

DELIMITACIÓN DE ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

(A propósito de la disposición sobre la vida en el
auxilio ejecutivo al suicidio y la eutanasia)

MERCEDES ALONSO ÁLAMO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

Resumen: A partir de la discusión sobre las bases constitucionales del derecho a disponer sobre la propia vida y del reconocimiento legislativo (limitado) del principio de autorresponsabilidad de la víctima se defiende la tesis de que el componente interaccionista de determinados tipos penales disminuye el desvalor de acción.

Abstract: Starting from a discussion of the constitutional bases for the right to dispose of one own's life and of the (limited) legislative recognition of the principle of selfresponsability of the victim, we argue that the interactionist component of certain types diminishes the action disvalue.

Palabras clave: Derecho a disponer sobre la propia vida. Ámbitos de responsabilidad. Imputación objetiva. Desvalor de acción.

Key words: Right to dispose of one own's life. Domains of responsibility. Objective imputation. Action disvalue.

I. DISPONIBILIDAD SOBRE LA VIDA

1. Bases constitucionales

Con la Constitución española en la mano no se puede afirmar como incuestionable la existencia de un derecho fundamental a disponer sobre la propia vida. Rey Martínez ha expuesto con claridad los cuatro modelos que, con apoyo en la Constitución, pueden arti-

cularse en torno a la eutanasia y que, por su importancia a los fines de este trabajo, pasamos a sintetizar¹.

El primero es el modelo de la «eutanasia constitucionalmente prohibida». Parte de que la vida es objeto de protección absoluta en el artículo 15 de la Constitución, se presenta asociado a ideologías conservadoras, y encuentra apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la vida no es un bien del que puede disponer su titular. Para los partidarios de este modelo, el suicidio no es un derecho fundamental sino una simple libertad fáctica. En contra de lo que pudiera parecer, este modelo, afirma Rey Martínez, goza «de una mala salud de hierro»².

El segundo modelo es el de la «eutanasia como derecho fundamental». Opuesto al modelo anterior, sus partidarios sostienen que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución española incluye en su contenido el derecho a disponer de la propia vida. De manera que no sólo el suicidio sino incluso la eutanasia activa directa serían manifestaciones del ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Esta posición debería consecuentemente conducir a sostener la inconstitucionalidad del artículo 143.4 del Código penal español, que incrimina la eutanasia activa directa y la cooperación necesaria en situaciones de eutanasia, pues no parece compatible «la existencia simultánea del reconocimiento de un derecho, nada menos que por la Constitución, y su prohibición absoluta, nada menos que por el legislador penal»³. De llevarse el razonamiento a sus últimas consecuencias, lo mismo habría que sostener en relación con las conductas de participación en el suicidio y con el auxilio ejecutivo al suicidio.

El tercer modelo es el de la «eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable». Considerado por el citado autor como «una variante, técnicamente más rigurosa, del modelo anterior», este modelo parte de que de la Constitución no se deriva un derecho fundamental a terminar con la propia vida de forma activa, pero a continuación matiza que la cláusula general de libertad del artículo 1.1 de la Constitución ampararía conductas, como el suicidio, que no afectan a bienes jurídicos ajenos. La prohibición del suicidio sería por ello inconstitucional. En cambio, el legislador penal tendría las puertas abiertas tanto para incriminar la eutanasia activa directa, en atención a intereses públicos (como el control de posibles abusos)

¹ Sobre estos modelos ya en la recensión al libro de Rey Martínez, *Eutanasia y Derechos fundamentales*, ALONSO ÁLAMO, en RECPC 10-r3 (2008).

² REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Tribunal constitucional, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 84.

³ REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., p. 85.

como para despenalizarla. Por otra parte, de acuerdo con este modelo, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva formarían parte del derecho fundamental a la integridad del artículo 15 de la Constitución⁴, de manera que el fundamento de la impunidad de estas modalidades de eutanasia discurre por una vía constitucional propia e independiente de la discusión en torno a la eutanasia activa directa.

El cuarto modelo es la eutanasia como «excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida». Este modelo, defendido por Rey Martínez, se presenta como más restrictivo que el anterior. Parte, como aquél, de que no hay un derecho fundamental a disponer de la propia vida. Pero va más allá y afirma que no hay un derecho al suicidio (aunque tampoco un deber de vivir), que el suicidio no es una libertad constitucionalmente amparada, y que, menos aún, puede considerarse la eutanasia activa directa como un derecho o una libertad constitucionalmente amparada aunque limitable por ley. El acento se sitúa, por decirlo así, en el reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Ésta es la regla. Por ello no es inconstitucional la incriminación de la eutanasia activa directa. Sin embargo, «el legislador penal, en atención a otros bienes, incluso de rango constitucional, como el derecho frente al dolor dentro de la integridad personal protegida en el art. 15 CE, también podría despenalizarla bajo ciertas condiciones». Ésta es la excepción⁵.

Sólo los partidarios del modelo de la «eutanasia como derecho fundamental» sostienen que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución («sólo o en relación con otros derechos o principios constitucionales» como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, el valor libertad, o la libertad ideológica) «incluye en su contenido el derecho a disponer de la propia vida por su titular»⁶. Por otra parte, importa recordar que el derecho a disponer de la vida es rechazado por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷.

⁴ REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., pp. 86 y ss. Vid. también la fundamental obra de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 325 y ss. y 379 y ss.

⁵ REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., p. 88.

⁶ REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., p. 85.

⁷ Sobre ello, REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., pp. 149 y ss.

2. La intervención de terceros

El modelo de la eutanasia como derecho fundamental o eutanasia permitida no explica satisfactoriamente cómo se transita desde el pretendido derecho a morir a la legitimación de la conducta de terceros, es decir, cómo se erige en derecho fundamental la eutanasia activa directa. Es significativo que incluso quienes parten, en relación con el ordenamiento constitucional español, de la primacía de la libertad personal, entendida como derecho de autodeterminación, sobre la vida, tienen que aceptar que dicho derecho fundamental actúa sólo en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas y no entre los particulares entre sí⁸. No hay un derecho subjetivo a morir, ni hay un derecho a que otro ejecute la muerte solicitada ni un deber de ejecutar la muerte de quien la pide⁹.

Ni aun reconociendo, lo que es discutible como se desprende de la exposición anterior, que el derecho a la vida encerrara el derecho a disponer de la misma, puede derivarse de ello prescripciones para terceros hasta el punto de reconocer el derecho a ejecutar la muerte de otro. El que auxilia a morir hasta el punto de ejecutar la muerte no actúa en el ejercicio del derecho a disponer de la vida por el titular, aunque éste estuviera conforme con su muerte, la consintiera o, más aún, la pidiera con insistencia. Ni el valor libertad del art. 1.1 de la Constitución española ni el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 podrían ser invocados en su favor. Ni el consentimiento, ni el acuerdo, ni la petición, son suficientes para legitimar la causación de la muerte de un tercero, haciendo retroceder el derecho fundamental a la vida. En este sentido afirma Rovira con rotundidad que «en defensa de la dignidad, nadie está autorizado a colaborar decisivamente en la muerte de otro, porque el derecho a mi vida puede y debe ser un límite absoluto para los demás...», y añade: «la naturaleza y alcance del Derecho a la vida en la Constitución española, no permite la disposición libre de la vida de otro a partir de su simple consentimiento porque, se mire como se mire, en esta clase de actuaciones el tercero lesiona el derecho a la vida de otro, protegido por el artículo 15...»¹⁰.

⁸ QUERALT, *Algunas repuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés*, La Ley, n.º 6935, 2008, passim. Ya antes, el mismo, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3.ª ed., Bosch, 1996, p. 8.

⁹ Al respecto, QUERALT, *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, A.D.P.C.P., 1988, p. 121. Se refiere a que no hay un deber de ejecutar una muerte a petición, GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XXXI, 1995, p. 21.

¹⁰ ROVIRA, *Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado*, Revista de las Cortes Generales, 67, 2006, p. 18.

No hay duda de que el Derecho penal no puede sin más retroceder, por la presencia de la conformidad, ante conductas de terceros atentatorias contra la vida. Cuestión distinta es cómo deba intervenir y, más precisamente, si ha de establecer una pena atenuada en el auxilio ejecutivo al suicidio en atención a que la víctima acepta su muerte, la pide o la consiente y si en situaciones de eutanasia se puede llegar a excluir totalmente la pena y, en tal caso, con qué fundamento, a cuyo efecto es preciso distinguir entre las diferentes supuestos de eutanasia. Pues mientras en situaciones de eutanasia pasiva y de eutanasia activa indirecta cabe invocar el derecho fundamental a la integridad moral y el principio de dignidad (o la integridad física según una extendida corriente doctrinal), en situaciones de eutanasia activa directa la invocación de la dignidad puede llevar, a lo sumo, a dejar el comportamiento fuera del Derecho penal por razones de culpabilidad. En el Código penal español vigente la petición expresa, seria e inequívoca no conduce sin más a dejar fuera del derecho penal los comportamientos de terceros. En situaciones de eutanasia activa directa la petición de la víctima fundamenta la atenuación del injusto (como en el auxilio ejecutivo al suicidio). Pero a ello se añade una situación objetiva (la enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar) que disminuye (y *de lege ferenda* podría llegar a excluir) la culpabilidad.

3. Delimitación del objeto de este trabajo

En otro lugar hemos sostenido, a propósito de la eutanasia, que la regulación del artículo 143.4 del Código penal, que contempla la eutanasia activa directa (además de la cooperación necesaria no ejecutiva mediando un contexto eutanásico), responde a un doble fundamento, a una doble *ratio* atenuatoria: al menor contenido de injusto en atención a la petición expresa, seria e inequívoca, y a la menor culpabilidad en atención a la grave enfermedad y a los graves padecimientos (por su parte, en el auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3 concurre sólo la atenuación por razones de injusto)¹¹. Del fundamento dogmático de la disminución de la culpabilidad en tales supuestos, sosteniendo que las características que delimitan el llamado contexto eutanásico son características objetivas de la culpa-

¹¹ ALONSO ÁLAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal. (A la vez, una contribución sobre el tratamiento penal del acto médico)*. Revista Penal, n.º 21, 2008, pp. 44 y ss.

bilidad, también nos hemos ocupado en otro lugar¹². En estas páginas, vamos a tratar de fundamentar dogmáticamente la característica de la petición (expresa, seria e inequívoca) en relación con la eutanasia activa directa del art. 143.4 del Código penal, y de la aceptación de la muerte en el auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3 como un problema de injusto y, más precisamente, de imputación objetiva.

II. DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA Y DELITOS CONTRA LA VIDA

1. Planteamiento

El consentimiento, el acuerdo o la petición del titular del bien jurídico no eximen de responsabilidad en los delitos contra la vida¹³. En el Código penal español, los únicos supuestos en que la conducta es atípica, y ello si media petición expresa, seria e inequívoca, son los constitutivos de eutanasia pasiva y de eutanasia activa indirecta (no comprendidos en el artículo 143. 4) pero ello no obedece a la presencia de la «petición», o no sólo, sino a la presencia adicional de un «contexto eutanásico» (la enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar), como queda dicho, y a que, como se dirá, viene en consideración el derecho constitucional a la integridad personal (en particular, a la integridad moral).

A menudo se invoca, para afirmar la irrelevancia del consentimiento en los delitos contra la vida, un argumento de Derecho positivo: se halla incriminado el auxilio ejecutivo al suicidio o la eutanasia activa directa (además de conductas de participación en el suicidio).

Otras veces se pone el acento en la dimensión social de la vida o se afirma, apriorísticamente, que es irrenunciable o indisponible, y que

¹² ALONSO ÁLAMO, *Eutanasia activa directa del artículo 143.4 del Código penal: fundamento de la atenuación*, en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, II, Edisofer, 2008, pp. 1756 y ss. En este libro homenaje, publicado después de concluido el presente trabajo, vid. acerca de la disponibilidad sobre la vida desde una perspectiva constitucional, HORMAZÁBAL MALARÉE, *La eutanasia: Un caso de colisión de principios constitucionales*, p. 2040 y ss., JORGE BARREIRO, *Reflexiones sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia a la luz del Código Penal español de 1995*, pp. 2070 y ss., ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *Sobre la disponibilidad de la vida*, p. 1973.

¹³ Sin entrar en la discusión sobre la relevancia del consentimiento en el homicidio culposo que plantea problemas específicos que no afectan al objeto de este trabajo. Sobre ello infra, nota 28.

no puede invocarse, por inaceptable, o por la mencionada dimensión social de la vida, el principio de ausencia de interés del titular del bien jurídico, incurriéndose, en ocasiones, en una argumentación circular.

A ello se añade que de la Constitución española, como antes se mostró, no cabe extraer una respuesta definitiva que sea comúnmente aceptada. Así, la Constitución deja abiertas las puertas tanto a la incriminación de la eutanasia activa directa (o de la cooperación necesaria no ejecutiva en el suicidio de otro) mediando un contexto eutanásico, como a su eventual despenalización. Ni del valor libertad, ni del libre desarrollo de la personalidad (como tampoco de la dignidad, ni del derecho a la integridad física, ni del derecho a la integridad moral) puede extraerse una respuesta indiscutible acerca de hasta donde se debe extender la protección penal de la vida¹⁴.

2. El derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo

Las afirmaciones anteriores requieren alguna precisión. La autonomía personal y el derecho a tomar decisiones sobre el propio cuerpo adquieren reconocimiento creciente. Ello conduce a una protección más matizada de la vida bajo determinados presupuestos.

Así, la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de 14 de noviembre de 2002, reconoce el derecho del paciente a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley. En consecuencia, imponer un tratamiento médico no consentido, incluso si es un tratamiento salvador, puede dar lugar a responsabilidad penal.

Por otra parte, el derecho a tomar decisiones sobre la propia salud, o derecho de autodeterminación corporal, que según el Tribunal Constitucional está implícito en el derecho a la integridad física del

¹⁴ Por el contrario, COBO DEL ROSAL/CARBONELL han sostenido, con base en los artículos 1 y 10 de la Constitución, la irrelevancia de la vida no deseada libremente por su titular. Así en: *Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales*, en Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, I, 12, 1987, pp. 65 y ss. Ello conduce a sostener la falta de adecuación del artículo 143 a los valores constitucionales, CARBONELL MATEU, *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. Vives Antón), Vol. I, tirant lo blanch, 1996, p. 749. Sobre la primacía de la autodeterminación sobre la vida, también, QUERALT, *Algunas repuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés*, cit., passim.

artículo 15 de la Constitución, ha sido invocado como fundamento de la despenalización de la eutanasia pasiva y de la eutanasia activa indirecta¹⁵.

Según esta interpretación, el titular de la vida puede decidir no instaurar o no continuar con el tratamiento médico que le mantiene con vida, lo que significa que puede decidir sobre la vida y que su decisión arrastra, por decirlo así, a terceros o a profesionales de la medicina cuya posición de garantía decae, que han de dejarle morir, desconectarle, o, en su caso, si concurren los requisitos del artículo 143.4 o los que el legislador penal en el uso de la discrecionalidad legislativa pudiera establecer, proporcionarle el adecuado tratamiento paliativo aunque de ello pudiera derivarse un acortamiento de la vida.

Aceptando las conclusiones, entendemos, sin embargo, que la interpretación anterior puede y debe ser matizada desde el punto de vista del fundamento constitucional invocado, es decir, de cómo discurre el razonamiento a partir del derecho a la integridad física. Dicho derecho se invoca primero para afirmar el derecho a decidir sobre el propio cuerpo, y después, dando un paso más, se invoca para fundamentar la eutanasia pasiva y la activa indirecta. Se produce así la situación paradójica de que lo que empieza siendo denominado derecho a la integridad física acaba fundamentando determinadas modalidades de eutanasia. Partiendo de esta concepción amplia de la integridad física, la imposición de un tratamiento salvador en contra de la voluntad del paciente debería constituir un delito de lesiones (que debería comprender los ataques a la autodeterminación corporal) y no un delito de coacciones o un delito contra la integridad moral. Frente a ello cabe buscar el apoyo constitucional al derecho a decidir sobre la propia salud en el valor libertad del artículo 1.1 de la Constitución, o en el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10, y en el derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15, entendiendo por tal la última concreción de la dignidad que comprende, entre otros, el derecho a ser tratado como persona, a no ser instrumentalizado y, en su caso, a no ser objeto de encarnizamiento terapéutico.

Pero, con independencia de que se acepte o no el apoyo constitucional del derecho a rechazar el tratamiento en el derecho a la integridad física en tanto derecho a la autodeterminación personal, o

¹⁵ Vid. en este sentido, REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., pp. 89 y ss., donde se refiere a este «nuevo» derecho a decidir que está transformando todo el Derecho de la salud, p. 91. Vid. también, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, cit., pp. 340 y ss.,

de que se haga descansar, como estimamos preferible, en el derecho a la integridad moral estrechamente vinculado a la dignidad de la persona, que se fundamenta en la autonomía¹⁶ aunque no se confunde con ésta (*no es* autonomía) y en el valor libertad o en el libre desarrollo de la personalidad, no cabe duda de que a partir del reconocimiento del derecho del paciente a rechazar el tratamiento, no puede seguir afirmándose con rotundidad que la vida se protege de forma plena y que es absolutamente indisponible. En rigor, la misma distinción entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles es, como ya señalara Noll, tautológica y carente totalmente de significado¹⁷.

3. Petición, aceptación y discrecionalidad legislativa

Como se desprende de la exposición inicial, ni se violenta la prohibición de exceso constitucional si se protege la vida frente a conductas activas y directas (como tampoco si se protege frente al auxilio necesario no ejecutivo mediando un «contexto eutanásico»), ni tampoco de la Constitución puede deducirse un mandato de criminalización para proteger de forma absoluta la vida. La vida es «limitable» por el juego de otros derechos fundamentales, principios o valores, o «exceptuable», bajo determinadas condiciones¹⁸. En su caso, la restricción de su protección penal, incluida la eventual despenalización de la eutanasia activa directa, entraría dentro del margen de discrecionalidad legislativa en materia penal, que se desenvuelve con independencia de la teoría del bien jurídico¹⁹.

En el ejercicio de la discrecionalidad legislativa el legislador español otorga eficacia meramente atenuatoria a la voluntad del titular de la vida en relación con las conductas descritas en los números 3 y 4 del artículo 143 del Código penal. Partiendo, pues, del Derecho positivo vigente vamos a fijar la atención en el auxilio ejecutivo al suicidio y en la eutanasia activa directa.

¹⁶ GONZÁLEZ VICÉN, con referencia a Kant, en *El principio de autonomía y el concepto del Derecho*, en *De Kant a Marx* (Estudios de historia de las ideas), Fernando Torres, Editor, 1984, pp. 41 y ss.

¹⁷ NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW, 1965, p. 15.

¹⁸ REY MARTÍNEZ, *Eutanasia y derechos fundamentales*, cit., pp. 86 y s.

¹⁹ Sobre esto, HASSEMER, *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, traduc. Spínola Tártalo, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, R. Hefendehl (ed.), edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, 2007, p. 100.

La incriminación de conductas de participación en el suicidio —de inducción y, mediando o no una situación de eutanasia, de auxilio necesario no ejecutivo— plantea problemas particulares de fundamentación cuyo estudio detenido excede del marco de este trabajo. Baste señalar que por encima de las diferencias materiales que puedan apreciarse entre la autopuesta en peligro o la autolesión, de un lado, y la heteropuesta en peligro o heterolesión consentidas, de otro lado, o de la función que deba cumplir el principio de accesoriedad en materia de participación en este campo²⁰, planea el problema del suicidio en sí mismo considerado, como una realidad psicológica compleja que debe ser atendida, acudiendo a los datos que proporcione la investigación psicológica o psicopatológica²¹, en el momento de adoptar la decisión político legislativa de incriminar o no la participación en un hecho impune de acuerdo con criterios de racionalidad.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACEPTACIÓN Y DE LA PETICIÓN

1. Fórmulas legales. Delitos de encuentro.

Hay que destacar la distinta formulación de los tipos de delito objeto de consideración.

El artículo 143.3 se refiere a la cooperación (en el suicidio) hasta el punto de ejecutar la muerte. La fórmula presenta una relativa am-

²⁰ Ampliamente invocadas a partir del la situación del Derecho alemán cuyo Código penal incrimina el homicidio a petición —parágrafo 216— pero no el auxilio no ejecutivo al suicidio. Vid. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, 1998, pp. 44 y ss., y 195 y ss.

²¹ Sobre la consideración del suicidio como un hecho psicológico singular, no necesariamente patológico, que puede aconsejar la intervención penal frente a la participación, y de acuerdo con Ringel, TORIO LÓPEZ, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, 1981, pp. 178 y ss. En sentido diverso, considerando que la participación no ejecutiva en el suicidio *debe* ser impune, como sucede en Alemania, en los casos en que una persona dispuesta a morir ha tomado la decisión en un estado de plena responsabilidad, por lo que no estaría justificado el paternalismo estatal, y partiendo del criterio de que «la protección de bienes jurídicos tiene por objeto la protección de los otros y no la protección frente a uno mismo», ROXIN, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, traduc. de Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, R. Hefendehl (ed.), cit., pp. 450 y ss.

bigüedad lo que conduce bien a poner el acento en la causación de la muerte y a considerar que se trata de un homicidio mediando conformidad (consentimiento o aceptación), bien a poner el acento en la aceptación de la muerte y a considerar que se trata de un suicidio ejecutado por otro, esto es, de un suicidio en sentido jurídico²².

No se incrimina propiamente un homicidio (consentido), pero tampoco estamos ante una mera participación en un hecho ajeno. El auxilio ejecutivo presenta sustantividad propia frente al auxilio necesario no ejecutivo, pero en la legislación española ambos delitos gravitan en torno al problema del suicidio. El delito encierra bilateralidad. Desde la perspectiva del que ejecuta la acción que conduce a la muerte, hay una intervención ejecutiva en un hecho impune, el suicidio. Desde la perspectiva de la víctima, o mejor, del titular de la vida, se trata de un suicidio, lo que debe entenderse en el sentido de que el suicida acepta la muerte, quiere morir, siendo suficiente que conste dicha voluntad, sin que el Código penal precise la génesis de la decisión ni requiera que medie petición. El control inmediato del curso causal está en manos del ejecutor, pero el suicida mantiene el dominio sobre su decisión de morir y puede exigir del ejecutor la renuncia al hecho o el desistimiento activo²³. De no ser atendida su voluntad de detener el curso causal pudiendo hacerse, no cabría apreciar el tipo atenuado sino el homicidio o, en su caso, el asesinato toda vez que no podría seguir hablándose de suicidio. Entendemos que el suicida no es autor en sentido técnico y que su consideración como autor material puede conducir a equívocos²⁴. El delito surge para incriminar directamente al que auxilia hasta el punto de ejecutar la muerte (vale decir que el auxilio ejecutivo ha sido elevado a autoría) ya que, de un lado, parece que no se tratara sólo de otorgar eficacia atenuatoria al consentimiento en relación con el homicidio, y, de otro, el suicidio es una conducta atípica pero el legislador ha querido incriminar el auxilio necesario y, con más razón, el auxilio ejecutivo. A nuestro juicio, no concurre tampoco una propia coautoría toda vez que la necesaria contribución del suicida al delito es una contribución atípica. Por otra parte, el tipo no exige que la muerte sea solicitada, ni exige que el suicida haga surgir *ex novo* la decisión de au-

²² Información sobre las diferentes posiciones doctrinales en Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, tirant lo blanch, 1997, pp. 194 y ss.

²³ VALLE MUÑIZ, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4.ª ed., Aranzadi, 2004, p. 73.

²⁴ Sin embargo, señala MUÑOZ CONDE que autor en sentido material es el que no quiere vivir más que es el que tiene el dominio del hecho u organiza su propia muerte aunque esta sea ejecutada por otra persona, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16 ed., tirant lo blanch, 2007, p. 72.

xiliarle hasta el punto de ejecutar la muerte por lo que tampoco puede hablarse de inducción del suicida al ejecutor aunque cabe imaginar supuestos en que concurren los elementos de la inducción.

Entendemos que la estructura del tipo responde a la de los delitos de encuentro²⁵, es decir, a la de aquellos delitos que sólo pueden ser cometidos con la intervención de más de una persona y en los que cada uno de los intervinientes lo hace desde un ángulo distinto. El suicida es un partícipe necesario impune. Impune porque el suicidio no constituye delito y porque desde su perspectiva se trata de un verdadero suicidio. Si la muerte no se consumara no podría hacersele responder, en su caso, a título de inducción. Más aún, el tipo no sólo exige la participación de la víctima sino que está pensado para su protección. Esta afirmación puede ser cuestionada *de lege ferenda* por quienes entiendan la vida indisolublemente unida a la disponibilidad sobre la misma, pero *de lege lata* es la única interpretación posible.

El legislador español ha elevado a comportamiento típico la intervención ejecutiva en un hecho impune (al igual que lo ha hecho con la inducción y el auxilio necesario al suicidio). El tipo se erige sobre la aceptación de la muerte e incrimina la conducta de un tercero como autor de un auxilio ejecutivo al suicidio. Este delito sólo puede ser cometido con la conformidad de la otra parte por lo que estamos ante un particular delito de encuentro.

Cabe decir que lo decisivo es la *aceptación* de la muerte, cualquiera que sea el motivo o la razón que lleve a tal decisión siempre que la decisión sea adoptada por un sujeto imputable²⁶ capaz de otorgar consentimiento válido, y que el tercero integre o complemente la decisión ejecutando la muerte. La aceptación es una característica implícita del tipo. La atenuación de la pena, respecto del homicidio, para quien auxilia «hasta el punto de ejecutar la muerte» descansa, precisamente, en la aceptación de la muerte por quien tiene voluntad de morir.

Por su parte, el artículo 143.4 exige la *petición* expresa, seria e inequívoca. Estructuralmente se trata también de un delito de encuentro cuya singularidad respecto del tipo anterior reside en que introduce una atenuación adicional de la pena, una hiperatenuación, en atención a que, a la mencionada petición, que se requiere sea expresa, se

²⁵ Sobre tales delitos, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traduc. Olmedo Cardenete, 5.ª ed., Comares, 2002, pp. 399 y 751.

²⁶ Sobre la exigencia de la capacidad de la víctima para que haya suicidio, TORIO LÓPEZ, *La noción jurídica del suicidio*, en Estudios de Derecho Público y Privado, II, ofrecidos al Dr. Ignacio Serrano y Serrano, Universidad de Valladolid, 1965, pp. 659 y ss.

ria e inequívoca, se añade la presencia del llamado contexto eutanásico, esto es, la enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (aspecto este último cuyo examen, como queda dicho, no procede aquí).

2. La controvertida naturaleza jurídica de la aceptación y de la petición

2.1. Eficacia atenuatoria de *lege lata*

Lo primero que cabe constatar es que estamos ante supuestos de conformidad del titular del bien jurídico que llevan consigo una disminución, no una exclusión, de la pena. La conformidad constituye una característica típica, implícita en el caso de la aceptación del auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3, explícita en el caso de la petición del artículo 143.4 en relación con situaciones de eutanasia. En ambos casos, la conformidad despliega una eficacia meramente atenuatoria.

2.2. Eficacia atenuatoria de *lege ferenda*

En segundo lugar, cabe señalar que el consentimiento no sólo no despliega *de lege lata* una función excluyente de la responsabilidad en los delitos contra la vida sino que tampoco parece que pueda hacerlo *de lege ferenda*, y ello con independencia de la intelección del consentimiento como causa de justificación o como causa excluyente del tipo²⁷ y con independencia de la discusión sobre la relevancia del consentimiento en el homicidio imprudente²⁸.

²⁷ Sobre el debate acerca de si el consentimiento excluye la antijuricidad o la tipicidad y la distinción desde Geerds, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I*, 4.^a Aufl., Verlag, 2006, parágrafo 13, A, II, marginales 2 y ss., pp. 540 y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 402 y ss., CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, II*, 6.^a ed., Tecnos, 1998, p. 332, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7.^a ed., Reppertor, 2004, pp. 505 y ss., DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, 1995, pp. 57 y ss., SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, tirant lo blanch, 2000, pp. 54 y ss.

²⁸ MIR PUIG, *Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente*, ADPCP, 1991, pp. 259 y ss. donde sostiene que en estos casos «lo que se valora positivamente no es una decisión de morir, de renunciar al bien jurídico de la vida, sino de vivir arriesgadamente» por lo que la cuestión de la relevancia del consentimiento en el delito impru-

La intelección del consentimiento como causa de justificación en los delitos contra la vida —presupuesto que el derecho a la vida no contiene en sí un derecho a renunciar a la misma y que por consiguiente no cabe invocar la ausencia de interés del titular como principio rector— pasaría por aceptar en un juicio de ponderación la primacía de la libertad o de la autodeterminación personal sobre la vida, o la primacía de la integridad moral o de la dignidad sobre la vida. Se trataría de acudir a una ponderación de bienes, intereses o valores, de situarlos en los platillos de una balanza, y observar como la balanza no se inclina del lado de la vida, o de reconocer la presencia de un interés jurídicamente protegido oponible a la vida y capaz de otorgar eficacia justificante al consentimiento. Esta interpretación debe rechazarse. A la perplejidad que suscita esa balanza en la que «los derechos se pesan con tanta precisión» pero que nadie sabe «dónde está y como se usa» y los problemas de inseguridad jurídica que lleva consigo²⁹, se añade, en relación con los delitos aquí considerados, las serias dificultades, a partir de la Constitución, para hacer prevalecer la libertad, la dignidad u otro bien jurídico sobre la vida.

La intelección del consentimiento como causa de exclusión del tipo trasladaría el problema a un terreno distinto al atender no a la ponderación de bienes o valores sino al de la imputación objetiva³⁰. Con carácter general, señala Roxin que no hay lesión de un bien ju-

dente se resuelve al margen de la cuestión de si la vida es o no disponible por su titular, loc. cit., p. 267. Sobre la necesidad de distinguir entre las situaciones de suicidio y la heterolesión o heteropuesta en peligro consentida en la conducta imprudente contra la vida, vid. también CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 46 y ss. Por el contrario, considera que carece de significación jurídica el consentimiento expreso o presunto en una acción imprudente que ponga en peligro y lesione la vida, TORÍO LÓPEZ, *Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho Penal*, en Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 719 y ss. También considera punible la heteropuesta en peligro consentida en delito imprudente, GIMBERNAT ORDEIG, *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*, en Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, tirant lo blanc, 2004, pp. 445 y ss., el mismo, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, ADPCP, 2005, pp. 734 y ss.

²⁹ GARCÍA AMADO, *Discriminaciones indirectas y equívocos derechos (a propósito de la STC 3/2007, de 15 de enero, y del ATC 200/2007 de 27 de marzo)*, La Ley, n.º 6748, edición digital, p. 1.

³⁰ Sobre los criterios materiales de delimitación y la consideración del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad por razones de no imputación en atención a la responsabilidad de la víctima y no del autor (principio de responsabilidad), JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Müller Verlag, 2006, pp. 16 y ss. y 22 y ss. Sobre la delimitación de ámbitos de responsabilidad como presupuesto de la imputación objetiva, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Aranzadi, 1998, pp. 100 y ss.

rídico si la acción se basa en una disposición del titular de dicho bien jurídico y es expresión de su libertad³¹. Pero lo cierto es que, pensamos, la ley establece límites a la disposición sobre la vida y mal puede hablarse de un derecho a disponer de la vida como expresión del libre desarrollo del individuo. *De lege lata* no puede sostenerse que el consentimiento excluya la tipicidad en los delitos contra la vida y tampoco parece que quepa proponerlo *de lege ferenda* si aceptamos, como aquí se viene sosteniendo, que el derecho a la vida no alberga en su seno el derecho a disponer de la misma, lo que es particularmente claro en relación con las conductas de terceros.

2.3. Disminución de la gravedad del injusto

La disposición sobre la vida o la conformidad en la muerte, sea mediante su aceptación sea a través de la petición expresa, seria e inequívoca (mediando una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar) disminuye la gravedad del injusto.

Así como hay tipos penales en los que la acción ha de realizarse en contra de la voluntad del titular del bien jurídico (como por ejemplo en el allanamiento de morada del artículo 202 del Código penal) o sin la voluntad del titular del bien jurídico (como en el hurto del artículo 234 del Código penal) de manera que si media acuerdo no se cumple el tipo de la injusto, cabe constatar que la petición o la aceptación de la lesión por el titular del bien jurídico aparece incorporada positivamente a los tipos penales aquí considerados siquiera sea con eficacia meramente atenuatoria. La relevancia de la conducta de la víctima ha sido tenida en cuenta en las legislaciones ya antes del desarrollo de la moderna victimodogmática³². En el ámbito de los delitos relacionados con el suicidio del artículo 143. 3 y 4 la aceptación o la petición de la muerte fundamentan la disminución del injusto típico. Esto no quiere decir, como se expone en el apartado siguiente, que los tipos de los delitos contra la vida requieran implícitamente un ataque a la voluntad o a la libertad y que, al faltar tal ataque en los

³¹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., parágrafo 13, B, I, marginal 12, p. 545.

³² Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática*, en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 635. A la aparición de la moderna victimodogmática se refiere K. MADLENER en *La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología. En Homenaje a J. M. Rodríguez Devesa, II, UNED, Madrid, 1989, p. 12.

mencionados delitos relacionados con el suicidio, se proceda a la disminución del injusto en atención al menor desvalor de resultado. En rigor, los tipos del artículo 143. 3 y 4 están ahí precisamente porque el homicidio no es, además de un delito contra la vida, un delito contra la voluntad. Por otra parte, los tipos del artículo 143. 3 y 4 contienen una formulación positiva, la petición o, implícitamente en relación con el auxilio ejecutivo al suicidio, la aceptación. Si los tipos antes mencionados del allanamiento de morada o del hurto exigen la oposición o el desacuerdo, de donde se deriva que la conformidad excluye el tipo, los tipos del artículo 143. 3 y 4 exigen positivamente la aceptación o la petición y otorgan a la conformidad una eficacia meramente atenuatoria. ¿Por qué?

2.3.1. Disminución del desvalor de resultado

Podría sostenerse, en primer lugar, que la eficacia atenuatoria de la aceptación o de la petición de la víctima se funda en el menor desvalor de resultado. Ello sería así de aceptarse que, en los delitos contra la vida, además del ataque a la vida, concurre un ataque adicional a la libertad o a la autodeterminación personal. Esta tesis presupone entender que el homicidio es un delito pluriofensivo o que la voluntad de vivir forma parte esencial del derecho a la vida.

En este sentido proponía Bacigalupo en relación con el anterior Código penal una «redefinición» del bien jurídico protegido en el homicidio teniendo en cuenta el derecho a la libertad y la dignidad de la persona, es decir, una «consideración pluralizada» del bien jurídico, según la cual en el homicidio se protegería no sólo la vida sino también la dignidad, «la vida como soporte de la dignidad». Esto tiene consecuencias para el consentimiento de acuerdo con la siguiente argumentación: «el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) no permite desconocer en la protección de los bienes jurídicos personales un cierto grado de autodeterminación de la persona protegida, aunque, en ciertos casos de conflicto, el reconocimiento de la misma no sea total. En el caso de la vida, esta premisa impide que se pueda desconocer al individuo la capacidad para decidir sobre su propia muerte, aunque teniendo en cuenta la complejidad de tales decisiones, el derecho penal quiera impedir toda clase de ayuda a otros para la realización de las mismas. Consecuentemente, cuando la víctima ha determinado al autor a cometer el homicidio, habrá naturalmente una lesión del bien jurídico vida; pero no se habrá vulnerado su autodeterminación, ejercida, precisamente, al determinar a otro su propia muerte, y, por lo tanto, tam-

poco cabría admitir un menoscabo de su dignidad como persona»³³. La mencionada argumentación permitía a Bacigalupo sostener, durante la vigencia del anterior Código penal, que si bien el consentimiento de la víctima no excluía ni la tipicidad ni la antijuricidad del homicidio, sin embargo podía tener una eficacia atenuatoria por la vía de las atenuantes analógicas del artículo 9 n.º 10 del viejo Código penal, toda vez que el homicidio «no sólo lesiona el bien jurídico vida, sino también la autodeterminación de la víctima» y «cuando la víctima ha consentido faltará este último aspecto de la lesión» lo que fundamenta la apreciación de la atenuante³⁴. Aunque Bacigalupo no lo señala expresamente, su argumentación conduce a sostener, a nuestro juicio, que la disminución del injusto obedece a la disminución del desvalor de resultado, y que a dicho fundamento respondería también la atenuación del tipo del auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3 y, al menos en parte, de las conductas relacionadas con la eutanasia del n.º 4 del artículo 143 del actual Código penal.

La intelección del homicidio a la luz de la libertad o de la dignidad se halla también presente en las contribuciones de Queralt en las que reiteradamente afirma la primacía de la libertad personal y la autodeterminación sobre la vida. En la eutanasia y, más claramente, en el homicidio a ruego, Queralt considera presente un conflicto de derechos o bienes del mismo sujeto: «es el sujeto titular el que está en un dilema, dilema a cuya solución es llamado un tercero que puede verse penalmente involucrado» pero que, en rigor, se halla ante un propio conflicto de deberes, «el deber de respetar una vida y el de respetar la libertad» pues lo que se protege penalmente no es el valor vida «sino la vida concreta en su funcionalidad social»³⁵. Aunque Queralt no lo menciona expresamente, y acaso su argumentación vaya ante todo dirigida a fundamentar la relevancia del consentimiento en los delitos contra la vida *de lege ferenda*, entendemos que su argumentación conduce a fundamentar la disminución del injusto en los tipos atenuados de los números 3 y 4 del artículo 143 del Código penal en el menor desvalor de resultado.

En la misma línea pensamos que cabe situar la posición de Cobo y Carbonell quienes, bajo la invocación de los artículos 1 y 10 de la

³³ BACIGALUPO, E., *El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física*, Poder Judicial, n.º especial XII, pp. 151 y ss.

³⁴ BACIGALUPO, E., *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, akal, 1991, p. 27. Crítico con el carácter pluriofensivo del delito de homicidio, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, cit., p. 70.

³⁵ QUERALT, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 8, y, el mismo, *Algunas repuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés*, cit., pp. 10 y ss.

Constitución, sitúan la libertad «en la cúspide del Ordenamiento jurídico». Y sostienen que todos los derechos fundamentales de la persona deben ser interpretados como «emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere de la dignidad de la persona humana»..., y «la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular»³⁶. Profundizando en esta misma dirección propone Carbonell una interpretación integradora de vida y libertad, «una interpretación del artículo 15 (de la Constitución) a la luz del libre desarrollo de la personalidad» lo que le lleva a sostener que «sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido» y que «el objeto de protección de los delitos recogidos en el Título I del Libro II del Código Penal español es la vida libremente deseada por su titular, o el derecho a la vida»³⁷. Esta interpretación implica que la voluntad de vivir es inherente al derecho a la vida, forma parte de su esencia. En consecuencia, no cabría hablar propiamente en este ámbito del carácter pluriofensivo del delito sino de una concepción del bien jurídico vida según la cual a su esencia pertenecería la voluntad. Pero entendemos que a partir de tales premisas sus partidarios habrían de sostener, *de lege lata*, que el fundamento de la atenuación de los tipos del artículo 143. 3 y 4 reside en la disminución (interna) del desvalor de resultado.

2.3.2. Crítica

En nuestro criterio, la eficacia atenuatoria de la aceptación o de la petición de la víctima no se funda en el menor desvalor de resultado. Los tipos de los delitos contra la vida no están orientados a captar acciones contrarias a la voluntad del titular del bien jurídico o realizadas sin su voluntad. Ni del tenor literal ni del sentido de la regulación del homicidio o del asesinato cabe extraer que el ataque a la voluntad es una característica que fundamente el injusto de tal manera que mediando el «acuerdo» el correspondiente tipo no pudiera realizarse (o, en su caso, atenuarse). Antes bien, la interpretación conjunta de los delitos contra la vida conduce a sostener que allí donde, excepcionalmente, se ha querido otorgar eficacia a la conformidad del titular del bien jurídico, en relación con la intervención

³⁶ COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, *Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales*, en Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, cit., pp. 65 y ss.

³⁷ CARBONELL MATEU, en Vives Antón y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 4.^a ed., tirant lo blanch, 2004, p. 94.

en el suicidio de otro y, en particular, en situaciones de eutanasia, se ha procedido expresamente a hacerlo, y se ha hecho otorgándole eficacia meramente atenuatoria como queda dicho³⁸. Por las mismas razones, la disminución del injusto no responde a una disminución del desvalor de resultado. El desvalor de resultado, entendiéndose por tal la lesión o puesta en peligro de la vida, permanece intacto en tales delitos. La vida no tiene adherida, como si a su esencia perteneciera, la facultad de disposición sobre la misma. La disponibilidad sobre la vida no forma parte, internamente, del concepto. Ni la dignidad, ni el libre desarrollo de la personalidad, ni la libertad son momentos conceptuales de la vida, aunque la vida, como los demás derechos esenciales de la persona, sea manifestación de la dignidad y la autonomía individual fundamente la dignidad³⁹. De acuerdo con esto, entendemos que el consentimiento, la petición, la aceptación, no modifica el desvalor de resultado, desde la perspectiva examinada, en los delitos contra la vida. La tesis del desvalor de resultado sólo puede sostenerse, desde dicha perspectiva, si se concibe el bien jurídico vida con una facultad de disposición adherida al mismo, lo que ni sostiene el legislador penal ni tampoco se deriva necesariamente, como ya se destacó al comienzo de este trabajo, de la Constitución española.

2.3.3. Toma de posición. Disminución del desvalor de acción, antinormatividad e imputación objetiva

En segundo lugar, cabe examinar el fundamento de la eficacia atenuatoria de la aceptación o la petición de la muerte desde la perspectiva del menor desvalor de acción a partir de los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva requiere, para la presencia del injusto, además de, en su caso, la conexión causal entre acción y resultado, que la acción haya creado un peligro jurídicamente desaprobado y que se haya materializado en el resultado típi-

³⁸ El examen de la impunidad de la eutanasia activa indirecta y de la eutanasia pasiva, excede del marco de este trabajo. En relación con la actuación conforme a la *lex artis* o a si decae la posición de garantía con atención a la situación anterior a 1995 y a la que surge con el nuevo Código penal, ALONSO ÁLAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (A la vez, una contribución sobre el tratamiento penal del acto médico)*, cit., pp. 37 y ss. y lo dicho supra sobre el derecho a tomar decisiones sobre la propia salud.

³⁹ Si bien, según la filosofía kantiana, ello tendría lugar en el reino de los fines. Al respecto, GONZÁLEZ VICÉN, *El principio de autonomía y el concepto del Derecho*, cit., pp. 42 y ss.

co⁴⁰ o, en otros términos, de elementos teleológicos y valorativos o normativos. Por una parte, la acción ha de ser objetivamente peligrosa para el bien jurídico lo que significa que no estarán comprendidas en el correspondiente tipo penal aquellas acciones que no comporten un riesgo o que impliquen un riesgo insignificante o desdeñable o que disminuyan un riesgo preexistente para el bien jurídico. Además, la acción peligrosa se ha de materializar en el resultado típico, ha de caer dentro del fin de protección de la norma, no siendo suficiente que lo condicione o codetermine. Ambas exigencias presentan una orientación teleológica⁴¹. Por otra parte, la imputación

⁴⁰ Los elementos de la imputación objetiva no se presentan de forma coincidente entre los autores. Aquí nos vamos a limitar a las referencias imprescindibles a los efectos de este trabajo. Con carácter general y con singularidades, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 240 y ss., ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., parágrafo 11, B, I, marginales 44 y ss., pp. 371 y ss., JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 307 y ss., JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., traduc. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 1997, pp. 223 y ss., FRISCH, quien destaca la necesidad de poner el acento, más que en la imputación objetiva del resultado, en la determinación del comportamiento jurídicopenalmente relevante, vid. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traduc. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, 2004. Diferenciando entre desaprobación de la conducta (antinormatividad) e imputación del resultado a la conducta desaprobada vid. también FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, 2004. Sobre el debate en torno al fin de protección de la norma y la realización del riesgo en el resultado, ampliamente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, 1992, pp. 169 y ss., RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bosch, 2001, pp. 357 y ss., ANARTE BORRALLA, *Causalidad e imputación objetiva*, Universitat de Huelva, 2002, pp. 281 y ss. Sobre la imputación objetiva como juicio de atribución de desvalor de resultado, SÁNCHEZ LÁZARO, *Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Traducción de una concepción personal de lo injusto en términos de imputación*, ADPCP, 2005, p. 424.

⁴¹ Hay que negar que un resultado se halle comprendido en el fin de protección de la norma si no cabe pronosticar que la acción previsiblemente conduciría a dicho resultado (a pesar de que en la situación concreta medie una conexión causal entre la acción y el resultado), TORÍO LÓPEZ, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, 1987, pp. 389 y ss. y 397 y ss. Considerando que es preciso proceder de manera diferente en el delito doloso y en el culposo, el mismo, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, ADPCP, 1986, p. 40: «una peligrosidad mínima de la acción puede fundamentar en los delitos dolosos la imputación objetiva. Por el contrario, presente un alto grado de peligrosidad de la acción, la imputación objetiva puede estar ausente en los hechos no dolosos». Considera que depende de la *intención* del sujeto «el grado de peligro que traza la frontera de la imputación objetiva», MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 255 y ss. Por el contrario, considera que la peligrosidad de la acción tiene el mismo contenido y alcance en el delito doloso y en el culposo, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, cit., pp. 114 y ss. Destaca que tras la exclusión del injusto mediante

objetiva requiere adicionalmente una valoración jurídica: que el acontecimiento se halle comprendido en el «ámbito de prohibición de la norma», que el hecho sea antinormativo⁴². La «antinormatividad» no se refiere a la ausencia de causas de justificación sino a que la acción se halle prohibida por la norma. La antinormatividad de la conducta típica presupone la peligrosidad objetiva de dicha conducta y exige que no concurran causas de exclusión de la relevancia penal del injusto⁴³. Desde esta perspectiva se suelen tomar en consideración como supuestos en que falta la imputación objetiva, por razones de utilidad, la adecuación social de la conducta o el riesgo permitido⁴⁴.

la disminución del riesgo «se esconden cuestiones de valoración» a las que hay que responder, según los casos, con ayuda de la regla general del consentimiento, del consentimiento presunto o del estado de necesidad, KINDHÄUSER, *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*, traduc. Pastor Muñoz, ADPCP, 2006, p. 71.

⁴² TORIO LÓPEZ, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, cit., pp. 397 y ss., el mismo, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, cit., pp. 41 y ss. Sin embargo señala que hay ya una valoración en la disminución del riesgo (y en la asunción autorresponsable de riesgo por parte de la víctima) que integran el llamado riesgo permitido, KINDHÄUSER, *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*, cit., pp. 70 y ss. Para SILVA SÁNCHEZ la cuestión no es si hay peligro o no sino decidir la frontera del carácter no desaprobado del riesgo por lo que, dice, «en puridad todos los tipos (y no sólo aquellos que contienen elementos «normativos» de carácter clásico) se convierten en tipos estrictamente normativos», *Prólogo a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 14. Sobre la valoración como *momento final* de la actividad teórica y práctica del jurista, TORIO LÓPEZ, *Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, UNED, 1989, p. 421.

⁴³ Destacando otros aspectos en relación con la «antijuricidad penal objetiva (no entendida como antinormatividad) como base de la antijuricidad penal completa (entendida como antinormatividad), MIR PUIG, *Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal*, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, 1994, pp. 228 y ss. La terminología empleada, no siempre coincidente, puede conducir a equívocos. MIR PUIG considera preferible la expresión «riesgo típicamente relevante» como requisito de la imputación objetiva, frente a la expresión usual «riesgo jurídicamente desaprobado», *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 257. Recientemente, sobre el «desvalor intersubjetivo de la conducta típica» o creación de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado, MIR PUIG, *Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal*, en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II*, cit., pp. 1322 y ss.

⁴⁴ MIR PUIG constata la tendencia a la ampliación del alcance de la teoría de la imputación objetiva que «se desvincula de la sola previsibilidad, para remitir a la idea, que sirve también de fundamento a las causas de justificación, de la ponderación de intereses en conflicto (riesgo y utilidad social)», *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal*, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, 2001, p. 397. Subraya la tendencia a abrir la dogmática de la imputación a criterios (normativos) de relevancia social, y constata la falta de consenso acerca de la sistemática y del punto de partida teórico-penal, MÜSSIG, *Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal*.

La «moderna» teoría de la imputación objetiva es considerada prontamente como expresión del resurgimiento del viejo método teleológico valorativo y como «un principio metódico general, que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema»⁴⁵.

Asimismo, en las primeras contribuciones sobre la materia se destacó la falta de concreción típica de la teoría y su carácter supra-típico. Según Gimbernat, la imputación objetiva es, *positivamente*, un elemento normativo del tipo, y, *negativamente*, un elemento del tipo que se distingue de todos los demás por no estar mencionado *expresamente*: «a la imputación objetiva la Ley no la alude para nada (a pesar de lo cual y no obstante, es un elemento del tipo)». Y añade que mientras unos elementos de la tipicidad, como el dolo o la causalidad, «el pensamiento sistemático los toma de la Ley misma que hace una referencia expresa a ellos», «otros (lo que llamamos la imputación objetiva) no los puede extraer de los textos legales, pues ahí no aparecen por ninguna parte: los deduce del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas», lo que le lleva a afirmar que la imputación objetiva «es un fantasma que recorre los tipos»⁴⁶.

Sin embargo, la imputación objetiva no sólo opera como principio metódico general —como tal carente de concreción típica— en la intelección de los tipos penales, sino que puede operar internamente a las características típicas y a la total materia de la prohibición. La teoría de la imputación se alza sobre los cimientos de la vieja interpretación teleológico valorativa y, tras su desarrollo, retorna reforzada e incide en la interpretación de los elementos de los tipos penales. Los criterios de la imputación objetiva se proyectan sobre los elementos

Puntos de partida para una sistematización, traduc. Cancio Meliá, ADPCP, 2006, pp. 93 y ss., quien, por otra parte, sostiene que un sistema del delito inspirado en la teoría social y que parta de un concepto de delito mediado por la comunicación, remite en el marco de la dogmática de la imputación a principios jurídicos generales de organización que suponen una estructura de atribución jurídica de significados conforme a genuinas reglas jurídicas de atribución de responsabilidad, loc. cit., pp. 94 y ss.

⁴⁵ TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, cit., p. 35, el mismo, *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, cit., p. 383. Sobre las raíces históricas y el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, MIR PUIG, *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal*, cit., pp. 389 y ss. Vid. también, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal, Estudio preliminar*, Civitas, 1996, pp. 22 y ss. Sobre el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 258 y ss.

⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *¿Qué es la imputación objetiva?*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, 1987, pp. 175 y ss., y en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., tecnos, 1990, pp. 212 y ss.

(expresos o implícitos) de los tipos penales que describen la (mayor o menor) peligrosidad de la acción o, en su caso, hacen referencia a la materialización de la acción en el resultado típico, o desvaloran (en mayor o menor medida) el comportamiento. Es decir, a medida que se han ido definiendo los elementos de la imputación objetiva, los elementos (expresos o implícitos) de los tipos penales pueden ser entendidos a la luz de las exigencias de dicha teoría, lo que constituye la primera fase de la imputación. La teoría continuaría de esta manera la tendencia a la expansión que se observa desde sus inicios⁴⁷. Acaso quepa ver e ello no otra cosa que la aplicación del viejo método teleológico valorativo, pero enriquecido, tras un camino de ida y vuelta, con las aportaciones de la teoría de la imputación objetiva moderna.

Dado que el injusto es graduable, la teoría de la imputación objetiva permite entender los elementos de atenuación o, en su caso, de agravación de los tipos desde sus propios presupuestos. El peligro para el bien jurídico puede ser mayor o menor, la acción puede estar más o menos próxima al fin de protección de la norma y, por lo que aquí importa, también puede ser más o menos «antinormativa» dentro del marco del tipo⁴⁸ (no vale decir, en el ámbito de la tipicidad, que la acción o está permitida o está prohibida, o es conforme a derecho o es antinormativa). La acción prohibida puede hallarse más o menos desvalorada bajo determinados presupuestos⁴⁹.

La «antinormatividad» puede retroceder —o, en su caso, modificarse— por la presencia en el tipo de elementos o características que

⁴⁷ JOSHI JUBERT habla de la «expansión de las teorías de la imputación», *Normas de conducta y juicios de imputación*, en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, I, Edisofer, 2008, pg. 1077. Acerca de la imputación objetiva como teoría del tipo objetivo, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal, Estudio preliminar*, cit., pp. 50 y ss.

⁴⁸ Con carácter metódico general, sobre los componentes desvalorativos de los tipos penales, SÁNCHEZ LÁZARO, *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Comares, 2007, pp.10 y ss.

⁴⁹ También las causas de justificación que excluyen la antijuricidad pueden presentarse de forma incompleta y disminuir la pena en los términos del artículo 68 del Código penal. En relación con el artículo 143.4 y el particular contexto eutanásico allí contemplado, sostiene Díez Ripollés que el fundamento de la atenuación reside en el menor contenido de injusto genérico. En su opinión, el artículo 143.4 da entrada a «una específica causa de justificación incompleta de los arts. 20.5 y 20.7 en relación exclusiva con los arts. 143.2 y 3», *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I*, cit., pp. 224 y 246. En el mismo sentido, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, tirant lo blanch, 2000, p. 104. De modo diverso entiendo, como ya señalé antes, que el artículo 143.4 responde a un doble fundamento, de un lado, al menor contenido de injusto específico, por el menor desvalor de acción, en atención a la petición expresa, seria e inequívoca, y, de otro lado, a la menor culpabilidad, en atención al contexto eutanásico.

responden a criterios de utilidad o de justicia, características que pueden ser consideradas como específicas concreciones de riesgo (o lesión) (semi)permitido, elementos del juicio cognitivo, y, también, características típicas de valoración o desvaloración mayor o menor del hecho, de naturaleza fáctica o normativa (por tanto, no necesariamente valorativa), de las que el legislador se sirve, en el uso de la discrecionalidad legislativa, y que constituyen punto de referencia del juicio de imputación, características, en fin, que constituyen criterios positivados de y para la imputación.

Es en este ámbito donde viene en consideración el problema del consentimiento⁵⁰. En el auxilio ejecutivo al suicidio o en la eutanasia activa directa la acción objetivamente peligrosa y que se halle dentro del fin de protección de la norma es menos desvalorada en atención a la aceptación o petición de la víctima. Esto se desprende ya de la mera interpretación literal. Pero, como es sabido, ésta es insuficiente para obtener el sentido último de la regulación. No es que la acción sea adecuada socialmente, ni que concurra un «riesgo permitido» (más bien habría que hablar de una «lesión atenuada»). Tampoco es que se proteja «menos» la vida o que estemos ante delitos pluriofensivos y falte el ataque a la voluntad. No es tampoco que la acción sea menos peligrosa; antes bien, puede ser muy peligrosa o altamente peligrosa para la vida⁵¹. Lo que sucede es que la presencia del consentimiento —y la consiguiente ausencia de interés del titular del bien jurídico— tiñe la acción de un limitado o reducido contenido de desvalor, de una menor desaprobación jurídica por razones atendibles de justicia más que de conveniencia, ejercidas en el uso de la discrecionalidad legislativa, de acuerdo con criterios racionales entre los que se halla el principio de autorresponsabilidad⁵². Si concurre la

⁵⁰ Problema distinto al de la fundamentación del riesgo permitido en el consentimiento. Sobre ello y, en general sobre la problemática del riesgo permitido, la fundamental obra de PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 77 y ss. y 41 y ss.

⁵¹ Con carácter general, sostiene que si concurre el consentimiento falta la creación de un riesgo típicamente relevante, PÉREZ ALONSO, *Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal*, C.P.C., n.º 93, III, 2007, p. 107.

⁵² Sobre el papel que desempeña el principio de autorresponsabilidad en la formación del injusto, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, cit., p. 103. Sobre la responsabilidad de la víctima y el dilema victimodogmático, ROPERO CARRASCO, *¿Hay que «merecer» la protección del Derecho Penal?: Derechos y deberes de las víctimas*, en *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Alcácer Guirao (coord.)/Cuerda Riezu (dir.), Dykinson, 2006, pp. 119 y ss. Sobre el principio de responsabilidad y el consentimiento de la víctima que obra responsablemente, JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, cit., pp. 22 y ss.

aceptación o la petición expresa, seria e inequívoca, el ataque a la vida se desvalora menos sin que ello implique que la vida se valore menos (a lo sumo puede verse aquí una particular manifestación del carácter fragmentario del derecho penal en virtud del cual se matiza la protección de la vida en atención al —menor— desvalor de acción). Por tanto, no hay una disminución del desvalor de resultado por la menor intensidad del ataque al bien jurídico o la menor protección de la vida (tampoco, como queda dicho, porque no se atente contra un pretendido bien jurídico adicional) sino un menor desvalor de acción. La acción peligrosa que se materializa progresivamente en la lesión de la vida no llega a estar permitida, pero sí se halla menos desvalorada. Es evidente que ello comporta un deslizamiento desde la acción del autor a la intervención de la víctima o, en otras palabras, una mediatización de la conducta del autor por la de la víctima y que el desvalor de acción se decide, en último término, valorativamente atendiendo a la acción de otro.

La acción que causa la muerte a petición se halla desaprobada jurídicamente pero menos desaprobada que el simple homicidio o el asesinato. La aceptación o petición de la muerte en el ámbito de los tipos del artículo 143. 3 y 4 —y la correlativa ausencia de interés del titular de la vida— fundamenta la «menor antinormatividad» de la acción del tercero que causa la muerte.

El supuesto se halla próximo a los casos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste⁵³, o de heteropuesta en peligro consentida, aunque va más allá en la medida en que la víctima no se limita a aceptar el peligro sino que acepta la lesión. Por otra parte, no plantea los problemas de fundamentación que suscitan estos casos en los delitos contra la vida⁵⁴, ya que no se trata de negar la imputación objetiva sino de fundamentar, dentro del marco del tipo, la menor gravedad del injusto acudiendo a la menor desaprobación de la conducta y no a un debilitamiento de la protección de la vida.

La presencia de un componente interaccionista en determinados tipos penales —como los que toman en cuenta la contribución de la víctima en una autopuesta en peligro o en una autolesión en relación con los delitos de lesiones y de homicidio— es destacada por Wittig

⁵³ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., parágrafo 11, B, I, marginal 121 y ss, pp. 409 y ss., CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, II, 6.ª ed., cit., pp. 107 y ss. Acerca de las diferentes propuestas doctrinales sobre el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, BONET ESTEVA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, McGraw-Hill, 1999, pp. 216 y ss.

⁵⁴ CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima («imputación a la víctima»)* RDPC, 1998, pp. 55 y ss., y supra nota 28.

para quien no sólo la conducta del autor sino también la de la víctima y la de terceros pueden tener relevancia para la dogmática jurídico-penal y considera que «la noción de ámbitos de responsabilidad debe ser tenida en cuenta en el desvalor de acción»⁵⁵.

Importante consecuencia del retorno desde la imputación objetiva a la intelección de los elementos del tipo de acuerdo con criterios teleológicos y valorativos —falso retorno puesto que, en definitiva, es la reafirmación del viejo método teleológico valorativo nunca del todo abandonado— es el esclarecimiento de las diferentes dimensiones del desvalor de acción. El desvalor de acción no se reduce al dolo o la culpa, en el sentido destacado por el finalismo, ni a la peligrosidad objetiva de la acción, o momento teleológico, situado en primer plano por la moderna teoría de la imputación objetiva, sino que presenta ante todo una dimensión normativa⁵⁶ —que no debe confundirse con un exceso de normativización— la que la propia expresión desvalor de acción viene, en el fondo, a significar.

⁵⁵ Wittig se opone al funcionalismo de Jakobs pero entiende que «hay un aspecto de este enfoque que puede proporcionar un importante impulso al modelo tradicional de Derecho penal protector de bienes jurídicos»: allí donde Jakobs sostiene que «la imputación comienza con el reparto de competencia entre el autor, la víctima y los terceros», WITTIG, *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*, traduc. de Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, R. Hefendehl (ed.), cit., pp. 342 y ss.

⁵⁶ Recientemente señala Mir Puig que la norma primaria supone una valoración negativa de los hechos prohibidos por ella y que tal desvaloración se basa, además de en el desvalor de resultado, en el desvalor intersubjetivo de la conducta típica y en el desvalor subjetivo de la conducta típica, MIR PUIG, *Norma de determinación, valoración de la norma y tipo penal*, cit., p. 1322. Sobre la introducción de valoraciones jurídicas en la teoría del delito, ya antes MIR PUIG, *Valoraciones, normas y antijuricidad penal*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, 2002, pp. 74 y ss.