

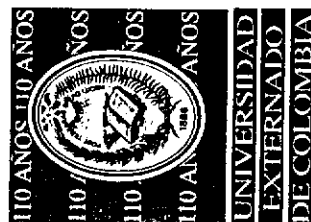
Sobre el injusto del suicidio y del homicidio premeditado

ROBERT JAKOBS

Traducción de

JOAQUÍN VILLALBA

BOGOTÁ, 1996



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Revista de Derecho Penal y
Derecho

1996

ISBN 958-414-259-1



9 789586 162593

Amosio Aguirre S.



Universidad Externado de Colombia

Centro de Investigaciones
de Derecho Penal y
Filosofía del Derecho

GÜNTHER JAKOBS

PROFESOR DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE BONN, REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

TRADUCCIÓN DE MANUEL CANCIO MELIÁ
Y MARCELO A. SANCINETTI

Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición

Estudio sobre la relación entre
juridicidad y eticidad

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

Traducción de MANUEL CANCIO MELIA (Universidad Autónoma de Madrid) y MARCELO A. SANCINETTI (Universidad de Buenos Aires) del trabajo: *Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen*, publicado en: *Strafgerichtigkeit (Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag)*, Heidelberg, 1993, pp. 133 y ss.

ISBN 958-616-259-1

- © GÜNTHER JAKOBS, 1996
 - © MANUEL CANCIO MELIA (traducción), 1996
 - © MARCELO A. SANCINETTI (traducción), 1996
 - © UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996
- Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 N° 1-17 Este, Bogotá - Colombia. FAX 2843769

Primera edición: marzo de 1996
Reimpresión: enero de 1998

Ilustración de portada: *El Inmisto de la virgen*, Caravaggio (1573-1610), lienzo 3,69 X 2,45 m., Museo del Louvre, Francia.
Reproducción fotográfica: Ada Barandica Cañón
Composición: Depto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia
impresión y encuadernación: Cargraphics S. A., con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestroza

Secretario General
Hernando Parra Nieto

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTICULOS N° 4

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos diez años, Arthur Kaufmann argumentó del siguiente modo respecto del problema "eutanasia-suicidio-homicidio a petición"¹: "... el individuo se debe a la comunidad, pero sólo mientras vive; en cambio, no está obligado frente a la comunidad a vivir. Por supuesto que aquí no se pretende poner en duda la indisponibilidad de la vida en su fundamentación religiosa y quizá incluso moral. Sólo que ello no permite fundamentar una norma penal estatal. Sobre el suicidio y sobre el consentimiento en el homicidio, cada individuo ha de decidir por sí mismo... Esto no es asunto del Estado". Sin embargo, según esta postura, no debe respetarse cualquier petición de homicidio, sino sólo aquella que (al menos aún) sea racional, que no infrinja "las buenas costumbres"; al menos "en principio" se sostiene que "la vieja regla *volenti non fit iniuria*. ... también rige en este ámbito".

Estas tesis —únicamente en lo que se refiere a personas plenamente responsables— son examinadas a continuación, en primer lugar respecto del suicidio, llegando a la siguiente consecuencia: "Esto no es asunto del Estado" (infra II). En el

¹ Festschrift für Dando, 1983; aquí se citará conforme a Arthur Kaufmann, *Strafrecht zölscheri Gestern und Morgen*, 1983, pp. 137 y ss., 144 y s.

homicidio a petición, el injusto no se halla en la lesión de la persona, puesto que falta una arrogación de organización, sino en el carácter precipitado —generador de un peligro abstracto— del homicidio. El homicidio a petición, entendido de ese modo, puede estar justificado, y ello, en verdad, ya conforme a la *lex lata*: el hecho de que la mera petición del homicidio no constituya una buena razón para realizar el hecho, no excluye que pueda surtir efecto una petición plausible (infra III).

II.

A. Derecho abstracto

Lo menos que queda constituido en una relación jurídica es —utilizando la formulación de Hegel— “la personalidad”. “El mandato del derecho, por tanto, es: sé una persona y respeta a los demás como personas”. La juridicidad de la relación, en virtud de la cual la mera tenencia de algo se convierte en propiedad, el hecho psíquico de una promesa, en una oferta contractual, y la lesión fáctica de otro, en un injusto, fundamenta la parte positiva del *status* de la persona: ser propietario, además, ser un sujeto capaz de contratar como también de cometer un injusto. Pero el *status* no comporta *per se* obligaciones de asumir una comunidad que vaya más allá de la juridicidad abstracta de la relación con los demás; más bien, cada persona administra ella misma su ámbito de organización, y si al hacerlo respeta a los demás

Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición

como personas, es decir, no los molesta dentro de sus ámbitos de organización, se hace justicia a la juridicidad de la relación³. Aquella parte del mandato del derecho que se refiere a los demás, “respeta a los demás como personas”, también puede formularse, desde la perspectiva de la ausencia de un deber de configurar conjuntamente el mundo, como sigue: mantén tu organización en tal estado que no te conviertas en la razón del daño de otro; brevemente: no te arroges una organización ajena. En esta formulación, se aprecia con claridad la parte negativa del *status*: no lesiones, no te arroges nada⁴.

En lo que se refiere a la lesión de deberes contractuales, ha de distinguirse: si bien *per definitionem* todo incumplimiento

³ Un “punto de partida liberal e individualista”, que es disuelto, pero no destruido, en la eticidad * (Cf. Hegel [n. 2], § 261) en este sentido, acertadamente, Landau, AKSP, T. 59 (1973), pp. 117 y ss.

* El término que aparece aquí en el original (“Sittlichkeit”) puede traducirse por “moral” o “moralidad”, sin embargo, el autor se refiere a la tercera parte de la *Filosofía del Derecho* de Hegel (Cf. en n. 2), titulada “Sittlichkeit”, que suele ser vertida al castellano como “eticidad”, para diferenciarla de la segunda parte de la misma obra llamada “Moralität” (N. de T.).

⁴ Frecuentemente se plantea la crítica de que en la *Filosofía del Derecho* de Hegel, especialmente en la introducción y en el derecho abstracto, se suprime la “intersubjetividad”. “Una relación con otros individuos que co-constituya al individuo en su ser y fundamentalmente en primer lugar su libertad viva, una relación que ni se desplaza ni se confina en paréntesis, para el Hegel de la *Filosofía del Derecho* sólo existe en el contexto de las desfiguraciones del ser humano, desennascentadas por su crítica”; Theunissen, en: Henrich y otros (comp.), *Hegels Philosophie des Rechts*, 1982, pp. 317 y ss., 358; sumándose a esta postura, Hölle, *Hegels System*, T. 2, 1987, p. 487 (respecto de la introducción); Landau, en: Philipps y otros (comp.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 143 y ss., 146 (respecto del derecho abstracto); Köhler, en: Kahlo y otros (comp.), *Fiktionelles Rechtswesen*, 1992, pp. 93 y s., 123. La existencia de una persona, y ello significa al mismo tiempo su relación con otras personas, en Hegel siempre es mediada (acertadamente) de manera objetiva; en el derecho abstracto hacen esta mediación las formas en las que el Derecho tiene lugar; en la eticidad media lo general y en las relaciones “basales” que Theunissen echa de menos (passim) median peculiaridades (que son objetivas, en sentido no enfático *). Sin embargo, en todo caso se trata de personas, de individuos definidos objetivamente. Por ello, no es cierto que Hegel fundamente en el derecho abstracto la propiedad “sin relación con elementos de la intersubjetividad”

² Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, cita conforme a la edición de Glockner (*Opera completa*, T. 7), 1952, § 36.

de una obligación priva al derechohabiente de la prestación⁵, por un lado puede ser que el derechohabiente haya obtenido una posición mejor a través del convenio —en tal caso, el incumplimiento le sustraer simplemente la ventaja organizada por medio del convenio—, y, por otro lado, puede que confiando en el convenio haya creado puntos desprotegidos que ponen en peligro la subsistencia de sus bienes —entonces, el sujeto obligado debe cumplir para evitar un daño organizado por él—. A modo de ejemplo: hay una diferencia entre que se acuerde con una persona que ha caído al agua que se la sacará por mil marcos y luego esto no se haga y que

(Landau, p. 145 refiriéndose a *Illing*, en: Henrich y otros [v. supra], pp. 225 y ss., 233): la persona (§§ 41, 43, 44, etc.), conforme a la definición del § 36, que es central en el derecho abstracto, hace valer derechos (y los otorga), es decir, actúa en una relación social; aunque en la propiedad sea una "persona que sólo se refiere a sí", lo es como persona, es decir, exigiendo el respeto de la tenencia como tenencia jurídica (y ello bastará para refutar también la crítica de Illing, *Ibid.* al § 50). En lo que se refiere a la introducción, igualmente "el sistema del derecho" es "el reino de la libertad realizada" (§ 4, sin subrayado en el original), y ello, si no estuviera ya en ese lugar, podría deducirse sin lugar a dudas de la última parte (§§ 142, 257, 258). Ciertamente, Hegel encuentra "libertad viva" (*Themenissen*) sólo en lo público-general, justamente en la entidad (que no puede reducirse a relaciones de forma estrictamente jurídica, aunque éstas constituyan su esqueleto; probablemente discrepe Theunissen, *Op. Cit.*, p. 321), y no en la esfera de las relaciones "basales" privadas, que si bien forman lo individual, son casuales en lo público; pues es "la determinación de los individuos (...) llevar una vida general" (§ 258, anotación). Con este punto de partida autopluralista no puede administrarse la sociedad actual (es decir, se mantiene la objeción como objeción externa a Hegel), pero este punto de partida no "suprime" o "confina" nada que pudiese añadirse (por lo tanto, en esta medida no hay nada que criticar desde la perspectiva interna de Hegel), sino que se corta aquello que es incompatible con una entidad pública: las casualidades de la configuración individual.

* Objetivo "en sentido no entático" significa en este contexto sencillamente no-subjetivo, es decir, sin una carga valorativa como aparece en algunos puntos de la obra de Hegel, contraponiendo en otro sentido lo objetivo a la individualidad (N. de T.).

5 Desde luego, partiendo de la concepción de Hegel, según la cual en caso de incumplimiento del contrato "la posesión que aún exista... es por sí solo lo exterior... Por la estipulación he abandonado una propiedad y mi particular arbitrio sobre ella, con lo cual se ha convertido en propiedad de otro, por tanto, a través de ella estoy jurídicamente vinculado de modo inmediato a la prestación" (n. 2), § 79.

se asegure a alguien que quiere saltar al agua que se lo sacará por mil marcos, sin hacerlo cuando es necesario. En el primer caso, no se lo respeta como socio contractual, en el último, más allá de ello, no se lo respeta incluso como persona; pues sólo en el último caso el daño del otro es consecuencia de la promesa, y afecta por tanto al *status* que el receptor de la promesa ya tenía en el momento de celebrar el contrato. Por lo tanto, en este ámbito la persona —de manera más radical que en Hegel⁶, pero de acuerdo con su intención de desterrar del derecho abstracto el mundo común (que exceda de la existencia de juridicidad)⁷— es constituida de manera negativa: se la protege frente a arrogaciones, pero no está vinculada a los demás.

Las arrogaciones de organización pueden llevarse a cabo mediante acciones, como delitos de comisión y de lesión, pero también por medio de omisiones. Desde luego, no toda omisión de evitar un daño constituye una arrogación de organización, y ni siquiera lo es toda omisión de un garante. Más bien sólo entran en consideración las omisiones de aquellos garantes que están obligados a evitar el daño, especialmente a causa de su comportamiento de organización, es decir, que han de responder del aseguramiento o del salvamento en cuanto titulares de una cosa o detentadores de otro tipo de poder o por inferencia, así como quienes han asumido tales prestaciones (la asunción también es

⁶ Respecto de la confusión entre infracción al deber e injusto, *Cfr.* (n. 2) § 93, anotación; respecto de la delimitación frente al injusto de buena fe*, *Cfr.* Landau (n. 4), pp. 151 y s. * Se trata de la "injusticia" o "injusto de buena fe" ("unbefangenes Unrecht") en Hegel (*Cfr.* los §§ 83 y 84-86 de la *Filosofía del Derecho* [Cit. en n. 2]) (N. de T.).

⁷ § 38: "Por razón de su misma abstracción, la necesidad de este derecho se limita a algo negativo, a no lesionar la personalidad y lo que de ésta deriva"; *Cfr.* también el último párrafo de la nota marginal al § 38. Al respecto, Hösle (n. 4), pp. 491 y ss.

organización, véase lo antes expuesto respecto del contrato). El elemento común de todos los deberes de garantía derivados de competencia por organización, consiste en su raíz uniforme, es decir, en la parte del mandato jurídico que dispone "respetar a los demás como personas".

B. Comunidad especial

Del mismo modo que la juridicidad no se agota en el derecho abstracto, el injusto tampoco se agota en las arrogaciones de organización⁸, sino que, por el contrario, también existen deberes (y derechos correspondientes) derivados de instituciones destinadas a la construcción de un mundo común, mundo que para Hegel incluso es general. Estos deberes en virtud de competencia institucional, están destinados a mejorar la posición del derechohabiente; el sujeto obligado, por tanto, ha de ocuparse de evitar el daño incluso en aquellos casos en los que no ha organizado el peligro que amenaza con realizarse. Hegel enuncia como instituciones, que en su concepción son al mismo tiempo instituciones de la eticidad, la familia, las corporaciones y el Estado⁹, sin pretender, sin embargo, agotar el ámbito de constitución de un mundo común en la sociedad burguesa; hoy probablemente se acierte en lo fundamental si se enuncian

como instituciones (aun) el matrimonio, la relación entre padres e hijos, la confianza especial y las instituciones básicas del Estado. Por medio de estas instituciones, el *status* positivo, muy reducido en el derecho abstracto (isé personal) y negativo, fundamental en el derecho abstracto (no te arrogues nada!), reciben un enorme complemento en su lado positivo: desempeña el papel de cónyuge, padre o madre, fiduciario, titular de un cargo público, etc.; desde luego, a diferencia de lo que sucede en el derecho abstracto, en este ámbito no todos ostentan el mismo *status*.

C. Consecuencias intermedias

Los seres humanos configuran el mundo; a la hora de hacerlo, no deben sufrir lesiones los demás, del mismo modo que todos tienen derecho a no ser lesionados. Esta relación fundamentalmente negativa constituye a la persona en el derecho abstracto. Sin embargo, los seres humanos viven también en un mundo social configurado concretamente a través de instituciones y han de desempeñar aquellos papeles sin los cuales estaría en peligro la existencia de las instituciones irrenunciables.

D. El injusto de matar a otro

Por lo tanto, cabe determinar el injusto del homicidio de otro del siguiente modo: puede consistir en una arrogación de organización (que también puede cometerse por omisión, por ejemplo, cuando el conductor no frena el automóvil que rueda velozmente) o en una lesión de deberes fundamentados

⁸ También Hegel anticipa en el desarrollo del concepto de coacción y de crimen los "deberes jurídicos frente a la familia, al Estado", es decir, deberes en instituciones pertenecientes a la eticidad (n. 2) § 93, anotación. Aunque en el derecho abstracto tan sólo se tratan las formas en las que tiene lugar el Derecho, la anticipación sigue estando necesitada de explicación, pues no se desarrolla la forma de los deberes en cuestión, sino tan sólo la forma de su incumplimiento.

⁹ (n. 2) § 155 y en numerosos puntos.

institucionalmente de vivir en un mundo al menos parcialmente común (lo que también puede realizarse por un actuar positivo, por ejemplo, cuando un cónyuge induce al homicidio del otro)¹⁰.

E. Suicidio y derecho abstracto

La cuestión no es tan sencilla respecto del suicidio. En lo que se refiere a la parte negativa del *status* general, es decir, al respeto a la personalidad de los demás, es evidente que es posible sustraerse, al menos fácticamente, al cumplimiento de sus deberes a través del suicidio. No ha de discutirse aquí si ello aún es una infracción de deber, o, por el contrario —“la muerte revoca todos los juramentos”¹¹— constituye la disolución del vínculo obligatorio; pues es claro que de este modo no se genera el injusto de una autolesión, sino en todo caso una falta de respeto frente a otras personas mediada por una autolesión¹². La parte positiva del *status* general, es decir, del *status* en el derecho abstracto, conforme a la concepción que aquí se sostiene, es tan sólo el reflejo de la parte negativa del *status* de los demás: el derecho a ser respetado

por los demás constituye a la persona, y en esa medida los demás no pierden nada si a través de la muerte desaparece fácticamente el destinatario del respeto. Distinta es la concepción de Hegel: tal y como “para el otro soy en mi cuerpo”¹³, “la totalidad que abarca el conjunto de la actividad exterior, la vida” no es algo meramente “exterior” a la personalidad¹⁴. “La enajenación o el sacrificio de la vida es, por el contrario, lo opuesto de la existencia de esta personalidad”¹⁵. Por ello, la muerte debe ser recibida “como cosa natural”, o bien al servicio de una “idea ética” en la que se desvanece la personalidad, e incluso en ese caso “por mano ajena”¹⁶. Esta argumentación de Hegel contiene una anticipación que en parte es manifiesta y en parte encubierta; es abierta en la medida en la que ya en el derecho abstracto se trata a lo que “tiene derecho” “una idea ética”¹⁷; se produce una anticipación encubierta porque en este punto no puede considerarse resuelta la cuestión acerca de por qué razón ha de continuarse la existencia que la persona debe llevar. Al decirse que el suicidio conduce a “lo opuesto de la existencia de esta personalidad”, ello es una descripción —de la que probablemente no quepa dudar— del contexto de constitución natural de la persona, pero no dice nada acerca de si la base natural de constitución debe permanecer. A modo de ejemplo: quien estando en Inglaterra debe comportarse como persona de buenos modales, no por ese solo hecho deberá vivir

¹³ (n. 2) § 48, anotación.

¹⁴ *Cp. cit.*, § 70; valorándolo positivamente en lo fundamental, Höffe, en: *idem* (comp.), *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, 1989, pp. 27, 52.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁰ No se trata entonces sólo de una participación en el hecho del inducido, sino principalmente de un delito de deber cometido a título de autor; *Cf. Jakobs, Strafrecht, AT, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 217/116.

¹¹ Schüller, *Kabale und Liebe*, V. 7.

¹² Pero si el suicidio puede causar un injusto de heterolesión, ¿no constituye entonces también una autocontradicción de la persona jurídica, que es definida precisamente por el respeto a los demás? Ciertamente lo es; pero de este modo no puede fundamentearse *per se* el injusto de la autolesión. *Per se* no significa en este contexto: sin tener en cuenta la constitución social de la persona —sin esta perspectiva, ésta no existiría—; lo que se quiere decir es más bien: sin tener en cuenta las concreciones actuales. De manera extrema: la conclusión que se obtenga debe tener validez también respecto de quien actualmente está libre de toda deuda.

siempre en Inglaterra. Por lo tanto, si es racional ser como persona, no por ello ha de ser también racional vivir o seguir viviendo. Si se quiere explicar la racionalidad de seguir viviendo, es decir, desennascarar al suicidio como autocontradicción, ha de demostrarse por detrás "[del] interés de los individuos en cuanto tales"¹⁸, que en el derecho abstracto aún cumple las formas de la juridicidad, un elemento de constitución, como se hace más adelante en la eticidad, dentro de ella especialmente en la parte relativa al Estado, y sólo una vez que se ha llegado a ese punto: es "... la determinación de los individuos (...) llevar una vida general"¹⁹.

F. Suicidio y especial comunidad

Por consiguiente, el suicidio no puede enjuiciarse con base en el modelo de ordenamiento, principalmente negativo, del derecho abstracto, sino en todo caso con base en el ordenamiento de las instituciones que configuran la eticidad. En estas instituciones, que ostentan autoridad incluso superior a la del desarrollo de la naturaleza²⁰, tienen su origen los deberes que vinculan la voluntad y liberan al individuo, concretamente, "de la dependencia en que está en el impulso meramente natural y de la opresión que sufre en cuanto particularidad subjetiva en las reflexiones morales del deber ser y del poder ser"²¹. Se trata, esto ha de tenerse

en cuenta, de deberes de llevar una vida general, y no de una mera oferta a hacerlo, y con ello se advierte con claridad, sin que hiciese falta una vista especialmente aguda, que la administración de instituciones de esta índole, no forma parte de la realidad del Estado actual. El Estado moderno no administra lo general, sino lo común como base para lo privado, y puede que de lo privado forme parte también (desde luego, en el sistema de Hegel esto constituiría una contradicción) algo general, pero, precisamente, como algo privado, no como algo público. Tan sólo conoce una máxima categórica: ocuparse de crear las condiciones de una confortable comunidad (por tanto, en esta medida se ha impuesto Locke); todo lo demás lo mantiene flexible y lo enjuicia en el marco de lo proporcional. De modo resumido: quien describe al Estado moderno no ha avanzado ni un ápice más allá de lo que Hegel llama sociedad civil. La eticidad en sí misma ya no es un fin del Estado y *per definitionem* no puede serlo en un Estado que garantiza a través de derechos fundamentales el pluralismo y el individualismo; una sociedad con un Estado de esta índole necesariamente tiene que privatizar la eticidad²².

De este modo, queda claro que el Estado ya no dispone del

¹⁸ Op. Cit., § 258, anotación.
¹⁹ *Ibid.*
²⁰ Op. Cit., § 146, anotación.
²¹ Op. Cit., § 149.

²² Ello no significa que el Estado no pueda tomar como criterio de diferenciación el que sea posible o quede excluida una existencia ética en el comportamiento que le es imputable a él, especialmente en lo que se refiere a la imposición de decisiones privadas a través de tribunales y órganos de elección. La privatización de la eticidad no significa que pueda imponerse lo no ético con ayuda estatal, sino tan sólo que el Estado se limita a hacer posibles las condiciones de la eticidad. En el conocido ejemplo de John Stuart Mill del pacto de la esclavitud (*On Liberty*, 1859, aquí citado conforme a: *Liberté*, 1969, pp. 123 y s.), la solución sigue siendo que "ni la ley ni la esfera de lo público imponen" el reconocimiento de tal contrato. Por lo demás, Mill deja los asuntos privados en lo privado: la esclavitud puede durar "mientras la voluntad de todos los intervinientes siga siendo la misma" (*Ibid.*).

material con base en el cual puede enjuiciarse un suicidio²³. No puede enjuiciarse si un suicidio es racional o irracional. Desde luego, puede enjuiciarse que el suicidio constituya la lesión de deberes frente a otros, como ya sucede en el plano del derecho abstracto. En este sentido, puede que el suicidio de los padres constituya una infracción de deber frente a los hijos, pero se trataría entonces, al igual que como ya sucede en el derecho abstracto, del injusto de una heterolesión que sería mediado fácticamente por una autolesión²⁴.

²³ Köhler realiza un profundo análisis de los deberes existentes en la autolesión (ZStW, I, 104, pp. 3 y ss.). El diferencia entre autodisposición autónoma (que quedaría dentro del orden) y comportamiento "irracional", en el que la subjetividad autónoma niega su propia existencia, es decir, actúa de modo autocontradictorio en contra de condiciones de existencia en las que moral y pragmáticamente se asienta de manera sustancial la subjetividad libre" (pp. 18 y s.). Según Köhler, tampoco en estos últimos comportamientos concurre "una lesión de un deber jurídico frente a otros (que fundamentalmente normas jurídicas coactivas)", sino tan sólo la lesión de un "deber ético frente a sí mismo". "Se una persona" (pp. 20 y s.). Sin embargo, sostiene que "en principio es injusta" la participación en "una autolesión ajena que, si bien se ajusta a la forma de la voluntad, es por principio contraria a la libertad"; "pues en la afirmación fácticamente intersubjetiva de la máxima contraria a la libertad reside una heterolesión, el partícipe convierte en instrumento suyo la autolesión del otro" (p. 24). ¡Por tanto, se afirma que se trata de un injusto de heterolesión! En contra de ello ha de objetarse que se deja de lado el carácter común del comportamiento: no se produce la violación de la voluntad real del otro, y, además, ésta —al no ser una voluntad lesiva del derecho— también debe poder hacer lícitamente uso de la voluntad de otros. Además, falta la fundamentación de que la irracionalidad pueda v. deba constatar de modo público-vinculante; véase a este respecto el texto precedente.

²⁴ También aquí cabe entender la heterolesión como autocontradicción, véase ya la n. 12; sin embargo, de este modo no puede fundamentarse *per se* el injusto de una autolesión. Kant realizó una diferenciación muy exacta de los deberes; *Metaphysik der Sitten in zwei Theilen, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 1797, citada conforme a la edición de la Real Academia Prusiana de las Ciencias (Chras, T. VI), 1924, p. 422. Sin embargo, se advierte con claridad un defecto en su argumentación ya en el tratamiento de los deberes frente a otro, concretamente, frente a Dios "cuyo puesto que nos ha sido confiado en el mundo abandona el ser humano (que se mata a sí mismo [G. J.]), sin haber sido relevado en él" (*Ibid.*) —esto constituye un círculo, puesto que, desde un principio, se excluye el relevo realizado por Dios con participación del propio ser humano—. Ello se corresponde con la equiparación del suicidio a una destrucción de la "eternidad incluso en su ser" (*Op. Cit.*, p. 423). Puesto que Kant no se refiere a deberes jurídicos, las particularidades pueden quedar de lado.

Si lo anterior es correcto, decae al mismo tiempo la posibilidad de establecer garantías jurídicas en virtud de competencia institucional para impedir intentos libres de suicidarse; pues tal garantía tendría de nuevo como presupuesto el juicio sobre la irracionalidad objetiva, contrariedad a la ética del suicidio, un juicio, por tanto, que es asunto privado en el Estado moderno. Por lo demás, este tipo de garantías conducirían para el sujeto obligado frecuentemente al deber de construir un mundo en común, por ejemplo, a llevar una vida matrimonial, es decir, obligar también a éste a una forma de vida cuya racionalidad ya no puede enjuiciarse públicamente²⁵.

III.

A. Participación por organización

En lo que se refiere a la organización, los actores fueron concebidos hasta ahora aisladamente: quien se mata a sí mismo - quien mata a otro arrojándose una organización. ¿Qué ocurre en caso de una vinculación entre ambos? Alguien mata a otro a su petición o lo ayuda a suicidarse. De seguirse los principios antes desarrollados —sin considerar el derecho positivo—, se deriva lo siguiente: El injusto de una organización incorrecta es ya un objeto del derecho abstracto; una

²⁵ En las instituciones importantes en la práctica, el matrimonio y la confianza especial (en la relación de tratamiento médico), ha de tenerse en cuenta además que pueden ser resueltas sin causa o al menos (en lo que se refiere al matrimonio) prácticamente sin causa alguna. La posición de garantía, como la afirma BGHSt., T. 32, pp. 367 y ss., 373 y ss., depende entonces, en todo caso, de que aún no se haya producido la comunicación formal de la resolución (en la sentencia citada, sin embargo, si que concurría una resolución concluyente).

organización es incorrecta, cuando los otros no son respetados como persona; la falta de respeto es la arrogación de una organización. En caso de una organización en común, se arroga algo quien se aparta de lo convenido. De este modo, ni un homicidio a petición ni una participación en el suicidio configuran arrogaciones de organización; si han de constituir injusto, entonces, en todo caso no serían el injusto de un delito de lesión contra la persona. En lo que se refiere al derecho alemán (y no, por ejemplo, al español, al de numerosos países hispanohablantes o al japonés), esta consecuencia —en lo que respecta a la participación en un suicidio— se corresponde a la doctrina ampliamente preponderante²⁶, pero raramente es fundamentada en términos absolutos, sino, en general, intrasistemáticamente: falta el hecho principal típico, indispensable para la participación accesoria. Ocurre algo distinto en el homicidio a petición: según el § 216, StGB, es punible.

Esta situación jurídica obliga a la diferenciación más precisa, consistente en delimitar el homicidio a petición de la mera participación en un suicidio. Dado que aquí se trata de una decisión por todo o nada, punibilidad o total impunidad, los criterios de delimitación cuantitativos no merecen consideración²⁷; no explican el hiato. Por ello, aquí no se habrá de analizar más la cuestión de si, por ejemplo, toda intervención en calidad de autor (o de cuasi-autoría) por parte de otro —en contraposición a la mera intervención como partícipe—, conduce siempre al homicidio a petición, lo que

²⁶ De otra opinión, Schmidhäuser, en: Stratenwerth y otros (comp.), *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 801 y ss., 819 y ss.

²⁷ Roxin, NSZ, 1987, pp. 345 y ss.; Kühl, JR, 1988, pp. 338 y ss.; Hohmann y König, NSZ, 1989, pp. 304 y ss., 308 y s.

fundamentaría la responsabilidad, especialmente en caso de intervención en calidad de coautor (o de cuasi-coautoría) por parte de otro que no actúa en la ejecución, o si, a la inversa, una correspondiente intervención por parte del que pide morir, excluye siempre la responsabilidad de todos los demás, lo que, entonces, a su vez, tendría enorme significación para la participación en calidad de coautor (o de cuasi-coautor) (en lugar de ser mero partícipe) por parte del que pide la muerte sin ejecutar el hecho por sí mismo, porque ello le daría la impronta de suicidio a *todo* el emprendimiento.

Entre las soluciones subsistentes en la búsqueda de criterios de autoría para el § 216, StGB (¡no en caso de un delito de lesión contra la persona!), se excluye aquella que se basa en la arrogación de la organización —ésta siempre falta en el homicidio a petición—. Y, del mismo modo, tampoco se puede hallar la solución en cuál sea la persona que tiene el motivo dominante para realizar el hecho —en el homicidio a petición, siempre es el peticionario—.

Parece más prometedor hacer depender la solución de la circunstancia de que el peticionario mismo tome la decisión definitiva acerca del "sí" o "no" del hecho, o de que deje esta decisión en manos de otro²⁸; en el primer caso habría que aceptar un suicidio, en el último, un homicidio a petición. Conforme a esto, ejecuta un suicidio quien se mata de propia mano, por tanto, quien actúa en último lugar en darse muerte a sí mismo. Como consecuencia de tal distinción, la entrega de un arma para que el receptor se mate a sí mismo con ella, de propia mano, como último actuante, es participación en

²⁸ Otto, en: Jescheck y otros (comp.), *Festschrift für Tröhler*, 1989, pp. 157 y ss., 159 y ss., con referencias.

un suicidio, mientras que el uso mortal del arma "contra" quien lo pide configura un homicidio a petición²⁹.

B. El homicidio a petición como puesta en peligro abstracto

El sentido de una distinción de esa índole, no se puede hallar en que esté en juego una arrogación de organización, cuando no es el peticionante el que ha tomado la decisión definitiva sobre el "sí" o "no" del hecho. La organización en común, no es una arrogación de organización. El criterio de la decisión encuentra sentido sólo en la preocupación paternalista de que el peticionante tome por sí mismo la decisión definitiva, más aún, que, con la necesidad jurídica de tomarla por sí mismo, es decir, con la imposibilidad de la delegación, se le haga ver, de modo drástico, el peso de su petición (más precisamente quizá: se le ponga encarecidamente en su corazón). Por tanto, el homicidio a petición no es, como ya se dijo, un delito de lesión contra la persona, el precepto establece más bien, en actitud paternalista, una norma contra el eventual apresuramiento en el modo de tratar la vida propia.

Ciertamente, esta explicación es una reconstrucción racionalista de un contexto muy extraño y particular³⁰. Por

²⁹ Acerca del homicidio a petición por medio de omisión, véase Jakobs, en: H. Schütz y otros (comp.), *Medizinrecht-Psychopathologie-Rechtsmedizin*, 1991, pp. 72 y ss.

³⁰ De las razones dadas en favor de la legitimidad del § 216, StGB, véase por ejemplo: la solidaridad, Stratenwerth, *Strafrecht*, AT, 3ª ed., 1981, núm. 375; incapacidad de la sociedad para la autotranscendencia (el fenómeno de la muerte oculta), Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 187 y s. (en sentido descriptivo, no afirmativo); la protección de un tabú, Otto (n. 28), pp. 158 y s.; así, básicamente, también Hirsch, en: Stratenwerth y otros (comp.), *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 775 y ss., 790 y ss., junto a la afirmación del *statu quo* obtenida refusing a todos los ataques contra el § 216, StGB; el peligro de abuso, Arzt, ZStW, T. 83, pp. 1 y ss., 36 y s.; carácter absoluto de la protección (consecuentemente: la libertad del suicidio como *exception*), Maurach-Schroeder, *Strafrecht*, BT, Vol. 1, 7ª ed., 1988, § 1, núms. 5 y ss., 14 y s., 16.

tanto, aquí no se afirma que la norma contra el homicidio a petición deba su origen a tales reflexiones, sino que, así considerada, la norma tendría hoy un sentido aceptable. El origen de la norma, no podría ser explicado sin considerar que Dios, en todo caso no el ser humano, administra el comienzo y el fin de la vida, por tanto, sin considerar que el ser humano es una criatura, o, dicho de modo secularizado, sin el entendimiento de la inmutabilidad de las "cosas naturales" como también del estar vinculado a una "idea ética"³¹. A ello se agrega: Si el homicidio a petición es punible, pero la participación en un suicidio es impune, por tanto, si lo que es puesto de relieve es el actuar de propia mano, entonces, probablemente también repercute el mito de que las manos del autor están manchadas de sangre, más precisamente, esta reducción de la decisión sobre el "sí" o "no" a un mito, pues no se trata de otra cosa. Eso puede invocarlo todo aquel al que se le propone un suicidio: su propia sangre mancharía sus manos. Así, la norma contra el homicidio a petición mantiene el homicidio acordado, y, mediatamente, también el suicidio, en un ámbito de lo extraordinario, en el cual el razonamiento no debe intervenir.

C. ¿Sentido de la vida públicamente vinculante?

Sin embargo, ella no puede mantenerse en este ámbito; pues la explicación del homicidio a petición y, mediatamente, también del suicidio, como algo extraordinario, sólo cobra sentido en un contexto que garantice que el respeto al tabú

³¹ Hegel (n. 2), § 70.

produzca una consecuencia razonable. Por tanto, seguir viviendo tendría que tener sentido hasta que se produzca la muerte como "cosa natural", o quizá también persiguiendo una "idea ética", al menos en la gran mayoría de los casos. Tal afirmación de que toda vida, que no desapareció por las razones mencionadas, tiene un sentido, presupone sin embargo, en primer lugar, que la cuestión acerca de ello todavía es planteada públicamente; pero probablemente ya haya sido desplazada por la cuestión de la calidad de la vida. Esto no en todos los casos afecta al ámbito privado libre de vinculaciones, pero sí a la opinión pública vinculante. En una época en la cual ningún programa de derecho natural obliga ya a los hombres al perfeccionamiento ético, y en la cual las obligaciones religiosas tradicionales encuentran todavía un residuo, a lo sumo, en el ámbito privado, el sentido de la vida humana ya no es un tema público. Correspondientemente, los proyectos de derechos humanos más recientes (también los análogos a la religión) se concentran en la calidad de vida del hombre, provista de sentido, en todo caso en el ámbito privado. Nadie puede imaginarse que alguien postulase un derecho fundamental ya que el Estado le ofrezca un sentido! Más allá de lo risible —y prescindiendo de los Estados socialistas residuales—, ello sería concebible, en todo caso, como derecho a un abanico de ofertas plurales; si algo tiene sentido o no, y cuál es ese sentido, queda otra vez en el ámbito privado libre de vinculaciones. Brevemente: un ámbito privado libre de vinculaciones y un sentido de la vida público no combinan entre sí; por ello, la norma contra el homicidio a petición y la conversión en tabú, más o menos vinculada directamente a eso, del suicidio, en una sociedad que maximiza el ámbito libre de vinculaciones, pierden su

contexto; el contexto en el cual se fundan sería el de un sentido de la vida público, al menos la garantía pública de algún sentido, cualquiera que sea. Formulado de otro modo: la concepción de Hegel, en su vinculación de la eticidad con lo general sustancial, es una concepción de la libertad públicamente vinculante, que no es la que está en juego en el Estado moderno —en todo caso no, respecto del sentido de la vida—.

De este modo, la prohibición del homicidio a petición y lo extraordinario del suicidio que aquella transmite, ya no pueden estar en una relación de sentido que pueda ser explicada de modo públicamente vinculante³²; el elemento en común que ella todavía respalda, está transmitido por la naturaleza³³, a saber, por el miedo a la lesión mortal, sin la cual —al igual que sin el dolor en caso de lesión— habría desaparecido la humanidad desde hace ya mucho tiempo. Pero esa relación fundada en la naturaleza, no proporciona ningún límite categórico; pues el miedo natural ante la lesión mortal es de la misma cualidad que la voluntad natural de acabar con el dolor actual y el miedo natural ante el dolor que se avecina, por tanto, puede ser superado por los dos últimos. En otras palabras, una vida que tiene un sentido *per se*, justamente no pierde este sentido por el dolor, pero sí una vida cuyo fundamento se agota, por falta de un sentido vinculante, en —como se dice corrientemente— la calidad de vida. Además: no solamente los padecimientos transmitidos

32 Así en lo fundamental, además de Arthur Kaufmann (n. 1): *Ideen*, ZStW, T. 83, pp. 251 y s.; Schmitt, en: Schroeder y otros (comp.), *Festschrift für Maurach*, pp. 113 y ss., 118; Marx, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972, pp. 65 y s.; Hoerster, NJW, 1986, pp. 1786 y ss.; referencias de las opiniones contrarias en Otto (n. 32), pp. 159, n. 7.

33 No se trata de pura naturaleza; el animal no se mata.

por los vínculos con el cuerpo son los que pueden hacer aparecer una vida como no deseable; más bien se trata de cualquier clase de padecimiento; si no existe un sentido categórico, se puede computar, en principio, todo lo restante.

La posición fue formulada de modo más radical que lo que hacía falta para alcanzar las consecuencias. Es posible que el ciudadano individual adopte en su vida privada un sentido categórico, o también susceptible de restricciones, que no se vea afectado por la finalización de la vida, o incluso un sentido cuya realización, o bien su no destrucción, exija justamente el acabamiento de la vida. Aquellos judíos que mediante el suicidio (o por dejarse matar a petición; a más tardar aquí, la delimitación devendrá en una nimiedad) se sustrajeron a su padeciente exterminio por los persecutores del nacional-socialismo, no es que hayan sido todos nihilistas respecto del sentido de la vida; lo mismo vale para los que ofrecieron resistencia contra Hitler y fracasaron. Al respecto, y respecto de casos comparables, que pueden acontecer en la esfera de lo privado cuando están en orden los asuntos públicos, ya nada se puede censurar si el sentido de la vida ha desaparecido del ámbito de lo público; pues, entonces, nada vinculante de orden público puede contraersele a lo dispuesto en el ámbito privado; solamente esto es lo que importa.

D. Consecuencias para la interpretación del § 216, StGB

La protección paternalista ante los apresuramientos, de la que únicamente puede tratarse en la norma contra el homicidio a petición, pierde su justificación³⁴, a más tardar,

cuando de la situación objetiva se deriva que la voluntad de morir tiene fundamentos que son, cuando menos, aceptables³⁵, según aquellos principios que son los únicos sobre la base de los cuales aún cabe formular el juicio público. Ello puede darse con mayor facilidad de la que existe para apreciar, respecto de un sujeto inconsciente, la ausencia de consentimiento presunto en un tratamiento salvador; dado que la voluntad fue expresada, no hace falta un margen de seguridad que es indispensable, dada la presunción, por la irreversibilidad de las consecuencias. Si existe una situación de esa índole, por ejemplo, un estado de postración grave e irreversible, o un dolor tan grave que no se puede evitar o —quizá todavía peor— que puede ser evitado tan sólo con medios que destruyan la consciencia³⁶, o bien, sin enfer-

34 La cuestión de si aquí se trata de una causa de atipicidad o de justificación depende del grado de abstracción de la norma: El derecho vigente, si se toma al pie de la letra el § 216, StGB, abarca también el homicidio que se funda en una petición a morir evidentemente bien reflexionada; un homicidio en virtud de una petición de esa índole está justificado (véase el texto). Sin embargo, también sería concebible una norma más liberal (o una interpretación más liberal de la norma), según la cual en caso de que falte la idoneidad de un hecho para fomentar una decisión precipitada, va habría que negar toda perturbación social; una norma de esa índole, o así interpretada, no se referiría típicamente a homicidios perpetrados con buenas razones.

35 Así, para los casos límite —descritos de modo más estricto— incluso Hirsch (n. 30), pp. 795 y s. Fundamental, Geilen, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, 1975, pp. 21 y ss. Sin coraje, Baumann y otros, *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, § 216 Abs. 2 (p. 12); pero véase también la propuesta de Klug, pp. 36 y s.

36 Cuando, en la discusión en torno al tratamiento médico en el estadio terminal, se considera lícito que manos ajenas al paciente le eviten sus dolores —aun al precio de diluir la consciencia hasta un estado crepuscular más o menos permanente—, pero no la ejecución por mano ajena de la decisión consciente de morir (en profundidad, con referencias, Schöнке-Schröder-Eser, *Strafgesetzbuch*, 74ª ed., 1991, nims. 23 y ss., previo al § 211), entonces, ello pone de manifiesto una opción en favor de lo biológico y contra la totalidad, la personalidad —un criterio que, en el mejor de los casos (i), se alimenta de una tradición religiosa, sin que esto, con todo, sirva de sustento para la legitimidad de su consecuencia—.

medad corporal, la pérdida de todo sentido (privado) para vivir, entonces, habría, a su vez, una arrojeción de organización por parte del Estado, por tanto, una coacción contra quien exige su muerte, cuando aquél prohíbe a terceras personas la ejecución del hecho bajo amenaza penal. Si no se puede hablar seriamente del peligro de un apresuramiento, el derecho de la persona a determinar su vida y su muerte sólo tiene contra sí la nuda exigencia de obediencia a la norma contra el homicidio a petición: según las reglas del estado de necesidad, el derecho de la persona prevalece ante el interés en que no ocurran peligros tan abstractos.

Pero, para la solución *práctica* de la problemática, ¿no alcanza la impunidad del suicidio? Quien puede exigir su muerte, podrá beber, la mayor parte de las veces, el vaso con veneno—incluso con una pajilla—; en la práctica, siempre se podrá manipular, y hacer trucos, de tal modo que el peticionante actúe como último. Los médicos construyen instrumentos para morir³⁷; y, entonces, si el peticionante actúa último, ¿está todo en orden? Algo así confunde al Derecho con la Física de la secuencia temporal³⁸. Y ésta puede ser de interés cuando es dudosa la plausibilidad de las razones para un homicidio a petición, pero, en caso de una

petición con plausibilidad objetiva, carece de interés. Al Estado no le incumbe en nada la manera en que el peticionante llegue al fin de su vida: nadie tiene por qué dejarse imponer la renuncia a aceptar la ayuda de otro, por el hecho de que también podría alcanzar su meta por sí mismo.

Algún quien que pueda aprobar el final radical aquí comprobado de la eticidad pública, objetará contra la solución propuesta, a pesar de ello, que el fin de la norma contra el homicidio a petición ha sido establecido de modo demasiado individualista, en la evitación de apresuramientos: según esto, se trataría de establecer el tabú del matar a otro en absoluto, especialmente en vista a la enfermedad y debilidad; brevemente, se ha de proscribir todo acto de razonamiento sobre el valor de la vida³⁹. Pero no se lo puede proscribir. En primer lugar, una sociedad para la cual el dolor siempre carece de sentido y la evitación del dolor siempre lo tiene, también ha establecido con ello qué debe ser tratado como valioso para la vida, aun cuando a todo hombre puede corresponderle, *extra commercium*, un valor vital puramente normativo. En segundo lugar, la determinación del valor se lleva a cabo cotidianamente y en todas partes al decidir sobre

³⁷ Véase por ejemplo la situación de hecho de la sentencia OLG München, NJW, 1987, pp. 294 y ss.
³⁸ En esa medida con acierto de modo crítico, Hirsch (n. 30), pp. 792 y s. El problema puede intuirse mientras a la petición le falte toda plausibilidad, especialmente porque se base en un disgusto visiblemente pasajero, también se puede llevar al ámbito de lo punible a la participación en un suicidio—si se considera necesaria una norma contra el homicidio a petición—. La teoría, desarrollada entretanto, de la imputación objetiva (en este caso: de la prohibición de regresa) garantiza que, por esta vía, no sean penalizadas conductas socialmente adecuadas. Aquí no se opta por esta solución; pero ella sería más sincera que la radicalización de la posición como último actuante.

³⁹ Referencias ya supra, en n. 30. En lo que se refiere al argumento de que los enfermos graves podrían ser muertos con el pretexto de la ayuda activa a morir (Otto, n. 28, p. 159), es verdad que se amplía el ámbito en que se podrían cometer abusos: hasta ahora, ellos podrían ser muertos sólo bajo el pretexto de una ayuda pasiva a morir (véase Hoerster, n. 32, p. 1791). Siempre que se confecciona el modo más amplio el matto de la libertad, también es posible que con mayor facilidad se oculte bajo ella la violencia. ¿Es esta razón para no cortar nunca más de manera más amplia? Lo mismo sucede con el argumento de que personas gravemente enfermas podrían verse constringidas a matarse o a hacerse matar (Otto, *Op. Cit.*); también puede obtenerse por coacción la renuncia a un tratamiento. Sin embargo, la solución aquí defendida priva a la persona gravemente enferma del argumento de que en este ámbito no cabe el razonamiento (Cf. supra, III, B); el enfermo, por tanto, *mientras sea responsable*, soporta el peso de toda su libertad: decidir por sí mismo.

el consentimiento presunto de los pacientes gravemente enfermos en su tratamiento, así como, en general, en todo el ámbito de la eutanasia pasiva. Arthur Kaufmann ha aclarado sobre una parte oscura de ello⁴⁰, a saber, la eutanasia prematura. No se pueden negar las máximas rectoras utilizadas en esta cuestión, al aplicarlas a otro ámbito, sin que se quiebre el discurso.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en enero de 1998.

Se compuso en caracteres Palatino de 12 puntos
y se imprimió sobre papel bond de 75 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Post Tenebras Spero Lucem

⁴⁰ JZ, 1982, pp. 481 y ss.

