

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ERROR DE LOS TERCEROS EN RELACIÓN CON ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LA PROPIA VIDA\*

FÁTIMA FLORES MENDOZA

Doctora en Derecho. Universidad de La Laguna

## I

Este trabajo tiene por objeto resolver una cuestión que me planteé durante la elaboración de mi tesis doctoral<sup>1</sup>: las consecuencias jurídicas del desconocimiento del consentimiento en el ámbito del bien jurídico vida. En aquel momento me preguntaba si en los supuestos de disposición de la propia vida por parte de su titular, los terceros que no impidían dicho acto debían conocer la concurrencia del consentimiento, petición o ruego, en definitiva, la manifestación de la voluntad del titular de la vida para poder ver excluida su responsabilidad penal por su participación en la muerte del suicida<sup>2</sup>. ¿En estos casos es esencial el conocimiento o, lo que es lo mismo, es irrelevante el error? En las páginas que siguen expondré las conclusiones a las que he llegado. Se trata de una cuestión apenas mencionada por la doctrina española, a pesar de su relevancia práctica<sup>3</sup>.

---

\* Quisiera agradecer a mi compañero el Dr. José Ulises Hernández Plasencia todo el tiempo, que generosa y amablemente, me dedicó en la elaboración de este trabajo.

<sup>1</sup> *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, a la que me voy a remitir en varios puntos de este trabajo.

<sup>2</sup> He de hacer notar que el término «participación» no está empleado aquí en sentido jurídico-penal estricto.

<sup>3</sup> Según ha señalado C. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 458.

El supuesto de hecho de partida es el siguiente. Un médico suspende el tratamiento médico vital de su paciente adulto y capaz, desconociendo que éste, de forma libre y responsable, previamente informado, había solicitado por escrito la interrupción del tratamiento siendo consciente (el paciente) de que ello supondría su muerte. La interrupción del tratamiento tiene como resultado la muerte del paciente.

## II

El comportamiento del médico —la interrupción del tratamiento médico, mediante la suspensión del mismo— constituye una omisión, de ahí que se deba reconducir el supuesto a un tipo de lo injusto omisivo<sup>4</sup>. Si, por otro lado, se parte de que el omitente tiene la posición de garante en relación con la vida de su paciente<sup>5</sup> y de acuerdo con el contenido de lo injusto específico del correspondiente delito de acción la omisión es equivalente a la acción<sup>6</sup>, el supuesto se correspondería con una comisión por omisión<sup>7</sup>. Si además se tiene en cuenta que en el supuesto de hecho propuesto el paciente había solicitado expresamente la interrupción del mismo (o al menos había rechazado su continua-

---

<sup>4</sup> La interrupción del tratamiento médico quedaría incluida en la conducta omisiva genérica de no prestar auxilio o asistencia. V. por todos C. M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 442. Discutido resulta el supuesto de la desconexión de un reanimador, catéter, sonda, etc., que para un sector doctrinal constituye una acción, mientras que para otro una omisión. Sobre esta cuestión con algunas referencias doctrinales v. mi trabajo, *La objeción de conciencia*, p. 383 y n. 114.

<sup>5</sup> Ya que ha asumido el tratamiento del paciente, despertando la confianza de la víctima y de terceros, convirtiéndose en dueño absoluto del proceso. En este sentido v. J. M. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», en *Revista Jurídica Española La Ley* (1), 1987, pp. 956 y s.

<sup>6</sup> En este sentido señala Bacigalupo que cuando un concreto tipo de lo injusto no exige una forma o modo determinado de ejecución de la acción, se debe admitir que no impedir el resultado es siempre equivalente a causarlo. V. E. BACIGALUPO, «La «ayuda omisiva» al suicidio y la equivalencia con la realización activa del tipo penal en la dogmática española», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*: E. Gimbernat, B. Schünemann y J. Wolter (eds.), Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Ministerio de Justicia e Interior, 1994, p. 29.

<sup>7</sup> Con ello se descarta la posibilidad de un tipo de omisión pura, como los de los artículos 195 y 196 del Código Penal, de considerar que éste último también lo sea. Sobre la naturaleza del mismo v. el trabajo de J. GARCÍA SANZ, «Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria», en *Actualidad Penal* (30), 2001.

ción), siendo consciente de que ello pondría en peligro su vida hasta el punto de provocar su muerte, la comisión por omisión debería situarse, en principio, en el ámbito de la participación en un suicidio del artículo 143, números 2 ó 3 del Código Penal, de admitirse que el tenor literal de este precepto admite la comisión por omisión<sup>8</sup>.

No obstante, tales afirmaciones no escapan a la discusión doctrinal. En primer lugar, no se admite unánimemente que el rechazo de un tratamiento médico, aun cuando sea vital, se corresponda con un deseo de morir y, consecuentemente, con un acto de disposición de la propia vida y, en su caso, con un suicidio. Al respecto en el ámbito de las transfusiones de sangre vitales se ha señalado que en tales circunstancias si el paciente cuenta con el evento probable o seguro de la muerte, existiría una voluntad de morir indirecta, equivalente a un «dolo eventual» y, por tanto, una actitud suicida<sup>9</sup>. Si, en cambio, se defiende que el rechazo en dichas condiciones tan sólo representa la voluntad o el deseo de vivir, pero no a toda costa, no de cualquier forma, al faltar el deseo de morir, el tipo de lo injusto aplicable debería ser, en principio, el homicidio (art. 138 CP)<sup>10, 11</sup>.

Si nos decantamos por la primera posición, pues es evidente que si el sujeto conoce que la interrupción del tratamiento implicará una muerte más que probable, no se puede negar que el mismo da el primer paso hacia los supuestos de disposición de la propia vida y, por tanto, el tipo de lo injusto de referencia sería, en principio, bien la cooperación necesaria al suicidio del artículo 143.2, bien la cooperación ejecutiva al suicidio del artículo 143.3, ambos en comisión por omisión, lógicamente. Optar por uno de los dos tipos de lo injusto no es fácil, pues ello exige tomar partido en cuestiones conflictivas, algunas de ellas ajenas al 143 y al suicidio, que requieren un análisis detenido que no puedo ofrecer

---

<sup>8</sup> Al respecto se ha señalado que el artículo 143 no admite la comisión por omisión ya que utiliza términos eminentemente activos. Entre otros J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 24.

<sup>9</sup> Así, entre otros, ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, p. 449.

<sup>10</sup> Como así lo entiende, entre otros, M. BAJO FERNÁNDEZ, «Testigo de Jehová y transfusión de sangre», en *Jano. Medicina y Humanidades* (1114), 1995, p. 68. En la misma línea Muñoz Conde señala que en estos casos nos hallamos únicamente ante «autopuestas en peligro». V. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial* (13.ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 69.

<sup>11</sup> Sobre esta discusión ampliando la lista de autores que defienden ambas posiciones v. mi trabajo, *La objeción de conciencia*, p. 376 y n. 97.

<sup>12</sup> Como por ejemplo si cabe la participación omisiva en delitos de omisión, si la muerte del suicida es un elemento del tipo de lo injusto o una condición de punibilidad, si el tipo del 143.3 es un tipo de participación o de autoría, si la «participación

en estos momentos<sup>12</sup>. Por esta razón y porque un pronunciamiento al respecto resulta prescindible no voy a entrar en esta cuestión.

Y no resulta imprescindible optar por uno de los dos tipos, porque aunque en nuestro supuesto concurre una voluntad de morir en el paciente no podemos admitir que nos hallemos en presencia de un suicidio. De acuerdo con un sector de la doctrina española, el suicidio requiere que el titular de la vida (el suicida) posea el control de su muerte, el denominado «dominio del hecho»<sup>13</sup>. Ello exige que tenga el control sobre la decisión de su muerte<sup>14</sup> y sobre la ejecución del hecho en todo momento<sup>15</sup>, incluso en los supuestos recogidos en el artículo 143.3, en los que el tercero ejecuta la muerte del suicida<sup>16</sup>, sin perjuicio de que

---

hasta el punto de ejecutar la muerte» del 143.3 cierra el paso a la omisión, etc. Si, por ejemplo, se parte de que en la omisión no cabe participación y que en la omisión impropia todo garante responde como autor, cualquiera que hubiese sido su contribución en la comisión del delito —como así lo entiende C. ROXIN, *Täterschaft und Taherrschaft* (7. Aufl.), Walter de Gruyter, Berlín, 2000, p. 459, y en nuestro país J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 260 y 274— y asimismo se defendiese que el 143.3 recoge un homicidio consentido o a petición (tipo de autoría), todos los supuestos de omisión deberían reconducirse al 143.3. En cambio, si, por el contrario, se estima que recoge un tipo de participación ¿a cuál acudiríamos, si ambos son de participación? Por otro lado, si se defendiese que el 143.3 sólo castiga comportamientos activos, todos los supuestos de intervención omisiva en un suicidio deberían sancionarse de acuerdo con el 143.2. De esta opinión E. GIMBERNAT ORDEIG, «Inducción y auxilio al suicidio», en *Estudios de Derecho Penal*: E. Gimbernat Ordeig (3.ª ed.), Tecnos, Madrid, 1990, pp. 277 y ss., especialmente p. 282. Sin embargo, si se admitiese la participación en la omisión, cabría la posibilidad de castigar unos por participación (art. 143.2) y otros por autoría (art. 143.3), como así lo hace MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, pp. 68 y s. y 72 y s. En este sentido también su discípula M.ª del Carmen GÓMEZ RIVERO, «La intervención omisiva en el suicidio de un tercero», en *Actualidad Penal* (45), 1998, pp. 904 y ss.

<sup>13</sup> V. entre otros, J. M. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*: G. Quintero Olivares (dir.) (2.ª ed.), Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 709 y s.; J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 223 y s.; C. JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pp. 196 y s.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, p. 461; J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (XL-II), 1987, pp. 455 y s. De forma similar MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, pp. 66 y 72. Con más referencias bibliográficas v. *La objeción de conciencia*, p. 366 y n. 82.

<sup>14</sup> Así, VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 710.

<sup>15</sup> En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* (1987), p. 456, n. 12.

<sup>16</sup> Que en mi opinión recoge un tipo de participación y no de autoría, de ahí que aun cuando el tercero ejecute la muerte, su aportación constituye una participación en un hecho ajeno, pues el titular de la vida también en estos casos debe presentar el dominio del hecho, aunque éste sea un «dominio funcional». En este sentido SIL-

en tales circunstancias también éste lo tenga<sup>17</sup>.

Si sólo se entiende que hay suicidio cuando el titular de la vida posee el dominio del hecho<sup>18</sup>, allí donde sea el tercero el que controle la situación, estaremos en presencia de un homicidio o, en su caso, de un asesinato, esto es, ante un acto de disponibilidad de la vida ajena, y no ante un acto de disponibilidad de la propia vida. Y ello aunque el tercero cuente con el consentimiento de la víctima, en cuyo caso hablaríamos de un homicidio consentido<sup>19</sup>, pero no de un suicidio<sup>20</sup>.

Consecuentemente, el tipo de lo injusto del que debemos partir en el supuesto planteado debe ser el homicidio (art. 138) y no la participación en un suicidio (art. 143.2 o 143.3), ya que si el médico desconoce la voluntad de morir concurrente en el paciente al interrumpir el tratamiento médico, se puede afirmar que es el médico y no el paciente el que tiene el dominio del hecho. De rechazarse la idea del dominio en los delitos de omisión<sup>21</sup>, lo que no se puede negar es que en tales circunstancias el paciente no tiene el dominio del hecho, no posee el control de su muerte y, por tanto, no responde al concepto de suicida

---

VA SÁNCHEZ, *ADPCP* (1987), p. 456 n.15. Sobre esta discusión doctrinal, defendiendo una posición contraria v. J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. I. Título I a VI y faltas correspondientes*: J. L. DIEZ RIPOLLÉS y D. GRACIA MARTÍN (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 194 y ss.

<sup>17</sup> Para SILVA SÁNCHEZ, estaríamos ante un supuesto de «cuasi-coautoría», pues «el suicida y el tercero no dominan el mismo hecho, sino cada uno el suyo». V. este autor, *ADPCP* (1987), p. 464.

<sup>18</sup> Siempre, claro está, que en él concurra voluntad de morir, aunque sea indirecta, equivalente a un dolo eventual —como se ha comentado más arriba— decidido en un acto libre y responsable. Al respecto v. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, pp. 396 y ss.; JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, pp. 184 y ss.

<sup>19</sup> Si se quiere, incluso de un homicidio rogado o a petición, donde la víctima tenga una actitud más activa.

<sup>20</sup> V., entre otros, VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 709; JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, p. 197; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* (1987), p. 464.

<sup>21</sup> Como es el caso de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 463. De otra opinión L. GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho Penal Español», en *Actualidad Penal* (38), 1995, pp. 702 y ss.; B. SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en *Omisión e Imputación Objetiva en Derecho Penal*: E. Gimbernat, B. Schünemann y J. Wolter (eds.), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Ministerio de Justicia e Interior, 1994, pp. 21 y ss.; el mismo, *Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1971, pp. 231 y ss.; H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* (11. Aufl.), Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1969, p. 222.

aquí defendido, aun cuando haya manifestado el deseo de morir y dado un paso decisivo para disponer de su propia vida. Nuestro paciente realiza una manifestación de voluntad libre, responsable y directa a la disposición de su vida, es, en todo caso, un suicida, pero en el momento en el que el médico interrumpe el tratamiento que va a dar lugar a su muerte no tiene el dominio de la situación, que como se ha señalado, constituye una de las notas características del suicidio y, por tanto, de los tipos integrados en el artículo 143. Nuestro ejemplo se corresponde entonces con un homicidio en comisión por omisión del artículo 138 del Código Penal, concurriendo el consentimiento de la víctima, desconocido por el sujeto activo.

### III

Calificado el supuesto de hecho como un homicidio en comisión por omisión, el siguiente paso consistirá en determinar qué relevancia jurídico-penal presenta la voluntad de morir del paciente. Esta cuestión nos conduce a otra polémica abierta, como es la de si nuestro ordenamiento jurídico reconoce al individuo un derecho a la disponibilidad de su propia vida<sup>22</sup>.

En mi opinión, de la interpretación del artículo 15 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la vida, se desprende que nadie puede ser privado de la misma sin o contra su voluntad. De esta garantía se deriva un deber de respeto por la vida ajena dirigido a los particulares y al Estado (deber negativo), para el que también representa un deber de protección frente a posibles ataques de terceros (deber positivo) y, paralelamente, un derecho a no ser desprovisto de su vida. No obstante, el derecho a la vida al igual que el resto de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución debe interpretarse de acuerdo con los valores superiores consagrados en la misma como la libertad (art. 1.1. CE) y otros principios rectores como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), de lo que se puede deducir que el artículo 15 protege la vida en libertad, la vida digna. Por ello no existe para el ciudadano un deber absoluto e incondicionado de vivir contra su voluntad; el deber de protección del

---

<sup>22</sup> Sobre ella entre otros muchos trabajos v. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*; E. DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales/Ministerio de Justicia, Madrid, 1995; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, pp. 95 y ss.

Estado y de los terceros no puede ir más allá de la voluntad de aquél y, consecuentemente, la disponibilidad de la propia vida es conforme a nuestra Constitución, que se presenta como una libertad para morir garantizada frente a la intervención de terceros (libertad negativa), que tendrán el deber de no interferir en los actos de disposición de su titular. Pero esta libertad no supone que el ciudadano tenga un derecho a reclamar la colaboración de los poderes públicos o de los particulares en el acto de disposición, ni que éstos tengan a su vez un derecho ni mucho menos un deber de colaboración. No obstante, de la interpretación del derecho a la vida en el marco de los valores superiores que informan nuestro ordenamiento jurídico podría admitirse la disponibilidad de la misma mediante la participación activa de los terceros<sup>23</sup>.

Por tanto, de una interpretación integradora y sistemática de la Constitución se puede concluir que el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 se configura como un derecho fundamental que garantiza tanto el derecho a vivir como el derecho a morir. De acuerdo con él la disponibilidad de la vida por actos propios es conforme a nuestra Constitución, así como la no intervención (omisión) de los terceros para impedir los actos de disposición de la propia vida, siendo contraria la intervención al margen de la voluntad de su titular. De la misma forma la disponibilidad de la propia vida mediante la colaboración activa de terceros es conforme a nuestra Constitución. No obstante, el constituyente no se ha pronunciado sobre esta cuestión, dejando libertad al legislador para que decida en cada momento<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre esta interpretación doctrinal y la discutida posición del Tribunal Constitucional v. más ampliamente mi trabajo, *La objeción de conciencia*, pp. 349 y ss.

<sup>24</sup> Actualmente el legislador ha considerado más adecuado castigar dicha participación, pero dejando al margen determinadas formas de intervención como la complicidad y atenuando la responsabilidad penal respecto de otros delitos contra la vida. En el supuesto de que en un futuro admitiese la intervención (activa) de los terceros en los actos de disponibilidad de la propia vida, bastaría con derogar el actual artículo 143, incluidos sus apartados 3 y 4, al tratarse de formas de participación en un hecho impune como es el suicidio. No obstante, de considerar que los supuestos de participación ejecutiva en ellos incluidos responden a un homicidio consentido (rogado o a petición), debería incluirse un precepto semejante al actual artículo 156 que declarase la exclusión de responsabilidad en dichos comportamientos. Partiendo de la doble naturaleza del consentimiento como causa de exclusión del tipo en unos supuestos y causa de justificación en otros, considero que el consentimiento en tales situaciones tendría la naturaleza de una causa de justificación, pues la lesión del bien jurídico no desaparece con el consentimiento del titular. Al respecto v. C. M. ROMEO CASABONA, *El Médico y el Derecho Penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 300 y ss., especialmente 302 y s.

Pero la disponibilidad de la propia vida por actos propios y la lógica licitud de la participación omisiva de los terceros sólo será posible si realmente nos hallamos ante un acto de disponibilidad de la propia vida. Un acto en el que el sujeto de forma responsable dirija libremente el proceso de su muerte. La responsabilidad a estos efectos ha sido entendida en nuestro país de forma diversa. Para un sector doctrinal sería necesario que el sujeto fuese una persona mayor de edad y capaz; para otro, una persona imputable o, al menos no inimputable; y para otro, bastaría con que aquél tuviese la suficiente capacidad natural de juicio para entender el sentido de su decisión<sup>25</sup>. Asimismo, sería necesario que el sujeto no sólo aceptase su muerte, sino que la quisiese y condujese el proceso que ha de llevarle a ella. Ello supondría, por un lado, que bajo este concepto cabrían tanto los supuestos en los que el sujeto quiere directamente su muerte (dolo directo de primer grado) o la considera como una consecuencia necesaria (dolo directo de segundo grado), sino también cuando se la representa y cuenta con ella (dolo eventual)<sup>26</sup>. Y por otro lado, exigiría que el titular tuviese el dominio sobre el proceso de su muerte, actuando libremente, no concurriendo ningún vicio de la voluntad, con independencia de que fuese él mismo el que se causase la muerte o fuese un tercero bajo su dirección<sup>27</sup>, y siendo indiferente que dichos actos se manifestasen a través de comportamientos activos u omisivos, en los que el sujeto se dejase morir<sup>28</sup>.

Así entendida la disponibilidad de la propia vida no cabe duda de que se correspondería con el concepto de suicidio mantenido más arriba. Y, por tanto, la participación de los terceros en la misma se debería reconducir, en su caso, a los tipos de participación en un suicidio y no a los de homicidio.

Conforme a la interpretación constitucional aquí defendida, si el titular de la vida controla la disposición de la misma —tiene, por tan-

---

<sup>25</sup> Sobre las diferentes posiciones doctrinales v. por todos TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*, pp. 397 y ss.; JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, pp. 184 y ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Sin perjuicio de que pueda perderlo en algún momento anterior a la consumación de la acción, si éste ha sido efectivo hasta ese momento. En este sentido ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, p. 461. O, sin perjuicio, de que el sujeto carezca del denominado «dominio negativo», por el que dispusiera de la posibilidad posterior de anular la contribución del tercero. Sobre esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* (1987), p. 455, n. 12. Lo que posiblemente no cabría aceptar en estos casos de acuerdo con la teoría del dominio del hecho sería la eficacia del denominado testamento vital.

<sup>28</sup> Sobre esta cuestión v. por todos TOMÁS VALIENTE LANUZA, *Disponibilidad de la propia vida*, pp. 416 y ss.

to, el dominio del hecho— y el acto de disposición se lleva a cabo de forma libre y responsable, existirá para los terceros un deber de no intervención en contra de la voluntad del suicida. Siendo aquéllos garantes supondría la exclusión de la participación en un suicidio en comisión por omisión de los artículos 143.2 o 143.3 del Código Penal, al desaparecer su posición de garante y, por tanto, su deber de actuar; de no ser garantes, significaría la impunidad conforme a la omisión del deber de socorro del artículo 195 del Código Penal, pues no puede hablarse de persona desamparada cuando el sujeto rechaza el auxilio, y de la misma forma en estos casos también decae el deber de auxilio<sup>29</sup>.

En cambio, y por lo que se refiere al supuesto propuesto, si el titular de la vida no posee el dominio del hecho no cabrá hablar de un acto de disposición de la propia vida por más que aquél lo haya decidido de forma libre y responsable y lo haya manifestado expresamente. En tales circunstancias nos encontraremos ante un acto de disposición de la vida ajena, en principio, un homicidio (o, en su caso, ante una omisión del deber de socorro, de no ser el tercero garante). Con más razón cuando, como en nuestro caso, el tercero interrumpe el tratamiento médico desconociendo la voluntad del paciente de disponer de su vida. Como ya señalé más arriba<sup>30</sup>, es obvio que en tales situaciones el paciente carece del dominio del hecho, con lo que, por un lado, la omisión del médico se corresponde con un homicidio en comisión por omisión y, por otro lado, al no tratarse de un acto de disposición de la propia vida, conforme a la opinión aquí defendida, la posición de garante del médico no desaparece, debiendo responder por un homicidio consumado en comisión por omisión.

No obstante, el desvalor de lo injusto, concretamente el desvalor del resultado, es menor al concurrir la voluntad de morir del paciente, manifestada de forma libre y responsable, lo que podría tenerse en cuenta en la determinación de la pena a través del artículo 66 del Código Penal.

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido entre otros VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 708; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, pp. 113 y 450; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* (1987), pp. 473 y s.; Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 181. En contra manteniendo el deber de los terceros MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 63; J. J. GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*: M. Cobo del Rosal (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 19 y s.; J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*: T. S. Vives Antón et al. (3.<sup>a</sup> ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 92.

<sup>30</sup> V. *supra* apartado II.

No creo, en cambio, que sea adecuado apreciar una atenuante por analogía con base en el menor desvalor del resultado de la misma forma que ocurre en la tentativa, pues ello representaría un privilegio respecto a los homicidios en comisión por omisión en grado de tentativa en los que no concurriese la voluntad de morir en la víctima, pues no nos podemos olvidar que aquí concurre un resultado de muerte y la lesión del bien jurídico. Y, por otro lado, igualmente representaría un privilegio, en mi opinión injusto, respecto a los supuestos de participación ejecutiva en un suicidio (art. 143.3 CP). Si bien es cierto, en estos últimos nos encontramos ante comportamientos activos, siempre considerados más graves que los omisivos, no se puede desconocer que en ellos el tercero no tiene el dominio del hecho y cuando interviene lo hace movido por el consentimiento, petición o ruego del titular de la vida. Por otro lado, si bien las atenuantes por analogía no son contrarias al principio de legalidad y, por tanto, su apreciación no requiere un reconocimiento expreso en el Código Penal, de reconducirla por el artículo 21.6, que exige que el supuesto de hecho que se quiere apreciar analógicamente responda a la misma *ratio* que la atenuante con la que se relaciona, creo que ello sería imposible, pues el artículo 21 no contiene ninguna atenuante basada en un menor desvalor del resultado<sup>31</sup>. Si se considera que lo correcto sería apreciar una eximente por analogía, pues la apreciación de una tentativa por analogía representa la exclusión de la responsabilidad del delito consumado, también podría rechazarse si se parte de que el artículo 4.3 del Código Penal prohíbe las eximentes por analogía<sup>32</sup>.

Tras estas reflexiones puedo afirmar que en el supuesto de hecho planteado el desconocimiento de la voluntad de morir del titular de la vida dadas las circunstancias es relevante, pues impide la consideración del supuesto como un acto de disposición de la propia vida como el aquí defendido. Pero creo que la solución sería la misma si partiésemos de otro concepto de suicidio mantenido por la doctrina.

Un sector de la doctrina española defiende que el suicidio responde a actos de disposición de la propia vida en los que el titular de la misma con voluntad de morir, de forma libre y responsable se causa la

---

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión v. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito* (6.ª ed.), Tecnos, Madrid, 1998, p. 368, y en relación con la tentativa por analogía, p. 203).

<sup>32</sup> V. CEREZO MIR, *últ. lug. cit.*, y el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I. Introducción* (5.ª ed.), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 173 y s. Sobre esta prohibición *cfr.* mi trabajo, *La objeción de conciencia*, pp. 237 y ss.

muerte o se deja morir<sup>33</sup>. Esto supone entonces que la figura recogida en el artículo 143.3 del Código Penal no responde a un acto de disponibilidad de la propia vida, sino a un acto de disponibilidad de la vida ajena a petición o con el consentimiento del titular<sup>34</sup>. De acuerdo con esta definición tampoco estaríamos en presencia de un suicidio, pues el paciente no materializa su voluntad de disponer de su vida, causándose o dejándose morir, sino tan sólo manifiesta expresamente su deseo de interrumpir el tratamiento médico vital y, por tanto, de disponer de su propia vida. Nuevamente, el ejemplo se reconduciría a un homicidio en comisión por omisión y a la solución propuesta.

#### IV

Una solución diferente podría exigir el caso propuesto por TOMÁS VALIENTE LANUZA. La autora al analizar la inseguridad sobre el carácter libre o no del suicidio plantea el ejemplo en el que un tercero<sup>35</sup>, por mera indiferencia, no auxilia a una persona que se está suicidando, desconociendo si se trata o no realmente de un acto de disposición de la propia vida libre y responsable<sup>36</sup>.

Se trataría, por tanto, nuevamente de un supuesto de error directo, pero concurriendo en esta ocasión una voluntad de disposición de la propia vida que se materializa en un suicidio activo, pero que igualmente se podría tratar de un suicidio pasivo, en el que el titular se deja morir. Cualquiera que sea la definición de suicidio de la que se parta, no cabe duda de que éste concurre. De acuerdo con la primera no puede negarse que el sujeto (el titular de la vida) tiene el dominio del hecho<sup>37</sup>. Conforme a la segunda, claramente se observa que responde

---

<sup>33</sup> En este sentido, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, pp. 196 y s.; GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho Pena Español. Parte Especial*: M. Cobo del Rosal (dir.), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 57 y s. y 62, aunque descarta los supuestos de rechazo de tratamientos médicos. De acuerdo con la regulación anterior, también BACIGALUPO, *Omisión e imputación objetiva*, p. 28; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, p. 282.

<sup>34</sup> Así, CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial*: T. S. Vives Antón, J. Boix Reig, E. Orts Berenguer, J. C. Carbonell Mateu y J. L. González Cussac (3.ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 90 y s.; GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal (PE)*, p. 62; DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, pp. 196 y s.

<sup>35</sup> La autora plantea tan sólo el caso del tercero no garante, pero voy a ocuparme también del tercero garante.

<sup>36</sup> V. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*, pp. 460 y s.

<sup>37</sup> No creo que se pueda negar el mismo por el hecho de que el sujeto no pueda controlar la intervención de los terceros. En mi opinión, de la misma forma que se

a un acto de disposición de la propia vida, donde el sujeto se causa la muerte.

La omisión del tercero no garante se correspondería, en principio, con una omisión del deber de socorro del artículo 195 del Código Penal, aplicable con independencia de que el titular de la vida sea o no un suicida<sup>38</sup>. De acuerdo con la posición de esta autora, en tales situaciones nos hallaríamos ante un supuesto de error de tipo inverso —pues objetivamente no concurre una situación de desamparo, pero el tercero omite con la creencia de que tal situación existe<sup>39</sup>— que bien podría castigarse por tentativa (in)idónea<sup>40</sup> o bien quedar impune, de considerarlo como delito putativo<sup>41</sup>, por entender que se trata de un supuesto similar a los del automovilista que no se detiene a prestar socorro,

---

puede prescindir de la exigencia del dominio de hecho negativo, también se puede rechazar la necesidad de una dirección tal de la situación, que incluya el control sobre la abstención de los terceros.

<sup>38</sup> En el mismo sentido TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*, pp. 460 y s. Ello debe ser así, porque se parte de que los tipos de comisión por omisión exigen siempre la posición de garante en el sujeto omitente. V. CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, p. 232. En el ámbito del artículo 143, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, pp. 68 y s.; de otra opinión es CARBONELL MATEU, *Derecho Penal (PE)*, p. 89.

<sup>39</sup> En este sentido señala que en estos supuestos no cabe hablar de persona desamparada, «porque la concurrencia de este último elemento del tipo no depende de la percepción que del mismo tuviera el sujeto (o de la inseguridad que sobre ello albergara), sino que se trata de una circunstancia que objetivamente concurre o no, lo que finalmente habrá de determinarse desde una observación *ex post*: si el sujeto que se disponía a quitarse la vida padecía una enfermedad mental o una depresión pasajera (en cuyo caso estaría desamparado en el sentido del tipo) o si se trataba de una persona que había reflexionado y adoptado una decisión libre sobre su situación (en cuyo caso habría de negarse la concurrencia de este elemento típico) es algo que, como todo elemento de la descripción típica, se da o no en la realidad, pero que no depende del conocimiento que el sujeto tuviera de ello» Consecuentemente, «*si finalmente resultara que se trataba de un suicidio libre, sin que el sujeto omitente lo supiera* —pues dejó de intervenir simplemente por indiferencia ante la situación—, no puede afirmarse» (...) «la concurrencia del tipo del art. 195, pues falta el elemento objetivo de desamparo». V. esta autora, *La disponibilidad de la propia vida*, pp. 460 y s. La cursiva es de la autora.

<sup>40</sup> Es decir, por tentativa idónea si *ex ante* el comportamiento es peligroso o inidónea si se incluyen bajo este concepto, partiendo lógicamente de otra definición, comportamientos cuya peligrosidad *ex ante* se comprueba *ex post* inexistente. Esta última definición es la que creo que defiende la autora.

<sup>41</sup> Creo que la autora aunque utiliza el término «delito putativo», generalmente acuñado para los supuestos de error de prohibición inverso (V. por todos S. MIR PUIG, *Derecho Penal* (5.ª ed.), Barcelona, 1998, p. 348 y n. 68) se está refiriendo a supuestos de delito imposible o tentativas irreales, también considerados como manifestaciones de error de tipo inverso, salvo que esté utilizando un concepto más amplio.

asumiendo que la víctima lo necesita, cuando en realidad ocurre que ésta ya había fallecido en el momento de la omisión<sup>42</sup>.

Sin embargo, no me parece ésta una solución adecuada. La omisión del deber de socorro constituye un tipo de omisión pura, configurado como un tipo equivalente a los de mera actividad<sup>43</sup>, y donde se discute de entrada si es o no admisible la tentativa<sup>44</sup>. En este sentido en la doctrina se rechaza la tentativa en los delitos de mera actividad y, por su equivalencia, en los de omisión pura considerando que los mismos se deben castigar de forma consumada o quedar impunes, no siendo posible la tentativa<sup>45</sup>. Al respecto se señala que en la omisión pura el mandato se infringe o se empieza a infringir desde que se tiene la posibilidad de realizar la acción ordenada y se omite, no siendo necesaria la concurrencia de ningún resultado para completar el tipo de lo injusto<sup>46</sup>. De acuerdo con la teoría del peligro concreto, si mediante un juicio de previsibilidad objetivo *ex ante* —realizado por una persona inteligente, el juez, colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la situación, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el omitente<sup>47</sup>— aparece como no absolutamente improbable la existencia de la situación típica, la omisión es peligrosa y, por tanto, idónea; en cambio, será una omisión inidónea o no peligrosa, si

---

<sup>42</sup> V. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*, pp. 460 y s.

<sup>43</sup> Así, CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, p. 255.

<sup>44</sup> A favor de su castigo CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, pp. 191 y s. y 259 y s. En contra G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS y J. M. PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal. Parte General*: G. Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 588. Lógicamente, esta discusión no tiene sentido, si se rechaza la categoría de los delitos de mera actividad y se mantiene —como lo hace P. LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 168 y ss.— que el resultado consiste en el efecto de lesión o peligro sobre el bien jurídico separable de la acción.

<sup>45</sup> En este sentido E. SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 162 y ss. y 178 y s.

<sup>46</sup> V. SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea»*, p. 179. El autor indica que si se defiende que el tipo de omisión pura se consuma desde «el primer momento en el que el autor tuvo la oportunidad de cumplir el mandato, sin duda no es imaginable la tentativa. Si se opina que la consumación del delito propio de omisión se produce en el momento en que el sujeto deja pasar *la última oportunidad* de realizar la acción debida, si se cuenta con «un *espacio de tiempo* para realizar la acción», el retraso de la acción ordenada podría ser constitutivo de tentativa (idónea). Pero entonces la tentativa de omisión se presenta como el desistimiento de la misma, lo cual, (...) «podría significar la inexistencia de ésta, o, cuando menos, su impunidad». V. *op. cit.*, pp. 163 y s. La cursiva es del autor.

<sup>47</sup> V. CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-II)*, p. 113.

del juicio de previsibilidad objetivo *ex ante* aparece como absolutamente improbable o imposible la concurrencia de la situación típica<sup>48</sup>.

Trasladando estas conclusiones al ejemplo propuesto, considero que una persona inteligente en la situación del tercero, teniendo simplemente en cuenta las estadísticas que indican que un elevado número de suicidios se lleva a cabo en situaciones de ofuscación, hubiese considerado probable (o al menos no absolutamente improbable) la concurrencia de un suicidio no libre, de tal forma que la omisión del tercero debería ser considerada peligrosa y, por tanto, merecedora de castigo, sin perjuicio de valorar el menor desvalor de lo injusto en la determinación de la pena<sup>49</sup>.

De concurrir en el tercero omitente la posición de garante, creo que debería responder por un homicidio consumado en comisión por omisión. Si bien es cierto que al hallarnos en presencia de un suicidio, la omisión del garante debería reconducirse, en principio, a alguno de los tipos recogidos en el artículo 143, bien al 143.2, como cooperación necesaria al suicidio en comisión por omisión, bien al 143.3, como cooperación ejecutiva al suicidio en comisión por omisión —nuevamente, encontrando la dificultad de opción entre el tipo del 143.2 y el del 143.3<sup>50</sup>, y sin que sea imprescindible pronunciarse a favor de uno u otro tipo de lo injusto—, tampoco en esta ocasión podemos reconducir la no intervención del tercero al ámbito del artículo 143, caracterizado, como se ha comprobado, porque la víctima, el sujeto pasivo, es un suicida. Y no podemos hablar en estos casos de participación<sup>51</sup> omisiva en un suicidio, porque en el garante no concurre el dolo correspondiente a cualquiera de los tipos recogidos en este precepto: la conciencia de colaborar en la muerte de un suicida<sup>52</sup>; esto es, la conciencia de la no realización de una acción con conocimiento de la capacidad concreta de acción (en la situación típica)<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> V. CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, pp. 201 y ss., y en relación con la omisión pura, admitiendo la tentativa p. 260.

<sup>49</sup> Como ya se apuntó *supra* III.

<sup>50</sup> V. *supra* nota 12.

<sup>51</sup> Término utilizado aquí en sentido amplio, sin intención de pronunciarme sobre si se corresponde con una cooperación necesaria del artículo 143.2 o una cooperación ejecutiva del artículo 143.3.

<sup>52</sup> En el mismo sentido J. R. TOLEDANO TOLEDANO, *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Atelier, Barcelona, 1999, p. 84 y n. 110.

<sup>53</sup> Así, v. por todos, CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, p. 253. Defendiendo con carácter general la teoría del conocimiento en el dolo P. LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 239 y ss. En cambio, para aquellos que mantienen la teoría de la voluntad tanto en la acción como en la omisión,

Por tanto, nuevamente debemos encauzar la omisión del garante que no impide el suicidio al tipo básico de los delitos contra la vida: el homicidio. Aquí no plantea ningún obstáculo el dolo, pues éste no se construye de forma opuesta a los tipos del 143<sup>54,55</sup>, en el sentido de exigir la conciencia de que se está dejando morir a una persona que quiere vivir, sino simplemente en conocer que se está dejando morir a una persona y, siendo consciente además de la concurrencia de los presupuestos objetivos que fundamentan la posición de garante. Por comparación con la omisión del deber de socorro, podría pensarse que también en esta ocasión cabría un error de tipo inverso —pues objetivamente también aquí faltaría un elemento del tipo objetivo, la posición de garante, desde el momento en que se comprueba *ex post* que el suicidio es libre— que podría castigarse a través de una tentativa (*in*)idónea. Siendo el homicidio en comisión por omisión un tipo equivalente a un delito de resultado, no habría, en principio, problemas para admitir la tentativa<sup>56</sup>. Pero en mi opinión esta solución no sería correcta concurriendo un resultado de muerte, de ahí que debiera considerarse el homicidio consumado, si de acuerdo con el juicio de previsibilidad objetivo *ex ante* aparece como no absolutamente improbable que la acción exigida por el mandato hubiese evitado la producción del resultado y el juicio causal hipotético determinase con una probabilidad rayana en la certeza que el resultado se hubiera impedido, de haber realizado el sujeto la acción exigida<sup>57</sup>. Seguramente, una persona inteligente que hubiese presenciado la situación típica hubiera nue-

---

consideran que el dolo en la omisión es conciencia y voluntad de la no realización de una acción que el sujeto podía realizar. De esta opinión, entre otros, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal (PG)*, p. 274, en relación con la omisión pura, aunque en cuanto a la comisión por omisión defiendan únicamente la conciencia; QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS y PRATS CANUT, *Derecho Penal (PG)*, p. 373.

<sup>54</sup> Al respecto E. PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 92 y ss., y en relación con el auxilio al suicidio p. 98.

<sup>55</sup> En cambio, la omisión del garante con la creencia errónea de que concurre un suicidio (comprobándose posteriormente que no ha sido decidido de forma libre y responsable) debería castigarse por homicidio imprudente, si el error de tipo sobre los presupuestos de la posición de garante es vencible, o quedar impune si el mismo es invencible. Al respecto v. TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*, p. 461, n. 213; SILVA SÁNCHEZ, *LL* (1987), pp. 963 y s., con base en el error sobre los presupuestos de inexigibilidad de obediencia al Derecho; C. SOWODA, «Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinem Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet? En *Jura* (2), 1985, p. 86. Por su parte, el error de tipo sobre la situación de desamparo del tercero no garante debería quedar impune.

<sup>56</sup> En este sentido v. MIR PUIG, *Derecho Penal (PG)*, p. 299.

<sup>57</sup> Tal y como se deduce de la propia estructura de la omisión. Al respecto v. CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, pp. 270 y 271 y s.

vamente llegado a la conclusión de que el suicidio no era libre, debiendo considerarse entonces la omisión peligrosa. Igualmente en la mayoría de los casos se podría afirmar que la acción adecuada a la norma de determinación hubiera evitado con una alta probabilidad el resultado. Por tanto, la respuesta jurídico-penal más adecuada sería la ofrecida por el homicidio consumado, sin perjuicio, nuevamente de tener en cuenta la disminución de lo injusto en la determinación de la pena de acuerdo con el artículo 66 del Código Penal<sup>58</sup>. La tentativa entonces quedaría reservada para los supuestos en los que desde una perspectiva *ex ante* aparezca como no absolutamente improbable la evitación del resultado y éste, en contra de lo esperado por el omitente, no se hubiese producido<sup>59</sup>, o aun cuando hubiese concurrido no se pudiese afirmar con una probabilidad rayana en la certeza que el sujeto lo hubiese evitado de haber actuado, pero sí que hubiera disminuido el peligro de su producción<sup>60</sup>.

Sin embargo, la consideración de lo que deba entenderse por tentativa inidónea, por un lado, y peligrosidad, por otro, no son cuestiones pacíficas en la doctrina española<sup>61</sup>, por lo que los resultados ante un mismo supuesto pueden no ser los mismos<sup>62</sup>.

Todo ello demuestra que la punición o no de estos comportamientos se halla en la peligrosidad del comportamiento *ex ante* y no en la necesidad de que el sujeto conozca la voluntad suicida del sujeto pasivo<sup>63</sup>, como así se deduce del tratamiento que ofrece el Código Penal para la participación activa en un suicidio. La mayoría de los autores que se han ocupado de la participación en el suicidio coinciden en exi-

---

<sup>58</sup> V. *supra* apartado III. Por las razones allí comentadas tampoco sería posible la consideración de una analogía en relación con la tentativa, lo que además aquí llevaría a una contradicción con la posición que acabo de exponer.

<sup>59</sup> Por ejemplo, debido a la intervención de una tercera persona o cualquier otro circunstancia.

<sup>60</sup> Sobre la tentativa en la comisión por omisión v. CEREZO MIR, *Derecho Penal (PG-III)*, pp. 271 y s.

<sup>61</sup> Como ha indicado E. SOLA RECHE en su trabajo, «Sobre el concepto de tentativa inidónea», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 779 y ss.

<sup>62</sup> De esta forma se incluyen bajo el concepto de tentativa inidónea comportamientos cuya peligrosidad *ex ante* se comprueba *ex post* inexistente. Sobre este punto, defendiendo la consideración de estos supuestos como de tentativa idónea SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea»*, pp. 168 y s. Ésta creo que es la postura que mantiene TOMÁS VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida*, p. 461, cuando analiza el supuesto de la omisión del deber de socorro a un suicida, que se comentó más arriba.

<sup>63</sup> Como pudiera pensarse en un primer momento.

gir en el tercero el conocimiento de la presencia de una voluntad suicida en la víctima. En el ámbito del artículo 143 un sector de la doctrina exige la concurrencia de una petición, ruego o solicitud por parte del suicida<sup>64</sup>, lo que implica lógicamente dicho conocimiento, excluyendo la posibilidad del error. Pero este conocimiento también debe concurrir, si tan sólo se exige un mero consentimiento<sup>65</sup>, pues generalmente se requiere que sea expreso, descartándose el consentimiento tácito y presunto<sup>66</sup>. Lógicamente, el carácter expreso del consentimiento no establece la necesidad de conocer cuál sea la voluntad del suicida, pero claramente supone la exclusión del consentimiento presunto, esto es, la presunción del consentimiento de la víctima, que obviamente sí traduce una situación de desconocimiento sobre la voluntad actual de aquélla.

Esta exigencia también se puede deducir de la regulación de la eutanasia y de las lesiones en nuestro Código Penal. En la eutanasia el artículo 143.4 exige una petición expresa por parte de la víctima y en las lesiones los artículos 155 y 156 del Código establecen la necesidad de un consentimiento expreso. Por tanto, aunque los tres primeros números del artículo 143 no hablen de petición o consentimiento expreso se puede defender tal requisito, si tenemos en cuenta que si las hetero-lesiones consentidas requieren el conocimiento del consentimiento o, al menos no admiten la presunción de éste, con más razón deberá concurrir aquél cuando el bien jurídico afectado sea la vida y no simplemente la integridad física<sup>67</sup>. Asimismo, si en los tipos de eutanasia castigados en el 143.4, que recogen tipos privilegiados en relación con los castigados en los números 2 y 3 del mismo precepto, se exige una petición expresa, que como se ha indicado se traduce en la necesidad del conocimiento de la voluntad suicida del sujeto pasivo, con más razón debe requerirse tal conocimiento en aquéllos (art. 143.2 y 143.3)<sup>68</sup>. No

---

<sup>64</sup> Tanto en el ámbito de la cooperación necesaria del 143.2 como en el de la cooperación ejecutiva del 143.3. En este sentido, v. GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal (PE)*, pp. 61 y 62; CARBONELL MATEU, *Derecho Penal (PE)*, p. 91, y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, p. 72.

<sup>65</sup> Así, igualmente tanto respecto al 143.2 como al 143.3, v. VALLE MUÑOZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 710; Díez RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, pp. 193 y s.

<sup>66</sup> Incluso Díez RIPOLLÉS —más abierto a la hora de interpretar la forma que debe adoptar la voluntad de morir del sujeto pasivo en el artículo 143, admitiendo tanto el consentimiento expreso como el tácito— rechaza con carácter general el consentimiento presunto, reservándolo sólo para situaciones especialmente claras. V. este autor, *Comentarios al Código Penal*, p. 194.

<sup>67</sup> De la misma opinión, entre otros, GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal (PE)*, p. 58.

<sup>68</sup> Al respecto v. GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal (PE)*, p. 62.

obstante, la mayoría de la doctrina cuando hace referencia a la petición o consentimiento en el suicidio se está refiriendo a los comportamientos de participación activa, pues defiende, de acuerdo con la interpretación constitucional mantenida más arriba<sup>69</sup>, que los terceros tienen un deber de no impedir un acto de disposición de la propia vida decidido de forma libre y responsable, excluyendo la posibilidad de castigar los comportamientos omisivos de estos terceros<sup>70,71</sup>. Pero también lo es que la doctrina cuando se ocupa de esa cuestión está pensando en los terceros que tienen conocimiento de que el titular de la vida quiere disponer de la misma libre y responsablemente. ¿Pero qué se puede deducir de la interpretación constitucional propuesta cuando el tercero no conoce tal circunstancia?

Si se parte de que el conocimiento es esencial, la falta de éste impedirá mantener un deber de no intervención para los terceros, ¿pero esto supondría que el tercero tendría entonces un deber de intervenir en contra de la voluntad del suicida? En mi opinión esta posibilidad no sería adecuada, pues consecuentemente representaría para el titular de la vida un deber de vivir más allá de su voluntad. En efecto, si consideramos que la Constitución impone en tales circunstancias un deber de intervenir<sup>72</sup>, la omisión del tercero debería ser típica (desde una perspectiva jurídico-penal). Si, en cambio, se entendiese que la Constitución no se pronuncia sobre esta cuestión, dejando libertad al legislador para que decida, la omisión del tercero que desconoce la

<sup>69</sup> V. *supra* III.

<sup>70</sup> V., entre otros, GONZÁLEZ RUS, *Derecho Penal (PE)*, p. 56; DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 181; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética*, pp. 113 y 450; SILVA SÁNCHEZ, *LL* (1987), p. 962; DEL ROSAL BLASCO, «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (XL-I)*, 1987, pp. 85 y ss. 96 y s. Consideran, en cambio, que deben castigarse, aunque partiendo de planteamientos diversos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, pp. 63 y s.; CARBONELL MATEU, *Derecho Penal (PE)*, pp. 82 y ss.

<sup>71</sup> Como se puede comprobar, en la participación activa en el suicidio la petición o consentimiento del suicida permite directamente la atenuación de la responsabilidad penal —atenuación entendida desde una perspectiva material, pues entiendo que los tipos recogidos en el artículo 143 son autónomos respecto del homicidio del 138, sin perjuicio de que la libre decisión del suicida de disponer de su propia vida permita una disminución de la responsabilidad penal respecto a aquél— mientras que en la omisiva es la propia estructura de la omisión, la que posibilita la exclusión de la tipicidad de la misma cuando concurre el consentimiento o petición. En este último aspecto v. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 181, n. 62.

<sup>72</sup> Por ejemplo, con base en el deber de respeto a la vida dirigido a los ciudadanos y al Estado. Sobre el mismo v. *supra* III. No obstante, este deber negativo parece contener prohibiciones, pero no mandatos.

conurrencia del suicidio también sería punible, tal y como se ha comprobado más arriba<sup>73</sup>. Por tanto, cualquiera que sea la opción que se elija el resultado ofrecería un deber de vivir para el titular y no meramente un derecho a vivir, como sostiene un respetable sector de la doctrina.

Si, por el contrario, se mantuviese que el conocimiento de la concurrencia de un acto de disposición de la propia vida, libre y responsable es inesencial, bastaría el acto de disposición para que los terceros tuviesen un deber de no intervención en contra de la voluntad del titular. De acuerdo con esta otra interpretación el suicida nunca tendría un deber de vivir en contra de su voluntad, pero, por otro lado, exigiría que la omisión de los terceros, conociesen o no la concurrencia del suicidio libre y responsablemente decidido, quedase impune. Consecuentemente, una interpretación de los artículos 195 y 138 del Código Penal conforme a esta construcción exigiría considerar atípicas las omisiones propuestas. En este sentido la conciencia que de la situación concurrente tuviese el tercero se podría reconducir a un error de prohibición inverso o delito putativo impune.

Como se puede comprobar, la impunidad de estos comportamientos no resulta satisfactoria desde una perspectiva político-criminal. En primer lugar por la importancia del bien jurídico-penal implicado: la vida, cuya disponibilidad debería ejercitarse con las mayores cautelas posibles para evitar el abuso por parte de terceros. En segundo lugar, por el desigual tratamiento entre la participación activa y la participación omisiva en un suicidio. Así, mientras en el ámbito de ésta última bastaría la concurrencia de un acto de disposición de la propia vida libre y responsable para excluir la responsabilidad penal de los terceros, en los primeros sería preciso además que el sujeto conociese la petición o al menos el consentimiento del sujeto pasivo para tan sólo obtener una disminución de la responsabilidad penal<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Y ello con independencia de que finalmente se castigue por el correspondiente tipo consumado o en grado de tentativa, pues en ambos casos se infringe la norma de determinación. Como ya se indicó, si la realidad demuestra que un elevado número de suicidios se lleva a cabo por personas consideradas no responsables, y partimos de un juicio objetivo *ex ante* para determinar la peligrosidad del comportamiento, la consecuencia no puede ser otra que la punición del mismo.

<sup>74</sup> Un tratamiento más coherente entre ambos ofrecen MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal (PE)*, pp. 63 y ss., y CARBONELL MATEU, *Derecho Penal (PE)*, pp. 83 y ss., aunque partiendo de planteamientos opuestos. Así, mientras Muñoz Conde defiende la indisponibilidad de la vida, Carbonell Mateu mantiene todo lo contrario, pero entiende que la regulación del artículo 143 impone el castigo no sólo de la participación activa, sino también de la participación omisiva en un suicidio.

Y si bien es cierto que para el Derecho Penal las acciones son siempre consideradas más graves que las omisiones, no me parece adecuado un tratamiento tan dispar en el ámbito de la protección jurídica de la vida. Por ello sería aconsejable que el Tribunal Constitucional se pronunciase expresamente sobre esta cuestión y que el legislador estableciera sin ningún género de dudas qué comportamientos deben castigarse.