

LA CONDUCTA DEL SUJETO ACTIVO EN EL HOMICIDIO CONSENTIDO: ¿AUTORIA O PARTICIPACIÓN?*

Dr. Enrique Díaz ARANDA**

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Aunque los análisis sobre la conducta penalmente relevante suelen dedicarse exclusivamente a la conducta activa y omisiva, la peculiaridad de la figura del artículo 409 supuesto de hecho 2o.¹ del Código penal español hacen necesario un análisis previo sobre la naturaleza de la conducta del sujeto que priva de la vida a quien lo solicita, es decir, determinar si dicha conducta es: ¿de autor o de partícipe?. La problemática señalada dista mucho de ser superflua, pues, las construcciones dogmático-jurídico-penales que se pueden formular en torno a dicho delito dependerán de la postura que se adopte frente a la naturaleza de la conducta del sujeto activo: ¿de autor o de partícipe?

Quienes consideran que la naturaleza de la conducta del sujeto activo es de participación afirman que en el artículo 409.2 se prohíbe el auxilio ejecutivo al suicidio, aunque dicha participación está elevada a la categoría de delito consumado, esto último con el fin de evitar los posibles problemas derivados del principio de accesoriedad. De ahí que si el legislador ha considerado que esta forma de participación en el suicidio es tan reprochable como para sancionarla con las mismas penas del

* En este artículo se analiza el Código penal español y la doctrina del mismo país ibérico, no obstante, los desarrollos y la solución propuesta pueden ser aplicados al Derecho penal mexicano tanto sistemática como doctrinalmente.

** Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y Coordinador General de la Revista de la Facultad de Derecho de México y miembro honorífico del Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ En adelante artículo 409.2. El tipo contenido en el artículo 409 supuestos de hecho lo y 2o, establece: "Artículo 409. El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor".

homicidio del artículo 407, con mayor razón se podrá sancionar con dichas penas al garante que no impide el suicidio. La muerte del sujeto pasivo, es considerada como una condición objetiva de punibilidad cuyos efectos directos se reflejarán en la imposibilidad de aplicar las formas de ampliación del tipo: tentativa y frustración, y lo mismo sucederá con las causas de ampliación de la punibilidad: autoría y participación.

La segunda construcción parte de afirmar que el supuesto de hecho del artículo 409.2 constituye un homicidio consentido, en el cual la conducta del sujeto activo es de autor, creado por el legislador penal para poner de manifiesto la diferencia que existe entre privar de la vida a quien quiere seguir vivo y matar a quien lo solicita. De ahí que, dadas las circunstancias del sujeto pasivo, si no existiera dicho supuesto de hecho habría que sancionar al sujeto activo por un asesinato del artículo 406 del Código penal español. Pero, en cambio, es menos reprochable, la omisión del garante que no impide el suicidio, dando lugar a la exclusión de la comisión por omisión del artículo 409.2. Desde esta perspectiva, la muerte del sujeto pasivo constituye el resultado típico y no existen problemas para aplicar las formas de ampliación del tipo: tentativa y frustración. De ahí que, en principio, no parecen existir problemas para aplicar las reglas de la autoría y participación.

El primer paso para resolver el problema planteado es ocuparnos del título de imputación.

II. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN TORNO AL TÍTULO DE IMPUTACIÓN ASIGNADO AL ARTÍCULO 409.2 DEL CÓDIGO PENAL

El problema de la denominación del supuesto de hecho contenido en el artículo 409.2 del CP surge a raíz de la falta de un título de imputación asignado por el legislador penal. Por el contrario, la doctrina utiliza diversas denominaciones, a saber: auxilio ejecutivo al suicidio; homicidio-suicidio; homicidio consentido; homicidio solicitado; homicidio a ruego; homicidio piadoso; homicidio fraudulento y, eutanasia. Esta falta de unidad terminológica no sólo se observa entre distintos autores, sino también en las obras de un mismo autor al utilizarlas de forma indistinta.

Por otra parte, la jurisprudencia tampoco ofrece solución alguna, pues, sólo se refiere a dicho supuesto en los términos del tipo previsto en el Código penal, así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal

Supremo de 16 de diciembre de 1895, al pronunciarse sobre el supuesto de hecho del entonces, artículo 421,² en grado de frustración, dice: "haber prestado auxilio a una persona para que se suicidara, hasta el punto de tratar de ejecutarse la muerte por el mismo auxiliante".³ Hasta donde tengo noticia, sólo en una ocasión el Tribunal Supremo ha reparado en el título de imputación, me refiero a la s. TS. de 15 de diciembre de 1977: "... el auxilio hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, al que la doctrina denomina homicidio-suicidio, homicidio consensual, homicidio concertado con la víctima que desea morir..."⁴ pero tampoco hizo suya ninguna de dichas denominaciones.⁵

A continuación analizaré dos de dichas acepciones que, desde mi punto de vista, pueden agrupar toda la discusión, ellas son: el auxilio ejecutivo al suicidio y el homicidio consentido. Adelanto desde ahora mi conclusión: la conducta del sujeto activo en el delito de homicidio consentido es de autor en sentido estricto, aserto que demostraré a continuación.

A. Auxilio ejecutivo al suicidio

Esta es una de las denominaciones más socorridas, a la que acuden algunos autores sin analizar si es o no correcta.⁶ En cambio, quienes sí se han ocupado de argumentar en su favor lo hacen a través de las siguientes líneas de interpretación: ontológicas; de técnica legislativa y, de la conducta del sujeto activo. Veamos cómo se formulan dichos argumentos y si llevan o no razón.

Desde el punto de vista ontológico se ha dicho que se trata de un "suicidio... ejecutado por mano ajena"⁷, siendo ésta la única forma de evitar los problemas que se plantearían al hablar de autoría o, en su caso, coautoría en el suicidio.

² *Vid supra*. Cap. primero. II, D.

³ *Jurisprudencia Criminal* no. 200. p. 413.

⁴ *Ibid.*, no. 1235. p. 545.

⁵ También de esta idea: Romeo Casabona, C. M. "El marco jurídico-penal..." en *RFDUG*. esp. pp. 190 y ss.

⁶ Así, por ejemplo: Del Rosal Blasco, B. "La participación..." en *ADPCP*. p. 19 y ss; Arroyo de las Heras. *M.D.p.* esp. p. 430; Fernandez-Espinar, G. "Consideraciones en torno..." en *Actualidad penal*. esp. pp. 698 y ss. Como un caso particular Quintano Ripolles, pese a dar argumentos en contra de esta denominación, la llega a utilizar en algunos pasajes de su obra, *Cfr.* del citado Autor. *Tratado...* T. I. Vol. I. esp. pp. 386 y ss.

⁷ Olesa Muñido, F. F. *Inducción...*p. 111. No obstante al inicio de su obra este autor había definido al suicidio como "el privarse de la propia vida" en p. 9.

Quienes acuden a una interpretación de técnica legislativa, consideran que el artículo 409 sólo se refiere a las conductas de participación en el suicidio. por lo tanto, el artículo 409.2 sólo puede referirse a un suicidio, aunque ejecutado por otro.⁸ Luego, entonces, lo único que nos puede indicar que estamos ante un suicidio es la voluntad de morir del sujeto pasivo y no importa quién ejecuta la muerte, esto es lo que recientemente se define como «concepto jurídico de suicidio».⁹

Finalmente, tomando como base los anteriores argumentos y visto desde la óptica de la conducta del sujeto activo, se dice que se trata de una participación. Pues, se afirma, el suicida mantiene el dominio del hecho y quien ejecuta la muerte actúa como un instrumento de la voluntad del primero.¹⁰ En consecuencia, se debe considerar al suicida como autor y a quien ejecuta la muerte como un partícipe en un hecho ajeno.¹¹

Conviene ahora analizar cada uno de los argumentos anteriores.

Visto desde una perspectiva ontológica, los interrogantes por resolver son: ¿cuál es el hecho que se ha dado en la realidad? y ¿es un suicidio o un homicidio?

Al efecto, terminológicamente no se puede afirmar que se trate de un suicidio: Del latín *sui*, de *sí* y *caedere*, muerte, es decir, la acción de matar.¹² Claro está que, este término, desde su aparición,¹³ ha sido reservado para referirse al «acto por el cual un hombre se priva a sí mismo de la vida».¹⁴

⁸ Cfr. Del Rosal, Juan y Otros. *D.p.e. (p.e.)* esp. pp. 265 y ss.

⁹ Cfr. Juanatey Dorado, C. *Derecho...* esp. pp. 141-144, 148-151, 155, 157 y 180-205.

¹⁰ Cfr. Bustos Ramírez, J. *M.D. p. p. e.* esp. p. 39; Fernández Espinar, G. "Consideraciones en torno..." en *CPC*. p. 764; Muñoz Conde, F. *D. p. p.e.* esp. pp. 73 y ss; Olesa Muñido, F. F. *Inducción...* esp. pp. 111 y ss.

¹¹ Cfr. Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, en Cobo del Rosal, M. y Otros. *D.p. p.e.* esp. pp. 557, 560 y ss; Queralt Jiménez, J. J. *D.p.e. (p.e.)* esp. p. 19; Muñoz Conde, F. *D.p. p.e.* esp. pp. 7.

¹² Goldstein, R. *Diccionario...* p. 616.

¹³ Así, Pedro Francisco Guyot, abad de Desfontaines, creo la palabra suicidio para referirse a "el atentado cometido por el hombre que acelera con su propia mano el término de su existencia", cita en: Sicars y Salvadó, N. *El suicidio...* p. 11.

¹⁴ En este sentido, Díaz y García Conlledo considera que el suicidio debe considerarse como un hecho realizable de propia mano, Cfr. del citado Autor. *La autoría...* esp. pp. 180-181 y cita a pie de página no. 80, p. 328. Entre los múltiples autores que secundan este aserto, puedo citar: Sicars y Salvadó, N. *El suicidio...* esp. p. 12; Durkheim, E. *El suicidio* esp. p. 5; Tapia, A. "Suicidio" en *Enciclopedia...* T. XXIX. p. 234; Moliner, M. *Diccionario...* p. 1228; Gómez de Liaño, F.

Sin embargo, esto no es lo que ocurre cuando alguien priva de la vida a otro, aunque exista la voluntad de morir del sujeto pasivo.¹⁵

Ahora bien, cuando se dice que se trata de un «suicidio ejecutado por otro» se quiere resaltar la “voluntad de morir del sujeto”, propia del vocablo suicidio. Sin embargo, aunque dicha voluntad es importante, por ahora sólo estamos analizando el hecho que sucede y a ello sólo corresponde la segunda parte de la formulación «ejecutado por otro», en otras palabras «ejecutar la muerte de otro» o lo que es lo mismo «privar de la vida a otro». En resumen: en el mundo del ser cuando alguien priva de la vida a otro sólo podemos hablar de un homicidio y no de un suicidio.¹⁶

También, es cuestionable acudir a una interpretación de técnica legislativa. pues, aunque a primera vista parece que el legislador penal trató de incluir sólo supuestos de participación en el suicidio, desde hace muchos años se ha puesto de manifiesto que en realidad se trata de una deficiencia que permite «el absurdo léxico de «suicidar a alguien»... Es ésta, en efecto, una hipótesis perfectamente diferenciada en doctrina y hasta en lo gramatical, al constituir la muerte de otro... por eso en los códigos más científicos se trata rigurosamente por separado.¹⁷ Ciertamente es que “Lo que da unidad al artículo 409 es el concepto de suicida, implícito en sus dos párrafos, pero no la noción de suicidio, que sólo está presente en el artículo 409.1. De ahí que, si se quiere, se pueda decir que en el artículo 409.2 se castiga el homicidio de un suicida pero no un suicidio”.¹⁸ Ante esta situación son varias las opiniones en favor de erigir al homicidio consentido como figura autónoma.¹⁹

Diccionario... p. 280; Cabanellas de Torres, G. *Diccionario...* p. 302. También, llegan a decir lo anterior, pero sus construcciones posteriores no le corresponden: Rodríguez Devesa, J. M. *D.p.e. (p. e.)* esp. p.63; González de la Vega, F. *D.p. mexicano (los delitos)* esp. p. 83; Cobo del Rosal/Carbonell Mateu en Cobo del Rosal y Otros. *D.p. p.e.* p. 557; Bustos Ramírez, J. *M.D.p. p.e.* p. 36.

¹⁵ Tratar de asignar significados distintos al término suicidio, además de violentar el lenguaje, no se puede justificar como medio para hacer lógicas las teorías de la dogmática jurídico/penal que se tratan de aplicar, ya iremos viendo hasta donde pueden llegar las consecuencias de lo antes dicho. *Vid infra*. Cap. tercero. II: B, 4; C, 2, c. y por otra parte, Cap. cuarto: I; III y, IV.

¹⁶ En este sentido S. TS. no. 1235 de 15 de diciembre de 1977. También Groizard y Gómez de la Serna criticó los términos empleados por el legislador penal, *Cfr.* del citado autor. *El Código Penal..* esp. p. 446. En el mismo sentido, *Cfr.* Quintano Ripollés, A. *Tratado..* T. I. vol. I. p. 38.

¹⁷ Quintano Ripollés, A. *Tratado...* T. I. Vol. I. pp. 380-382. En el mismo sentido, *Cfr.* Ferber Sama, A. *Comentarios al Código penal.* T. IV. esp. pp. 271-274.

¹⁸ Díez Ripollés, J. L. *Delitos contra bienes...* p. 220.

¹⁹ *Cfr.* Torío López, A. “Instigación...” en *Estudios...* esp. p. 189; Castro Villacañas, A. “El homicidio...” en *REPP.* pp. 41.

Desde mi punto de vista, el legislador penal incluyó este supuesto en el artículo 409 para poner de manifiesto la diferencia entre privar de la vida a otro contra su voluntad y quien lo hace atendiendo a la solicitud del sujeto pasivo. Sin embargo, esta es una conclusión derivada de una interpretación sistemática²⁰ y no se puede demostrar documentalmente la intención del legislador debido a que ello no consta en ninguno de los Diarios de Debates del Congreso de los Diputados, ni en la exposición de motivos de los diferentes Códigos penales, ni en los proyectos y Anteproyectos presentados hasta la fecha en España.

Surge ahora el interrogante referente a la conducta del sujeto activo, en otras palabras, ¿quién tiene el dominio del hecho?, a reserva de ahondar en el tema, desde ahora se puede secundar lo manifestado por RODRÍGUEZ RAMOS cuando dice que el dominio del hecho «pasa del suicida al ejecutor, que es quien realmente mata o, en su caso, podría dejar de matar»²¹

Con lo anterior, ya podemos rechazar dos de los argumentos en favor de la denominación auxilio ejecutivo al suicidio, me refiero a los ontológicos y de técnica legislativa. En cambio para demostrar que la conducta del sujeto activo es de autor y no de partícipe se requiere de argumentos más sólidos y de mayor análisis, por ello dejo ese desarrollo para un momento posterior.²²

B. Homicidio consentido

Como ya viene siendo una constante, esta es una denominación empleada sin entrar en mayores honduras acerca de su uso.²³ Mas, como señalé anteriormente, esta es la connotación más acertada, veamos por qué.

²⁰ *Vid infra*. punto III, inciso D.

²¹ Del Autor citado. *Compendio...* p. 52. En la misma línea, Cfr. Cobos Gómez de Linares, M. A. y Otros. *M.D.p. p.e.* T. I. esp. pp. 120-121.

²² *Vid infra*. punto III.

²³ Cfr. Gimbernat Ordeig, E. "Inducción..." en *Estudios...* esp. pp. 276, 281 y 282; Puig Peña *D.p. (p.e.)* esp. pp. 363 y ss; Queralt Jiménez, J. *D.p. (p.e.)* p. 7; Gonzalez de la Vega. F. *D.P. mexicano* esp. pp. 85 y ss; Jiménez Huerta, M. *D. p. mexicano* esp. pp. 154 y ss; Tortó López, A. "Hacia la actualización..." esp. pp. 227 y ss. También, Baumann, J. y Otros, en *Proyecto alternativo...* esp. pp. 842 y ss. Aunque no se si ello es así por la traducción de Borja Mapelli Caffarena.

Nuevamente recorro al argumento ontológico, pues, como ya demostré anteriormente, en el mundo del ser lo único que realmente acaece es que alguien priva de la vida a otro: un homicidio.

Pero, todavía la formulación no está completa, se requiere incluir el elemento valorativo que sirva para diferenciar un homicidio del artículo 407 de aquél previsto en el artículo 409.2 del CPE. Así, desde una interpretación auténtica que, desde mi punto de vista, podemos encontrar en la obra de uno de los redactores del Código penal de 1848: Francisco PACHECO, quien al hacer la distinción entre los supuestos de auxilio al suicidio y homicidio consentido, manifestó: “los casos, en efecto, son distintos: el auxilio de uno ha pasado a ser acción completa en el otro. Allí hay complicidad: aquí hay cooperación más importante; hay, en una palabra, un homicidio concertado con el que va a ser su víctima”.²⁴ por ello JIMÉNEZ DE ASÚA señalaba que: “matar a otro, aunque sea con su beneplácito y hasta a su ruego, es un homicidio”.²⁵ Ya tenemos el segundo elemento que nos hacía falta: el consentimiento.

Es así como queda completo el título de imputación del artículo 409.2: homicidio consentido, con el cual se excluyen desde el principio otros supuestos como el del artículo 407²⁶ al quedar de manifiesto la diferencia entre privar de la vida a quien lo solicita y matar a quien desea seguir vivo.²⁷

Paso al punto neurálgico de la discusión: ¿la conducta descrita en el artículo 409.2 es de autor o de partícipe?. Como ya hemos visto, para responder a este interrogante un sector de la doctrina acude a la teoría del dominio del hecho, dividiéndose las opiniones entre quienes consideran que el suicida mantiene el dominio del hecho, y quienes dicen que lo tiene quien ejecuta la muerte, entre esas dos posturas, una intermedia que sostiene que lo tienen ambos. pero la discusión no termina aquí, pues recurrir a la teoría del dominio del hecho para responder a este interrogante constituye formular un argumento a petición de principio, pues aunque se trata de la teoría mayoritaria, no es esta la única sobre

²⁴ Pacheco, J. F. *Código penal*... T. III. p. 32.

²⁵ *Tratado*... T. IV. p. 610. En el mismo sentido, Cfr. Ferrer Sama, A. *Comentarios al Código Penal*. T, IV. p. 274.

²⁶ De esta idea, Cfr. Cobos Gómez de Linares, M. A. y Otros. *M D.p. (p.e.)*. T. 1. esp. pp. 120-121; Cuello Calón. *E. D.p. (p.e.)*, T. II. Vol. 2. p. 49; Rodríguez Devesa, J. M. *D.p.e. (p.e.)* pp. 68-697.

²⁷ Cfr. Puig Peña, F. *D.p. p.e. esp.* p. 364.

autoría y participación. ¿Cuáles son las soluciones a través de las distintas teorías?, es el interrogante por resolver al abordar la conducta del sujeto activo. pero cabe una segunda pregunta: ¿será esa la vía adecuada para solucionar el problema aquí planteado?, no entro por ahora en mayores detalles, pero, sí quiero decir desde ahora que, aún aplicando la teoría del dominio del hecho, la conducta de quien ejecuta la muerte es de autor y no de partícipe.

Aunado a lo anterior, debemos tomar en cuenta el desarrollo dogmático que, desde mi punto de vista, realizan quienes sostienen que se trata de una conducta de partícipe, como sigue: primero analizan la inducción y auxilio al suicidio a la luz de las reglas de la participación, de ahí que se discuta si es posible la tentativa y la frustración, reconduciendo el problema a la muerte del sujeto pasivo como una condición objetiva de punibilidad. En cambio, dichos problemas desaparecen cuando llegan al análisis del homicidio consentido porque ya nadie se cuestiona nada de lo anterior. La razón sólo puede ser una y es que la naturaleza de la acción del sujeto activo en el homicidio consentido es de autor y no de partícipe, esa es la única conclusión a la que se puede llegar en un Derecho penal de acción.²⁸

Evidentemente, existen opiniones que rechazan la acepción de homicidio consentido. La primera parte de una interpretación de técnica legislativa y se dice "la propia ley indica, a propósito del artículo 409, II que seguimos estando ante un suicidio y que la conducta del tercero sigue siendo un auxilio («si se lo prestare *-el auxilio para que se suicide-* hasta el punto...»). Todo ello indica que el suicida conserva el dominio del hecho y que es por completo inadecuada la denominación de «homicidio consentido».²⁹ Siguiendo esta línea, de acuerdo con una interpretación de la teoría del dominio del hecho tampoco se podría utilizar dicho título de imputación.

Sin embargo, también se ha recurrido al Derecho comparado, para decir que si el legislador penal español hubiera querido crear un supuesto de hecho de homicidio consentido habría seguido el modelo del Código

²⁸ Bacigalupo Zapater. E. "Los delitos..." en *Documentación...* p. 328. Por otra parte el citado tutor manifiesta en otro de sus trabajos: "es evidente que la ejecución por si de la acción de matar a otro, sólo puede ser considerada como un «auxilio al suicidio», si el sujeto pasivo ha pedido al autor que le quite la vida..." cita en "El consentimiento en los delitos..." en *Poder...* p. 147. En el mismo sentido. Cfr. Díez Ripollés. J. L. en *Delitos contra bienes...* esp. pp. 220 y ss.

²⁹ Cfr. Silva Sánchez, J. M. "Causación de la propia muerte..." en *ADPCP* p. 463.

penal italiano. Más, este argumento no pone de manifiesto un dato importante y es que en el entorno europeo de aquella época, 1848, no sólo Italia diferenciaba en su Código penal el homicidio consentido de los supuestos de participación en el suicidio, por el contrario, esa era la tendencia mayoritaria y la excepción era precisamente el Código penal español que incluyó el homicidio consentido en el, entonces, artículo 326 actualmente artículo 409. Por ende, la formulación correcta del argumento es al revés, es decir, si en otros Códigos penales europeos el supuesto de hecho del 409.2 era considerado como homicidio consentido, ello demuestra que el legislador penal español incurrió en una deficiencia de técnica legislativa seguida posteriormente en otros Códigos penales de Latinoamérica.³⁰

Una crítica más parte del análisis del consentimiento del sujeto pasivo, para ello se alude a las diferentes formas que puede revestir y su conocimiento por parte del sujeto activo. En efecto, se dice que el consentimiento en materia penal puede revestir diferentes formas³¹, mientras que el supuesto de hecho del artículo 409.2 sólo comprende la solicitud expresa del sujeto pasivo.³² En otras palabras, el consentimiento en materia penal tiene una connotación más amplia que la prevista en el supuesto de hecho del artículo 409.2 del CPE.

Otro argumento en contra, lo presenta BAJO FERNÁNDEZ al decir que «no estamos en presencia de un homicidio-consentido, porque no todo homicidio en el que medie consentimiento de la víctima puede ser incluido en el artículo 409... De modo que puede haber parricidio, asesinato u homicidio, mediando voluntad de la víctima al morir, cuando el autor desconoce este hecho»³³, pero el mismo autor, en la misma obra se contradice líneas más adelante, al afirmar que la conducta típica consiste en ejecutar la muerte de una persona que expresamente consiente en ello.³⁴

³⁰ Cfr. Quintano Ripolles, A. *Tratado...* T. I. vol. I. pp. 379 y ss.

³¹ Cfr. del Rosal, Juan y Otros. *D.p.e. (p.e.)* esp. p. 65 y ss; Cobo del Rosal/Carbonell Mateu. "Conductas relacionadas..." en *Homenaje...* esp. pp. 74 y ss; González Ruz, J. J. en Carmona Salgado, C. y Otros. *D.p. (p.e.)* p. 98.

³² Cfr. Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, en Cobo del Rosal, M. y Otros. *D. p. p.e.* p. 561, Vives Antón, T. S. y Otros. *D.p. (p.e.)* p. 563.

³³ Del citado Autor. *M.D.p. p.e.* p. 563.

³⁴ *Idem.*

III. LA NATURALEZA DE LA CONDUCTA DEL SUJETO ACTIVO: ¿DE PARTÍCIPE O AUTOR?

La naturaleza de la conducta del sujeto activo del homicidio consentido, es uno más de los puntos en los que se encuentra dividida la doctrina. El problema surge a raíz del enunciado «...si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte...» del supuesto de hecho previsto en el artículo 409.2 del CPE de ahí parte la discusión entre los autores que califican de participación la conducta de quien ejecuta la muerte y aquellos que afirman que se trata de una conducta de autor.

A efecto práctico, sobre todo para la determinación de la pena, parecería intrascendente la discusión en torno a la naturaleza de la conducta del sujeto activo, porque de acuerdo con las causas de ampliación de la punibilidad previstas en el artículo 14, la pena seguiría siendo la misma si se considerara: autor, coautor o cooperador necesario.

Pero sí que importa determinar la naturaleza de la conducta del sujeto activo, pues ese es el punto de partida para dar respuesta, como he venido anunciando, a: los problemas de la conducta omisiva, la naturaleza de la muerte del sujeto pasivo; la aplicación de las formas de ampliación del tipo: tentativa y frustración y, las causas de ampliación de la punibilidad de la parte general del Código penal: autoría y participación y, por último, la solución a los problemas de concurso de delitos.

Pasemos a ver cómo se han formulado cada una de las tesis.

A. La tesis que sostienen que se trata de una conducta de partícipe³⁵

El sector de la doctrina que considera que estamos ante una conducta de participación³⁶, parte de la idea que “el hecho contemplado en el texto legal es un suicidio que en vez de ser ejecutado por la propia mano del suicida se realiza por otro”³⁷, en otras palabras “el dominio del hecho

³⁵ En este punto sólo hago un breve recordatorio de los argumentos ofrecidos por sus partidarios ya que de ellos me he ocupado con más detalle: *Vid. Supra.* punto II, A.

³⁶ Cabe decir que los partidarios de esta teoría utilizan el término «participación» en sentido estricto, el cual se contrapone al de autoría. Sobre la diferencia de conceptos entre participación en sentido amplio y en sentido estricto: Cfr. Mir Puig, S. *D.p. (p.q.)* esp. pp. 422 y ss.

³⁷ Cuello Calón, E. *D.p. (p. e.)* T. II. p. 497. En el mismo sentido, Cfr. Torro López, A. “Hacia la actualización...” en *RFUDG.* esp. p. 227.

corresponde al suicida, por lo que la conducta del autor es la de un partícipe en el hecho de otro. Se auxilia para que otro se suicide”.³⁸

En lo que no se ponen de acuerdo los partidarios de esta tesis, es en determinar ante qué clase de participación nos encontramos. Así, mientras unos sostienen que se trata de una conducta del artículo 14.1³⁹, otros la consideran como una cooperación necesaria del artículo 14.3.⁴⁰ Incluso, BUSTOS RAMÍREZ llega todavía más lejos cuando dice que se trata de una conducta de cómplice.⁴¹

Por su parte esta es la tesis adoptada por el Tribunal Supremo en las pocas ocasiones que se ha pronunciado sobre el particular, a saber: s. TS. de 16 de diciembre de 1895⁴²; s. TS. de 15 de diciembre de 1977.⁴³ También se refirió en dichos términos en la s. TS. de 23 de junio de 1917, aunque el supuesto resuelto era de auxilio al suicidio por omisión del artículo 409.1, entonces artículo 421 del CPE.⁴⁴

Una primera aproximación al problema parece indicar que: la ubicación de la conducta del sujeto activo corresponde al supuesto 3o del artículo 14, pues, según creo entender, aplicando la «teoría de los bienes escasos» de GIMBERNAT ORDEIG⁴⁵, el sujeto activo estaría cooperando con una conducta que no es abundante debido a la especial energía criminal que se requiere para ejecutar la muerte de otro. Incluso desde la óptica de la «teoría del dominio del hecho», se debe recordar que ésta ha sido casi siempre puesta en relación con la cooperación necesaria por la doctrina española.⁴⁶

³⁸ González Rus, J. J., en Carmona Salgado, C. y Otros. *M.D.p. (p. e.)* T. II. p. 98. En el mismo sentido, Cfr. Bustos Ramírez, J. *M.D.p. (p. e.)* esp. p. 39; Bajo Fernández, M. *M.D.p. (p. e.)* esp. pp. 82-83; Fernández-Espinar, G. “Consideraciones en torno ...” en *Actualidad...* p. 698; Olesa Muñido, F. F. *Inducción...* p. 111 y ss; Muñoz Conde, F. *D.p. p.e.* esp. pp. 73 y ss; Cobo del Rosal/Carbonel Mateu, en Cobo del Rosal, M. y Otros. *D.p. p.e.* pp. 557, 560 y ss; Queralt Jiménez, J. *D.p.e. (p.e.)*. p. 19. Un análisis detallado de más autores en: Juanatey Dorado, *Derecho...* esp. pp. 238-261.

³⁹ Cfr. Bustos Ramírez, J. *M.D.p. p.e.* p. 39; Rodríguez Devesa. *D.p.e. (p.e.)*. p. 70. Carbonel Mateu/González Cussac, en Vives Antón, T.S. y Otros. *D.p. p.e.* esp. p. 563; Díaz y García Conlledo, M. *La autoría...* nota no. 81. pp. 238-240.

⁴⁰ Cfr. Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, en Cobo del Rosal, M. y Otros. *D.p. p.e.* esp. pp 556 y ss.

⁴¹ Cfr. del citado Autor *M.D.p. (p. e.)*. p. 39.

⁴² Cfr. *Jurisprudencia Criminal*. no. 220. pp. 412 y ss.

⁴³ Cfr. *Ibid.*, no. 1235. pp. 541 y ss.

⁴⁴ Cfr. *Ibid.*, no. 157. pp. 360 y ss.

⁴⁵ Cfr. *Autor y cómplice...* esp. pp. 151 y ss.

⁴⁶ Cfr. Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice....* esp. p. 18.

B. La tesis que sostiene que se trata de una conducta de autor ⁴⁷

La crítica realizada a quienes consideran que la conducta descrita en el artículo 409.2 es de partícipe, sirve de apoyo a un nutrido sector de la doctrina para afirmar que la conducta del sujeto activo es de autor y no de partícipe, simple y sencillamente porque es él quien tiene el dominio del hecho.⁴⁸

Pero dentro de esta corriente, algunos matizan su postura para decir “puede sostenerse, sin caer en contradicciones, que el que ejecuta el suicidio de un tercero es un autor o, en todo caso, un coautor y no un mero partícipe en el hecho de otro”⁴⁹, para llegar a esa conclusión previamente sostienen que los sujetos activo y pasivo comparten el dominio funcional del hecho.⁵⁰

En definitiva, es el sujeto que «ejecuta» la muerte quien tiene el dominio del hecho, pues como ya ha dejado bien claro GIMBERNAT ORDEIG, dicha teoría es puramente objetiva⁵¹, sin que ello signifique un obstáculo para el necesario conocimiento que debe tener el sujeto activo del consentimiento otorgado por el sujeto pasivo.

Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER aporta otro argumento, al manifestar: “en un derecho penal de acción cuando alguien «ejecuta él mismo la muerte» es autor de homicidio y no un mero colaborador en una acción ajena de suicidio”.⁵²

Bastan las citas anteriores para conocer cuáles son, en términos generales, los argumentos aportados por el sector de la doctrina que considera como una conducta de autor la del sujeto activo del supuesto de hecho previsto en el artículo 409.2.

⁴⁷ En este punto sólo hago un breve recordatorio de los argumentos ofrecidos por sus partidarios, para más, *Vid Supra*, punto II, B.

⁴⁸ *Cfr.* Rodríguez Ramos, L. *Compendio...* esp. p. 52; Dölling: «Färlässig bei selbstgefährdung tea Opfers» G. A. 1984. pp. 71-94 cita en Silva Sánchez, J. M. “Causación...” en *ADPCP*. pp. 457-458; Alvarez García, J. y Otros. *C.p. comentado* p. 76. Se adhiere a esta postura y realiza un análisis más detallado de autores: Juanatey Dorado, C. *Derecho, suicidio...* esp. p. 115, 261-266.

⁴⁹ Juanatey Dorado, C. *Derecho suicidio...* p. 279.

⁵⁰ *Cfr.* Juanatey Dorado, C. *Derecho...* esp. pp. 196-197 y 276-279; Valle Muñoz, J. M. “Relevancia jurídico-penal...” *CPC* esp. pp. 173 y ss.

⁵¹ *Cfr.* *Autor y cómplice...* esp. pp. 122 y ss.

⁵² Del Autor citado. “Los delitos...” en *Documentación.*, Vol. I. p. 328.

Ahora bien, las dos posturas presentadas para determinar la naturaleza de la conducta del sujeto activo del delito de homicidio consentido han tomado como punto de partida la teoría del dominio del hecho, ello se debe a que esta es la doctrina mayoritaria en España, pero ésta no es la única sobre autoría y participación. En este sentido, nos podemos cuestionar. ¿cuáles serían los resultados a que llegaríamos a través de las demás teorías?, esa es la tarea por realizar en el punto siguiente.

C. Aplicación de diferentes teorías sobre autoría y participación a la conducta descrita en el artículo 409.2

Aunque, como demostraré en el punto siguiente, la doctrina se ha equivocado al tratar de buscar la solución al problema de la naturaleza de la conducta del sujeto que ejecuta la muerte de quien lo solicita, acudiendo a las diversas teorías sobre autoría y participación, creo conveniente hacer una breve referencia a las soluciones que se pueden ofrecer fuera de la teoría del dominio del hecho.

En este sentido, no pretendo hacer un análisis exhaustivo de todas las teorías sobre autoría y participación, labor que, dicho sea de paso, ya ha realizado Carmen JUANATEY DORADO⁵³, sino sólo un breve repaso por las siguientes: teoría subjetiva; teoría del acuerdo previo; teoría objetivo formal y, teoría objetivo material. Lo anterior se debe a que dichas teorías todavía cuentan con defensores en la doctrina penal española o bien, como sucede con la teoría del acuerdo previo, son seguidas en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

Partiendo del concepto extensivo de autor, resultaría que la conducta del sujeto que ejecuta la muerte de quien lo solicita constituye una condición del resultado. Pero, para delimitar si dicha conducta es de autor o partícipe se acude a la denominada teoría subjetiva, para la cual "será autor quien obre con ánimo de autor (*animus auctoris*), será partícipe quien actúe sólo con ánimo de partícipe (*animus socii*)".⁵⁴

De esta guisa, el que ejecuta la muerte a solicitud del sujeto pasivo, actúa con *animus socii* y, por tanto, debe considerarse como partícipe,

⁵³ En efecto, dicha autora, analiza el problema a la luz de: la teoría unitaria de autor; la teoría extensiva de autor, dentro de las que incluye, la teoría subjetiva y la teoría del acuerdo previo; teorías objetivas, que se subdivide en, teoría objetivo-formal, teoría objetivo-material y, teoría del dominio del hecho. Cfr. *Derecho...* esp. pp. 267-277.

⁵⁴ Mir Puig, S. *D.p. (p.g.)* p. 390.

pues lo único que quiere es auxiliar en un hecho ajeno, siendo el sujeto pasivo quien, por extrañamiento que parezca, tendría el *animus auctoris*, simplemente porque es quien quiere el hecho como propio: quiere su propia muerte.⁵⁵

Aunque esta tesis ha encontrado pocos adeptos en España⁵⁶, he querido hacer especial referencia a ella porque es la única con la que se puede afirmar, sin reparos, que la conducta del sujeto que ejecuta la muerte es de partícipe y no de autor.

Visto desde la teoría del acuerdo previo, adoptada en diferentes S. del TS. "el delito se concibe como una totalidad por la que responden todos los codelincuentes. Al establecerse el concierto, cada sujeto se hace solidario con los demás, lo que cada uno realiza, lo realiza por todos. La intervención concreta que cada uno tenga en el delito es un simple accidente, carece de importancia. por ello es indiferente que se tome o no parte en la ejecución".⁵⁷ De esta guisa, si quien no toma parte en la ejecución del delito se debe considerar como autor, con mayor razón lo será quien ejecuta la muerte del que lo solicita.⁵⁸

Antes de terminar con esta tesis, cabe decir que la excesiva amplitud del concepto de autor al que se llega tanto desde el punto de vista dogmático y político criminal, ha dado lugar a su repulsa doctrinal, además de ser ajena a lo dispuesto en la parte especial del Código penal y contraviene lo establecido en los artículos 14 y 16⁵⁹, tal vez esa sea la razón de su paulatino abandono por el Tribunal Supremo.⁶⁰

A partir del concepto restrictivo de autor, según el cual "no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo"⁶¹, podemos hacer referencia a la teoría objetivo formal. Los partidarios de dicha teoría tienen discrepancias, pues algunos consideran que autor en sentido estricto es el del artículo 14.1, mientras que otros afirman que autor en sentido

⁵⁵ Sobre los postulados y la crítica a esta teoría, Cfr. Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* esp. pp. 42 y ss.

⁵⁶ Cfr. Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* esp. pp. 47 y ss.

⁵⁷ Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* p. 74.

⁵⁸ Sobre esta idea, Cfr. Juanatey Dorado, C. *Derecho...* esp. p. 271.

⁵⁹ Cfr. Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* esp. pp. 78 y ss; Mir Puig, S. *Derecho penal (p.g.)* esp. pp. 390-391.

⁶⁰ Cfr. Juanatey Dorado, C. *Derecho...* esp. p. 271.

⁶¹ Mir Puig, S. *D.p. (p.g.)*. p. 392.

estricto sólo puede ser “aquél cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial”⁶², siendo esta última postura la que mejor se ha defendido.⁶³

Así, de acuerdo con los postulados de la teoría objetivo formal, la conducta del que ejecuta la muerte es directamente subsumible en el supuesto de hecho previsto en el artículo 409.2 y, por ello, se debe considerar como una conducta de autor. Esta que es, desde mi punto de vista, la teoría más acertada⁶⁴, servirá de apoyo para demostrar, junto con los criterios legal positivos que presentaré, que la conducta del sujeto que ejecuta la muerte de quien lo solicita, no puede ser otra que la de autor en sentido estricto.

Para la teoría objetivo material, será “autor el sujeto que aportase la contribución objetivamente más importante”⁶⁵. Así, también con esta teoría se puede concluir: el que ejecuta la muerte de quien lo solicita es autor, pues su contribución es tan importante que sin su conducta sería imposible pensar en la muerte del sujeto pasivo.

D. Toma de postura

Desde mi punto de vista, la doctrina ha seguido, por así decirlo, una pista falsa para determinar la naturaleza de la conducta del sujeto que priva de la vida a quien lo solicita.

El origen de esta pista falsa se encuentra en la deficiente técnica legislativa empleada para tipificar, lo que el legislador penal nos ha hecho pensar que son conductas de participación en el suicidio⁶⁶ y la pregunta inmediata es, ¿acaso no son conductas de participación en el suicidio? La respuesta es: «no todas», porque, de acuerdo con una interpretación sistemática del Código penal, la conducta del sujeto que ejecuta la muerte

⁶² Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* p. 219.

⁶³ Cfr. Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* esp. pp. 219-221.

⁶⁴ Aunque se argumenta en su contra el no dar soluciones satisfactorias en los delitos puros de resultado, en los delitos de medios determinado y, sobre todo en la autoría mediata, Cfr, entre otros. Mir Puig, S. *D.p. (p.g.)* esp. p. 393; Jescheck, H. H. *Tratado de D. p. (p.g.)* esp. p. 590; Díaz y García Conlledo, M. *La autoría...* esp. pp. 464 y ss.

⁶⁵ Mir Puig, S. *D.p. (p.g.)* p. 393. También, Cfr. Jescheck, H. H. *Tratado...* esp. pp. 590-591. Sobre su crítica sustentada en una errónea interpretación de la teoría causal, Cfr. Gimbernat Ordeig, E. *Autor y cómplice...* esp. pp. 115-121.

⁶⁶ *Vid. supra.* punto 11, A y B.

de quien se lo solicita no es de participación en un suicidio, sino que comete un homicidio consentido como autor en sentido estricto.

Para demostrar mi afirmación debemos recordar brevemente algunos datos. En primer lugar, es menester tener bien presente que a efectos de la aplicación de la pena, se castiga igual: al autor en sentido estricto⁶⁷; al coautor; al autor mediato; al inductor y, al cooperador necesario. En otras palabras, el legislador penal a través de las causas de ampliación de la punibilidad del artículo 14 en relación con el artículo 49, ambos del Código penal ha establecido un criterio general legalpositivo: «al autor y a los partícipes de un delito se les impone la misma pena», ello, claro está, siempre que se trate del mismo hecho.

En segundo lugar, dejo de lado la problemática en torno a la antijuridicidad del suicidio, porque lo importante aquí es determinar si las conductas descritas en el artículo 409 del Código penal constituyen o no una participación en dicho hecho y, en este sentido, aunque ahora se me dijera que el suicidio es una conducta antijurídica los resultados seguirían siendo los mismos.

Ahora bien, si partimos de la idea que las tres conductas descritas en el artículo 409 del Código penal son de participación en el suicidio, la pregunta siguiente sería ¿acaso se sancionan igual las conductas descritas en el artículo 409.1 y 2 del Código penal? La respuesta al interrogante es evidentemente negativa, pues mientras que el auxilio y la inducción al suicidio se sancionan con prisión mayor, en cambio, la conducta del que ejecuta la muerte se sanciona con Reclusión menor.

Pero, ¿no habíamos quedado que los partícipes en un mismo hecho se deben sancionar igual? por qué entonces, por ejemplo, no se sanciona igual al que induce al suicidio y a quien auxilia hasta el grado de ejecutar la muerte, si de acuerdo con las reglas de ampliación de la punibilidad se debe sancionar igual al inductor y al ejecutor de un hecho.

Desde esta óptica todo se empieza a complicar, porque si ahora ponemos en relación la conducta del que auxilia al suicidio (409.1) y la conducta del que auxilia hasta el grado de ejecutar la muerte (409.2), cabría preguntarse, ¿acaso deberían sancionarse igual?, ¿será lo mismo

⁶⁷ Como he anunciado antes, considero autor en sentido estricto a aquél cuya conducta puede ser directamente subsumible en el tipo previsto en la parte especial del Código penal.

entregar un tubo de barbitúricos que disparar la pistola y matar?, la respuesta es a todas luces negativa, porque la cantidad de injusto en uno y otro caso son distintos.

Claro es que este escollo se podría superar si me dijera, en un intento de justificar lo injustificable, que en realidad la diferencia de penas entre el que simplemente auxilia al suicida y el que ejecuta la muerte, radica en que el auxilio previsto en el 409.1 equivale a la complicidad del artículo 16 del Código penal, mientras que la ejecución prevista en el 409.2 corresponde al artículo 14, lo cual en relación con los artículos 53 y 73, justificaría la diferencia de penas e incluso sería acorde con los criterios legalpositivos establecidos por el legislador en el Código penal español.

Empero, si el auxilio al suicido constituye una complicidad, entonces, ¿por qué se sanciona igual que la inducción?, ¿acaso no es más grave la inducción que la complicidad?, si en el Código penal se sanciona igual la inducción que la autoría, pero a su vez la autoría se sanciona más que la complicidad.

Como es fácil advertir, los criterios legalpositivos que el legislador penal español ha establecido para sancionar la participación, no corresponden a lo dispuesto en el artículo 409, ¿por qué será?, y la respuesta sólo puede ser una, porque la doctrina se ha empeñado en ver una participación en el suicidio ahí donde no existe tal: en el 409.2 del Código penal español.

Si esto es así, entonces, ¿qué es lo que el legislador ha regulado en dicho precepto? la respuesta, como he venido sosteniendo a lo largo de este trabajo de investigación: un homicidio consentido y, por tanto, la conducta descrita en el artículo 409.2 es de autor en el sentido estricto.⁶⁸

Pero, todavía podemos reforzar más la tesis de que los supuestos previstos en el artículo 409.1 son de participación en el suicidio, mientras

⁶⁸ Aunque de opinión distinta es Miguel Díaz y García Conlledo, quien considera "que la imposición de una pena más grave que la del primer inciso del art. 409 se justificaría por la mayor cercanía a la realización de la acción típica por parte del partícipe, que estaría situado en la frontera entre la participación en el suicidio y la autoría del homicidio", cita en: *La autoría...* nota no. 81, p. 239. Como se puede apreciar los intentos para defender la existencia de una participación ahí donde no existe, pueden ir desde modificar conceptos, justificar diferencias de penas entre partícipes que deberían sancionarse igual, hasta llegar, como ocurre en este caso, a crear nuevos niveles dogmáticos: ¿existe una zona intermedia entre suicidio y homicidio que no sea exactamente ninguna de las dos? y de ahí a ¿hay un nuevo nivel intermedio en la teoría de autoría y participación?

que el supuesto de hecho previsto en el artículo 409.2 corresponde a una conducta de autor de homicidio consentido.

Como es bien sabido, el suicidio no está tipificado en el Código penal español, entonces podríamos preguntarnos, ¿qué sucedería si se suprimiera *in mente* el artículo 409 del Código penal?, la respuesta sería, por el principio de accesoriadad, que las conductas de auxilio e inducción al suicidio no constituirían delito alguno y, por tanto, serían impunes, pero, ¿sucedería lo mismo con la conducta del que priva de la vida a quien se lo solicita?, la respuesta nuevamente es negativa, porque, aún sin la existencia del artículo 409, esa conducta seguiría siendo antijurídica y punible, sólo que esta vez quedaría subsumida en el delito de homicidio del artículo 407 y se sancionaría como tal, aunque, según el caso, podría sancionarse como asesinato (artículo. 406) o parricidio (artículo 405).⁶⁹

Por último, a esta interpretación sistemática, que deja bien claro que la naturaleza de la conducta descrita en el artículo 409.2 es de autor, se debe sumar otra muy evidente y es que se trata de una conducta descrita en el mismo tipo del artículo 409.2 y las conductas descritas en el tipo sólo pueden ser consideradas de autor en sentido estricto, como bien sostiene un sector doctrinal de la teoría objetivo formal.⁷⁰

Ya para terminar con este punto, trataré de aclarar cuál fue la razón por la que varios autores han considerado, durante tanto tiempo, que la naturaleza de la conducta de quien ejecuta la muerte es de partícipe en un suicidio.

Al efecto es menester recordar lo que dice el artículo 409 del Código penal, “art. 409. El que *prestare* <auxilio> o <induzca> a otro para que se {suicide} será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo *prestare* hasta el punto de <ejecutar> él mismo la {muerte} será castigado con la pena de reclusión menor.”

Según creo, cuando el legislador empleo el término <prestare>, tanto en el primer supuesto de hecho como en el segundo, dio lugar a pensar

⁶⁹ Analiza este problema desde la perspectiva del concepto de autor en sentido amplio o restrictivo en el Código penal: Díaz y García Conlledo, M. *La autoría...* esp. pp. 177-181 y 237-242.

⁷⁰ Claro es que, con este argumento se me podría cuestionar si entonces también considero a las conductas de auxilio e inducción al suicidio como de autoría, pues igualmente están descritas en el tipo del art. 409.1. Ante ello, mi respuesta sería afirmativa, pero explicar por que ello es así y cual es su fundamentación está fuera de este trabajo de investigación.

que en ambos supuestos estamos ante una participación en el suicidio. Sin embargo, si lo vemos más detenidamente podremos advertir que mientras en el primer supuesto de hecho sí que hace referencia a prestar -algo- para que se suicide, por el contrario, en el segundo supuesto de hecho ya no hace referencia a la expresión para que se suicide, claro que se me podrá replicar que no podía decirlo y efectivamente no lo puede decir en esos términos, pero, en todo caso, sí podría haber dicho «si se los prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte del suicida».⁷¹

De esta guisa, mientras que en el artículo 409.1 el legislador hace referencia al hecho en el que se participa: «suicidio», en el segundo supuesto del artículo 409 omite calificar ese hecho de algo.

Lo anterior se puede subsanar a través del análisis del verbo típico en cada uno de los supuestos de hecho previstos en el artículo 409 y de una interpretación sistemática del título VIII del Código penal.

Así, en la primera parte del artículo 409 los verbos típicos que indican la conducta penalmente relevante son: «auxiliar» e «inducir» y como estos se refieren expresamente al suicidio, no hay problema para sostener que se trata de la participación en un suicidio. Por el contrario, el verbo típico en el segundo supuesto es «ejecutar» y como no califica ese hecho, tenemos que remitirnos a qué significa ejecutar la muerte de alguien en el Código penal, la respuesta es evidente: significa un homicidio, ello se refuerza si tomamos en cuenta su ubicación sistemática en el título VIII del Código penal que se refiere a los delitos contra la vida.

Si esto es así, entonces, ¿cuál es la función de la frase «si se lo prestare»? , desde mi punto de vista su función es de «*enlace* » entre dos hechos que tienen puntos en común pero que son distintos. En efecto, entre el suicidio y el homicidio consentido existe un punto en común: «la voluntad de morir del sujeto pasivo». Y esto es, precisamente lo que el legislador penal ha puesto de manifiesto al regular el homicidio consentido inmediatamente después de tipificar la participación en el suicidio⁷², que lo haya hecho bien o mal esa es otra cuestión, lo cierto es

⁷¹ Es más, recordemos que en el art. 14 del Anteproyecto de Código penal de 1848 sí que se hacía referencia expresa a que se trataba de una intervención en el suicidio donde la conducta del sujeto activo era considerada de cómplice, redacción que fue modificada al presentarse al Senado, para quedar, en general, en los términos que actualmente conocemos. *Vid Supra* Cap. primero, II, inciso C.

⁷² No obstante, Silva Sánchez llega a una interpretación distinta a la aquí sostenida, al decir del 409.2 "sigue siendo un auxilio (si se lo prestare -el auxilio para que se suicide- hasta el punto...)", Cfr. de dicho Autor. "Causación de la propia muerte..." en *ADPCP* p. 463.

que sólo con una interpretación como la aquí presentada se pueden evitar posibles contradicciones sistemáticas derivadas de la aparente falta de correspondencia entre los criterios legalpositivos establecidos en la parte general y la parte especial del Código penal. En otras palabras, sólo así se cumple con la voluntad objetiva de la ley.⁷³

A mayor abundamiento, a la interpretación realizada en función de las penas establecidas en el artículo 409, es acorde con una interpretación propia de un Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que las penas deben ser proporcionales a la gravedad de la lesión causada a los bienes jurídicos tutelados, en este caso del artículo 409.1 y 2 del CPE.

Por todo ello: el supuesto de hecho previsto en el artículo 409.2 es un homicidio consentido y la naturaleza de la conducta del sujeto que «ejecuta la muerte» es de autor en sentido estricto.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER; ARIÁS RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL; ARROYO ZAPATERO, LUIS; BACIGALUPO ZAPATER ENRIQUE y otros. *Código penal comentado*. Madrid. Ed. Akal. 1990. pp. 767-772.

ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. *Manual de Derecho penal, el delito*. Pamplona, España. Ed. Aranzadi. 1985. pp. 427-432.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. “Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal” en *Documentación Jurídica (monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto de Nuevo Código penal)*. no. 37/40. Vol. I. enero-diciembre. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia. 1983. pp. 319-338.

— “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física” en *poder Judicial*. no. especial XII. 1990. pp. 147-162.

BAUMANN, JÜGEN; HANS JOAQUIM BOCKNIK; ANNE-EVA BRAUNECK; ROLF-PETER CALLIES; GERT CARSTENSEN; ALBIN ESER; HANS PETER JESSEN; ARTHUR KAUFMANN; ULRICH KLUG; HANS-GEORG KOCH; MARKUS VON LUTTEROTTI; MICHAEL PERELS; KLAUS ROLINSKI; CLAU ROXIN; HEINZ SCHOCH; WOLFGANG SCHONE; HANS-LUDWIG SCHREIBER;

⁷³ Con este desarrollo creo dar una solución satisfactoria a varias de las interrogantes planteadas por Miguel Díaz y García Conlledo, en *La autoría...* nota 81, pp. 238-239.

Horst Schuler-Springorum, Johannes Teysen; Jürgen Wawersik; Gabriele Wolfslast; Klaus-Joachim Zulch. "proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir". en *ADPCP* trad. Borja Mapelli Caffarena. T. XLI, fasc. III. septiembre-diciembre. Madrid. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. 1988. pp. 833-875.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal (parte especial)*. 2ª ed. Barcelona. Ed. Ariel. 1991. pp. 36-42.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires. Ed. Heliasta. 1979.

CARMONA SALGADO, C; J. J. GONZÁLEZ RUS; L. MORILLAS CUEVAS y, POLAINO NAVARRETE, M. Dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. *Manual de Derecho penal (parte especial)*. T. I. Madrid. Ed. EDESA. 1993. pp. 87-105.

CASTRO VILLACAÑAS, Antonio. "El homicidio con consentimiento de la víctima, la eutanasia y el vigente Código penal español" en *Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios*. año II, no. 13. abril. 1946. pp. 41-55.

COBO DEL ROSAL, Manuel, Boix Reig J.; Berenguer E. Orts y, Carbonell Mateu J. C. y, Vives Antón T. S. *Derecho penal (parte especial)*. 3ª ed. Valencia, España. Ed. Tirant lo blanch. 1990. pp. 553-565.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Manual de Derecho penal, (parte especial)*. T. I. Madrid. Ed. Akal. 1990. pp. 113-123.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho penal*. 14ª ed, revisada por CAMARGO HERNÁNDEZ, César. T. II Vol. II. Barcelona. Ed. Bosch. 1980. pp. 490-501

DÍAZ Y GARCÍA CONILLED, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. Barcelona. Ed. PPU. 1991. pp. 167-245.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis y GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales (vida humana independiente y libertad)*. Valencia. Ed. Tirant lo blanch. 1993. pp. 199-267.

DURKHEIM, Emile. *El suicidio*. 3ª ed. Introducción y estudio previo de Lorenzo Díaz Sánchez. Madrid, Ed. Akal. 1989. 450 pp.

FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo. "Consideraciones en torno a una noción criminalística de la eutanasia" en *Actualidad penal*. no. 47. semana 20-26, diciembre. 1993. § 691-700. También en *CPC*. no. 51. Madrid. Ed. EDERSA. 1993. pp. 755-767.

FERRER SAMA, Antonio. *Comentarios al Código penal*. T. IV. Madrid. Ed. Estades. 1956. pp. 265-274.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice es Derecho penal*. Madrid, Ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. 1966. 349 pp.

—"Inducción y auxilio al suicidio" en *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed.; Madrid, Ed. Tecnos. 1990. pp. 275-286.

GOLDSTEIN, Raúl. *Diccionario de Derecho penal y criminología*. 2ª ed. Buenos Aires. 1978. Ed. Astrea.

GÓMEZ DE LIAÑO, F. *Diccionario jurídico*. 2ª ed., Salamanca, España. Gráficas Cervantes. 1983

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho penal mexicano (los delitos)*. 6ª ed., México, Porrúa. 1961. pp. 83-91.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*. T. IV. Salamanca, España. Esteban Hermanos Impresores. 1891. pp. 399-446.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal (parte general)*. 4ª ed., trad. José Luis Manzanera Samaniego. Granada, España, Ed. Comares. 1993. 913 pp.

JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mexicano*. 4ª ed. T. II. México. Ed. Porrúa. 1979. pp. 141-156.

JUANATEY DORADO, Carmen. *Derecho, suicidio y eutanasia*. Madrid; Ed. Ministerio de Justicia e Interior. 1994. 415 pp.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal (parte general)*. 3ª ed. Barcelona. Ed. PPU. 1990. 865 pp.

MOLINER, María. *Diccionario de uso del español*. Madrid. Ed. Gredos. 1990.

MUÑOZ Conde, Francisco. *Derecho penal (parte especial)*. 8ª ed. Valencia, España, Ed. Tirant lo blanch. 1990. pp. 67-77.

OLESA MUÑIDO, Francisco-Felipe. *Inducción y auxilio al suicidio*. Barcelona, Ed. Bosch. 1958. 138 pp.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código penal (concordado y comentado)*. T. III. 4ª ed. Madrid. Imprenta de Manuel Tello. 1870. pp. 30-33.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal (parte especial)*. 7ª ed. T. II. Madrid, Ed. Mateu Cromo Artes Gráficas. 1988. pp.360-365.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español (parte especial)*. 2ª ed. Vol. I. Barcelona. Ed. J. M. Bosch. 1992. pp. 11-22.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. 2ª ed. puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig. T. I. Vol. I. Madrid, Ed. Revista de Derecho privado. 1972. pp. 365-441.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español (parte especial)*. 16ª ed. Madrid, Ed. Dykinson. 1993. pp. 63-70.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de Derecho penal (parte especial)*. 2ª ed. Madrid, Ed. Trivium. 1987. pp. 50-53.

ROMEO CASABONA, Carlos María. "El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español" en Homenaje a Sainz Cantero; *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. T. II, no. 13. Granada, España, Ed. Universidad de Granada, 1989. pp. 189-205.

ROSAL, Juan del, Manuel. Cobo del Rosal y Gonzalo R. Mourullo. *Derecho penal español (parte especial) "Delitos contra las personas"*. Madrid. Imp. Silverio Aguirre. Madrid. 1962. pp. 266-281.

ROSAL BLASCO del, Bernardo. «La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal» en *ADPCP*. T. XL. fasc. I. enero-abril. Madrid, Ministerio de Justicia. 1987. pp. 73-97.

SICARS Y SALVADO, Narciso. *El suicidio jurídicamente considerado*. Barcelona, Imprenta de Barcelona. 1902. 184 pp.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a propósito de la S. TS. 8 de julio de 1985, ponente Cotta y Márquez de prado)" en *ADpCp*. T. XL. fasc. II. mayo-agosto. Madrid. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia. 1987. pp. 451-477.

TAPIA, Ambrosio. "suicidio" en *Enciclopedia jurídica: Española*. T. XXIX. Barcelona, Ed. Seix. pp. 234-238.

TORIO LÓPEZ, Ángel. "Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos" en *Estudios penales y Criminológicos*. T. IV. Universidad de Santiago de Compostela. 1981. pp. 169-202.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. "Relevancia jurídico-penal de la eutanasia" en *CPC*, no. 37. Madrid, Ed. EDERSA. 1989. pp. 155-189.

VIVES ANTÓN. T. S., J. Boix Reig, E, Orts Berenguer, J. C. Carbonell Mateu y J. L. González Cussac. *Derecho Penal (parte especial)*. Valencia. Ed. Tirant lo blanch. 1993. pp. 555-567.

Jurisprudencia Criminal (Colección completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en los Recursos de Casación y Competencias en materia Criminal desde la instalación de sus Salas Segunda y Tercera en 1870). no. 200. T. 55. Madrid. Ed. Revista general de Legislación y Jurisprudencia. 1896. pp. 412-415.

Jurisprudencia Criminal. no 1235. Madrid. Ed. Oficial del Ministerio de Justicia. 1978. pp. 540-550.