluso a nivel internacional. El § 834 ALR fue la primera normativa (95) en tipificar como tales el homicidio a petición (96) y el auxilio al suicidio, conminando ambas conductas con la misma pena, a saber: pena de reclusión de seis a diez años. Este trato igual viene a significar que el legislador de 1794 no percibía una diferencia en cuanto al juicio de desvalor entre las conductas en cuestión, cuyo trato en el Derecho alemán vigente, por el contrario, no podía ser más desigual: mientras que se castiga la primera, la segunda queda impune. Además, es preciso señalar que el propio § 834 ALR preveía una agravante. En caso de sospecha muy fundada de que la voluntad de morir hubiese sido provocada por el propio tercero que interviniera, la pena de reclusión temporal se convertiría en perpetua. A la vista del gran desvalor que a través de esta agravante el legislador atribuía a quien hiciere nacer (supuestamente) en otro la voluntad de morir a cuya realización luego interviniera, no deja de sorprender que no incriminara la inducción (aislada) al suicidio como tal.

Siguiendo el ejemplo del ALR prusiano, la abrumadora mayoría de los códigos penales alemanes (97) que se fueron creando a lo largo de la primera mitad del siglo XIX estableció tipos especiales, de configuración muy desigual, que castigaban la intervención de un tercero en la muerte no natural querida por la propia víctima. Dichos códigos penales solían contener, al menos, un tipo específico de homicidio a petición (98), cuya aplicación salvaba al autor de la condena por asesi-

(95) BERTOLINO, *Suicidio (istigazione o aiuto al) in Digesto delle discipline penalistiche*, XIV, 1999.

(96) La cuestión del efecto del consentimiento fue también discutida en la ciencia penal común, negándole los autores, en un principio, todo efecto atenuante. Es en los albores de la Ilustración cuando algunos autores empezaron a exigir un trato privilegiado del homicidio a petición, postura por la que, como es obvio, optó el ALR (cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930, pp. 91 ss.) .

(97) Los textos íntegros están recompilados en STENGLEIN, Melchior, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, Bändchen 1-3, 1858.

(98) Se trata de los CCPP de Sajonia, Nassau, Hesse, Baden, Wurttemberg, Turingia y Braunschweig; cfr. la tabla en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 689 y 690.

nato y, por tanto, de la pena de muerte (99). Dicho tipo atenuado se veía complementado, en algunos de ellos –piénsese en los de Baden, Württemberg, Turingia y Braunschweig– por otro tipo que, a su vez, atenuaba la pena respecto de la prevista para el homicidio a petición cuando la víctima fuere un enfermo o herido de muerte. No son pocos los códigos penales que junto al homicidio a petición (acompañado, en su caso, por otro tipo atenuado) tipificaron la participación en el suicidio. Cabe citar los de Sajonia, Baden, Braunschweig y Turingia (100). Ahondando en el contenido concreto de los tipos en cuestión, solían abarcar la inducción y el auxilio, aunque la terminología empleada para designar a estas conductas variaba (101). De entre los códigos penales que tipificaban la participación en el suicidio, el de Braunschweig resulta de especial interés, y ello por varios motivos. Para empezar, es el único código que, además de contemplar la punición de la inducción y el auxilio al suicidio, estableció un tipo atenuado relativo a esta última conducta –el auxilio–, en caso de que el suicida fuere un enfermo de muerte. Pues para la penalidad del auxilio al suicidio remitía al tipo de homicidio a petición que integraba lo mismo el tipo base que el atenuado con sus respectivas penalidades. Remisión por la que más allá de establecer una graduación paralela a la que media entre el homicidio a petición base, por un lado, y el correspondiente supuesto atenuado, por otro, se consigue un trato exactamente igual del homicidio a petición y del auxilio al suicidio tanto en los supuestos base como en los supuestos de enfermos de muerte. Dicha graduación paralela entre supuestos base y eutanásicos presenta una interesante similitud con la regulación prevista en el vigente artículo 143.2-4 CP español, aunque la regulación de Braunschweig se distingue de ésta por no hacer ninguna diferencia en cuanto a la gravedad de la sanción prevista entre el auxilio simple y el auxilio ejecutivo al suicidio.

Sólo una minoría de los códigos decimonónicos estaban totalmente desprovistos de esta clase de tipos. A diferencia del derecho vigente ni siquiera contemplaban un tipo de homicidio a petición. Se trata de los CCPP bávaros, lo mismo el de 1813 que el de 1861, oldenbúrgués (de 1814), hanoveriano, austríaco y prusiano de 1851.

(99) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 57 ss.

(100) Cfr. la tabla en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 689.

(101) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 60 ss.

4.1.3 LA GÉNESIS DE LA DICOTOMÍA

4.1.3.1 *La derogación completa de la penalización autónoma de las intervenciones en la muerte querida por la víctima por el CP prusiano de 1851 o: más simplicidad a cambio de menos justicia*

El que fuera precisamente en Prusia, cuna de la penalización de la participación en el suicidio, donde, en 1851, se llegó a su derogación completa, es fruto de un giro brusco y de última hora en los debates relativos a la reforma del Derecho penal prusiano. Así pues, todos los proyectos desde 1828 hasta 1838 habían previsto, siguiendo en mayor o menor medida el modelo del ALR, un tipo combinado de participación en el suicidio y homicidio a petición con una penalidad atenuada respecto de la prevista para el asesinato (pena de muerte). Iba precedido por otro tipo también inspirado en un artículo del ALR, el § 833, y que conminaba con una pena aún menos grave el homicidio piadoso de un enfermo de muerte, no siempre siendo la petición del enfermo un requisito necesario (102). En 1838 la *Immediat-Kommission*, aun manteniendo el tipo de auxilio al suicidio, de repente eliminó tanto el tipo de homicidio a petición como el del homicidio piadoso, ya que «desde un punto de vista objetivo el acto era tan grande y punible como cualquier otro asesinato» (103), por lo que el autor merecía ser castigado con la pena prevista para el asesinato.

Es obvio que fueron dudas sobre si semejante sanción era justa respecto de quien mataba por motivos de piedad las que en 1843 llevaron al Consejo de Estado a volver a introducir un tipo de homicidio atenuado que ostentaba el carácter de una especie de híbrido entre el homicidio a petición y el homicidio piadoso, con una penalidad, esta vez, inferior a la prevista para la participación en el suicidio. No obstante, la introducción de dichos tipos terminó fracasando en 1845 a causa de la oposición de los Estamentos y de la ciencia penal (104), la cual los tachaba de «restos de la vituperable casuística del Landrecht» (105), pretendiendo con rigidez prusiana su eliminación

(102) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 61 ss., y la tabla en p. 692.

(103) GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten*, 1852, Theil II, p. 364.

(104) ABEGG, GA 13, p. 388; vd. también GROSSE-VEHNE, *Tötung auf Verlangen*, 2005, p. 26.

(105) VON STRAMPFF, *Über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die preussischen Staaten, Nachdr. der Ausg.*, Berlín, 1844, p. 247 ss.

para «reconducir todo a los principios correctos» (106). Cuáles fueron estos principios no quedaba, sin embargo, nada claro.

En efecto, Strampff y otros autores utilizaban los términos «suicidio» o «suicida» cuando se referían no sólo a la participación en el suicidio, sino también al homicidio a petición. De ahí que quepa decir que, parecido a lo que ocurre en el artículo 143.3. CP y sus antecedentes, para el concepto de suicidio lo realmente decisivo parecía ser, siempre según estos autores, la voluntad de morir de la «víctima» y no la cuestión de si ésta ejecutaba la muerte por su propia mano. Se podría aventurar, por consiguiente, que según los autores ambas conductas deberían merecer el mismo trato jurídico. Y de hecho Strampff, si bien es cierto que abogaba por la eliminación de los tipos especiales de participación en el suicidio y homicidio a petición recogidos en el ALR y mantenidos en casi todos los proyectos prusianos, no lo es menos que pretendía que ambas conductas se subsumieran en el tipo del asesinato (107).

Continuemos nuestro análisis. De los documentos legislativos se desprende que fueron sobre todo razones de practicabilidad las que llevaron al legislador a eliminar los tipos especiales de intervención en la muerte de quien quisiere morir, siendo una de las principales finalidades de aquel código simplificar en la mayor medida posible las normas penales. En efecto, se aducían obstáculos para constatar, en la práctica, la concurrencia del requisito «enfermedad mortal» para abogar por no recoger un tipo especial de «homicidio a petición del enfermo de muerte» o «homicidio piadoso a petición» y simplemente castigar dichas conductas como asesinato, y ello a sabiendas de lo injustas que pudieran resultar las consecuencias que eso conllevaba, a saber: la obligatoria imposición de la pena de muerte; injusticia que se pretendía remediar recurriendo al indulto en los supuestos realmente dignos de compasión. De lo anterior, es decir de la eliminación del tipo de «homicidio piadoso a petición», seguía para el legislador la «plena punibilidad de quien matare a un suicida a petición del mismo» (108), cuando no mediaran –hablando en términos modernos– circunstancias eutanásicas. Se agregaba que «no sería punible el

(106) ABEGG, GA, 13, p. 388.

(107) Esta opinión también fue defendida por VON JAGEMANN, *Criminallexikon*, 1854, p. 490 (*Stichwort Mord*), quien sostenía que los preceptos especiales relativos al homicidio a petición y al auxilio al suicido eran supuestos privilegiados del asesinato.

(108) GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten*, 1852, Theil II, p. 364.

mero auxilio en caso de un hecho no consumado, es decir en caso del intento, puesto que el propio autor (el suicida) quedaría impune» (109).

Resumiendo, la eliminación del tipo de homicidio a petición era apoyada en un argumento *a fortiori*: si no hacía falta prever un tipo de homicidio piadoso a petición, con mayor razón podía prescindirse de un tipo de homicidio a petición. En cambio, no parece tan claro cuál sería el trato del auxilio al suicidio. ¿Pretendía el legislador su impunidad?; o ¿creía acaso, por el contrario, que el auxilio al suicidio era una subespecie del homicidio a petición, que, por lo tanto, se castigaba como este último? En mi opinión, es esta última interpretación la que la frase reproducida arriba sugiere, al limitarse a constatar la impunidad del «mero auxilio», «en caso de un hecho no consumado», de lo que se sigue *a contrario sensu* que sí se partía de la punibilidad en caso de un hecho consumado, sin que parezca razonable pensar que con *mero auxilio* se refería a la ejecución de la muerte.

Por muy sorprendente que tal punto de vista –también defendido por Strampff– pueda resultar hoy en día a la mayoría de los juristas alemanes acostumbrados al régimen jurídico vigente, en aquella época no era tan extraño. Basta echar un vistazo al proceso legislativo württembergense que se produjo casi simultáneamente al de Prusia, desembocando en el CP del Reino de Württemberg, de 1 de marzo de 1839. Bajo el subtítulo «Del asesinato», y tras el propio tipo de asesinato y otro relativo al mero acto de acechar con intención asesina, dicho Código contenía el artículo 239: «Si resulta que el autor hubiere sido impulsado a matar por la petición expresa y seria de la persona a la que hubiere matado, será castigado con la pena de trabajos. Si quien emitiere tal petición fuera un enfermo o un herido de muerte, la pena será la de prisión de seis meses a seis años». Pues bien, a primera vista, podría pensarse que el CP de Württemberg no pretendía castigar sino el homicidio a petición, variando la penalidad en función de la concurrencia o no de circunstancias eutanásicas. Pero la situación fue mucho más compleja: ya en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de Württemberg, de 1836, se aludía al autor del delito en cuestión utilizando los términos «cooperador del suicida» o persona «de la que se sirve el suicida para la ejecución (del suicidio)» (110). Y el informe de la Cámara de los Diputados de Württemberg, aun criticando el uso del término «auxilio al suicidio» para denominar al delito previsto en el artículo 226 y razonando que se trataba de un «delito autónomo», niega la necesidad de establecer, complementariamente y siguiendo el ejemplo del artículo 181 CP de Baden, un tipo autónomo del auxilio al suicidio, y

(109) GOLTDAMMER, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten*, 1852, Theil II, p. 364.

(110) *Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven*, 1836, p. 209.

así: «Creemos que de considerarse aquella infracción un delito autónomo, no hace falta establecer otro artículo a modo del badense, ni una penalidad especial; es natural que la propia intervención de quien quiera morir haga que la conducta del otro tenga menos trascendencia, y no hay obstáculos para medir la menor punibilidad de este último en atención a los principios generales» (111). Es decir, el legislador de Württemberg partía de la idea de que la conducta consistente en auxiliar al suicida resultaba punible por ser susceptible de subsumirse en el tipo de homicidio a petición, aunque consideraba, eso sí, que la pena a imponer tendría que ser menos grave en razón de la mayor contribución de quien quería morir respecto de aquella del auxiliador. Al mismo tiempo, ello viene a significar que para el legislador württembergense la diferencia entre el homicidio a petición en sentido estricto y el auxilio al suicidio era meramente gradual y no radical.

Sea como fuere, en la doctrina científica y jurisprudencial acabó imponiéndose otra visión de las cosas apoyada en los principios relativos a la autoría y la participación y no en una perspectiva material: 1. La falta de una incriminación explícita de la participación conduciría a la impunidad de esta conducta por no existir un hecho principal punible (112). 2. Por el contrario, la falta de un tipo de homicidio a petición desembocaría en la conclusión diametralmente opuesta, castigándose la conducta correspondiente como asesinato (113).

Ahora bien, esta última obligación de condenar por un delito de asesinato suscitó, especialmente, en los supuestos de doble suicidio por amor (imposible) (114), conflictos manifiestos entre ley y justicia, conduciendo a la paradójica situación de que el Jurado, nada más dictar la sentencia condenatoria a muerte y aduciendo que ésta iba contra justicia y razón, solía pedir el indulto (115). Mas en una época en la cual el indulto ya no era considerado un remedio adecuado contra

(111) *Bericht der von der Württembergischen Kammer der Abgeordneten zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg niedergesetzten Commission*, 1837, p. 297.

(112) MITTERMAIER, GA 9 (1861), p. 438; LION, GA 6 (1858), p. 460; con relación al CP prusiano OPPENHOFF, *Das StGB f. die Preußischen Staaten*, 5a. ed., 1867, § 175 Rn. 16.

(113) Cfr. OPPENHOFF, *Das StGB f die Preußischen Staaten*, 5. Aufl., 1867, § 175 Rn. 15 con relación al CP prusiano; en el mismo sentido HAHN, *StGB für die Preußischen Staaten*, 6. Aufl., 1868, § 175 Anm. 472; MITTERMAIER, GA 9 (1861), S. 439.

(114) Siempre y cuando, claro está, que el llamado «doble suicidio» consistiera en una combinación de como mínimo un homicidio a petición más un suicidio frustrado o otro homicidio a petición fallido.

(115) GA 5, p. 326 ss.

leyes que llevaban a sentencias injustas (116), era inevitable que dicha salida, a la que el propio legislador había apuntado para dar solución a los casos en que la pena absoluta (de muerte) (117) parecía injusta, recibiera durísimas críticas. Y lo que fue peor, suscitó simpatías por una interpretación defendida por una opinión minoritaria en Francia (donde la legislación se correspondía, a estos efectos, a la vigente en Prusia), según la cual el homicidio a petición, en realidad, sería un auxilio al suicidio, dado que el autor del homicidio no sería sino un instrumento de quien deseaba morir y le había inducido a realizar el acto (118). Construcción dogmática que, sobre la base del principio de accesoriedad de la participación, llevó a la impunidad del reo y que, por tanto, amenazaba con traicionar las intenciones del legislador.

4.1.3.2 *El nacimiento del § 216 StGB*

Esta situación compleja acabó repercutiendo en la configuración de los delitos contra la vida del Código penal de la Confederación Norte-alemana, de 1871, la cual, con la adhesión de los Estados del Sur, pasó a ser el Código penal del Imperio. Pese a haberse elaborado, esencialmente, sobre la base del celeberrimo CP prusiano de 1851 (119), se incluyó en el nuevo StGB un tipo de homicidio a petición (el futuro § 216), sirviendo de modelo el artículo homólogo del CP de Sajonia (120). Con ello el legislador pretendía, por una parte, soslayar la condena por asesinato contraria a justicia y razón, máxime cuando se trataba de supuestos conmovedores como aquel de quien, en el campo de batalla, propiciaba el anhelado golpe de gracia a su camarada de contienda (121). Por otra parte –y éste es un aspecto que suele quedar totalmente obviado en las fundamentaciones actuales relativas al § 216– pretendía contrarrestar una eventual calificación de esta conducta como impune. Pero, en contra de lo que puede inducir a pensar la hoy muy socorrida alusión a su función como la lla-

(116) Véase MITTERMAIER, GA 9, p. 441.

(117) *Vid. supra.*

(118) CHAUVEAU/HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 1844, chap. 43 § 4, p. 72; DORN, GA 1, p. 333; ROEDENBECK, *Zweikampf*, 1883, p. 34.

(119) Para más detalle RÜPING/JEROUSCHEK, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5.ª ed., 2007, nota marginal 232 ss.

(120) Cfr. v. SCHWARZE, *Commentar zum StGB für das Deutsche Reich*, 3. Aufl., 1873, zu § 216 (p. 539).

(121) Véase la Exposición de Motivos reproducida en HÖINGHAUS, *Das neue deutsche Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund*, 1870, zu § 216 (p. 153 f.); en el mismo sentido con respecto a una propuesta de ley propia, de 1869, JOHN, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, 1868, pp. 143 y 432.

mada *Einwilligungssperre*, no es que se temiera que, de no establecer norma alguna, la conducta pudiera quedar justificada por el consentimiento de la víctima. Ello es así porque entonces existía prácticamente unanimidad en que el *volenti non fit iniuria* no operaba respecto del bien jurídico de la vida (122). La preocupación consistía más bien en que se pudiese llegar a calificar la conducta, desde un punto de vista formal, de participación en el suicidio, y por ende quedar ésta impune (123).

En resumen, el propósito de la tipificación expresa fue cerrar el paso a dos opciones de interpretación extremadamente opuestas, las cuales, por otra parte, estaban conexas en el sentido de que se temía que precisamente la calificación de la conducta de asesinato con la consecuencia de la pena de muerte, excesiva en muchos supuestos, pudiera favorecer la imposición de la teoría diametralmente contraria que consideraba la conducta una mera participación en el suicidio y por tanto impune.

Así es como nació el § 216 StGB, cuya redacción típica [no, en cambio, la penalidad (124)] no ha sido objeto de modificación alguna hasta la actualidad.

4.1.3.3 *La no recogida de un tipo de participación en el suicidio*

A diferencia del tipo de homicidio a petición, el tipo de participación en el suicidio, contemplado por no pocos códigos penales de aquella época, y en particular por el de Sajonia, no fue acogido por el

(122) Vid. p. ej. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 60; BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., 1871, p. 133.

(123) Ello se desprende, sobre todo, de las intervenciones de EVELT Y SCHWARZE en los debates parlamentarios [SCHUBERT (Hrsg.), «Kodifikationsgeschichte Strafrecht- Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870», Band 3, *Verhandlungen des Bundesrats und des Reichstags*, Frankfurt a.M., 1992, pp. 354 y 355]. Son de destacar las siguientes afirmaciones de EVELT: «Si eliminan este artículo, existe el riesgo de que dichos supuestos queden impunes (...). Y ello es así, mis Señorías, porque como no construyan dicha conducta como delito autónomo, suscitarán de nuevo la antigua controversia tan frecuentemente discutida por los penalistas, la controversia sobre si acaso procede considerar dicha conducta un mero auxilio al suicidio», insistiendo el diputado sobre la relevancia de dicha controversia «recientemente discutida muy seriamente por parte de uno de los penalistas más famosos de cuantos haya en Francia» por llevar a la impunidad de aquella conducta en los sistemas que no prevean un tipo autónomo de participación en el suicidio y por tanto también en el de Prusia: «Nuestra propuesta no castiga el suicidio. Por lo tanto y de no establecer un tipo penal autónomo para el homicidio de quien consienta, cabría la posibilidad de calificar dicho acto como un mero auxilio al suicidio, que como tal quedaría impune».

(124) Véase *infra*.

StGB unificado (125). Y ello a pesar de que fueran numerosos los autores que habían abogado por su mantenimiento –en las legislaciones particulares donde ya existía– o por su introducción *de lege ferenda* –donde no existía todavía– (126). Razonaban que al constituir el suicidio una falta contra la moral contraria a la voluntad general, a la que el partícipe contribuía induciéndola o facilitándola, la participación también suponía una falta contra lo moral igual de grave, cuando no más grave que el propio suicidio. Y como respecto del partícipe no operaban las causas por las que el propio suicida quedaba impune (127), aquél sí merecía ser castigado al igual que el autor de un homicidio a petición, delito que compartía todos esos rasgos con el auxilio al suicidio, constituyendo ambos la misma infracción (128).

En todo caso, y con independencia de si, desde una perspectiva moderna, dicho razonamiento que fundamenta la punibilidad en una infracción contra la moral pueda o no convencer, los argumentos de los detractores de la penalización de la participación en el suicidio fueron más que débiles. Lejos de acudir a argumentos de carácter material, por no hablar de una supuesta libertad para suicidarse, los adversarios –quienes dicho sea de paso compartían la idea de que cabía el uso del Derecho penal con la finalidad de proteger la moral y la religión– no pasaron de apoyarse en argumentos formales más que discutibles. Así, afirmaron que la penalización de la participación en el suicidio supondría una infracción del principio de accesorie-

(125) Parece que esta vez, y a diferencia de lo que sucedía con el CP prusiano, el legislador era consciente de que, al no recogerse un tipo específico la participación en el suicidio quedaría impune (véase EVELT, Dr. SCHWARZE, *loc. cit.*, pp. 354 y 355 respectivamente; en contra de dicha interpretación se manifiesta el diputado LASKER, *loc. cit.*, p. 355), aunque curiosamente entre los miembros de la Comisión Federal hubiera quien seguía creyendo, cuando ya había entrado en vigor el nuevo CP de la Confederación norte-alemana, que el auxilio al suicidio era punible por ser subsumible dentro del novedoso tipo de homicidio a petición (así VON KIRCHMANN, *Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 1870, p. 134).

(126) Véase la enumeración de los muchos valedores de semejante tipo en GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 36. En el debate acerca del proyecto de StGB para la Confederación norte-alemana se pronuncia a favor de la penalización de la participación LASKER, *loc. cit.*, p. 355: «No me pronunciaré sobre la corrección de la teoría de que de acuerdo con la doctrina resulta impune la persona que preste auxilio al suicidio. No creo justificada dicha doctrina y en caso de semejante doctrina se imponga en la ciencia, les invito a eliminarla a través de la creación de una norma positiva».

(127) *Vid.* GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 33 quien menciona el estado de desesperación y desahucio del suicida así mismo como el efecto contraproducente del castigo frente al suicida cuyo intento había fallido y la imposibilidad de castigar a un muerto.

(128) LION, GA 6 (1858), p. 465.

dad (129), a lo que fue objetado, desde sus propias filas, que aquel principio sólo tenía que ser observado por parte de los operadores jurídicos, y no por parte del propio legislador (130). Asimismo trajeron a colación las dificultades de acreditar debidamente que el suicidio se debiera, únicamente, a la provocación del tercero (131).

Ante tan vivo debate es aún más sorprendente que apenas se cuestionara la no tipificación de la participación en el suicidio en los debates legislativos.

4.1.3.4 *Conclusión*

Analizadas estas circunstancias cabe la siguiente conclusión: El hecho de que, pese al amplio apoyo científico del que gozaba y a la debilidad de los argumentos en su contra, no se acogiera un tipo de participación en el suicidio en el StGB del Imperio, dando lugar a la todavía vigente dicotomía consistente en la impunidad de la participación en el suicidio y la punibilidad del homicidio a petición, se debe a que el StGB del Imperio fue elaborado sobre la base del prestigioso CP prusiano, cuyo carácter quería preservar lo más intacto posible el legislador de 1871. Carácter éste que suponía también una gran rigidez y abstracción cuyo anhelo de desmarcarse de la casuística del ALR resultaba, en ocasiones, excesivo, conduciendo a soluciones insostenibles que el legislador no estaba dispuesto a corregir más allá de en sus consecuencias prácticas más nefastas. Así pues, la regulación expresa del homicidio a petición parecía al legislador insoslayable más que nada, porque, de lo contrario, se producirían injusticias de lo más devastadoras. Por el contrario, y en vista de que la simple *no punición* de una conducta (que dicho sea de paso podía explicarse de la mano de un principio formal de maravillosa lógica como es el principio de accesoriedad) no iba tanto contra justicia y razón como una pena de muerte injustamente impuesta, el legislador se desentendió de eventuales injusticias que de la impunidad de la participación en el suicidio pudiesen resultar, lo mismo que no le importaba la coherencia interna o no de la regulación.

(129) JOHN, *Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, 1868, p. 430.

(130) MITTERMAIER, GA 9 (1861), p. 437.

(131) MITTERMAIER, GA 9 (1861), p. 437; en contra GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, pp. 38 ss.

4.1.4 LA EVOLUCIÓN DEL DEBATE POLÍTICO-CRIMINAL EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX: REITERADOS INTENTOS DE PENALIZACIÓN

4.1.4.1 *Las primeras reacciones críticas frente a la impunidad de la participación en el suicidio*

Nada más entrar en vigor el StGB del Imperio, la crítica al Legislador, de modo implícito, realizada por penalistas de la talla de von Liszt, efectivamente reprochó haberse dejado llevar por «aspectos marginales» y exigió la penalización de la participación en el suicidio tal y como existía en la abrumadora mayoría de las legislaciones extranjeras de aquella época (132), apoyándose, ante todo, en el *parentesco interno* existente entre ésta y el homicidio a petición (133). Según los autores, dicho parentesco interno radicaba en que ambas conductas iban en contra de la moral (lo que venía a significar una infracción de la ley religiosa) y de la voluntad general que prohibía la disposición sobre la propia vida (134), siendo la diferencia entre el auxilio al suicidio y el homicidio a petición, meramente gradual, y no esencial (135). De ahí que solicitaran que el trato punitivo que recibieran fuera esencialmente igual (136).

Repárese en la similitud que tal razonamiento presenta con la postura de los legisladores de Württemberg y algunos autores prusianos que, sobre la base de la diferencia meramente gradual entre ambas conductas, habían sostenido –y es en este punto donde dejan de coincidir– la punibilidad ya *de lege lata* del auxilio al suicidio al tratarse de una subespecie de la conducta denominada homicidio a petición.

(132) VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung* en BIRKMEYER, VON LISZT et al. (Coord.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, V. BAND (Verbrechen und Vergehen wider das Leben – Körperverletzung- Freiheitsdelikte)*, 1905, p. 135.

(133) Vid. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 78.

(134) LION, GA 6 (1858), p. 465.

(135) Vid. GUDERIAN, *Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden*, 1899, p. 79 («De ahí que el auxilio al suicidio debe castigarse, aunque con una pena más leve, en virtud de la misma norma que se aplica para el homicidio consentido. Ahora bien, para ello sería necesario, tal y como se ha demostrado *supra*, la creación de una disposición legal especial»).

(136) LION, GA 6 (1858), p. 465; En cuanto a la incriminación de la inducción al suicidio, ésta se construía sobre la base de un argumento *a fortiori*: si se castigara el auxilio, con más razón habría de castigarse la inducción, dado su carácter de forma más grave de participación (cf. V. LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, p. 138).

Los argumentos en defensa de la dicotomía resultaban, por el contrario, superficiales, cuando no contradictorios (137).

No obstante, la impunidad de la participación en el suicidio ha persistido contra viento y marea hasta la actualidad, a pesar de haber sido puesta en tela de juicio en el curso de todas las grandes reformas hasta mitad del siglo xx y de haberse emprendido varios intentos de penalización en diversas circunstancias y de alcance desigual.

4.1.4.2 *La Gran Reforma Penal (1902-1927)* (138)

Otra vez más, fue, entre otros numerosos valedores (139), Von Liszt, quien se pronunció, ya en el seno de los trabajos preliminares para la Gran Reforma Penal (1902-1927), concretamente en sus estudios de Derecho comparado, de 1905, a favor de la introducción de un tipo de participación en el suicidio, cuya penalidad sería idéntica a la prevista para el homicidio a petición (140). Cabe subrayar que este autor rechazó, por otra parte, condicionar dicha penalización a la concurrencia de móviles egoístas, restricción ésta que se estaba imponiendo en aquel momento en el proceso de unificación del Derecho penal suizo (141). Y es que, para él, el merecimiento de pena resultaba del «menosprecio de la vida humana» inherente a las conductas en cuestión y que ni siquiera la presencia de los móviles más nobles podía hacer desaparecer (142).

Aun así, el Anteproyecto de 1909 optó por no incluir un tipo de participación en el suicidio, basándose, una vez más, en argumentos muy cuestionables. En lo tocante a la tentativa del suicidio, sostenía, sin dar más explicaciones, que las mismas razones que desaconsejaban el castigo del autor desaconsejarían aquella del partícipe. Con respecto al suicidio consumado, en cambio, traía a colación la práctica imposibilidad de probar la intervención del tercero (143). Pese a que la abrumadora mayoría de los expertos que informaron sobre el Ante-

(137) Para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 78 ss.

(138) Para una panorámica de las distintas propuestas relativas a la materia en cuestión véase las tablas en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 697 y p. 698.

(139) Entre otros, MEYER/ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 6.^a ed., 1907, p. 223. Cfr. también la bibliografía citada en VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, p. 139.

(140) VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, pp. 131 y 141.

(141) Y se convirtió en ley, cfr. el artículo 115 del CP suizo vigente.

(142) VON LISZT, *Tötung und Lebensgefährdung*, 1905, p. 139.

(143) *Reichsjustizamt, Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch – Begründung*, 1909, p. 644.

proyecto (144) así como los autores del proyecto alternativo, de 1911 (145), se pronunciaran a favor de la incriminación, los proyectos oficiales que fueron elaborados a continuación no presentaron ninguna modificación al respecto.

El panorama sólo cambió a consecuencia de los esfuerzos por asimilar las legislaciones de Austria y Alemania, siendo el llamado «proyecto de Radbruch», de 1922, el primer proyecto oficial en prever un tipo de inducción al suicidio (*Verleitung zum Selbstmord*), situado sistemáticamente detrás del tipo de homicidio a petición (146). Dicho tipo novedoso pasó a la «Reichsratsvorlage» (1924/25) (147), cuya exposición de motivos destacaba que con él se pretendía responder a las peticiones de la sociedad que venía reclamando desde hacía tiempo el castigo del inductor (148).

Es digno de mención que en el sistema de aquel proyecto el tipo de inducción al suicidio suponía una extensión de la punibilidad al castigar conductas que antes habían quedado impunes (inducción de una persona capaz), por un lado, pero, por otro, también pretendía mantener la punición de supuestos que hasta entonces habían dado lugar a un delito de asesinato en autoría mediata, pero que dada la nueva configuración del sistema de la codelincuencia establecida por el proyecto habrían dejado de castigarse (inducción de una persona inimputable) (149).

Aunque la *Reichstagsvorlage*, de 1927, hubiera vuelto a la configuración tradicional del sistema de codelincuencia, mantuvo el tipo de inducción (§ 248), al que agregó un apartado segundo que permitía la imposición de una pena de reclusión de hasta 10 años en supuestos de especial gravedad (*besonders schwerer Fall*); variante agravada que poco después volvió a ser eliminada en el último proyecto de la Gran Reforma, el denominado proyecto Kahl, de 1930.

(144) Vid. *Reichsjustizamt, Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, 1911, p. 320.

(145) Hay que advertir que en el proyecto alternativo dicha punibilidad queda ceñida a la inducción; para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 82 ss.

(146) § 221 del Proyecto, cfr. el texto en Gustav RADBRUCHS, *Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, Tübingen, 1952.

(147) § 224 del *Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, 1. Teil Entwurf, Berlín, 1925 en: *Materialien zu Strafrechtsreform*, 3. Bd. Bonn, 1954.

(148) *Reichsjustizministerium, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, 1925, p. 116.

(149) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 85 ss.

Por más que algunos autores abogaran también por el castigo del auxilio al suicidio, aduciendo, sobre todo, su proximidad con el homicidio a petición (150) y determinadas formas, aunque polémicas, de inducción, ninguno de los proyectos citados lo incluyó. Aun admitiendo lo sumamente amoral de la conducta, el porqué de su impunidad se explicó aludiendo a una supuesta falta de necesidad de castigo (151).

Finalmente, la radicalización del Parlamento y la toma del poder por los nazis en 1933 llevaron al fracaso definitivo de la Gran Reforma Penal. Empero (152), los proyectos fruto de ella seguirían influyendo los sucesivos debates de reforma penal, en particular, el de la época nacionalsocialista, de la que nos ocuparemos a continuación.

4.1.4.3 *La reforma penal nacionalsocialista* (153)

Las propuestas de norma elaboradas en el seno de lo que sería uno de los más importantes proyectos de reforma legislativa de la oscura época nacionalsocialista, presentan, a efectos de la materia objeto de este estudio, rasgos muy parecidos a sus homólogas de los años 20. Así pues siguió suscitando unanimidad la necesidad de incriminar la inducción al suicidio, por lo que todos los proyectos de la época contemplaron un tipo correspondiente, recurriendo, básicamente, a los de los proyectos de la Gran Reforma. En cambio, la cuestión de la acogida de un tipo relativo al auxilio al suicidio permaneció polémica. Aun incluido en la *Preußische Denkschrift*, de 1933, su inclusión en los proyectos posteriores de entre 1933-1939 volvió a fracasar por completo. El porqué de dicho nuevo fracaso no tiene explicación satisfactoria.

Propuesta por el propio ponente von Gleispach (154), la inclusión de un tipo de auxilio al suicidio había quedado avalada por la mayoría de los catedráticos miembros de la Ponencia. Se apoyaron tanto en argumentos muy socorridos, como el de la imposibilidad de trazar una

(150) En este sentido RADBRUCH, G., Abschnitt 17-20, p. 306 en ASCHROTT, P.F./KOHLRAUSCH, Ed., *Reform des Strafrechts*, 1926.

(151) *Reichsjustizministerium, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung*, 1925, p. 116.

(152) STAMMBERGER, *Geschichte der Strafrechtsreform bis zum Strafgesetzbuchentwurf 1962* in ERBE u.a., *Probleme der Strafrechtsreform*, 1962, p. 24.

(153) Una panorámica sobre las distintas propuestas ofrece la tabla C 1.2 en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 699.

(154) Véase la enmienda núm. 39 de 12 de abril de 1934 de este autor en SCHUBERT/REGGE (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939)- StGB, Bd. 2, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 1. Teil, 1988.

línea fronteriza clara entre el auxilio al suicidio y el homicidio a petición (155), como en argumentos inéditos derivados del nuevo sistema de codelincuencia que la reforma pretendía implantar (156). Aun así, fue otra vez más por infundados reparos de carácter emocional e intuitivo en la necesidad de castigar el auxilio al suicidio (157) que no se acogió dicho tipo. Esto resulta aún más absurdo si se tiene en cuenta que quienes se pronunciaron en contra de la penalización del auxilio, al mismo tiempo, aludieron a la futura posibilidad de sancionar los supuestos de auxilio merecedores de pena por vía de la analogía (permitida por el futuro § 2) (158) (159), lo que viene a significar que en el fondo sí reconocieron el merecimiento de pena de la conducta.

Como peculiaridad del debate político-criminal de la época nazi, que, por otra parte, tenía sus orígenes ya en la república de Weimar, cabe destacar el debate sobre la conveniencia de dejar impune al inductor que hubiere actuado por móviles honorables. En efecto, llevó a la inserción en el proyecto de 1936 de un apartado segundo en el tipo de inducción, de conformidad con el cual se concedía la facultad de o bien atenuar la pena o bien prescindir de ella, siempre que a la inducción tipificada en el apartado primero subyacieren móviles honorables (160). Inspirada en el caso Redl, militar considerado traidor co-responsable de la derrota de Austria en la Primera Guerra Mundial, a quien dos camaradas habían inducido a matarse, esta propuesta reflejaba un sistema de valores que seguía situando, por lo

(155) Vid. la intervención de KLEE en la XX sesión en SCHUBERT/REGGE (Hrsg.), *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts*, II. Abteilung, NS-Zeit (1933-1939)- Strafgesetzbuch, Bd. 2, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 1. Teil, 1988, p. 12, 26; vid. GLEISPACH, *loc. cit.*, p. 4. tampoco encuentra «razones suficientes para limitar el castigo a la inducción sin extenderlo al auxilio».

(156) Cfr. la intervención de NAGLER en la XX, sesión, *loc. cit.*, p. 24.

(157) MEZGER en la XX. sesión, *loc. cit.*, p. 13.

(158) Vid. La intervención de FREISLER en la XX sesión, *loc. cit.*, p. 7.

(159) Hay que destacar que, al margen de los problemas de carácter fundamental que la figura de la analogía plantea en el ámbito del Derecho penal, no pocos penalistas negaban la posibilidad de castigar las conductas no tipificadas de cooperación al suicidio por esta vía aduciendo la falta de una laguna «imprevista» [cfr. en el mismo sentido, ya bajo la vigencia del § 2, MÜLLER, *Selbstmord und Amerikanisches-Duell*, 1940, pp. 24 ss.; por el contrario, afirma la punibilidad recurriendo a la aplicación analógica del § 142 (automutilación con la finalidad de quedar exento de servicio militar) WEIMAR, DJZ 1936, 174]. Y de hecho, una vez entrado en vigor el § 2, el Tribunal Imperial confirmó una sentencia absolutoria del Tribunal de Jurado en un caso de auxilio al suicidio, razonando que no cabía la aplicación de la analogía, RG 70, 313 ss., si bien es cierto que para ello no se apoyaba en la falta de una laguna imprevista, sino en las diferencias entre matar a un tercero y matarse a sí mismo.

(160) Para más detalle acerca de este debate FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 92.

menos, en determinados supuestos el valor del honor por encima de la vida, elevando a deber moral el suicidio (161); y eso a pesar de que, con la ideología nazi, la calificación general de este mismo había pasado de simple amoralidad e infracción de la voluntad general a cobardía e infracción del deber de todo miembro de servir a la misma (162).

Es también por esta última idea –de infracción de un deber– que fue negada eficacia al consentimiento de la víctima, de modo que los proyectos de la época nazi mantuvieron casi permanentemente el tipo de homicidio a petición. En cuanto a la penalidad, desde la Gran Reforma weimariana se había venido apostando por la eliminación o al menos reducción del mínimo elevado de la penalidad (que había quedado fijado en 3 años en el RStGB); tendencia que también marcó el debate de reforma nacionalsocialista, si bien hubo quien temía que cualquier trato privilegiado de aquella conducta respecto del asesinato pudiera llevar a debilitar la vigencia de la prohibición de matar (163). Por cierto, fueron estos mismos reparos los que también sirvieron de fundamento para rechazar tanto un precepto especial relativo al homicidio en caso de que la víctima fuere un enfermo de muerte (164), como otro que autorizara exterminar las vidas sin valor vital (165). Huelga decir que mediaba todo un abismo entre estas nobles ideas pronunciadas en el curso de los debates legislativos y la realidad nacionalsocialista (166).

Al final, el proyecto de Código penal no se convirtió en ley por la reticencia de Hitler a promulgar leyes de carácter fundamental en tiempos de guerra (167). Sin embargo, de entre los preceptos penales que fueron promulgados, de forma puntual, con anterioridad y poste-

(161) Valgan de ejemplo las manifestaciones de FREISLER en la XX sesión, *loc. cit.*, p. 8.

(162) VON GLEISPACH, «Tötung» en GÜRTNER (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafrecht*, 1936, p. 375.

(163) En este sentido VON GLEISPACH, «Tötung» en GÜRTNER (Hrsg.), *Das kommende deutsche Strafrecht*, 1936, p. 386.

(164) Propuesto por FREISLER, en la XX sesión, *loc. cit.*, p. 7, y que preveía la exoneración de pena del médico que matara a un enfermo que sufra una enfermedad incurable a la petición seria y reiterada de éste, habiéndose cumplido una serie de presupuestos formales.

(165) Sobre los orígenes de esta idea *vid.* BECKERT, *Strafrechtliche Probleme um Suizidbeteiligung und Sterbehilfe*, 1996, pp. 96 ss.

(166) Para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 93 ss.

(167) SCHUBERT/REGGE (Hrsg.), «Einleitung», p. 11 en *Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, II. Abt., NS- Zeit (1933-1939) - StGB, Bd.1, Entwürfe eines StGB, I. Teil*, Berlín, 1988.

rioridad al rechazo de la reforma, y que, una vez depuradas de vestigios de la ideología nazi, pasaron a formar parte de la legislación de la República Federal de Alemania, es digno de especial mención el § 330 c (hoy § 323 c). Dicho precepto, con el que el legislador pretendía abarcar, explícitamente, la omisión del deber de socorro en los supuestos de suicidio (168), sería de influencia decisiva en la evolución de la problemática objeto del presente estudio (169). Otras reformas de interés son la penalización explícita de la tentativa del homicidio a petición (170), así como la creación, en 1953, de una variante atenuada del mismo, de conformidad con la cual el límite mínimo de la penalidad era de 6 meses cuando concurrieren circunstancias atenuantes (171); atenuante que respondió a las antiguas pretensiones de asimilar el § 216 al tipo atenuado de homicidio (*minderschwerer Fall des Totschlags*) y que en 1969 fue suprimida al haberse reducido el límite mínimo de la penalidad del homicidio a petición «base» al mismo nivel de 6 meses (172).

4.1.4.4 *La Gran Reforma Penal de los años 1950/60* (173)

El hasta hoy (174) último intento de penalizar la participación en el suicidio se produjo en el seno de la Gran Reforma Penal puesta en marcha en 1952.

Una vez más, inicialmente, las circunstancias fueron favorables. Pues, de nuevo, en los trabajos preliminares los ponentes se pronunciaron a favor de la penalización de la inducción y/o auxilio (175). Merece especial mención la postura de quien estaba a cargo de la exposición del Derecho comparado en el seno de dichas labores pre-

(168) *Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen*, Berlín, 1935, ad art. 9, p. 42; cf. también CZINCZOLL, *Solidaritätspflichten bei der Selbsttötung*, 1984, p. 38.

(169) Por ser una de las vías por las que el BGH castiga a quien intervenga en un suicidio (véase *supra*).

(170) Introdúcida por la *Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen- und Donau-Reichsgaue (StrafrechtsangleichungsVO)* de 28 de mayo de 1943.

(171) Por la *I. Strafrechtsreformgesetz*.

(172) *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* vdn 25.06.1969; para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 98.

(173) Una panorámica sobre las distintas propuestas ofrece la tabla C 1.3 en FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 700 ss.

(174) Sobre las infructuosas propuestas recientes de tipificar ciertas formas de promoción del suicidio, véase *infra*.

(175) SCHRÖDER, *Die künftige Gestaltung der Tötungsdelikte*, 1954, pp. 289 s., 292 s.; KÖNIG, *Die Tötungsdelikte: Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Band, Rechtsvergleichende Arbeiten, II, Besonderer Teil, 1955, p. 218.

parativas para la Reforma. De su estudio relativo al tratamiento del homicidio a petición y la participación en el suicidio en Derecho comparado se desprende que König favorecía un trato jurídico-penal idéntico de dichas conductas lo mismo en cuanto a la punibilidad que a la penalidad, puesto que cuestionaba si realmente cabía distinguir claramente la una de la otra dada la íntima conexión entre ambas en razón de su naturaleza y el grado de energía delictiva plasmado en ellas (176). Parte de la teoría también compartió la idea de la necesidad de castigar las intervenciones en el suicidio (177), cuya impunidad fue considerada una auténtica laguna de punibilidad (178), si bien algunos autores pretendían supeditar su castigo a la concurrencia de móviles egoístas en el interviniente (179).

Pues bien, los ponentes del Ministerio de Justicia también se hicieron eco de esas pretensiones al presentar una propuesta de tipo de participación en el suicidio a la Gran Comisión de Derecho Penal (180). El que, otra vez más, y a pesar de que en un principio no fueran pocos los miembros de la Gran Comisión de Derecho Penal valedores de la incriminación (181), acabaran imponiéndose los detractores de la misma, no se debe ni mucho menos a la solidez de los argumentos de estos últimos. Pues aparte de cuestionar el merecimiento de pena de toda conducta que no llegara a constituir un homicidio en autoría mediata, los adversarios apuntaron, entre otros argumentos, las dificultades para probar la causalidad de la inducción para el suicidio y las vergüenzas que pasarían los familiares ante la instrucción que tendría que llevarse a cabo, de existir semejante tipo (182). Antes al contrario, el nuevo fracaso se debe, según creo, en primer lugar a lo poco meditada y coherente que resultaba la propuesta de tipo que en su primer apartado tipificaba el «apremio al suicidio» (*Treiben zum Selbstmord*) conminado con pena de hasta 5 años, mientras que en el segundo se castigaba con pena de prisión de hasta 2 años «al que, por

(176) KÖNIG, *loc. cit.*, p. 218.

(177) Así WEBER, NJW 1959, 134; FRIEBE, GA 1959, pp. 163 ss.

(178) WEBER, NJW 1959, 134; laguna que según estos autores, y a diferencia de lo que acababa de sugerir el BGH, no debía colmarse mediante el recurso al delito de omisión del deber de socorro.

(179) En este sentido, FRIEBE, GA 1959, pp. 163 ss.

(180) *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 7. Bd., BT, 67-75. Sitzung, Bonn, 1959, Anhang Nr. 3, Umdruck J 68.

(181) Prof. Dr. GALLAS, 69. Sesión, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 7. Bd., Besonderer Teil, 1959, p. 88; Magistrada del BGH Dr. KOFFKA, *loc. cit.*, p. 87, Presidente del KG Dr. SKOTT, *loc. cit.*, p. 88.

(182) Con más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 100 ss.

móviles egoístas auxiliare a otro a suicidarse». Y es que, en cuanto al primer apartado, simplemente no hubo quien entendiera el significado exacto de lo que según los ponentes supondría una «forma agravada de la inducción», es decir, en definitiva, el apremio al suicidio (183); conducta que además planteaba problemas de delimitación con los supuestos de autoría mediata de asesinato, por una parte, y la inducción «normal» por móviles egoístas que, según manifestaban sus autores sobre no se sabe qué base, también habría quedado tipificada en el segundo apartado (184), cuando el tenor literal de éste únicamente se refería al auxilio, lo que fue motivo de confusión aún mayor. Dicho esto, no puede sorprender que incluso los partidarios de la incriminación votaran en contra de esta engorrosa propuesta.

Fallido este desafortunado intento de penalización, quedó silenciado todo debate sobre el tema y consolidada, definitivamente, hasta la actualidad, la dicotomía entre participación en el suicidio –impune– y el homicidio a petición –punible–.

4.1.4.5 Punto de inflexión del debate y su evolución hasta la actualidad

Durante 40 años, no se volvió a abordar el tema de la punibilidad de la intervención en el suicidio, a nivel legislativo y gubernamental. Ahora bien, gremios privados como el Círculo Alternativo (*Alternativkreis*), nacido como respuesta a la Gran Reforma Penal, y el Congreso de los Juristas Alemanes, sí se ocuparon en varias ocasiones del tema, aunque el sentido del debate había cambiado por completo. En lo que a las intervenciones en el suicidio hace, las pretensiones político-criminales se dirigían, principalmente, contra la jurisprudencia del BGH relativa a las conductas omisivas ante un suicidio. Así pues, el *Alternativkreis* presentó, en su «Propuesta parcial relativa a la Parte especial» de 1970 (185) un tipo peculiar –el § 103– que regulaba, de manera expresa, en qué supuestos se castigaría el no impedir un suicidio ajeno, sin determinar, sin embargo, la pena. Al parecer se trataba de una especie de regla de interpretación establecida en vigor de la propia ley penal y que daría solución a la cuestión de cuándo la omisión, fuera propia o impropia, era o no punible. En vista de que la sentencia del BGH en el caso Wittig, de 1984, acababa de segar las

(183) Con mucha contundencia FRITZ, 69. sesión, *loc. cit.*, p. 89; BOCKELMANN, DIEMER-NICOLAUS y GALLAS, p. 88; muy tajantemente también BOCKELMANN en *Anhang J 68* (Anlage 7), p. 348 en *Niederschriften*, 7. Band, BT, 1959.

(184) Dr. SCHWALM en la Sesión 69, *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo 7, BT, Bonn, 1959, p. 89.

(185) BAUMANN, J. u.a., «Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuches», BT, *Straftaten gegen die Person*, 1. Halbband, Tübingen, 1970.

esperanzas de la teoría de que dicho alto tribunal abandonaría su doctrina relativa a la omisión, los autores de la «Propuesta alternativa relativa a la Eutanasia» de 1986 (186) continuaron persiguiendo la meta de hacer «entrar en razón» al BGH por fuerza de ley. En cuanto a la técnica adoptada, se puede comprobar cierta mejora con respecto a su precursora, al establecer esta propuesta que «el no impedimento de un suicidio libre y responsable no será antijurídico», fórmula por la que optó también la muy reciente «Propuesta alternativa» de 2005 (187) (188).

En todo caso, puede ser constatado que el eje del debate se fue desplazando de una discusión sobre la pertinencia o no del castigo generalizado de las intervenciones en el suicidio a una sobre los supuestos eutanásicos u otros límite, fuera de manera consciente o inconsciente, a una que no enfocaba sino los supuestos eutanásicos u otros supuestos límite, fuera de manera consciente o inconsciente.

En cuanto al precepto de homicidio a petición, a pesar de las reiteradas críticas en torno a su legitimación siempre se ha mantenido, si bien hubo cierta tendencia de prever excepciones al castigo de dicha conducta, pero nunca lo fue en el sentido de una causa de justificación. Así pues, en la «Propuesta alternativa relativa a la Eutanasia» de 1986 que, en esencia, giraba en torno a la problemática aludida por su título, se proponía conceder al juez la facultad de renunciar a la pena en los supuestos en que el homicidio a petición se hubiere ejecutado para terminar con gravísimos sufrimientos que el afectado ya no pudiera soportar y que no pudieran ser eliminados ni mitigados de otra manera. Y en efecto, esta última propuesta fue la única de las múltiples proposiciones incluidas en ella que obtuvo el apoyo del 56.º Congreso de los Juristas Alemanes, cuya mayoría coincidió en la necesidad de una regulación expresa en este sentido, haciendo un llamamiento al legislador para que actuara (189). Éste, sin embargo, ha venido rehusando, hasta hace poco, cualquier actividad legislativa en el ámbito del suicidio y de la eutanasia.

(186) BAUMANN, J. u.a., «Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)», *Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter*, Stuttgart, 1986.

(187) SCHÖCH/VERRE, *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung*, AE-StB, GA 2005, 553 ss.

(188) § 215 del *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe* (AE-Sterbehilfe), 1986 y § 215 del *Alternativentwurf Sterbebegleitung*, GA 2005.

(189) Cfr. STÄNDIGE DIPUTATION DES DJT (Hrsg.), *Sitzungsbericht M zum 56. DJT in Berlin 1986*, Beschlüsse, M 193.

4.2 España

Volvamos la mirada a la evolución española de la punibilidad del suicidio y las intervenciones en la muerte querida por la propia víctima desde la Ilustración hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

4.2.1 LA DEROGACIÓN DEL CASTIGO DEL SUICIDIO Y EL NACIMIENTO DEL TIPO DE INTERVENCIÓN EN EL SUICIDIO

Al igual que en muchos territorios alemanes, en España las ideas de la Ilustración no condujeron, inmediatamente, a la codificación penal. Por otra parte, sí contribuyeron a que juristas de la talla de Lar-dizábal tomaran una postura crítica frente al sistema penal contemporáneo, que se caracterizaba por una caótica convivencia entre la Novísima Recopilación, las Siete Partidas y otras normas no derogadas, cuyos delitos y penas habían quedado totalmente desfasados (190). Si bien es cierto que este último problema fue mitigado mediante un intenso uso del arbitrio judicial, también lo es que precisamente dicha práctica de amplio uso del arbitrio judicial contribuyó a reforzar los llamamientos a una codificación, al no ser compatible con el emergente principio de legalidad.

En el ámbito del suicidio, la incongruencia entre lo establecido por las leyes, por un lado, y la práctica judicial, por otro, se proyectó en el hecho de que ya antes de la abolición de la pena de confiscación de bienes por la Constitución de Cádiz (191), de 1812, y en contra del tenor literal de la Ley 15 del Tít. 21 del Libro 12 de la Novísima Recopilación, se había dejado de imponer dicha sanción, aun cuando no existieran herederos descendientes, por la «piadosa presunción» (192) de que antes de actuar el suicida había perdido el juicio (193).

Suprimida de hecho la punición del suicidio en sí mismo, no puede sorprender que poco después también quedara abolido el tipo de manera formal. Pese a las críticas de sectores conservadores y a que tal acto siguiera siendo tachado de pecado y falta a la moral por mucho

(190) Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La Codificación penal en España: Los Códigos de 1848 y 1850*, 2004, pp. 22 ss.

(191) Artículo 304 de la Constitución de Cádiz.

(192) GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español según la práctica y leyes vigentes*, T. II, 1843, p. 81.

(193) ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 1876, «Suicidio» (p. 1055. Tomo 4); en el mismo sentido, PINO ABAD, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, 1999, p. 244.

tiempo (194), el primer Código penal español, el CP de 1822 (195) y sus sucesores ya no contemplaron punición alguna del suicidio. Tal impunidad se apoyaba, en esencia, en argumentos de corte político-criminal tales como la inutilidad de la pena en caso del suicidio consumado (196) y el riesgo de un eventual efecto contraproducente de la misma en el supuesto de un mero intento de suicidio (197). Además hubo quien señalaba que el suicidio constituía un síntoma de enfermedades cerebrales (198).

Fue el Código Penal de 1848 el que por primera vez, y a diferencia del CP de 1822 –que había guardado silencio al respecto–, estableció un tipo penal específico relativo a las intervenciones en la muerte no natural querida por la propia víctima. Reza:

Libro II, Título IX (Delitos contra las personas) Cap I. Artículo 326 (199): «El que prestare auxilio a otro para que se suicide, será castigado con la pena de prisión mayor; si le prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión temporal en su grado mínimo».

En cuanto al fundamento del castigo de dichas conductas, en aquella época y al igual que en Alemania, solía sostenerse que el suicidio

(194) Véase, por ejemplo, MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 64 («que nuestra santa y venerable religión justamente condena»; GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español según la práctica y leyes vigentes*, T. II, 1843, pp. 81 ss.; VIADA Y VILASECA, *CP reformado de 1870*, 4.ª ed., III, 1890, p. 46 («El suicidio es indudablemente un enorme crimen contra Dios, único dispensador de la vida y de la muerte del hombre»).

(195) Cfr. GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español según la práctica y leyes vigentes*, T. II, 1843, p. 81. Hay que advertir que nada más entrar en vigor, el CP de 1822 tuvo que ceder, en virtud de la restauración del Antiguo Régimen, a las antiguas leyes, pero eso ya no pudo afectar a la impunidad fáctica del suicidio. Para más detalle FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 112 ss.

(196) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España*, T. III, 5.ª ed., 1828, p. 65

(197) PACHECO, *El CP concordado y comentado*, 2.ª ed., III, 1856, núm. 6 al artículo 335 (CP 1850) p. 32. CASTRO Y OROZCO/ORTIZ DE ZUÑIGA, *CP explicado*, II, 1848, p. 278; ARAMBURU Y ARREGUI, *Instituciones de Derecho Penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850*, 1860, p. 247 s., citado por JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, p. 65; DÍAZ ARANDA, *Dogmática*, 1995, pp. 29 ss.

(198) En este sentido LASO, *Elementos del derecho penal de España*, 1849, p. 173, cfr. las referencias bibliográficas en NÚÑEZ PAZ, *Historia del Derecho a Morir*, p. 125.

(199) Reproducido en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos Penales Españoles 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, Recopilación y concordancias*, Madrid, 1988.

era una «falta a la moral» y un pecado contra la religión, y que las razones político-criminales que impedían castigar al propio suicida (200) no eran aplicables a los terceros que interviniesen, por lo que no había obstáculos para castigar a los partícipes.

Con independencia de que pueda o no seguir teniendo validez el fundamento en el que entonces se apoyaba el castigo, este primer tipo relativo a las intervenciones en el suicidio resulta de enorme trascendencia. Pues, sin perjuicio de las modificaciones que iba a sufrir, formaría la base fundamental de todos los futuros tipos relativos a las intervenciones en el suicidio, en particular al mantenerse, en esencia y hasta la actualidad, la configuración del segundo inciso que tan insólito resulta desde el punto de vista del Derecho comparado. Su peculiaridad reside en situar la conducta que en otros lares se denomina homicidio a petición u homicidio consentido justo detrás de la circunscripción típica del auxilio al suicidio, optando por la fórmula «si le prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte», de modo que parece calificar esta última conducta como una variante agravada del auxilio al suicidio. Dado que dicha configuración no tiene parecido ni en los códigos penales que le sirvieron de modelo al CP de 1848 (201), ni en otro de aquella época, cabe decir que estamos ante una disposición que merece ser calificada de genuinamente española.

La idea subyacente a esta regulación consiste, a mi modo de ver, en que la diferencia entre el auxilio en sentido estricto y la ejecución de la muerte por parte del tercero es meramente gradual y no radical, lo que significa al mismo tiempo que el legislador consideraba que en el fondo la esencia de ambas conductas era la misma, siendo lo característico de sendas conductas la voluntad de la víctima respecto de la lesión de su vida y no la cuestión de quien ejecutaba la muerte. Como hemos podido apreciar de la mano de la evolución legislativa wurtembergense y prusiana y de las posturas político-criminales defendidas por, entre otros, Von Liszt, esa idea no había sido del todo ajena al pensamiento alemán, pero nunca fue plasmada en una norma, y encima de forma tan tajante, como lo hizo el legislador español del 1848. Antes al contrario, en Alemania acabó vencida por razonamientos de corte formalista que se centraban en las estructuras externas, en vez de atender a la esencia del supuesto de hecho de la vida real.

(200) Cfr. DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y del homicidio consentido*, 1995, pp. 29 ss.

(201) A saber, los CCPP brasileño, napolitano, austríaco y –aunque desmentido con frecuencia (para más detalle ANTÓN ONECA, *ADPCP* 1965, 482, 488)– francés. De entre ellos, el brasileño era el único en prever al menos un tipo que castigaba el auxilio simple al suicidio.

Por muy fructífero que el Derecho comparado sea por lo general, en lo que al artículo 326 CP de 1848 se refiere no se puede sino lamentar que dichas ideas también trascendieran las fronteras españolas. Pues por culpa de autores obstinados en la importación de ideas extranjeras se suscitaba una polémica sobre la naturaleza de aquella conducta –participación en el suicidio (202) o autoría de homicidio (203)– que ha perdurado hasta la actualidad sin dar más frutos que generar una multitud de términos distintos para denominar la conducta del inciso segundo –hoy apartado 3.º– del artículo 143 CP (auxilio ejecutivo; homicidio-suicidio; homicidio consentido o a petición), en función de, claro está, la postura que se defiende. Es más, en vez de contribuir efectivamente a solucionar los problemas dogmáticos que surjan en relación con dicha norma –tales como la cuestión de la punibilidad de la tentativa o de la participación en dichas conductas– (204), tal importación de ideas no ha hecho más que nublar la vista para lo que es la esencia de lo regulado en el artículo 143 CP y sus antecesores; esencia que, a mi modo de ver y desde un enfoque moderno centrado en el fin (paternalista) de la norma, es la misma para todos los supuestos regulados en ella, de modo que las soluciones para los problemas dogmáticos aludidos deberían ser las mismas, se trate del primer, segundo o tercer apartado (205). Sin embargo, por cuestiones de espacio, éste no puede ser el lugar para discutir sobre cuál es esta esencia o naturaleza (206).

(202) En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, véase STS 2031/1994 de 23 de noviembre; SAP Almería núm. 47/2002 (Sección 2.ª) de 20 de febrero; en el mismo sentido MUÑOZ CONDE, *PE*, 16.ª ed., 2007, p. 72; JORGE BARREIRO en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir), *CCP*, 1997, p. 415; VALLE MUÑIZ en QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al NCP*, 4.ª ed., 2005, p. 762; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 4.ª ed., 2002, p. 25.

(203) Defienden esta postura CARBONELL MATEU en VIVES ANTÓN *et al.*, *PE*, 2004, pp. 102 s.; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL *et al.*, *PE*, 2004, p. 109; JUANATEY DORADO, *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, 1994, p. 279; GARCÍA ARÁN en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *CCP PE*, 2004, p. 56; Díez RIPOLLÉS en el mismo/GRACIA MARTÍN, *CCP PE I*, 1997, pp. 201, 221; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Contestaciones*, 4.ª ed., 2004, p. 38; NÚÑEZ PAZ en ARROYO ZAPATERO *et al.*, *CCP*, 2007, p. 361; OLMEDO CARDENETE/BARQUÍN SANZ en Cobo, *CCP V*, 2002, p. 215; SERRANO GÓMEZ, *PE*, 9.ª ed., 2004, p. 61; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio*, 2000, p. 97; BELTRÁN BALLESTER, ESTUDIOS JURÍDICOS MF V 1999, pp. 468 ss.

(204) Para más detalle véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 469 ss.

(205) En este sentido coincido con la opinión, según la cual tanto el ap. 1.º y 2.º como el 3.º constituyen, desde un punto de vista material, claro está, una participación en suicidio, sin que me parezca correcta esta última clasificación.

(206) Sobre este tema, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 474-476.

4.2.2 LA EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DEL CP DE 1944

Entre tanto, la norma ha sufrido algunas modificaciones. Un primer cambio fundamental, de gran envergadura de cara a la futura evolución del debate, se produjo en el seno del CP de 1870 al equiparar éste sendas penalidades previstas para el auxilio ejecutivo y el auxilio simple (art. 421) con las del homicidio común y de la complicidad en este último, respectivamente. Dicha reforma fue saludada, ante todo, por quienes siguieran considerando el suicidio una infracción religiosa, a saber, la del quinto mandamiento (207).

Al mismo tiempo y por primera vez, la materia fue objeto de un análisis más a fondo de la mano del célebre comentarista Groizard y Gómez de la Serna. Fue, en particular, la redacción típica del 2.º inciso, que hasta aquel momento no había sido cuestionada, la que le valió una censura de técnica legislativa. Y es que Groizard, estudioso del Derecho comparado, consideraba que la conducta que se ha dado en llamar auxilio ejecutivo, en realidad, constituía un homicidio (208), mientras que la conducta incluida en el primer inciso tenía el carácter de un *delictum sui generis* (209). En consecuencia, y siempre según este autor, incluir ambas conductas en la misma categoría no sólo suponía una impropiedad en el lenguaje, sino también una «mala clasificación» (210), que conducía a que quien, en realidad, no participara en un suicidio al no ser suicida el que moría a manos de otro, erróneamente sería condenado como auxiliador del suicidio (211) en lugar de ser condenado, tal y como debería serlo, como reo de homicidio (212). Es así como nace la ya aludida polémica en torno a la naturaleza de la conducta incluida en el segundo inciso.

Además, Groizard exigió que *de lege ferenda* se introdujeran otras dos modificaciones: en primer lugar, atenuar la pena para los supuestos de homicidio a petición donde mediaren bien una enfermedad incurable e insoportable para el requirente, bien cuestiones de honor (213); y en segundo lugar, incriminar la provocación al suici-

(207) En este sentido VIADA Y VILASECA, *CP reformado de 1870*, 4.ª ed., III, 1890, p. 46.

(208) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, pp. 439; 444.

(209) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 441.

(210) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 439.

(211) Cfr. la STS de 16 de diciembre de 1895, donde se usa esta fórmula ante un supuesto de auxilio ejecutivo, HIDALGO GARCÍA, *El CP conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo II*, 1909, artículo 421, p. 201.

(212) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 446.

(213) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 441.

dio (214). Exigencias que no tardaron demasiado tiempo en convertirse en realidad.

En efecto, el CP de 1928 instauró, con el fin de colmar lagunas de punibilidad (215), el tipo de inducción al suicidio, conminándolo con la misma pena que la prevista para el auxilio al suicidio, la cual, dicho sea de paso, había quedado reducida con respecto a su antecesor. En este contexto, conviene señalar que el CP de 1928, si bien temido por su extremado rigor punitivo, hacía gala de una sorprendente humanidad en el ámbito de la cooperación en el suicidio (art. 517 CP) no sólo al bajar las penas, sino también al restablecer la atenuación de la pena prevista para el auxilio ejecutivo con respecto de la asignada para el homicidio común (216). Además y siempre de conformidad con las exigencias de Groizard (217), al tipo objeto de nuestro estudio le fue agregado, por primera vez en la historia del Derecho penal español, un segundo apartado:

«Esto no obstante, en todos los casos del párrafo anterior, los Tribunales, apreciando las condiciones personales del culpable, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, podrán a su prudente arbitrio imponer una pena inferior a la señalada al delito».

De acuerdo con la exposición de motivos, el principal objetivo de dicha disposición consistía en permitir atender debidamente a los móviles de piedad y compasión, por lo que en el más extremo de los casos la pena podía quedar reducida a la imposición de una multa de 1.000 pesetas (218).

Ahora bien, la vigencia de esta última regulación fue breve. Proclamada la Segunda República en 1931, en un primer momento, se restableció el CP de 1870, para luego promulgar el CP de 1932. La tendencia de humanización que lo marcaba, con carácter general, no se extendió a la regulación de las intervenciones en el suicidio. Pues por el artículo 415 de dicho Código se restableció la severa regulación del CP de 1870, equiparándose la pena del auxilio ejecutivo con la del homicidio común, y fue suprimido el arbitrio judicial al que acabamos de hacer alusión. Por consiguiente, la situación fue inversa a la que había existido en la Dictadura, en la que la regulación relativa al suici-

(214) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El CP de 1870*, IV, 1891, p. 446.

(215) Véase LÓPEZ-REY Y ARROJO/ÁLVAREZ-VALDÉS, *El nuevo CP*, 1933, pp. 380 ss.

(216) CUELLO CALÓN, *El nuevo CP español*, T. II, 1930, p. 529.

(217) CUELLO CALÓN, *El nuevo CP español*, T. II, 1930, p. 531

(218) Cfr. CUELLO CALÓN, *El nuevo CP español*, T. II, 1930, p. 529 (con respecto a la atenuación del homicidio-suicidio).

dio había presentado un rayo de esperanza en las tinieblas de un Código de extrema severidad punitiva.

Finalmente, el precepto pasó al CP de 1944 del Régimen de Franco, a su artículo 409, y perduró hasta 1995, sin que fuera objeto de modificaciones.

4.2.3 LA EVOLUCIÓN HASTA LA ACTUALIDAD

La discusión dogmática y el debate político-criminal, por el contrario, sí que fueron evolucionando. Respecto a esa evolución trascendental para la situación jurídica actual deben distinguirse dos períodos: el de la época franquista y transición, por un lado, y el postconstitucional, por otro lado. En el debate dogmático de la época franquista la cuestión del porqué de la incriminación autónoma de las intervenciones en el suicidio apenas fue planteada. Esto es así porque la abrumadora mayoría de los autores partía de que el suicidio, aunque exento de pena por razones de política criminal, sí que era antijurídico (219), por lo que no tenían problemas para fundamentar, desde el punto de vista material, la penalización de las intervenciones en él. En cambio, fueron cuestiones dogmáticas como aquella de la punibilidad de las formas imperfectas o de la punibilidad de la omisión ante el suicidio las que acaparaban el debate, y en cuyas soluciones, muchas veces, se veía reflejada la idea de que el suicidio constituía el «hecho principal» antijurídico, aunque impune, base del castigo de las intervenciones en él (220).

Progresivamente fue intensificándose también el debate en torno al tratamiento jurídico-penal de casos extremos, especialmente la eutanasia. Mientras que predominaba la opinión de que la eutanasia activa directa, en principio, no podía sino ser objeto de una atenuación de la pena mediante la aplicación de las circunstancias genéricas de atenuación, y, sólo excepcionalmente, dar lugar a la exoneración de la culpa-

(219) Por todos, OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, 1958, pp. 14 ss., 19; TORÍO LÓPEZ, L.H., SERRANO Y SERRANO, II, 1965, p. 656 nota al pie núm. 5; GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y auxilio al suicidio» (1972) en *Estudios*, 1990, p. 276; en el mismo sentido la jurisprudencia, cfr., p. ej., STS de 15 de diciembre de 1977, en la que se alude a las clasificaciones utilizadas por parte de la teoría tal como «acto de ilicitud impune» o «acción ilícita no típica»; sin tomar postura al respecto.

(220) Cfr., p. ej., QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.ª ed., 1972, p. 391, aunque estos autores niegan la antijuridicidad del suicidio, ya que ésta «no puede desvincularse positivamente (aunque sí en el análisis teórico) de la tipicidad» (p. 381).

bilidad (221), Quintano Ripollés y Gimbernat Ordeig fueron los primeros en estimar, ya a principios de los años setenta, la justificación de la conducta por vía del estado de necesidad ajeno (circunstancia 7.^a del art. 8 ACP), argumentando que el interés del sujeto pasivo a no sufrir más prevalecía sobre el interés a seguir viviendo durante poco tiempo (222).

El debate político-criminal de la época franquista, en cambio, fue centrado por la eterna polémica en torno a la corrección de prever la misma penalidad para el auxilio ejecutivo que para el homicidio; debate en el que la gran mayoría de los autores se decantó por postular la vuelta a la atenuación (223). Junto a ello, se censuró que la relación de gravedad que mediaba entre las distintas penalidades previstas para las conductas de intervención en el suicidio no concordaba con la relación de gravedad que mediaba entre las distintas figuras de autoría y participación en la parte general (224). Censura que no resulta desacertada, siempre que se parta, como en aquella época se partía, de que el suicidio sea el hecho principal impune, de cuyo injusto se deriva el de las conductas autónomamente castigadas.

Ante este panorama, es natural que los primeros proyectos de reforma penal elaborados ya con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978 se limitaran a atender, en gran medida, a estas críticas: tanto el Proyecto de Ley Orgánica de CP de 1980 (225), como la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 (226), restablecieron la atenuación de la pena prevista para el auxilio ejecutivo con respecto al homicidio común (227). Resulta muy llamativo que, en vez de sustituir la peculiar configuración típica de aquella

(221) CUELLO CALÓN, *El problema jurídico-penal de la eutanasia*, 1951, pp. 35 ss.

(222) QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.^a ed., 1972, pp. 423 ss.

(223) Véase, p. ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *PE*, 2.^a ed., 1966, p. 65; CUELLO CALÓN, *El problema jurídico-penal de la eutanasia*, 1951, p. 37, QUINTANO RIPOLLÉS, *CCP II*, 1946, p. 237.

(224) Así QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.^a ed., 1972, p. 386, considera «insatisfactoria la asimilación de la inducción al suicidio al auxilio, por ser aquella una conducta de incomparable mayor magnitud y gravedad», «incluso –añade– que la de auxilio ejecutivo, precisamente por desencadenar el curso causal ideológico y físico».

(225) RUIZ VADILLO, E., *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Madrid, 1980.

(226) MINISTERIO DE JUSTICIA, *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (PANCP)*, Madrid, 1983.

(227) Artículo 160 del Proyecto de 1980: «El que induzca o coopere con actos necesarios al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena superior en grado si la cooperación llegare hasta el punto

figura por una propia del homicidio consentido, como parte de la teoría venía reclamando apuntando a los códigos de Alemania o Italia (228), los proyectos agudizaran la idea, ya subyacente en la redacción vigente de aquella época, de que se estaba ante una forma más grave de auxilio o cooperación al suicidio al introducir, de modo expreso, la palabra «cooperación» en el segundo inciso (229).

En lo que a la relación entre las respectivas penalidades previstas para las distintas conductas atañe, los proyectos establecieron una triple graduación. El punto de partida y nivel intermedio lo integraban la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, ambas conminadas con pena privativa de libertad de 4 a 8 años. Dicha pena sería rebajada en un grado en el supuesto del auxilio no necesario y aumentada en un grado en el caso de la cooperación ejecutiva (230); agravación que dicho sea de paso constituía una desviación de lo establecido en la parte general donde la cooperación ejecutiva –o autoría– recibe el mismo trato que la inducción y la cooperación necesaria.

El desplazamiento del eje de la discusión hacia la cuestión de la disponibilidad de la vida, desde la óptica constitucional, y las consecuencias que se deriven de ello para la constitucionalidad del castigo de las intervenciones de terceros en la muerte querida por la propia víctima, en particular, para la eutanasia activa, se fue, empero, produciendo sólo poco a poco, culminando en el «Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida» aprobado en 1991 por el Grupo de estudios de Política Criminal (231).

Ahora bien, el que cada vez más autores se adhirieran a la postura que admitía la disponibilidad no significó, en absoluto, que estos mismos autores sostuvieran la inconstitucionalidad del artículo 409 ACP. Semejante tesis radical no fue defendida sino por pocos, quienes parecían tener tantas dudas sobre si de la disponibilidad de la vida cabía derivar sin más la inconstitucionalidad del castigo de las intervencio-

de ejecutar la muerte y la inferior en grado cuando el auxilio prestado no fuere necesario». El artículo 144 es idéntico.

(228) Así, QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la PE del DP I*, 2.ª ed., 1972, p. 382 («lamentable confusión» entre lo que es efectivamente una mera participación en el suicidio, contenida en el primer inciso del texto, y la ejecución de la muerte, comprendida en el segundo»).

(229) Críticamente BACIGALUPO ZAPATER, *Los delitos de homicidio*, 1983, p. 334.

(230) En contra de la distinción entre cooperación necesaria y auxilio simple se manifiesta TORÍO LÓPEZ, L.H., SAINZ CANTERO, 1987, p. 229.

(231) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida», en *Grupo de estudios de Política Criminal, Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, pp. 9 ss.

nes en el suicidio que, en lugar de apoyar la inconstitucionalidad del artículo 409 en la vulneración de un supuesto derecho fundamental a la propia muerte, optaron por fundamentarla en la vulneración del principio de proporcionalidad: al parificar las sanciones para tres conductas radicalmente desiguales, tanto desde la óptica del bien jurídico protegido cuanto de la reprochabilidad –a saber, el homicidio común, el homicidio a petición y la eutanasia– el inciso segundo del artículo 409 vulneraría dicho principio, lo que conduciría a su inconstitucionalidad (232). Inconstitucionalidad que a su vez arrastraría la del inciso primero, puesto que la inclusión de conductas de ejecución material en el primer inciso consecuencia de la inconstitucionalidad del inciso segundo supondría otra quiebra del principio citado por producirse de nuevo un tratamiento igual de conductas de diversa significación (233). Me parece necesario advertir que esta última consecuencia no deja de ser discutible dada la discrecionalidad de apreciación de la que goza el legislador.

Desde una posición intermedia, se propugnó que dada la inmensa importancia del bien jurídico afectado –la vida– y la obligación del Estado de protegerla, cabría establecer ciertos límites a la disponibilidad de la vida. Por una parte podría ser exigido a quien quisiera morir que fuera plenamente consciente de la trascendencia y gravedad del acto que realizaba y por otra, limitar la eficacia justificante del consentimiento hasta el punto de no ofrecer cobertura a determinadas intervenciones de terceros en el libre acto del suicidio sobre la base de que el Estado tenía la potestad o incluso el deber de obligar (a las personas) a respetar la vida ajena, pudiendo castigarse, por lo tanto, aquellos comportamientos relacionados con la muerte querida por la víctima que supusieran una efectiva lesión o puesta en peligro de la vida ajena. De ello se seguía que, junto al homicidio-suicidio, cabía penalizar aquellas formas –y únicamente éstas– de participación en el suicidio en las que la libertad interna del acto suicida no fuera absoluta. Con lo que, siempre según esta opinión, una interpretación conforme a la Constitución del artículo 409 llevaría ya *de lege lata* a que únicamente la inducción y determinadas formas de la cooperación necesaria (sin que se supiera a cuáles se hacía referencia) fueran puni-

(232) COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 77 ss; VALLE MUÑIZ, *CPC*, núm. 37, 1989, p. 176.

(233) COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 78. En sentido parecido, VALLE MUÑIZ, *CPC*, núm. 37, 1989, p. 176, al menos en relación con el auxilio ejecutivo al homicidio normal.

bles, mientras que la mera complicidad y las demás formas de cooperación necesaria quedarían impunes (234).

Expuestas aquellas posturas partidarias de una inconstitucionalidad (parcial) del artículo 409 ACP, conviene subrayar, de nuevo, que se trataba de posturas minoritarias y que la mayoría de los autores, por el contrario, defendía la constitucionalidad de la punición de las conductas de intervención en el suicidio (235).

Mayores cambios se produjeron en materia de eutanasia. Si bien es cierto que la doctrina dominante afirmaba la impunidad de la eutanasia indirecta y pasiva, recurriendo para ello a construcciones dogmáticas muy diversas (236), no lo es menos que seguía sosteniendo que la eutanasia activa sí era punible (237). Por otra parte, aumentaron las voces que llegaban a defender la justificación de esta última por vía del estado de necesidad ajeno (238). Fue ante todo Gimbernat quien desempeñó un papel de vanguardia dentro de esta última tendencia al describir las distintas situaciones eutanásicas e incorporar los derechos fundamentales y valores constitucionales en su argumentación (239).

Paralelamente a ese debate en torno a la situación jurídico-penal de lege lata a finales de los años 80 y cuando ya se había entrado, a nivel legislativo, en plena fase de preparativos para elaborar, de una vez, el aún pendiente «Código penal de la Democracia» (240), el debate político criminal también empezó a prosperar.

En cuanto al tratamiento de la eutanasia activa, se reprodujo el panorama del debate *de lege lata*. Así pues, se enfrentaron, en esencia, dos corrientes: por un lado, hubo un gran número de autores de tendencia conservadora y partidarios de establecer una mera atenuación de la pena. Algunos de entre ellos se mostraron a favor de establecer

(234) DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1987, pp. 87-89.

(235) TORÍO LÓPEZ, LH-SAINZ CANTERO, p. 228; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, *PE I*, 1993, pp. 89 ss.

(236) Defendían la atipicidad de las conductas omisivas BAJO FERNÁNDEZ, *PE*, vol. 1, 2.ª ed., 1991, p. 85; BUSTOS RAMÍREZ, *PE*, 2.ª ed., 1991, pp. 41 s.; QUERALT JIMÉNEZ, *ADPCP* 1988, pp. 124-125; VALLE MUÑIZ, «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia», *CPC*, núm. 37, 1989, pp. 184-187; BACIGALUPO ZAPATER, *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, pp. 154 ss.

(237) QUADRA-SALCEDO, T., Introducción, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Código Penal 1992*, 1992, p. 13.

(238) GIMBERNAT ORDEIG, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 107 ss., MUÑOZ CONDE, *PE*, 8.ª ed., 1991, p. 75. En sentido similar GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, *PE I*, 1993, p. 104.

(239) GIMBERNAT ORDEIG, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 107-112.

(240) QUADRA-SALCEDO, T. Introducción, en *Ministerio de Justicia, Anteproyecto de Código Penal 1992*, 1992, p. 13.

adicionalmente, y siguiendo el modelo de la Propuesta alternativa alemana relativa a la eutanasia de 1986, una cláusula que en casos extremos permitiera al juez prescindir de la pena (241), lo que, sin embargo, no dejaría de ser un cuerpo ajeno en Derecho español que, a diferencia del Derecho alemán (242), no contempla tal consecuencia jurídica. Por otro lado, hubo un significativo número de juristas que –probablemente, para sorpresa de quienes no sean españoles– se pronunciaron sin tapujos y precisamente en España, país católico por antonomasia, a favor de la regularización de la eutanasia (243). La Propuesta alternativa española constituye la manifestación más notoria de esta corriente. Pretendía acompañar al hasta entonces tipo de auxilio ejecutivo de un segundo apartado en el que eximía de pena al médico u otra persona bajo su dirección que produjera la muerte de otro, si mediaba la solicitud expresa, libre y seria de éste, siempre que se diera el doble requisito de que el paciente padeciera graves sufrimientos no evitables ni notoriamente atenuables de otro modo, y que se derivasen de una afección incurable que le conduciría próximamente a la muerte o que, siendo permanente, le incapacitaría de manera generalizada para valerse por sí mismo (244).

A diferencia de lo que sucedía en materia de eutanasia donde existían, como se ha visto, fuertes tendencias liberales, en materia de intervenciones comunes en el suicidio apenas se postuló la liberalización de las mismas. Al margen de opiniones aisladas que reivindicaron, bien derogar, por completo, su castigo (245) o bien ceñirlo,

(241) En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 299; TORÍO LÓPEZ, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 237; MUÑOZ CONDE, *PE*, 8.ª ed., 1991, p. 76.

(242) En Derecho alemán dicha consecuencia jurídica se prevé tanto en la parte general –§ 60 (*poena naturalis*), § 46 b (regulación genérica de las consecuencias jurídicas previstas para el llamado testigo de cargo)– como en la parte especial – véase p. ej. los § 129 ap. 5.º StGB y § 31 BtMG–.

(243) *Boletín Criminológico*, núm. 5, noviembre de 1994, p. 4; Se pronunciaban a favor de establecer una eximente BUSTOS RAMÍREZ, *PE*, 2.ª ed., 1991, p. 42; QUERALT JIMÉNEZ, *PE I*, 1986, p. 25; GIMBERNAT ORDEIG, LH-SAINZ CANTERO, 1987, p. 111; DEL ROSAL BLASCO, LH-DEL ROSAL, 1993, p. 960; LANDROVE DÍAZ, «El derecho a una muerte digna» en *Temas penales*, 1994, pp. 81-83, así como el mismo, «La eutanasia en España» en *Temas penales*, 1994, pp. 95-97. En contra de la exención de TORÍO LÓPEZ, *EPCr IV*, 1979-80, pp. 191-192.

(244) Artículo 408 apartado 2 de la Propuesta, véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida».

(245) En este sentido, COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 67 y 77 ss., quienes, al margen de sostener la inconstitucionalidad del artículo 409 CP (véase *supra*), abogan por la despenalización de todas esas interven-

siguiendo el modelo alemán, al homicidio a petición (246), la amplia mayoría de la teoría tomó postura a favor del mantenimiento de su incriminación, señalando que el Estado tenía que impedir que se favoreciera el suicidio (247). Es conveniente señalar lo incoherente que a estos efectos resulta la regulación propuesta en la Propuesta alternativa española. Por mucho que en ella se declare con relación a la penalización de la inducción (que queda conminada con idéntica pena que el homicidio-suicidio, que a su vez constituye un tipo privilegiado respecto del homicidio común) que «la libre disponibilidad de la propia vida no exime a la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas» (248), en dicha Propuesta el castigo de la cooperación necesaria y de la complicidad queda ceñido a los supuestos en que *no* concurran los requisitos de capacidad y solicitud. Lo que viene a significar que no se establecía sino una especie de tipo residual a fin de evitar la impunidad de los supuestos considerados merecedores de pena y en los que la aplicación de la figura de autoría mediata (de homicidio/asesinato) pudiera ser cuestionable, mientras que en los demás supuestos, es decir de concurrir los requisitos de capacidad y solicitud, la conducta de cooperación, fuera necesaria o simple, quedaba impune. Tal impunidad se opone, empero, a la –solemnemente– declarada obligación de la sociedad de cerrar el paso a todo tipo de conductas que promuevan comportamientos suicidas; obligación que, dicho sea de paso, obviamente no se refiere únicamente a los supuestos de sujetos sin capacidad. Pues no cabe duda de que, igual que la inducción, las conductas de cooperación simple o necesaria efectivamente favorecen el suicidio.

La discusión que acabamos de exponer quedó zanjada el 25 de mayo de 1996 por la entrada en vigor del Código penal de 1995. Su artículo 143 reproduce, con algunas modificaciones, en su mayoría de índole técnica, las propuestas de norma contenidas en los (ante-) proyectos de 1992 y de 1994 promovidos por el gobierno socialista. Cabe

ciones en el suicidio. Conviene resaltar, sin embargo, que dichos autores defienden un concepto muy restrictivo de suicidio; QUERALT JIMÉNEZ, *PE I*, 1986, pp. 15 y 24; VALLE MUÑIZ, *CPC* 1989, p. 168, se manifiesta a favor de la derogación de la punición del auxilio inclusive el ejecutivo, sin pronunciarse sobre la inducción.

(246) Así, DEL ROSAL BLASCO, *ADPCP*, 1987, p. 90; ZUGALDÍA ESPINAR, LH-SAINZ CANTERO, p. 297.

(247) ASÍ MUÑOZ CONDE, *PE*, 8.ª ed., 1991, pp. 74 ss.; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, *PE I*, 1993, pp. 89 ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *PE*, vol. 1, 2.ª ed., 1991, pp. 74 ss.; MARTÍN GÓMEZ/ALONSO TEJUCA, *La Ley* 1992-3, p. 872; TORÍO LÓPEZ, LH-SAINZ CANTERO, 1987, pp. 227-229.

(248) GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, «Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida», 1991, p. 38.

caracterizarlas de mezcla entre cierto continuismo e innovación. El continuismo se traduce en la acogida de algunas de las reivindicaciones político-criminales más acuciantes de la época preconstitucional, que ya habían sido contempladas en proyectos de los años 80 –piénsese en aquella de rebajar la pena del auxilio ejecutivo respecto del homicidio común–. Con independencia de la corrección de las soluciones adoptadas, la innovación, en cambio, consiste en que el artículo 143 pretende dar respuesta a las dudas y necesidades de aparición más reciente, a saber las dudas sobre la constitucionalidad y conveniencia de la penalización del auxilio simple y las reivindicaciones de una regulación –lo que no se debe confundir con su regularización– expresa de la eutanasia.

A pesar de tratarse de un tema de mucha controversia y gran carga emocional, se puede constatar que el debate parlamentario se desarrolló con mucha objetividad. En cuanto al contenido de los debates, que por razones de espacio es imposible desarrollar en toda su extensión (249), me limito a destacar los siguientes puntos de interés:

En materia de intervenciones en la muerte querida por la propia víctima, es de resaltar que hubo un amplio consenso sobre la necesidad de mantener en esencia su penalización genérica. Y es que ni siquiera los partidarios de la legalización de la eutanasia pretendían tocar dicha penalización genérica, limitando sus pretensiones de legalización estrictamente al ámbito de las circunstancias eutanásicas. Por otra parte, es lamentable que no se entrara en el debate sobre la conveniencia de desterrar del ámbito de lo punible el auxilio simple, opción por la que acabó decantándose el legislador y que puede considerarse un tributo a las voces que venían cuestionando la constitucionalidad de la punición del auxilio simple. Dicha medida parece poco acertada, por no hablar de los múltiples problemas que genera (250).

Frente al consenso sobre el sí del mantenimiento de la penalización de las demás formas de intervención en el suicidio (inducción, cooperación necesaria y ejecutiva), suscitó, de nuevo, mayor polémica la graduación de sus respectivas penalidades entre sí, por un lado (251),

(249) Con detenimiento FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 159 ss.

(250) Piénsese en los problemas de delimitación con la cooperación necesaria, la repercusión de dicha despenalización en la polémica sobre si son punibles las conductas omisivas, etc.; para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 578.

(251) El Gobierno socialista defendía que la inducción merecía una pena más alta que la cooperación necesaria, previéndose la pena más alta para la cooperación ejecutiva [cfr. DEL CAMPO CASASUS (PSOE), *CG DS Congreso*, de 1 de junio de 1995, núm. 506, p. 15398]. En cambio, IU-IC, si bien es cierto que acabó por aceptar el

y su relación, en particular la del auxilio ejecutivo respecto del homicidio, siendo el PP el único partido que defendió la equiparación de sendas penalidades (e incluso la de la cooperación necesaria) (252).

En todo caso, el debate parlamentario pone en evidencia que el mantenimiento de la penalización de las intervenciones en la muerte querida por la víctima no es ni mucho menos fruto de una recepción irreflexiva de la antigua regulación de dicha materia. Otra prueba de ello es la exposición de motivos del Proyecto de Ley. Tras poner de relieve que al reestructurar la sistemática de la parte especial, situando en lugar preferente la protección de los derechos individuales, el legislador pretendía reflejar el orden de valores vigente y reflejado en la Constitución de 1978 y que la concreta regulación de los delitos recogía, igualmente, «las transformaciones sociales experimentadas, la evolución de la sensibilidad social y los avances de la ciencia y la técnica», destaca como ejemplo de dicha repercusión «la inducción y cooperación al suicidio, cuyo tratamiento punitivo difiere considerablemente del actual, otorgando mayor relevancia a la autonomía de la voluntad» (253).

Tampoco parece casual que no se modificara la redacción típica del auxilio ejecutivo, máxime si se tiene en cuenta que no se habría podido escapar al Legislador la crítica que tal configuración típica tradicional había recibido por parte de la teoría, en particular de la Propuesta alternativa. Antes al contrario, su conservación se debería a que el enfoque subyacente a dicha redacción, y que se centra en la perspectiva de la víctima y la disposición que ésta realiza (con la ayuda de un tercero) sobre un bien jurídico suyo, estaba muy arraigado en el pensamiento de los españoles, tal como ponen de manifiesto las palabras de la diputada Del Campo Casassus cuando al rechazar la equiparación punitiva entre dicha conducta y el homicidio dijo: «creemos

castigo más grave de la inducción respecto de la cooperación necesaria, también lo es que propugnó la igualación de esta última y la cooperación ejecutiva [cfr. LÓPEZ GARRIDO (IU-IC), *CG DS Congreso*, de 1 de junio de 1995, núm. 506, p. 15396]. En su pretensión de igualar la pena prevista para la cooperación necesaria a la de la cooperación ejecutiva coincidió con el PP, si bien con el importante matiz de que el PP propugnó a la vez la equiparación de ambas conductas con el homicidio común. En cambio, se conformó con la previsión de una pena de 4 a 8 años para la inducción y la cooperación simple. Es sorprendente que este último aspecto, si bien constituía una desviación notable de la propuesta del Gobierno que había eliminado la punición del auxilio simple, pasara totalmente desapercibido en los debates (cfr. *DS*, de 25 de marzo de 1992, p. 19639).

(252) Cfr. las enmiendas *BOCG*, serie A, núm. 102-7, de 11 de febrero de 1993, p. 384 y en *BOCG*, serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, p. 198.

(253) MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR, *Proyecto de Ley Orgánica*, Madrid, 1994, p. 227 ss.

que no es lo mismo, ni puede castigarse igual, matar contra la voluntad de la víctima que matar a quien pide ayuda para suicidarse» (254).

En cuanto a la eutanasia, a diferencia de lo que sucedía en Alemania, en España hubo unanimidad en que el legislador «no podía esconder la mirada ante este asunto» (255). Sin embargo, y al margen de ser muy discutidas la naturaleza y envergadura de semejante regulación, la cuestión que más polémica suscitó fue la de qué tratamiento jurídico se debería dar a la llamada eutanasia activa directa. Haciendo un retrato de pincelada gruesa, se enfrentaron en principio dos posturas. La primera de ellas fue la defendida por IU, que invocando la propuesta alternativa y encuestas públicas reivindicó su legalización bajo una serie de cautelas (256). Mas no se pudo imponer a la postura que la mayoría de los partidos ostentaba y que no iba más allá de crear un tipo atenuado para los supuestos eutanásicos. Tipo cuyos presupuestos típicos tampoco eran pacíficos, siendo uno de las cuestiones más discutidas la de si el requisito de «padecimientos difíciles de soportar» debía exigirse alternativamente –así la propuesta del gobierno– o más bien cumulativamente –así las enmiendas del PP y del PNV– al de «enfermedad incurable que necesariamente conduciría a la muerte» (257).

A pesar de que en los propios materiales legislativos se insinuaba que la regulación relativa a la eutanasia sea un trasunto bastante fiel de determinadas regulaciones extranjeras, supuestamente a las establecidas por los CC.PP. suizo, alemán, austríaco y portugués (258), en realidad, se trata de una solución de suma originalidad, que, al igual que el artículo 143.3, merece ser calificada de genuinamente española. Pues únicamente las penas previstas para las conductas castigadas en el artículo 143.4 coinciden, en mayor o menor medida, con las señaladas en los preceptos extranjeros citados. Al margen de haberse incluido

(254) *CG DS Congreso*, de 1 de junio de 1995, núm. 506, p. 15398; utiliza una terminología casi idéntica CUESTA MARTÍNEZ (PSOE), *DS Comisiones*, núm. 652, de 25 de marzo de 1992, p. 19643.

(255) GARCÍA VALDÉS, *Proyecto*, 1992, p. 22.

(256) IU-IC, enmiendas núms. 704 y 705 en *BOCG*, de 11 de febrero de 1993, serie A, núm. 102-7, p. 309 relativas al Proyecto de LO del CP de 1992 y enmiendas núms. 712 y 713 en *BOCG*, de 6 de marzo de 1995, serie A, núm. 77-6, p. 296 al Proyecto de LO del CP de 1994; GARMENDIA GALBETE (Grupo Mixto-EE) enmienda núm. 286 en *BOCG*, de 11 de febrero de 1993, serie A, núm. 102-7, pp. 200 ss. y MENDIZÁBAL GOROSTIAGA (Grupo Mixto-EE), enmienda núm. 528 en *BOCG*, de 11 de febrero de 1993, serie A, núm. 102-7, p. 261.

(257) Cfr. TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *CG DS Congreso*, de 27 de junio de 1995, núm. 158, S. 8378 y OLLERO TASSARA, *CG, DS Congreso*, de 25 de marzo de 1993, núm. 652, S. 19641.

(258) GARCÍA VALDÉS, *Proyecto*, 1992, pp. 20 ss.

el requisito de «la petición expresa, seria e inequívoca» también exigido, en términos más o menos parecidos, en las normas extranjeras antes mencionadas (259), la configuración típica del artículo 143.4 presenta considerables diferencias respecto de estos preceptos, y ello en un doble aspecto. Primero, mientras que la totalidad de dichas normas supuestamente afines se limita a establecer un tipo atenuado de homicidio a petición genérico, sin que sean requeridos para su ámbito de operatividad más requisitos que una petición por parte de la víctima y dotada de ciertas características (260), el artículo 143.4 va más allá al exigir que en la víctima concurren una serie de condiciones físicas. Me refiero al requisito imprescindible de «una enfermedad grave» que tiene que presentar alternativamente ulteriores cualidades –o bien conducir necesariamente a la muerte, o bien producir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar–. En consecuencia, el ámbito de operatividad del precepto español resulta mucho más restringido que el de los preceptos erróneamente considerados afines, pudiéndose expresar gráficamente la relación entre ambas como la de dos círculos concéntricos, siempre que dejemos al lado la segunda discordancia de la que me ocuparé en seguida.

Dicha segunda diferencia se cifra en que el artículo 143.4 extiende el tratamiento privilegiado, en la misma medida (es decir, rebajando la pena en uno o dos grados), a la cooperación necesaria, dando lugar a un subtipo atenuado del artículo 143.2, que comparte ciertos rasgos con los tipos de «assisted suicide», sin que sea limitado su ámbito de operatividad a los médicos. Desgranada esta segunda disparidad respecto de los tipos de homicidio a petición presuntamente afines, puede constatarse que la relación entre ambos en realidad es de círculos secantes.

Por último, es curioso señalar dos preceptos, de momentos históricos muy diversos, que comparten esta última característica, o sea el tratamiento especial paralelo del auxilio ejecutivo/homicidio a petición y de la cooperación al suicidio en supuestos eutanásicos. Me refiero a los §§ 147 y 148 del CP de Braunschweig (261) y a la regulación legal vigente en Holanda. La ley holandesa, en principio, castiga tanto el homicidio a petición (art. 293 ap. 1.º) como la participación en

(259) Artículo 134 CP portugués (pedido serio, instante y expreso); § 216 StGB (petición seria y expresa); § 77 CP austríaco (petición seria e insistente); artículo 115 CP suizo (petición seria e insistente, sólo aplicable en caso de que concurren motivos respetables).

(260) El CP suizo exige además la concurrencia positiva de motivos respetables.

(261) Véase *supra*.

el suicidio (art. 293 ap. 1.º: inducción; ap. 2.º: auxilio). Sin embargo, de concurrir una serie de circunstancias establecidas en la Ley de Eutanasia, tanto la conducta de homicidio a petición como la de auxilio al suicidio (no, en cambio, la inducción) quedan impunes, remitiendo el artículo 293 ap. 2.º al ap. 2.º del artículo 293 en el que se establece la eximente. Por otra parte, es evidente que la consecuencia jurídica establecida por la ley holandesa no coincide para nada con la señalada por el CP español, pues a diferencia de lo ocurre en España prevé la impunidad y no sólo una atenuación para los supuestos eutanásicos. Y es precisamente este aspecto el que fue objeto de dura crítica por parte de Gimbernat, quien observa –con razón– que al tipificarse de modo expreso la eutanasia activa «se le priva de muchos –¿o de todos?– sus argumentos» a la opinión doctrinal que bajo la vigencia del ACP que no preveía sino un tipo indiferenciado y genérico de auxilio ejecutivo había defendido la impunidad del homicidio a petición de un enfermo desahuciado operando con el estado de necesidad. Por lo que tacha dicha novedosa regulación de «acontecimiento legislativo insólito y desgraciado», pues hasta entonces «ningún legislador había tenido la ocurrencia de describir expresamente los supuestos eutanásicos, no para descriminalizarlos, sino para declarar que son punibles, y haciendo creer, encima, que todo ello constituye un avance» (262).

Aun admitiendo que el artículo 143.4 excluya la posibilidad (aunque muy teórica y no aceptada por la doctrina dominante) de operar con el estado de necesidad, y con independencia de la valoración político-criminal que merezca la mera atenuación de tales conductas, la virtud de la regulación española reside en diferenciar nítidamente entre los supuestos genéricos de intervención en la muerte querida por la víctima y aquellos en que medien circunstancias eutanásicas. Y tal diferenciación parece todo un logro pues lleva a un debate estructurado y al fin y al cabo a soluciones más sensatas para los supuestos de intervenciones en la muerte querida por la víctima en los que no concurren circunstancias eutanásicas y que –según datos empíricos (263)– suponen la regla. Ello queda muy patente si echamos un vistazo a Alemania donde al no existir una clara distinción entre unos y otros supuestos todo el debate tanto en su vertiente dogmática –piénsese en la discusión sobre la punibilidad de la omisión ante un suicidio–, como en su vertiente político-criminal –piénsese en la polémica

(262) GIMBERNAT, «Prólogo a la segunda edición del CP», II, *Código penal*, 11.ª edición, 2005, p. 54.

(263) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 175 ss.

recientemente desatada sobre la conveniencia o no de castigar determinadas formas sospechosas de favorecimiento al suicidio propiciado por organizaciones suicidas como Dignitas, etc. (264)–, se ve turbado por la tendencia de los autores de reforzar sus razonamientos recurriendo a ejemplos propios del ámbito de la eutanasia, unas veces, y a los supuestos en que no concurren circunstancias excepcionales, otras, siempre en función de la reacción que pretendan provocar en el lector. Así, en la exposición de motivos del anteproyecto de Ley presentado por los Länder Saarland, Turingia y Hesse, y que tenía por objeto combatir las organizaciones de ayuda al suicidio al introducir un tipo que castiga la «promoción profesional del suicidio» (*geschäftsmäßige Suizidförderung*) (265), a favor de la necesidad de tal penalización se trae a colación el riesgo de que la oferta de una opción de automuerte aparentemente fácil y sin dolor por parte de esas organizaciones alcance también a personas que no padezcan una enfermedad incurable; a personas con patologías meramente psíquicas y sin sufrimientos físicos, o a personas con demencia o depresión (266). La no incriminación del auxilio individual, en cambio, se explica indicando, sin presentar datos empíricos que lo comprueben, que semejantes conductas que faciliten el suicidio de otro suelen limitarse, en realidad, a supuestos en que quien quiera morir sea una persona que lleva ya mucho tiempo padeciendo una enfermedad grave e irreversible (267). Es obvio que lo que se pretende con escoger tal ejemplo no es otra cosa que provocar en el lector la idea de que, en efecto, el auxilio individual debe quedar impune por ser la única salida en supuestos eutanasias, disimulando al mismo tiempo el hecho de que el auxilio puede constituir un verdadero riesgo en los muchos otros supuestos relativos a personas que no padecen sino una depresión transitoria o pasan por un mal trance (sea a causa de problemas en el trabajo, sea por la pérdida de un ser querido) y cuya muerte supone el desperdicio de cuantas oportunidades les hubiera ofrecido la vida todavía, oportunidades que simplemente no han visto por obnubilación emocional en el momento de su decisión fatal, cuya efectiva realización fue promovida por la ayuda prestada por otro. ¿Es realmente necesario dejar desprotegidas a estas personas –que según datos empíricos constitu-

(264) Sobre este anteproyecto de ley y otros similares de los que ninguno se ha convertido en ley, críticamente, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 605 ss.

(265) BR-Drs. 230/06.

(266) BR-Drs. 230/06, S. 4.

(267) BR-Drs. 230/06, S. 3; se escoge un ejemplo parecido en BR-Drs. 436/08 (*Empfehlungen*), p. 7.

yen la mayoría de los suicidas— a cambio de conservar una salida para unos pocos enfermos incurables que ya no soporten su situación? A la inversa, y con relación al tipo penal objeto del anteproyecto de Ley antes mencionado, podría cuestionarse la justicia de prohibir cualquier ayuda organizada, máxime si tenemos en cuenta que en una sociedad como la nuestra, caracterizada por el anonimato y un creciente número de personas solteras, puede haber enfermos terminales que no tengan familiares o personas allegadas que estén dispuestas a prestar auxilio al suicidio y que por tanto no pueden llevar a cabo el suicidio de manera segura y sin demasiado sufrimiento sino con la ayuda de las organizaciones en cuestión.

A mi modo de ver, convendría reflexionar sobre si realmente es la cuestión de la naturaleza —colectiva o individual del auxilio— la que debe considerarse decisiva para el tratamiento político-criminal de éste. Lo que hay que preguntarse es, más bien, si en el tratamiento penal del auxilio al suicidio la diferenciación —tal como hace, correctamente, el Derecho español— debe establecerse según las circunstancias que concurren en quien desea morir, es decir: según si estamos ante un suicidio normal —o sea: ante el suicidio de una persona que está desesperada, pero respecto de la cual existe un buen pronóstico de que supere sus ideas suicidas, razón por la cual deben ser protegidos sus intereses (objetivos) a largo plazo— o si estamos ante un caso excepcional. En la práctica, ello significa que el problema del tratamiento juridicopenal del auxilio al suicidio debe abordarse, *de lege ferenda*, de tal manera que se elija, como punto de partida, el grueso de los casos que se dan en la realidad, que serían punibles y que integrarían el tipo básico; sólo entonces deben contemplarse aquellos otros casos que presentan características adicionales (por ejemplo: aquellos en los que quien desea morir padece una enfermedad incurable), en los que sería necesario meditar sobre la necesidad de que sean sometidos a un tratamiento especial, ya que deben ser considerados casos excepcionales, sin que quiera pronunciarme, en este lugar, sobre si entonces el auxilio debería ser impune.

2. CONCLUSIONES

Una vez expuesta la evolución histórica de la punibilidad de las intervenciones en la muerte querida por la víctima es hora de sacar unas conclusiones finales con respecto a los interrogantes con los que hemos empezado este estudio.

Sintetizando cabe decir que la configuración de las intervenciones en el suicidio prevista en el CP de 1995 no es ni mucho menos un vestigio de tiempos pasados arraigado en el Catolicismo. Antes al contrario, es el resultado de una larga evolución legislativa y dogmática que tras la promulgación de la Constitución de 1978 fue sometida a un debate crítico cuyo carácter liberal alcanzó grados que en la Alemania de aquel entonces habrían sido impensables –piénsese en el debate sobre la legalización de la eutanasia–. Debate del que salió prácticamente intacta la regulación por lo profundamente acertada que es en principio.

Naturalmente que no parece sostenible el fundamento de la punición sobre el que se había erigido la regulación decimonónica y de acuerdo con el que la punibilidad de las intervenciones en el suicidio se derivaba del presunto carácter amoral del mismo. Mas, hoy en día, dicho fundamento parece superadísimo, puesto que la mayoría de los autores defiende un fin de protección paternalista, aunque sea sin utilizar este término, afirmando que es oportuno prohibir situaciones en las que la intervención del tercero cobra un protagonismo excesivo en la toma de la decisión de morir o su ejecución, dada la peligrosidad de las mismas para un bien jurídico tan trascendente e irrecuperable como la vida por acrecentar el riesgo de que efectivamente se produzca el resultado fatal (268). Al margen de los matices que pueda haber, la premisa sobre la que descansa dicha tesis de la peligrosidad de los comportamientos es una concepción del suicidio que parte de que éste muy rara vez responde al llamado «suicidio racional» en tal sentido acto de máxima libertad (269). En la mayoría de los casos sería, por el contrario, fruto de un conflicto psíquico grave, de inmadurez, etc.; en palabras de González Rus: «Sin descartar que en algún caso el suicidio pueda ser fruto de una voluntad plenamente libre y consciente debe reconocerse que por regla general el suicida adopta su decisión en circunstancias psicológicas excepcionales, presionado por múltiples factores que puedan hacerlo especialmente vulnerable a influencias ajenas» (270). Por otra parte, y en contra de lo que erróneamente aventure algún detractor de la regulación comprendida en el artículo 143 CP, dicha concepción del suicidio en sentido jurídico, es decir a efectos del artículo 143 CP, no supone una parificación con un acto totalmente carente de libertad como puede (¡no debe!) ser el sui-

(268) DÍEZ RIPOLLÉS en el mismo/GRACIA MARTÍN, *CCP PE I*, 1997, p. 180.

(269) Cfr. por ej. OLMEDO CARDENETE/BARQUÍN SANZ en COBO (dir.), *CCP*, V, 2002, art. 143, p. 182; MUÑOZ CONDE, Prólogo en JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, 1999, p. 17.

(270) GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL *et al.*, *PE*, 2004, p. 103.

cidio de un enfermo mental (271), en cuyo caso el interviniente incurriría en un delito de asesinato u homicidio, y no en uno de los comprendidos en el artículo 143 CP. Con lo cual en Derecho español estamos ante dos –y si tenemos en cuenta los supuestos eutanásicos tres– niveles de protección para quien quiera morir.

Dejando al margen ciertos defectos que presente, dicha regulación está, en principio, en buena consonancia con las conclusiones político-criminales que a mi modo de ver pueden y deben sacarse de un análisis empírico-médico del fenómeno del suicidio y que se cifran en dos aspectos: 1) la necesidad de protección de la práctica totalidad de los suicidas, 2) protección que, sin embargo, debería caracterizarse por una intensidad diversa en función del grado de libertad inherente al acto, lo que a su vez debe repercutir, a nivel punitivo, en el grado de responsabilidad que se impute al tercero que intervenga (272). Y aunque no parece que el legislador o los autores expertos en la materia hayan llevado a cabo un estudio a fondo del suicidio desde la perspectiva empírico-psiquiátrica, lo que desemboca a veces en un simplismo excesivo a la hora de explicar el complejísimo fenómeno de la automuerte cuyas causas exactas quedan todavía sin dilucidar, no podemos sino felicitarnos por la solución político-criminal por la que se ha optado, solución que hace gala de un realismo digno de admiración por no partir de ideales filosóficos, sino de la (triste) realidad de los supuestos relacionados con el suicidio, siendo ésta, y no algún supuesto excepcional o imaginario (en este caso el suicidio plenamente libre y racional), la que debe presidir las configuraciones legales de los tipos.

En cuanto a la cuestión de por qué la situación jurídico-penal alemana es tan diversa de la española, cabe concluir que, en contra de lo que muchos autores sugieren, ello no se debe ni mucho menos a una decisión meditada del legislador y aún menos a una decisión a favor de la libertad de suicidarse. El que, tras haber sido Prusia la pionera en castigar el homicidio a petición y el auxilio al suicidio en una norma especial, fue este mismo Estado el que eliminó, en 1851, semejantes regulaciones expresas, se debe a un giro brusco y de última hora en los debates legislativos, sin que parezca que el legislador tuviera muy claras las consecuencias de dicha eliminación para la punibilidad del auxilio al suicidio, es decir su impunidad, habiendo, por el contrario, indicios de que partiera de que dicha conducta, al igual que el homici-

(271) Véase p. ej. FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 181 ss. de la mano del ejemplo de los pacientes esquizofrénicos.

(272) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 198 ss.

dio a petición, fuera subsumible dentro del tipo de asesinato. Interpretación que terminó por ser rechazada por la doctrina dominante y la jurisprudencia sobre la base formal de concebir el auxilio como acto accesorio a un hecho principal impune, el suicidio, de modo que aquel acto quedaba impune, a diferencia de lo que sucedía con el homicidio a petición considerado como autoría de muerte y por tanto subsumible dentro del asesinato. El que tal dicotomía se consolidara, de forma expresa, aunque algo suavizada por el RStGB de 1871, al acogerse solamente un tipo privilegiado de homicidio a petición y no el de la participación en el suicidio existente en no pocas legislaciones particulares, se debe a que el legislador pretendía preservar intacto en la mayor medida posible el carácter (austero y rígido) de la que fuera la base del nuevo CP unificado, el CP prusiano, modificándose únicamente sus consecuencias más inaceptables tales como castigar como autor de asesinato a quien hubiese matado a petición de la víctima. En cambio, no se ahondaba en la corrección de no incluir un tipo de participación en el suicidio con la consecuencia, aunque no pacífica, de la impunidad de dicha conducta.

Por consiguiente, no cabe considerar la no punición de la participación en el suicidio como una decisión meditada y menos como un compromiso con la libertad individual, máxime si se tiene en cuenta que los argumentos aducidos en contra de la tipificación fueron razones de índole meramente formal o presuntos problemas de prueba.

Tampoco, y en contra de lo que se suele pretender hacer creer, se trata de «un principio legislativo» en tal sentido. Antes al contrario, nada más establecerse la dicotomía, la no penalización de la participación fue criticada por penalistas de la talla de Von Liszt y a lo largo de todas las reformas de la primera mitad del siglo xx se pretendió introducir cuanto menos un tipo de inducción al suicidio. En los años 20 y 30 dichos intentos no prosperaron por el propio fracaso de sendas reformas, mientras que el fracaso del hasta la fecha último intento legislativo que se produjo en el seno de la Gran reforma se debe, principalmente, a la pésima redacción de la propuesta que había sido elaborada; fracaso al que siguió un largo silencio que ha perdurado hasta hace pocos años cuando se abrió un debate sobre la oportunidad de frenar por la vía penal las actividades de ciertas organizaciones (Dignitas/Dignitate) o individuos (como el exconsejero de justicia de Hamburgo, Dr. Kusch) que prestan ayuda a morir. Obsesionados por soslayar toda sospecha de incriminar la cooperación individual al suicidio (273), los diversos tipos que se han venido proponiendo

(273) Véase, p. ej., la EM de la propuesta presentada por Hesse, Saarland y Turingia, BR-Drucksache 230/06 v. 27 de marzo de 2006, pp. 4 y 6.

desde 2004 –y que van desde la incriminación de la «cooperación al suicidio por codicia» (274) hasta la penalización de la «publicidad para el auxilio al suicidio» (275), pasando por la tipificación de la «promoción profesional del suicidio» (276) y del auxilio al suicidio comercial y/o organizado (277), lo que se traduce en penalizar «la creación de una asociación» y/o «el ejercicio de un comercio» destinados a facilitar el suicidio, y otras variantes de lo mismo (278)– presentan múltiples defectos: adolecen de falta de claridad en la redacción y de incapacidad (parcial) para alcanzar los fenómenos que según sus respectivas exposiciones de motivos pretenden combatir (279), suponen una quiebra de la sistemática penal al elevar a elementos constitutivos de la punibilidad lo que no suelen ser sino circunstancias agravantes en el contexto de otros preceptos del StGB (280) –piénsese en la codicia o el carácter comercial o profesional de la ayuda (281)–, y adelantan cada vez más la punibilidad al incriminarse actos tales como «ofrecer en público servicios propios o ajenos destinados a realizar o promover el suicidio», sin que –para colmo– la efectiva realización de dichos actos sea punible, con lo que cabe perfectamente la posibilidad de que quien anuncie dichos servicios prestados por un tercero sea castigado, mientras que el que los realice quede impune (!!).

Ante tanto esperpento de propuestas legislativas es hora de que en Alemania se inicie, de una vez, un debate fundamental cuestionando la corrección de la dicotomía existente, máxime si se tiene en cuenta que la práctica totalidad de las razones en que se funda la punibilidad del homicidio a petición justificaría también la punición de la participación en el suicidio, por lo que tampoco sorprende que Alemania se halle bastante aislada, a nivel mundial, con su unidireccional castigo del homicidio a petición.

(274) BIOETHIK-KOMMISSION RHEINLAND-PFALZ, *Sterbehilfe und Sterbebegleitung*, 2004, pp. 133 ss.; AE-StB en SCHÖCH/VERREL, GA 2005, 582, en el mismo sentido se ha manifestado el CONSEJO NACIONAL DE ÉTICA, *Nationaler Ethikrat, Selbstbestimmung und Fürsorge am Lebensende*, 2006, p. 90.

(275) BR-Drs. 149/10.

(276) BR-Drucksache 230/06 v. 27 de junio de 2006.

(277) Cfr. BR-Drucksache 436/08 y sus antecedentes <www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1218798/index.html>.

(278) Para más detalle, véase FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, pp. 602 ss.

(279) Para más detalle, FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid*, 2009, p. 610.

(280) FELDMANN en DJT, *Verhandlungen des 66. DJT, II/2*, 2006, núm. 179.

(281) Cfr., p. ej., § 263 Abs. 1 Nr. 1 y Abs. 5 StGB.