



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR**

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO,  
ORIENTACIÓN EN DERECHO PENAL

*Muerte pía:*

Muerte eutanásica – Muerte por piedad – Muerte a petición

Federico Daniel Arrué

BAHIA BLANCA

ARGENTINA

2014



**PREFACIO**

Esta Tesis se presenta como parte de los requisitos para optar al grado Académico de Magíster en Derecho, de la Universidad Nacional del Sur y no ha sido presentada previamente para la obtención de otro título en esta Universidad u otra. La misma contiene los resultados obtenidos en investigaciones llevadas a cabo en el ámbito del Departamento de Derecho durante el período comprendido entre el 15 de junio de 2010 y el mes de febrero de 2014, bajo la dirección del Dr. José Ignacio Pazos Crocitto.





UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Secretaría General de Posgrado y Educación Continua

La presente tesis ha sido aprobada el...../...../....., mereciendo la calificación de.....(.....)



## **RESUMEN**

Bajo la denominación “eutanasia” suelen encontrarse entremezcladas diferentes ideas algunas de las cuales coinciden parcialmente. Esencialmente: *muerte sin dolor*, *muerte por piedad*, y *muerte consentida* –generalmente *a petición*-. A su vez cada una de estas muertes puede ejecutarse de diversas maneras, por distintas personas, y en el marco de variadas circunstancias aparentemente relevantes.

De allí que sea útil el establecimiento de un marco conceptual claro que ayude a distinguir las diferentes situaciones que pueden regularse, las que algunos ordenamientos han regulado, y las que parece deseable que se regulen.

La distinción conceptual es la base para analizar, además, distintas las soluciones legales de carácter penal para cada caso y cuáles han sido escogidas en los distintos sistemas jurídicos que las contemplan. Respuestas que van desde la punición como homicidio genérico hasta la atipicidad, pasando por un abanico de otras soluciones.

Y en función de las diferenciaciones terminológicas pueden señalarse los diversos argumentos a favor y en contra de cada alternativa, y cómo han sido valoradas a lo largo de la historia.

En el ordenamiento argentino las pautas rectoras de dichas respuestas legales deben encontrarse en la Constitución misma. La vida es un bien jurídico que el Estado debe proteger. De allí que no puedan quedar impunes muertes por el solo hecho de haber sido producidas *sin dolor* o *por piedad*. Pero la vida no puede ser entendida como un deber. La autodeterminación personal es un valor supremo en el sistema liberal que consagra la Carta Magna. Su realización, por tanto, puede –y en algunos casos sin duda debe- ser regulada a fin de asegurar decisiones libres y bien meditadas; pero no puede ser vedada en cuanto no afecte concretamente a otras personas. Incluso si el proyecto de vida implica poner fin a la propia existencia, ya sea por propia mano –suicidio- o por medio de una muerte *a petición*.



## **ABSTRACT**

The concept of euthanasia involves different but related ideas: painless death, mercy death and requested death. Each of these kinds of deaths can be executed by different ways, by different people and in different circumstances.

Therefore, it is useful to determine a clear conceptual background to help to distinguish those situations, which are regulated by the law in some countries and it seems desirable to be regulated.

The conceptual differentiation is the key to analyze criminal solutions chosen by different countries, which vary from punishing euthanasia as homicide, to considering it an atypical conduct.

The terminological controversies may point arguments in favor and against each alternative through history.

In Argentina, the solution must be found in the Constitution. Life is a legal value that must be protected by the state. That is why death caused painless or because of mercy, cannot be unpunished. However, life cannot be considered as a matter of duty. Free will is also a supreme value in a liberal constitutional state as ours. Free will may -and sometimes must- be limited in order to secure free and meditated decisions. But it cannot be limited when the decision does not affect other people, even if our life project implies the end of our own existence made by ourselves -suicide- or by a requested death.



**Certifico que fueron incluidos los cambios y correcciones sugeridas por los jurados.**

**Firma del Director**



*...la muerte es el límite más lejano que alcanza nuestra vida, y cualquier parte de nuestra vida, incluyendo la última, es importante; y porque la muerte es una circunstancia especial, peculiarmente significativa en la narración de nuestras vidas, como lo es la escena final de una obra teatral, en que todas sus características se intensifican bajo un especial foco luminoso. ...el momento en el que morimos es importante debido a lo que puede sucedernos, si es que morimos más tarde; ...la forma como morimos importa porque es la manera en que morimos.*

Ronald Dworkin

*(El dominio de la vida, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 273)*



## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2004 el director de cine español Alejandro Amenabar con su película *Mar Adentro* llamó la atención de la sociedad hacia la historia real de Ramón Sampedro. Este marino y escritor gallego quedó tetrapléjico a la edad de veinticinco años. Fue el primer ciudadano en pedir una muerte por eutanasia en España. Solicitaba que se autorizaba a algún allegado suyo a ayudarlo a morir puesto que él mismo estaba incapacitado para dar fin a su propia vida. Su pedido fue denegado siendo que el código penal español –el entonces vigente, así como el actual- castiga la ayuda al suicidio.

En 1998 Sampedro murió envenenado ayudado por su amiga Ramona Maneiro, quien fue investigada y contra quien se instruyó sumario. Pero Maneiro no fue condenada por falta de pruebas. Al prescribir el delito -en el año 2005- ella confeso haber sido quien ayudó, por piedad, a morir a Sampedro.

Ese mismo año, tras pasar quince años en estado vegetativo, muere, por inanición, la estadounidense Terry Schiavo. Su esposo había solicitado, y la justicia del Estado de Florida había concedido, que se desconectara el sistema que la alimentaba artificialmente.

El periodo previo a su desconexión, los quince días que sobrevivió sin alimentación, y el tiempo posterior a su muerte; fueron ocupados por una acalorada polémica acerca del derecho a la vida y a la muerte. Manifestaciones a favor y en contra recorrieron las calles de las principales ciudades de todo Estados Unidos. Religiosos, filósofos, médicos, juristas, y la sociedad en su conjunto, manifestó opiniones por demás encontradas en relación al pedido de muerte –propia y de allegado- por eutanasia.

Más recientemente, en Italia, se debatió el caso de Eluana Englaro. Esta joven llevaba diecisiete años en estado vegetativo. Su corazón latía normalmente, y respiraba por sí misma. Pero debía ser alimentada e hidratada para vivir.

Después de una larga polémica –y de un juicio que llegó a repetirse-, en el año 2008 el Supremo Tribunal de Italia aprobó con carácter definitivo el pedido de sus padres para autorizar el cese de su alimentación. Frente a la sentencia se levantó la opinión contraria de la Iglesia Católica y el Estado Italiano.

Vinculado a esta cuestión los padres tuvieron grandes dificultades en encontrar un hospital que quisiera realizar la desconexión.

Por su parte el entonces primer ministro Silvio Berlusconi redactó un decreto tendiente a evitar que se interrumpiera la alimentación; pero éste no fue firmado por el presidente de la República, Giorgio Napolitano, y no entró en efecto.

Supervisada por un equipo médico de voluntarios que aceptaron el cese de la alimentación y la hidratación Englaro falleció el 9 de febrero de 2009.

Estos tres ejemplos –a los que pueden sumárseles muchos otros-, que dieron la vuelta al mundo, dejan bien en claro que pocos temas en la actualidad suscitan tanto interés y tanta polémica, como las cuestiones referidas a algunas formas especiales de privar de la vida.

Tres son los aspectos fundamentales de esta polémica: la muerte sin dolor, el pedido de muerte –expreso o presunto- del propio individuo, y la finalidad benéfica de aquel que pretende matar.

El primer aspecto corresponde a la eutanasia en sentido estricto. Y en relación a él cabe preguntar en qué casos debe permitirse el terminar la vida de otro sin dolor y bajo qué condiciones. O si acaso esta conducta siempre debe punirse siempre, o dependiendo de las circunstancias. Y en caso afirmativo, si la pena a aplicar debe ser inferior a la que corresponde en caso de simple homicidio.

El segundo aspecto refiere al homicidio consentido –puntualmente: a petición-. Y conlleva interrogar si puede un individuo –en cualquier circunstancia o en casos determinados- pedir su propia muerte, produciendo que en consecuencia quien cumpla su deseo no cometa un delito o bien sea castigado con una pena inferior a la que correspondería de no mediar petición.

Y el tercer aspecto, se vincula al homicidio por piedad. Implica inquirir qué consideración merece un individuo que mata queriendo hacer un bien a aquél a quien produce la muerte.

Estos tres conceptos, estrechamente vinculados entre sí: *muerte eutanásica*, *muerte consentida* y *muerte por piedad*; suelen presentarse en conjunto. Pero no necesariamente ello es así. Para nuclearlos de algún modo, diremos que cada uno es parte suficiente pero no necesaria de una “*muerte pía*”. En la *muerte pía*, entonces, se dan una o varias de estas situaciones.

Si se analiza uno solo de estos conceptos, quedarían fuera situaciones donde éste no está presente, pero sí lo está algún otro de los mencionados. Un problema similar se tendría si, por el contrario, en un solo concepto se reuniesen las tres situaciones; pues no estaríamos frente al concepto de no darse conjuntamente las tres circunstancias. Por lo tanto, pretendemos hablar separadamente de eutanasia, muerte consentida y muerte por benevolencia, y agruparlos bajo la denominación de *muerte pía*.

Así planteada, la temática puede no parecer diferente de cualquier otra controversia jurídico penal. Pero lo que hace a la *muerte pía* tan especial, es que conlleva una arista jurídica, pero también una ética o religiosa, y en muchos casos, también una médica o sanitaria.

Las cuestiones éticas y religiosas, que obviamente repercuten en alguna medida en todas las decisiones referentes a política legislativa, impregnan con fuerza inusual el debate acerca de este tipo de homicidio. No hay grupo social o religión, que no tenga una postura tomada, y que la defienda como pilar de su concepción de la existencia y del ser humano. De este modo, las controversias puntuales que periódicamente acontecen al solicitarse o efectuarse una *muerte pía*, saltan a la prensa mundial. Y reabren así un debate que sistemáticamente suele terminar en vacío, generalmente, en buena medida, por ser un diálogo donde los argumentos refieren a diferentes situaciones, y que, por otra parte, abarca diversos aspectos.

En cuanto al eje sanitario, éste se da sobre todo en casos de eutanasia ejecutada por médicos y aplicada a individuos enfermos. Es una cuestión compleja y especial, pues aparentemente plantea una desvirtuación plena en la función social del médico. Aquel comprometido con la salud y la vida, puede llegar a ser puesto en el lugar causador de muerte. Por un motivo humanitario, pero muerte al fin. A medida que la ciencia médica avanza, pudiendo prolongar la vida humana por más tiempo pero no necesariamente en mejores condiciones; a los profesionales de la salud les es más difícil escapar a este dilema. Porque pueden también, a menudo, pasar a ser verdugos, no dando muerte, sino dando sufrimiento en vida.

La conclusión de todo lo dicho, es que la *muerte pía* es una gran paradoja. Sea quizás una de las mayores paradojas a las que deba enfrentarse el ser humano. En la eutanasia, lo valioso es destruido, pero el valor que poseía se ve reflejado en el

modo de la muerte: sin dolor. En el homicidio consentido, la vida que se respeta y valora como capaz de decidir su propio porvenir, pretende en función de esa virtud, el ser cesada. En el homicidio por piedad, se elimina aquello que se quiere, por el afecto que se le tiene.

Y la magnitud de la paradoja, surge por un lado, de versar sobre una cuestión trascendental, y por otro, de ser radical y maniquea. Porque se discute acerca de la vida. Y las opciones son contrapuestas, irreconciliables e irreversibles.

Nadie discutiría que tienen relevancia, tanto la vida –en su sentido más estricto: entendida como existencia-, como la calidad de vida y el bienestar. Pero puede ocurrir que el mayor bienestar posible se piense que sea el estar privado de la vida. Así planteada la cuestión, llega hasta la arista del Derecho. Se pretende que el Derecho regule, allí donde existen tantas opiniones, y tantas cuestiones irrefutables. Y se busca que irrumpa en la paradoja, defendiendo media verdad, y siendo golpeado y debiendo cargar con el peso de la otra media.

En este trabajo se pretende echar luz sobre los puntos mencionados. No, obviamente, para dar la solución correcta y específica a la cuestión de la *muerte pía* en abstracto porque, como ya vimos, en cualquiera de sus tres vertientes, puede implicar una paradoja: la pretensión de lograr un bien privando de la vida: considerada ésta como uno de los bienes fundamentales, sino el fundamental.

En definitiva, en las sociedades democráticas, serán los ciudadanos, quienes por medio de sus representantes, por mayoría, decidirán sobre esta cuestión. Aunque, claro está también, la solución que escojan debe guardar relación con el sistema jurídico imperante y con la Constitución vigente en el Estado en cuestión.

Lo que intentaremos hacer en esta investigación es clarificar, diferenciar y ordenar algunas ideas.

En un primer lugar, procuraremos acercarnos a una definición –estipulativa- de aquellos conceptos que entendemos conforman la *muerte pía*: “muerte eutanásica”, “homicidio consentido” y “homicidio por piedad”.

Hecho esto, diseñaremos una clasificación de los distintos actos que pueden caer bajo el rótulo de “*muerte pía*”, según diferentes aspectos que deben ser tenidos en consideración.

Seguidamente, veremos cómo han sido reguladas estas cuestiones, en algunos ordenamientos comparados que hacen especial mención a ellas.

A continuación, nos referiremos puntualmente y analizaremos la temática en el sistema penal argentino, donde no está expresamente regulada; y como se resuelve según la legislación vigente.

Luego expondremos brevemente los principales argumentos en contra y a favor de la *muerte pía*, y señalaremos las tesis teológico-axiológicas de la Santa Iglesia y de otras comunidades religiosas.

Por último, haremos una reflexión en relación la adecuación de la *muerte pía* al sistema liberal que propugna la Constitución Nacional, como cabeza del sistema jurídico argentino.

Como hemos dicho, la temática de estos tipos de homicidio es por demás compleja. El subsumirla simplemente bajo el rótulo de “homicidio”, sin hacer ninguna referencia expresa a ella, implica sólo una solución parcial y momentánea. Porque deja gran margen a la polémica, a la interpretación y a la discreción.

El regularla legalmente implica una elección y un costo. Cuando la sociedad argentina determine que es tiempo de debatir abiertamente sobre algunos tipos de homicidios *píos* –más allá de lo que escuetamente señala la ley nacional de *muerte digna*-, ya sea que se resuelva el hacer expresa la permisión, punición como homicidio o punición atenuada; será conveniente que tome su decisión estando informada.

Desde estas investigación pretendemos contribuir a esa información, centrándonos en la cuestión desde la óptica jurídico penal.



## 2 – APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE LOS CARACTERES DE LA MUERTE PÍA

### 2.1 – Consideraciones previas

La idea de entender, al menos de manera aproximada, a qué nos referimos cuando hablamos de “*muerte pía*” y de sus caracteres tiene una importancia crucial. Porque en el acalorado debate sobre ella las partes pueden hacer referencia a realidades completamente distintas o bien no del todo iguales.

Como adelantamos por *muerte pía* entenderemos aquella en el que se practica muerte eutanásica –sin dolor-, o se mata con consentimiento del sujeto pasivo, o por piedad hacia él.

A su vez, cada uno de estos elementos es en sí ambiguo. Puede entenderse que implican situaciones muy diversas. Incluso puede llegarse a hacer un uso diferente de la misma palabra para defender o atacar una posición al respecto. De esta forma, las palabras pueden ser manipuladas.<sup>1</sup>

*Eutanasia* decían practicar los nazis, cuando eliminaban a quienes no les parecían útiles, pues los eliminaban sin dolor y alegando *benevolencia*, pero sin apenas poder dar más que vagos intentos de justificación, y sin atender en lo absoluto a su *voluntad*. Ramón Sampredo, tetrapléjico, *pedía* para sí una muerte relativamente *indolora* indicando que le acercaran a la boca la bebida con veneno. *Muerte sin dolor y por benevolencia*, solicitaban para sus familiares, algunas personas que ya no soportaban verlos en estado vegetativo y pretendían que se le desconectara la máquina que los mantenía con vida; permitiendo así el accionar natural de la muerte.

Sumado a esto, la carga valorativa de la descripción que se dé, puede tratar de convertir el mismo hecho en un acto de piedad y abnegación manifiesta, o en un crimen horrendo contra el ser humano. Pueden oírse entonces diversas definiciones

---

<sup>1</sup> Dice Pazos Crocitto: “La voz “eutanasia” está rodeada de reminiscencias emotivas –no ya jurídicas-, se halla desacreditada pro el así llamado programa eutanásico de la época nacional-socialista..., de donde, se ha procurado suplantarle por ‘asistimiento’ o ‘ayuda a morir’ ”. Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 11. – En este punto el autor citado sigue a Aldoney Ramírez, Ramiro, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. Alemania*, consultado online: [www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

de eutanasia, homicidio consentido y homicidio por piedad, que oscilan desde leves variantes de *final voluntario y legítimo de todos los padecimientos al término de la vida disfrutable*; hasta *homicidio voluntario y egoísta de un indefenso*.

## **2.2- Introducción a los elementos de la muerte pía**

### **2.2.1 Muerte pía en razón del modo: muerte eutanásica**

La palabra Eutanasia, etimológicamente, deriva del griego *ethos*, bien, y *thanato*, muerte. Literalmente, puede traducirse como “buena muerte”. Y, como “buena muerte”, se entiende la muerte sin dolor.

De aquí la primera de las definiciones que da la Real Academia de la Lengua Española en su vigesimosegunda edición, para *eutanasia*: *Muerte sin sufrimiento físico*.<sup>2</sup>

En este trabajo, utilizaremos el término “eutanasia” en el sentido más amplio posible respetando este significado. Es decir, nos atenderemos a esta definición que nos da la Real Academia. Entenderemos que la *eutanasia* es la muerte provocada sin sufrimiento. Para resaltar que nos referimos a nuestra concepción de dicho término y no a otras muertes que luego analizaremos dentro de la genérica denominación de *pías*, optaremos por llamar a la muerte sin dolor *muerte eutanásica*.

### **2.2.2 Muerte pía en razón de finalidad: Muerte por piedad**

Por *muerte por piedad*, entendemos aquella muerte realizada por un *motivo piadoso*. Quien actúa, lo hace movido por un sentimiento caritativo para con quien va a morir. Es decir: entiende que es mejor para el sujeto pasivo, estar muerto que continuar con vida.

### **2.2.3 Muerte pía en razón del acuerdo del individuo: muerte consentida**

---

<sup>2</sup> Consultado online: [www.rae.es](http://www.rae.es)

Es la muerte dada a un individuo que la ha solicitado o que al menos ha mostrado no tener objeciones ante ella. Es decir: que ha dado su consentimiento en sentido amplio.

En el primer caso, estamos ante una muerte *a petición*.

En el segundo, ante una muerte *meramente admitida*. Esta última situación, aunque extraña, puede darse por un sentimiento de indiferencia ante la vida, o bien porque aunque no se quiera la muerte se la acepta por alguna razón altruista.

### **2.3- Relación de los elementos de la muerte pía entre sí:**

Entendemos que cada una de las situaciones –*muerte eutanásica, muerte por piedad y muerte consentida*–, son suficientes pero no necesarias para que haya una *muerte pía*.

Si se opta por analizar uno solo de estos conceptos, quedarían fuera situaciones donde éste no está presente, pero en las cuales sí se dan otros supuestos de los antes citados.

Si, por el contrario, se prefiere reunir en un solo concepto las tres situaciones, se tiene un problema similar. Por lo tanto, pretendemos hablar separadamente de *muerte eutanásica, muerte consentida y muerte por piedad*, y agruparlos bajo la denominación de *muerte pía*.



De este modo, se muestra también la existencia de distintos supuestos de muertes que no son *pías*, bajo ninguna consideración: aquéllas en donde no se da falta de

sufrimiento en la muerte, ni piedad como razón de ella, ni consentimiento para su producción.

Es el caso de la mayoría de los homicidios.

Por otra parte, tal como surge del gráfico, existen entre los tres términos distintos puntos de contacto: tres superposiciones en las cuales convergen dos situaciones; y una en que se encuentran presentes las tres. Dentro de la *muerte pía*, entonces, se tienen siete variantes:

*Muerte meramente eutanásica.* La que ocurre son dolor pero no es por piedad ni está consentida.

*Muerte meramente por piedad.* La que es motivada por éste sentimiento, pero no es especialmente indolora y no cuenta con el consentimiento de la víctima.

*Muerte meramente consentida:* Aquélla en la que el sujeto pasivo ha dado su aval, pero quien mata no lo hace por piedad ni de un modo indoloro.

*Muerte eutanásica y por piedad.* Por misericordia se da muerte a una persona de manera indolora, pero sin su consentimiento.

*Muerte eutanásica consentida.* En razón del consentimiento dado, se provoca una muerte indolora.

*Muerte por piedad y consentida.* La que se produce por misericordia y con consentimiento de quien va a morir, pero por medio de un proceso no especialmente indoloro.

*Muerte eutanásica, consentida y por piedad.* La convergencia de los tres supuestos que conforman la *muerte pía*. La muerte se produce por misericordia, con consentimiento, y es dada sin dolor.

Veremos posteriormente, que existe una tendencia a vincular algunos tipos de *muerte pía* con otros. Las muertes *por piedad* o *consentidas*, generalmente son *eutanásicas*. Pero no por ello se deben confundir los términos y utilizar un solo concepto cuando existen dos elementos claros y diferenciables.

## **2.4 – Muerte pía y eutanasia en sentidos diferentes o estrictos.**

### **2.4.1 – Introducción**

Siguiendo a Jiménez de Asúa y a otros autores, dejaremos de lado la acepción teológica del término *eutanasia*, que significa *muerte en gracia*.<sup>3</sup>

También, en consonancia con la mayor parte de quienes abordan esta temática, no nos detendremos en la a veces llamada *eutanasia propia* o *genuina*, esto es, la ayuda en la muerte, mitigando los sufrimientos, dando asistencia psicológica, pero sin acortar la vida.<sup>4</sup>

La doctrina suele definir a la *eutanasia* dándole caracteres específicos. De esta forma nuestro concepto de *muerte eutanásica* no se parece al que recogen la mayoría de los autores, ya que éstos le agregan a nuestra *muerte sin dolor* otros elementos. O, incluso, dejan de lado la idea de *muerte sin dolor*.

Sin desconocer estos elementos que la doctrina suma nosotros se los asignamos a otros tipos de *muerte pía*. O bien los hemos situado como caracteres clasificatorios secundarios dentro de alguna variante de *muerte pía* al entender que su sola presencia no es razón suficiente para hablar de *eutanasia* –en sentido amplio–.

De este modo, pretendemos facilitar el esquema clasificatorio con el que buscamos encuadrar las distintas situaciones que pueden producirse en los hechos o que pueden recoger los textos legales.

#### **2.4.2 – Algunas definiciones de *eutanasia* que no compartimos completamente**

La segunda acepción de la Real Academia en su citada edición, nos indica para *eutanasia*:

Acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, para poner fin a sus sufrimientos.

El elemento *voluntad* nosotros lo identificamos con *muerte consentida* –puntualmente, veremos luego, con su variante *a petición*–; y no con *muerte*

---

<sup>3</sup> Conforme Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 337.

<sup>4</sup> Conforme Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 16.

*eutanásica*. El elemento finalista –poner fin a sus sufrimientos- lo identificamos con homicidio *por piedad*.

Además la definición citada habla de *enfermedad incurable*. Creemos que este es un elemento importante para la clasificación de *muerte pía*, pero accesorio, que puede estar presente en la *muerte pía* o no. Es decir, que resulta por tanto contingente.

En un sentido similar Higuera define la *eutanasia* como:

La práctica que procura una muerte, o mejor, abrevia una vida, para evitar grandes molestias y dolores al paciente, a petición de él mismo, de sus familiares, o sencillamente de tercera persona que presencia, conoce e interviene en el caso concreto del moribundo.<sup>5</sup>

En la primera parte de su definición, Higuera hace referencia a lo que llamaremos *muerte por piedad*: evitar dolores y molestias grandes. Creemos que las *molestias grandes* se vinculan a este término, por el dolor psicológico que causan en los individuos.

Y luego, entiende que además debe existir petición del que va a morir, o de sus familiares: elemento que –como ya señalamos repetidamente- denominaremos *homicidio a petición*, como variante del *homicidio consentido*.

Es de interés para nosotros la variante que introduce dentro de la petición de la muerte: el que ésta sea pedida por un allegado de aquél que va a morir. Higuera va incluso más allá al concebir que la petición puede ser dada incluso por quien conoce del caso. Nosotros analizaremos estas posibilidades al hablar del consentimiento.

Mostrando algunas divergencias, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) define la *eutanasia* como:

---

<sup>5</sup> Higuera, Gonzalo, *Distancia moral, experimentos con el hombre*, Santander, 1973., pág. 252. Citado por Olga Islas de Gonzáles Mariscal, consultado online: [www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/22.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/22.pdf)

Acción u omisión, directa o intencionada, encaminada a provocar la muerte de una persona que padece una enfermedad avanzada o terminal, a petición expresa y reiterada de ésta.<sup>6</sup>

Nuevamente aparece el elemento voluntad como constitutivo de la eutanasia. Pero se le han agregado caracteres: la intención del que va a morir debe ser *expresa y reiterada*. Analizaremos esos caracteres, pero como clasificatorios del consentimiento y no como constitutivos de él.

Nótese cuán diferente es esta voluntad con aquélla que propone Higuera.

En esta definición queda fuera el elemento finalista propio del homicidio *por piedad*.

Vuelve a figurar la idea de enfermedad, ahora adjetivada con dos condiciones en disyunción: avanzada o terminal.

Y se mencionan los medios de realización de la muerte: acción u omisión, directa o intencionada. Entendemos que estos elementos son relevantes, pero, nuevamente, como clasificatorios de la muerte. En razón de las definiciones estipulativas que hemos realizado en miras a posibilitar un debate circunscripto y ordenado, entendemos no corresponde hacer mención a ellos en una posible definición.

Roxin agrega contingencias en lo que hace a la voluntad. Entiende que *eutanasia* es

...la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones.<sup>7</sup>

El profesor de Munich no habla de *muerte sin dolor*, sino que hace referencia a *muerte humanamente digna*. Esta consideración es de suma utilidad para nuestra producción y por tanto la hemos recogido pero integrada en la idea de dolor. Diremos que dolor es también –además de dolor físico–, un sufrimiento psicológico o espiritual, y que por lo tanto importa todo lo que atente contra la dignidad de la persona, aún en el momento de su muerte, produce dolor.

---

<sup>6</sup> Consultado online: <http://www.who.int/es/>

<sup>7</sup> Roxin, Claus. *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*, consultado online: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)

El elemento finalista de piedad puede entrecruzarse.

Roxin incluye dentro del concepto de eutanasia el hecho que la muerte sea voluntaria. Con respecto al consentimiento, este autor determina que puede ser presunto. Esta posibilidad será recogida en nuestro análisis del consentimiento.

Pazos Crocitto, por su parte, marca expresamente la diferencia entre *privar la vida a otro por móviles de piedad*, y *privar la vida a otro que lo solicita*. Indica que en el último caso pueden incluirse el de los enfermos terminales que piden su muerte. Sin embargo, luego se limita a analizar distintas variantes de “eutanasia”, pero referidas siempre a muerte a petición en individuos enfermos.<sup>8</sup>

Es decir: se enfoca en un criterio parecido al de Roxin.

Un análisis muy similar realiza Díaz-Aranda.<sup>9</sup>

Muestra grandes diferencias Rivera. Dice el autor en relación a la *eutanasia*:

En sentido amplio, este vocablo significa buena muerte, serena, tranquila, sin sufrimiento. En sentido más preciso, es la muerte que, deliberadamente, se provoca para extinguir la vida de quien padece una enfermedad incurable y dolorosa, a fin de evitarle los sufrimientos de una larga y penosa agonía.<sup>10</sup>

El primer sentido, es la situación que llamaremos *muerte eutanásica*. El segundo sentido, es lo que llamaremos *muerte por piedad*, en un individuo enfermo de enfermedad dolorosa e incurable.

La distinción entre los dos supuestos nos parece acertada, sin embargo creemos que la muerte por piedad no debe limitarse en cuanto a su concepto a los casos de enfermedad –pues la piedad, como ya se analizará, puede originarse en otros motivos-, y menos aún en determinados tipos de enfermedad.

Y no creemos que un sentido de los dos que da Rivera sea más amplio que el otro –salvo que se entienda que implícitamente el segundo incluye al primero-. Pues puede existir el primero sin el segundo y el segundo sin el primero: una muerte sin

<sup>8</sup> Conforme Pazos Crocitto, José I. (Director), Código Penal de la República Argentina, Parte Especial, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2009, pág. 43.

<sup>9</sup> Díaz-Aranda, Enrique, *Eutanasia, Propuesta de solución jurídica en México*, en “Revista de Derecho Penal”, Donna, Edgardo A. (Dir.), n° 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 301.

<sup>10</sup> Rivera, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 36.

dolor en una persona que no padece ningún sufrimiento, y una muerte no indolora en aquel a quien se quiere hacer dejar de sufrir por su mal.

Nótese que en esta definición ya no está presente el elemento volitivo en cabeza de quien muere.

Jiménez de Azua dice que la *eutanasia* es

...la muerte tranquila y sin dolor con fines liberadores de padecimientos intolerables y sin remedio a petición del sujeto o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital que importa a la vez un resultado económico previo diagnóstico y ejecución oficiales.<sup>11</sup>

Este autor refiere a la ausencia de dolor, y también a finalidades. Sin embargo, en esta última cuestión da distintas variantes –piadosas y sociales o económicas- que terminan por desvirtuar la definición estipulativa que hemos propuesto para posibilitar un debate ordenado. En nuestro esquema, las muertes dadas por razones económicas de terceros o de la sociedad no pueden ser consideradas *pías* en tanto no sean sin dolor o voluntarias. Quedan por tanto, salvo que concurren las circunstancias dichas, fuera de nuestro análisis.

En otras partes de su obra el autor citado tiende a distinguir entre *homicidio consentido* y *homicidio piadoso*.<sup>12</sup>

Rivera López señala que pretende dar una definición genérica de *eutanasia*. Sin embargo, propone como tal:

...conducta llevada a cabo por un agente de salud, en una de cuyas consecuencias previsibles por él es la muerte de un paciente que padece una enfermedad grave e irreversible, y que es llevada a cabo con la justificación de que la muerte del paciente no es un mal o un daño para él, todas las causas consideradas.<sup>13</sup>

Enunciado éste, que entendemos muy restringido.

---

<sup>11</sup> Conforme Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 338.

<sup>12</sup> Conforme Jiménez de Asúa, op. cit., págs. 429 y ss.

<sup>13</sup> Rivera López, Eduardo, *Aspectos éticos de la eutanasia*, en Análisis Filosófico, volumen XVII, n° 2: Bioética, Florencia Luna (Comp.), Sadaf, Buenos Aires, 1998, pág. 189.

Es lo que nosotros llamaremos muerte dada por un médico, a individuo enfermo de enfermedad terminal, y *por piedad*. En un análisis más estricto, la definición de Rivera López va más allá de la piedad, pues incluye también la idea de no hacer un mal.

Resaltamos como correcta la referencia a que la consecuencia sabida de la acción es la muerte, pero ésta no necesariamente es la finalidad deseada. Con esta redacción, se incluye explícitamente dentro de *eutanasia* la *llamada eutanasia indirecta*.

Calsamiglia Blancafort sostiene:

La eutanasia significa la inducción a la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal. El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida; si el enfermo no es terminal, entonces no es un caso de eutanasia<sup>14</sup>

Este autor detalla que la muerte debe ser *sin dolor*.

Señala además *interés del destinatario*. Creemos que la idea interés del destinatario puede hacer referencia tanto a: muerte producida *por piedad* –se actúa haciendo lo que se cree mejora para aquel que va a morir, independientemente de su voluntad–; o bien a atención a la voluntad de aquel que va a morir –se actúa para satisfacer la voluntad de aquél que va a morir, independientemente de la valoración propia–. Lo primero refiere al homicidio *por piedad*, y lo segundo al *homicidio consentido* en su variante homicidio *a petición*. Ambas pueden concurrir.

Por último Calsamiglia entiende que la eutanasia sólo puede llevarse a cabo en un enfermo terminal. Posición que, como ya hemos dicho, no compartimos.

Levene, diferencia el “homicidio consentido” de la “eutanasia”. Entiende que en ambos hay consentimiento; pero en la “eutanasia”, además, quien mata lo hace por piedad y a un individuo que esté condenado a morir y sufra dolores insoportables.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert “*Sobre la Eutanasia*”, consultado online: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_17.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf), pág. 345.

<sup>15</sup> Conforme Levene, Ricardo (h), *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 124.

Por nuestra parte, llamamos a lo primero: *muerte a petición*. Y a la segunda posibilidad que nos da este autor, la encuadramos también en una *muerte a petición*, pero además (conjuntamente) *por piedad*.

Y agregamos el autor que en relación al individuo que va a morir éste debe padecer una enfermedad dolorosa y terminal.

Es muy similar la definición de Buompadre quien al tratar expresamente el tema en su obra referida al aborto, señala que

...la eutanasia puede ser concebida en estos términos: es la muerte que se procura a otra persona que se encuentra afectada por una dolencia grave, terminal y dolorosa, a su requerimiento y en su interés, guiado por un sentimiento de piedad, altruista o generoso.<sup>16</sup>

Nuestra clasificación importa dar claridad y permite visualizar distintas variantes que no encajan en el molde rígido y cerrado que dan Levene y Buompadre en relación a “eutanasia”.

Farrell dice que: *se entiende por “eutanasia”: el privar de su vida a otra persona sin sufrimiento físico, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés.*<sup>17</sup>

La definición de este autor se parece en gran medida a nuestra definición de *muerte pía*. *Sin sufrimiento* refiere a *muerte eutanásica*. *A su requerimiento* a *muerte a petición*. Y la idea de *en su interés* se asemeja a nuestro *motivo piadoso*. Pero la diferencia sustancial es que Farrell concluye que los distintos elementos deben estar unidos: deben darse conjuntamente. Un planteo como este implica la problemática que ya hemos mencionado: se verían fuera de análisis las situaciones donde se presenta uno solo de los tres supuestos.

Farrell en parte parece comprender esta desventaja aunque no explicita una solución. Se limita a conceder que el consentimiento del sujeto pasivo es suficiente para que exista eutanasia; y por otro lado que sería más claro que la “eutanasia” –

---

<sup>16</sup> Buompadre, Jorge, *Estudio sobre el aborto*, Dirección de Impresiones de la U.N.N.E, Resistencia (Chaco), 1989, pág. 98.

<sup>17</sup> Martín Diego Farrell, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 106.

entendida como: muerte con consentimiento-, reciba un nombre diferente que el homicidio por piedad.<sup>18</sup>

Las concepciones de *eutanasia* ofrecidas pueden ser sintetizadas según nuestros conceptos y clasificadas en consecuencia en ocho categorías –algunas de las cuales poseen a su vez variantes-:

- R.A.E. e Higuera: Muerte *a petición y por piedad*, en individuo enfermo. (La R.A.E. habla de enfermo incurable. Higuera de moribundo. Para Higuera la voluntad puede ser expresada por un tercero)
- O.M.S., Roxin y Pazos Crocitto: Muerte *a petición* en individuo enfermo (Para la O.M.S. la enfermedad debe ser incurable y la petición expresa y reiterada. Roxin señala que la voluntad de morir puede ser presunta y su enfermedad debe ser grave. E insinúa que la muerte es sin dolor y que hay un elemento finalista de piedad. Pazos Crocitto distingue expresamente la *muerte por piedad*).
- Rivera: *Muerte eutanásica. O muerte por piedad* en individuo enfermo -de enfermedad incurable y dolorosa-.
- Jiménez de Asúa: *Muerte eutanásica, a petición. O muerte eutanásica* por motivos sociales o económicos.
- Rivera López: *Muerte por piedad* (o no en perjuicio) en individuo enfermo –de enfermedad grave e incurable-, practicada por un médico.
- Calsamiglia Blancafort: *Muerte a petición o por piedad*. (Parece surgir de la expresión *en su interés*) en individuo enfermo –de enfermedad terminal-.
- Levene y Buompadre: *Muerte a petición y por piedad* en individuo enfermo –de enfermedad incurable y dolorosa-. (Levene distingue el *homicidio consentido*)
- Farrel: *Muerte eutanásica, a petición y por piedad*.

Parejo Guzmán recoge distintas definiciones de *eutanasia*, entre las cuales traemos a colación dos, por diferir notoriamente de las ya aportadas:

*Acción que se realiza directamente en el cuerpo de otra persona con la intención de quitarle la vida y a petición explícita y reiterada de ésta.* (Diego Gracia)

*Muerte causada intencionadamente por un médico a un enfermo terminal a petición de éste o de su representante legal.* (Manuel Porrás del Corral)<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem.*

Definiciones que en nuestros conceptos pueden sintetizarse respectivamente como:

- Muerte *a petición* (sin más).
- Muerte *a petición* en individuo enfermo –de enfermedad terminal- practicada por un médico.

## **2.5 – Conclusión y defensa de nuestra concepción**

Queda claro que distintos autores presentan definiciones diversas y en muchos casos muy divergentes unas de otras.

Dice Méndez Baiges:

*La primera conclusión que puede sacarse del uso de estas definiciones tan diferentes unas de otras es que no parece que haya un acuerdo claro sobre aquello de lo que estamos hablando cuando hablamos de la eutanasia. Por lo menos un acuerdo que vaya más allá de la idea común de que la eutanasia involucra el hecho de que unas personas mata a otra y que está en discusión la legitimidad de tal acto. Todos lo que hablan de la eutanasia parecen convenir en que ésta tiene que ver con asuntos importantes para el ser humano como pueden ser la muerte, el bien, el libre arbitrio, el sufrimiento o la salud, y no es de extrañar por ello que en su tratamiento lleguen a divergencias profundas. Pero, antes aun de llegar a esas divergencias, es innegable que se producen unos desencuentros grave en torno a la definición del objeto de la discusión, lo que hace difícil precisar con seguridad que los que tratan de la eutanasia estén tratando en realidad de la misma cosa.<sup>20</sup>*

Por otra parte, entendemos que las definiciones dadas pueden ser prolijamente expuestas y comparadas con nuestro modelo conceptual.

Consideramos que los ejemplos citados bastan para ilustrar estos puntos.

Pocas de las definiciones de *eutanasia* ofrecidas hacen referencia a la ausencia del dolor. Sin embargo, creemos que esta idea puede estar implícita en las elaboraciones, pues, la muerte *por piedad* tiende a ser también *eutanásica* –aunque puede no ser así-. Razón por la que hemos incluido a la muerte eutanásica como un elemento constitutivo –suficiente aunque no necesario- de la *muerte pía*.

---

<sup>19</sup> Conforme Parejo Guzmán, María José, *La eutanasia ¿un Derecho?*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 363.

<sup>20</sup> Méndez Baiges, Víctor, *Sobre morir*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 18.

La mayoría de las definiciones remiten a la muerte de un individuo enfermo. Sin embargo consideramos que la enfermedad es un elemento contingente en la *muerte pía*, siendo que la muerte de un individuo enfermo, por sí misma, no remite a la idea de “eutanasia”.

Por otro lado, ninguna de las definiciones parte de una concepción de eutanasia tan amplia como la que nosotros planteamos con nuestra *muerte pía*. Creemos que esto puede ocurrir, simplemente, porque se considera que el término *eutanasia* tiene una extensión diferente. Pero, en buena medida, entendemos que cuando algunos autores -y algunos códigos- hablan de *eutanasia*, refieren a *qué eutanasia es la que consideran jurídicamente relevante* o incluso jurídicamente relevantes para producir una solución legal concreta: la no punición de la conducta o la atenuación de la pena.

Afirmamos que al tratar de explicar la *eutanasia* no podemos seguir estas definiciones. Pues esto, si bien circunscribiría el debate, lo limitaría también a aceptar o rechazar la decisión tomada por el doctrinario o el legislador en cuanto a la temática.

Motivados siempre por la idea de una discusión ordenada pero abierta a distintas variantes, debemos, en primer lugar, señalar qué pueden implicar los términos antes mencionados. Luego, referir las distintas variantes que es factible forjar. Hecho lo indicado, separar las alternativas que pueden tener relevancia jurídica actualmente para no punir o atenuar la pena por la muerte, en atención a los principios básicos del sistema jurídico y a la política criminal; de aquellas que indiscutiblemente son inaceptables, y explicar por qué las situamos en uno u otro lugar. Y de esta forma, exponer todos los modelos posibles de *muerte eutanásica*, *muerte consentida* y *muerte por piedad* jurídicamente relevante para diferenciarlos del simple homicidio o ayuda al suicidio.

Algo similar hace, por caso, la ley belga, pero llamando *eutanasia* lo que nosotros entendemos por *homicidio a petición*. Este ordenamiento dice que la eutanasia es: *la acción realizada por un tercero que pone fin a la vida de una persona a petición*

de ésta<sup>21</sup>. Luego, establece bajo qué condiciones la eutanasia así concebida no cae en el tipo penal de homicidio.

Adelantamos aquí también, que no limitaremos la *muerte pía* a la muerte dada a otro –es decir: a la *muerte pía*-homicidio-, como lo hacen algunos autores al hablar de *eutanasia*. Sino que incluiremos también en el término, la *muerte pía*-suicidio.

Con nuestro criterio amplio, en los sentidos antes enunciados, entendemos que podemos presentar una visión más global de esta problemática. Dividiremos el campo de la *muerte pía* en tantas parcelas como haga falta, para conseguir discutir concretamente sobre cada una de ellas en términos más claros. Y demostraremos que las discusiones en torno a ella se centran sobre todo en determinadas variantes; pues en relación a otras, las posiciones son casi unánimes.

Así, quienes rechazan firmemente algunas soluciones legales restrictivas en algunos casos, podrán llegar a conceder la legalización de otros, o al menos su debate social. De este modo, las discusiones serán más claras, pues habrá menos posibilidad de desvirtuar los términos y el diálogo será circunscripto. Pues no se podrá alegar sólo a favor de los tipos de muerte menos controvertidos cuando también se defienden otros, ni se podrá alegar en contra de tipos de muerte que nadie está defendiendo.

Explicado esto pasaremos a detallar, en primer lugar, las tres caras de la *muerte pía*, y, seguidamente, distintas variantes que pueden presentarse en cada una de ellas.

---

<sup>21</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 2.



### 3 – MUERTE EUTANÁSICA

#### 3.1. Muerte sin dolor

Hemos dicho que al aspecto de la muerte pía relativo a la muerte sin dolor, lo denominaríamos *muerte eutanásica*. Término que preferíamos al de *eutanasia*, en razón de las diversas concepciones que existen sobre aquél último término.

La producción de la muerte, en sí, debe entenderse en un sentido amplio. Puede ser por acción –v.g.: inyectar veneno-, quita de elementos necesarios para la vida –v.g: quita de respirador-; omisión – v.g.: no operar -. Y puede ser cometida por el mismo sujeto (muerte eutanásica-suicidio) o por otro (muerte eutanásica-homicidio). Las diferentes formas de producción y las diferentes personas intervinientes constituirán distintos tipos de eutanasia, como analizaremos más adelante.

Para estar frente a una muerte eutanásica, deben concurrir dos elementos:

##### *a) Muerte producida con ausencia de sufrimiento.*

La muerte debe darse, sin dolor para quien muere. Ya sea porque el proceso de muerte es de por sí indoloro, o porque se han realizado previamente actos sobre la víctima para evitar que pueda sentir dolor.

Por sufrimiento, no debemos limitarnos a entender un sufrimiento físico, sino que debemos incluir también un sufrimiento psíquico y espiritual. En este sentido, la muerte eutanásica debe darle a la persona una muerte digna y conforme sus propias convicciones –tan como expresaba la definición ya vista de Roxin-. Porque el no hacerlo así, también les produciría un sufrimiento.

Podemos hablar de una muerte sin dolor en un sentido absoluto o abstracto. Es decir: sin sufrimiento o con un grado de sufrimiento mínimo, según lo determina la ciencia médica.

Sin embargo, no consideramos conveniente limitar la definición en tal sentido. Entendemos que también existe una muerte eutanásica si el dolor provocado a quien muere es el menor sufrimiento posible de acuerdo a la circunstancia específicas del caso. V.g.: quien pretenda dar muerte a un enfermo en la cama de

un hospital, golpeándole la cabeza con una piedra; no satisfará este requisito. Porque bien podría procurarse otro medio. Pero sí estamos frente a una muerte eutanásica –en un sentido relativo-, si la misma muerte se produce en medio del desierto, no habiendo elementos para procurarla de forma más indolora.

La ausencia de sufrimiento, entonces, no se evalúa en abstracto, sino en la situación concreta. Va de suyo que la muerte eutanásica en su sentido absoluto o abstracto, será tal en cualquier situación.

Nótese que hacemos siempre referencia a una muerte que provoque el menor dolor posible en el proceso mismo del deceso. No a la muerte que provoque menos dolor que la eventual prolongación de la vida. En general, toda muerte de un individuo con una enfermedad muy dolorosa –salvo muertes excepcionalmente crueles-, causan menos dolor que la prolongación de la vida con la enfermedad, máxime si la enfermedad no conlleva una muerte a corto plazo.

Por ejemplo: no realiza una muerte eutanásica quien mata de una forma no especialmente no dolorosa a una persona, aunque ésta padezca un dolor agudo crónico. Esta última situación, podría ser tenida en cuenta para practicar un homicidio por piedad.

*b) Intención de producir la ausencia de ese sufrimiento.*

El elemento fáctico antes mencionado –muerte sin dolor- debe tener también su correspondencia volitiva por parte de aquel que lo realiza. De no ser así, estamos ante una muerte que resulta eutanásica meramente por azar.

Es decir: la falta de sufrimiento en la muerte, no debe ser casual, sino intencional. V.g.: quien mata a su enemigo, que yace moribundo en la cama de un hospital, inyectándole veneno en el suero para procurarse impunidad; no realiza una eutanasia en el sentido estricto de nuestra concepción. Aunque el veneno le cause una muerte indolora que ponga fin a su sufrimiento, no se buscó para la muerte el método que causara menor padecimiento, sino que éste surgió casualmente.

No pretendemos decir con esto que no tiene sentido, al hacer una descripción de un deceso, el establecer si éste fue con o sin dolor. Sólo que tiene una relevancia jurídica relativa en un sistema que valora hechos, pero también intenciones.

La muerte provocada con mera intención de muerte –simple deseo de matar-, que casualmente resultó sin dolor; sólo es eutanásica en un sentido material.

El caso contrario es una intención de matar de manera eutanásica, que por error degenera en una muerte no eutanásica. V.g.: un sujeto quiere matar a otro de una manera no dolorosa, inyectándole una sustancia letal; pero calcula mal la dosis y este último muere lentamente en medio de dolores atroces.<sup>22</sup>

Si el realizar la muerte sin dolor es un requisito que marca la ley para imponer una pena menor o despenalizar la conducta; estas situaciones deben resolverse según la Teoría General del Derecho Penal.

En una muerte natural –no provocada-, en cambio, no hay ninguna intención que analizar. Puede hablarse de muerte eutanásica o no, simplemente, si hubo o no dolor al morir. Por ejemplo: de una persona que muere de un infarto mientras dormía, diremos que tuvo una muerte eutanásica.

A partir de lo dicho, podemos redefinir, de una manera más puntual, a la muerte eutanásica según nuestra concepción, *como aquella muerte que intencionalmente se da con el menor dolor posible de acuerdo a las circunstancias del caso.*

La eutanasia como ausencia de dolor, no está recogida en la mayoría de las legislaciones positivas. Es decir: estas no cuentan con un tipo penal especial sólo para la muerte producida sin dolor, y los tipos penales que refieren al homicidio consentido o por piedad, no exigen la muerte eutanásica.

Como ya hemos dicho, quien mata por piedad difícilmente pueda acreditar dicha piedad si mata de un modo doloroso. Aunque, claro está, la piedad no parecería incompatible con una muerte que no se produzca estrictamente por el medio de menor sufrimiento posible, si igualmente el sufrimiento es moderado. O incluso si el sufrimiento es fuerte, pero se entiende que con el acto de muerte se ahorra a quien muere padecimientos mayores.

En algunas legislaciones, la muerte eutanásica integra implícitamente los requisitos necesarios para que un homicidio no sea punible. Por ejemplo, en las leyes de los Países Bajos, de Bélgica y de Luxemburgo. Pues la muerte llevada a cabo por un

---

<sup>22</sup> Puede trazarse aquí un paralelismo con el agravante del homicidio al que refiere el art. 80 inc. 2 del Código Penal argentino; y el que luego comentaremos con detenimiento. Adelantamos que para que se produzca el supuesto de ensañamiento que marca la norma, es necesario que el homicida previera que la muerte que estaba llevando a cabo era especialmente dolorosa.

médico en un contexto hospitalario, y los médicos deben rendir cuenta del modo en que se practicó la muerte.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia, determinó que, entre los requisitos necesarios para que una muerte a petición sea impune, está el que sea practicado por un médico, pues sólo él puede asegurar la *dignidad* y la *forma correcta* de la muerte. En la misma sentencia, al recomendar al Congreso la regulación de esta temática, incluye entre los puntos a regular, la garantía que los *medios de producción de la muerte* satisfagan su finalidad filantrópica. En esto se incluye entonces, que la muerte sea eutanásica.

Más allá de esto, el modo de la muerte es, en la mayoría de las legislaciones, un elemento a valorar en relación a la pena aplicable para un homicidio. Basta pensar en el Código Penal argentino, al que luego nos referiremos en extenso-, que postula que el juez debe atender, para graduar la pena, a *la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño.*<sup>23</sup>

Como ya vimos, la muerte eutanásica puede ser o no, consentida y/o por piedad. Aunque, generalmente, cuando un individuo consiente su propia muerte, lo hace circunscribiéndose a una muerte eutanásica. Y, cuando una persona mata a otra por piedad, en general, procura para ésta una muerte también eutanásica.

### **3.2 – Muerte no eutanásica**

Cae fuera de la categoría de muerte eutanásica, toda muerte que no haya ocurrido del modo más indoloro posible en el caso concreto. Aunque –como ya dijimos-, se haya realizado con miras a ahorrar otros sufrimientos mayores derivados de la prolongación de la vida del sujeto.

La eutanasia es el extremo opuesto a la *kakonasia*. Ésta, tiene su origen etimológico en el griego *kako* (desagradable) y el griego *thanatos* (muerte). Es, por lo tanto, una muerte dolorosa, sufrida, indeseablemente larga.

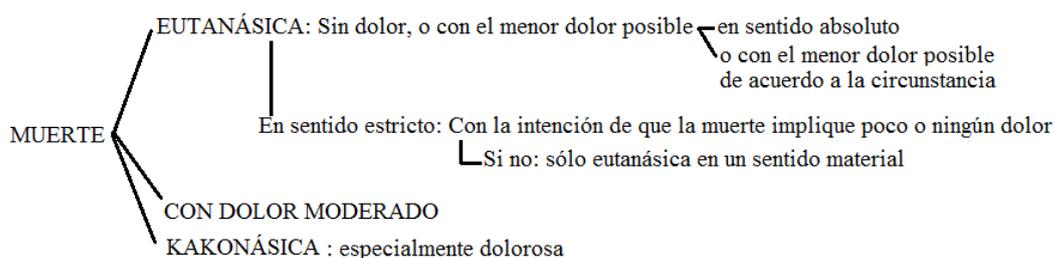
---

<sup>23</sup> Código Penal Argentino, art. 41 inc. 1, complementando el art. 40.

A este tipo de muerte refieren muchos códigos penales, teniéndolo como agravante del homicidio<sup>24</sup>. O, al menos, este tipo de muerte es considerado como un agravante genérico en la fijación de la pena concreta dentro de la escala penal.

Como ya se dijo, para que no haya eutanasia es suficiente una muerte con un sufrimiento “promedio”, sin requerirse llegar a la kakonasia.

### 3.3 - Esquema de lo antes dicho:



### 3.4 - Valoración

Resulta bastante obvio que el hecho de provocar una muerte, aunque de manera no dolorosa, en principio por sí mismo no desvirtúa el desvalor del hecho. Sin considerar otro elemento además de la falta de sufrimiento, estamos frente a una acción que parece merecer punición.

*Prima facie*, se da una vulneración al bien jurídico vida. El que esa vulneración haya sido sin dolor, no elimina el hecho. A lo sumo, no le agrega el elemento dolor. Del mismo modo que quien roba en una vivienda sin hacer vandalismo innecesario, no justifica con eso el robo, sino que simplemente no le agrega el elemento daño.

Y si esta ausencia de dolor puede –y posiblemente debe- ser tomada en cuenta, no es para hacer el hecho impune, ni para constituir un nuevo tipo penal atenuado, sino para graduar a la baja la pena de la escala que prevea el derecho penal positivo.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> El ya referido art. 80 inc. 2, en el caso argentino.

<sup>25</sup> En este sentido, por ejemplo, el Código Penal Argentino, en su art. 41 inc. 1, manda tener en cuenta, al momento de graduar la pena “... la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla...”.

En conclusión: una eutanasia en el sentido propuesto por nosotros, por sí misma no puede ser defendida como propuesta para su despenalización, ni para la reducción de pena. La ausencia de dolor en la muerte provocada es apenas un elemento de índole secundaria.

Sin embargo, es interesante volver a mencionar que el hecho de que la muerte sea eutanásica, figura –al menos tácitamente- como requisito en las legislaciones que actualmente dejan impune un homicidio a petición en individuos enfermos. Puede entenderse que el razonamiento aquí seguido es el siguiente: si se permite a estas personas terminar con su vida, es para evitar dolores. Por lo tanto, la terminación de la vida, debe, por congruencia, ser necesariamente eutanásica.

Este argumento se basa en la idea de que la vida es disponible por el individuo pero con una disponibilidad acotada a determinadas situaciones y finalidades: se puede disponer de la vida sólo para evitar sufrimientos –y cuando no haya otra alternativa-. Por lo tanto la disponibilidad no es compatible con una muerte no eutanásica.

Una defensa plena de la disponibilidad sobre la vida, no puede restringir el modo de muerte. Porque quien puede disponer de su propia vida, puede disponer de su propio dolor en el proceso de morir. En cambio, una disponibilidad de la vida limitada, bien puede imponer una restricción a la forma de muerte.

Sobre esta cuestión volveremos al hablar de la muerte en relación a la condición del individuo que va a morir. Y, fundamentalmente, al referirnos a los argumentos a favor y en contra de la *muerte pía* en el marco de un Estado liberal.

## 4 – LA MUERTE POR PIEDAD

### 4.1 – Finalidad de beneficiar a quien muere

En la muerte por piedad, ésta se produce porque quien mata entiende que quien muere estará mejor muerto que viva. Quien actúa, lo hace movido por un sentimiento caritativo para con quien va a morir. Independientemente de la voluntad de éste.

Si el individuo que es muerto por piedad se manifestó conforme con esa acción, existe una muerte por piedad que es también consentida. Si no sólo mostró su conformidad sino que solicitó la muerte, específicamente la muerte por piedad es a su vez a petición –como especie de muerte consentida, tal como veremos luego-.

Conforme señalamos, la muerte por piedad generalmente es eutanásica. Pues la misericordia lleva a reducir el sufrimiento, no sólo truncando la vida, sino también en el acto mismo de muerte.

La muerte por piedad puede ser dada por acción, por la quita de elementos necesarios para la vida, o por omisión.

Puede ser producida por una persona a otra (muerte por piedad-homicidio). O bien, por una persona a sí misma (muerte por piedad-suicidio).

Siendo que defenderemos que todo suicidio –en sentido estricto-, es voluntario; toda muerte por piedad-suicidio será también una muerte consentida.

Como veremos luego al tratar específicamente el suicidio, éste generalmente está dado por un motivo piadoso del suicida hacia sí mismo. Considera la muerte una opción mejor que la vida. En este sentido, el suicidio es generalmente una muerte por piedad. Aunque existen también suicidios realizados como castigos a sí mismos por diversos motivos, en los cuales la muerte no es entendida como un beneficio sino como un merecimiento.

Para evitar ambigüedades, preferimos el término *muerte por piedad* y no *muerte piadosa* –u *homicidio piadoso*-. Ya que, estos últimos rótulos pueden dar lugar a una confusión, al interpretarse como muerte de *modo piadoso*, y ser asimilable de este modo a nuestro concepto de *eutanasia*.

Como ejemplo claro de la muerte exclusivamente por piedad –sin consentimiento-, podemos mencionar el sistema colombiano. Tipifica como homicidio atenuado: *El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad...*<sup>26</sup>

En el mismo sentido, el de Brasil. *Si el individuo comete el crimen impulsado por un motivo de relevante valor social o moral...*<sup>27</sup>

Podemos distinguir entonces dos tipos de piedad. El primero, que podemos denominar *específica*. Pues la piedad debe estar orientada a una finalidad determinada. En el ejemplo colombiano: poner fin a intensos sufrimientos provenientes de enfermedad.

En cambio, existe también lo que podemos denominar *piedad genérica*, susceptible de derivar de cualquier motivo. Por ejemplo: muerte por piedad por motivos económicos: para evitar que el otro sufra por su pobreza. O por motivos sentimentales: para evitar que persista su sufrimiento por alguna causa emocional extraña a una enfermedad en el individuo, como un divorcio o una pérdida.

En general, la *piedad específica*, se vincula a la muerte por piedad que deba darse en un individuo enfermo.

Como ejemplos de concurrencia de muerte por piedad y muerte a petición, podemos señalar el Código Penal de Bolivia, que plantea un homicidio atenuado, *si para el homicidio fueren determinantes los móviles piadosos y las apremiantes instancias del interesado*<sup>28</sup>.

De forma ligeramente menos clara se expresa el código penal de Costa Rica, que faculta el perdón judicial para *quienes en caso de homicidio piadoso, se compruebe que accedieron a reiterados requerimientos de la víctima*<sup>29</sup>. Aquí el término “homicidio piadoso” es el que resulta algo ambiguo –tal como explicamos al referirnos a él-, pero creemos que debe entenderse como *homicidio por piedad*, y no como *homicidio por medios piadosos*.

También existen ejemplos de disyunción. Es decir, de regulaciones de pena diferenciada para la muerte por piedad, o para la muerte consentida, bastando con

<sup>26</sup> Código Penal Colombiano, art. 326.

<sup>27</sup> Código Penal Brasileño, art. 121.

<sup>28</sup> Código Penal Boliviano, art. 257.

<sup>29</sup> Código Penal Costarricense, art. 93 inc. 6.

que exista una de ellas para que se aplique la disposición correspondiente que atenúa la pena del simple homicidio. V.g.: la legislación de Portugal.<sup>30</sup>

Como ya comentamos la muerte por piedad puede ser eutanásica o no. Generalmente, lo es, pues quien mata a otro por piedad acostumbra querer procurarle también el menor dolor posible en el proceso de muerte. Por otra parte, si la muerte es eutanásica el móvil piadoso será más verosímil al momento de la prueba.

#### ***4.2 – La muerte sin atender al beneficio presunto para quien muere***

En este caso, al individuo se le practica una muerte, cuando presuntamente ésta no será en su interés. Entonces, no se atiende a su bienestar, sino a otros fines. Éstos pueden ser de variada índole, pero lo relevante en ellos es que son extraños al sujeto que ha de morir.

Parejo Guzmán hace una completa clasificación de *eutanasia* en razón de su finalidad, que creemos provechoso sintetizar. Junto a la *eutanasia piadosa* – entendida como *muerte provocada por un sentimiento de compasión hacia el sujeto que está soportando graves sufrimientos sin ninguna esperanza fundada de sobrevivir*<sup>31</sup>, y que se corresponde con nuestra *muerte por piedad en un individuo enfermo de enfermedad terminal*- menciona:

*Eutanasia eugenésica: práctica que consiste en eliminar a una persona que física o psíquicamente no alcanzan un nivel mínimo.* Se vincula con la evitación de la transmisión de sus genes.

*Eutanasia criminal:* eliminación de criminales.

*Eutanasia económica:* aquélla que se practica con el exclusivo fin de provocar la muerte de un sujeto para evitar los gastos económicos presentes o futuros que el mantenimiento de esa persona exige.

*Eutanasia experimental:* La muerte que se lleva a cabo para contribuir al progreso científico.

<sup>30</sup> Código Penal Portugués, art. 133 y 134.

<sup>31</sup> Conforme Parejo Guzmán, María José, *La eutanasia ¿un Derecho?*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 394.

*Eutanasia solidaria: La muerte procurada a seres humanos desahuciados con el fin terapéutico de poder utilizar alguno de sus tejidos u órganos para implantarlos en otros sujetos.*<sup>32</sup>

Pero el autor señala que éstos en verdad no son variantes de *eutanasia*.

Compartimos que si no existe el móvil de piedad no estamos frente a una *muerte pía* en razón del motivo. Lo cual no implica que, a nuestro criterio, las llamadas *eutanasias eutanasia eugenésica, eutanasia criminal, eutanasia económica, eutanasia experimental y eutanasia solidaria* no puedan ser muertes pías por ser muertes *sin dolor o consentidas*.

El ejemplo histórico más claro y más reciente de muerte sistemática y regulada legalmente en un interés ajeno al individuo que va a morir se dio en el régimen Nacional Socialista alemán. Aquí se promovió y practicó la *eutanasia eugenésica*. Pero bajo esta denominación se buscó también la eliminación de personas que ya no resultaban útiles, aunque no por defectos congénitos: locos, inválidos, ancianos. Para sí deshacerse de personas consideradas como una carga. Es decir lo que Parejo Guzmán ha denominado *eutanasia económica*. Y también la eliminación de individuos considerados no convenientes: homosexuales, vagos, delincuentes. Una suerte de *eutanasia criminal*, para mantener la idea de orden social y moral considerado correcto.<sup>33</sup>

En versiones más modernas, se ha llegado a mencionar a la muerte como una forma de maximizar algunos recursos concretos y escasos. Una especie de *eutanasia económica* referida a bienes específicos. Por ejemplo: siendo que las camas de hospital o algunos medicamentos son limitados; bien vale utilizarlos en aquellas personas que tienen chances de vivir, y no *desperdiciarlos* en aquellos individuos desahuciados cuya atención puede afectar a los *curables*. Para quienes no tienen mayor esperanza se propone la *eutanasia*.

Peter Liese, crítico de la ley belga y neerlandesa que permite en determinados casos la *eutanasia a petición*; cita un caso puntual de un médico en Holanda que, aunque su paciente, enferma terminal, expresamente había pedido que no se le

---

<sup>32</sup> Conforme Parejo Guzmán, María José, op. cit., pág. 391.

<sup>33</sup> En relación a esta cuestión podemos remitir, por ejemplo, a Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 63 y ss. Haremos nueva referencia a ella al tratar la evolución histórica de la *muerte pía*.

practicara la eutanasia, actuó de esa forma y se justificó diciendo: “*Necesitábamos la cama para otro caso; para la mujer era igual si se moría ahora en dos semanas*”.<sup>34</sup>

En otras variantes también relevantes, se ha pretendido la muerte de una persona, en interés no de ésta, sino de su familia. Cansada de los cuidados que la persona disminuida requiere, con mayor o menos sutileza pueden instar o sugerir la eutanasia para sus allegados. Pero no por razones altruistas sino en miras de su propio bienestar.

Liese cita como ejemplo de esta práctica otra situación dada en Holanda. Un médico accedió a administrarle a un anciano cuya muerte parecía ser inminente, altas cantidades de morfina, porque su familia ya tenía planificadas sus vacaciones y no podían cancelarlas y querían que el funeral fuese antes de partir. Y el médico comentó esta vivencia como si se tratase de un hecho totalmente habitual.<sup>35</sup>

Farrell, pone como ejemplo el caso de los niños con síndrome de Down:

No se puede afirmar tampoco que es el interés del mogólico el morirse. Los médicos saben que los niños mogólicos, dentro de las limitaciones impuestas por su enfermedad, pueden llevar una vida razonablemente tranquila y feliz. No se deja morir al niño en su interés, (*no operándolo de malformaciones intestinales*) entonces, sino en interés de los padres, que vivirían permanentemente angustiados ante la presencia de su hijo deficiente.<sup>36</sup>

Finalmente, comentaremos que algunos autores equiparan a la piedad hacia aquél a quien se mata la idea de no perjudicarlo. Es decir: el entendimiento que a esa persona no se le realiza mal alguno. Por ejemplo en los casos de inconciencia permanente.<sup>37</sup>

Por nuestra parte no creemos que esté del todo claro que para algunas personas el vivir o no resulte indiferente. E, incluso de ser esto así, sostenemos que el obrar sin hacer un mal no puede ser asimilado a obrar por piedad en relación a un individuo.

---

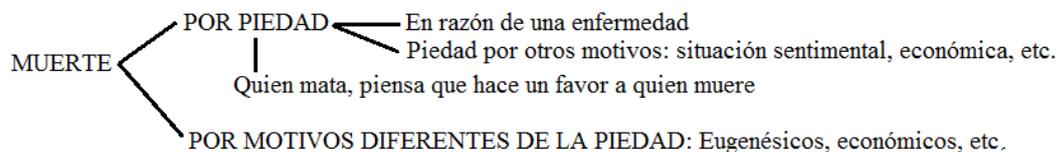
<sup>34</sup> Liese, Peter, *Apoyo y acompañamiento en lugar de muerte asistida*, en “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Blomeir Hans (Director), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005, pág. 15.

<sup>35</sup> Ibidem.

<sup>36</sup> Farrell, Diego M., *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 107.

<sup>37</sup> Por ejemplo, Rivera López, Eduardo, *Aspectos éticos de la eutanasia*, en Análisis Filosófico, volumen XVII, n° 2: Bioética, Florencia Luna (Comp.), Sadaf, Buenos Aires, 1998, pág. 190.

### 4.3 – Esquema de lo antes dicho:



### 4.4- Valoración.

Muy pocas personas defenderían una reducción o atenuación de la pena para la muerte practicada en un interés contrario o ajeno al del sujeto muerto, salvo en casos de necesidad extrema. Y, quienes así lo hagan, no podrán alegar piedad o benevolencia para con el sujeto, sino que deberán fundarse en criterios tales como el de utilidad, organicismo social, pragmatismo, etc.

Hay un consenso bastante general en que la muerte provocada sin centrarse en el respeto del interés del individuo, afecta al bien jurídico *vida*, sin atenuación alguna. Salvo que estén en juego otros valores relevantes para el sistema jurídico.

Algunos de los argumentos dados en contra de la despenalización o atenuación de algunos tipos de muertes pías –argumentos a los que nos referiremos oportunamente-, se centran en la posibilidad de que, aunque originalmente se atiende al interés del individuo, la regulación degenere en permisiones de muertes extrañas a este interés.

El elemento de *beneficio pretendido por quien mata para quien es muerto: la muerte por piedad* no parece dar por sí mismo un argumento para la eximición de pena. Incluso si se destaca el derecho a la autodeterminación individual sobre la propia vida, cada individuo –y no un tercero- es juez de su propia situación y único autorizado para decidir. No podría permitirse un homicidio impune sólo porque el homicida creía que era lo mejor para quien se mata.<sup>38</sup>

Muy claramente, Diaz-Aranda:

<sup>38</sup> Eventualmente debería hablar de un consentimiento presunto por parte de quien muere, como veremos más adelante.

Se debe precisar que los móviles del sujeto activo no pueden justificar el homicidio de un tercero, pues ello supondría dejar en manos de otro la valoración de nuestra propia vida. Conceptos como felicidad, dignidad, dolor o sufrimiento, son relativos y por ello, sólo el titular de la vida puede decidir si su vida vale o no la pena....<sup>39</sup>

En este sentido Sierra, al referir, en un campo más amplio, sobre la objeción de conciencia y el delincuente por convicción:

Resulta obvio que el Estado no puede conceder relevancia como eximente o atenuante a las creencias y opiniones subjetivas individuales, pues no puede hacer depender la vigencia objetiva de las normas jurídicas de su aceptación por el individuo... Cuando éste es uno de los bienes jurídicos de máxima jerarquía como la vida,... no se puede otorgar ninguna relevancia a la decisión de conciencia que lo ataque.<sup>40</sup>

Sin embargo, si se cree que hay una distinción clara y contundente entre quien mata queriendo hacer un bien y quien mata sin este objetivo; se defenderá la idea de un tipo penal diferente para la muerte por piedad.

Al menos parece que el actuar en interés de quien va a morir debe ser un elemento a considerar para la graduación específica de la pena a imponer al homicida; aunque no se constituya para él un tipo penal diferente.

En este sentido basta con citar el Código Penal Argentino que establece que el juez, para graduar la pena debe observar, entre otras cuestiones *...la calidad de los motivos que lo llevaron (al reo) a delinquir...*<sup>41</sup>

Entendemos que tanto la muerte consentida como la muerte por piedad están comprendidas en este supuesto.

---

<sup>39</sup>Díaz-Aranda, Enrique, *Eutanasia, Propuesta de solución jurídica en México*, en “Revista de Derecho Penal”, Donna, Edgardo A. (Dir.), nº 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 301.

<sup>40</sup> Sierra, Hugo y Cantaro, Salvador Alejandro, *Lecciones de Derecho Penal*, Ediuns, Bahía Blanca, 2005, págs. 277 y 278.

<sup>41</sup> Código Penal Argentino, art. 41 in. 2.



## 5.- MUERTE CONSENTIDA

### 5.1- Nociones generales

Existe una muerte consentida cuando la persona que va a morir está de acuerdo con su propia muerte. Ésta, juzga cuál es su conveniencia, y determina que su propia muerte le es indiferente, o que le es preferible a la vida.

En atención a esta dicotomía –muerte como indiferencia y muerte como preferencia-, dentro de la muerte con consentimiento, podemos diferenciar dos situaciones:

#### a) *Muerte admitida, o muerte meramente consentida:*

Aquí, la persona que va a morir, no se opone a esto. Acepta, accede, permite. Pero no tiene un verdadero interés en ese suceso. Por lo tanto, supedita la realización del acto, a que la otra persona tenga un verdadero interés en él.

No es el objetivo de la persona estar muerta. Sin embargo, este resultado le es indiferente, o si le afecta, está dispuesta a aceptarlo por alguna causa.

La admisión de la muerte, puede resumirse en alguna variante de la voluntad expresada como “*Si quiere, puede matarme*”.

Nótese que dos voluntades “pasivas” no realizarían el acto: si una persona le dice a la otra “*si quiere, puede matarme*” (admisión), y la otra dice “*si usted quiere, yo lo mato*”; no se produce la muerte. Para que se produzca la muerte, quien va a matar debe impulsar el acto (“*Yo quiero matarlo*”).

Lo relevante en la muerte meramente admitida es que existe una supeditación de la muerte a una voluntad de un tercero.

#### b) *Muerte a petición:*

Aquí, la persona que va a morir tiene un interés en ello. Es su deseo manifiesto morir. Busca ese resultado y lo impulsa.

La petición de la muerte puede resumirse en alguna variante de la voluntad expresada como “*Máteme*”. Ya sea en forma de orden, solicitud, o súplica.

Cuando hay un pedido de muerte, para que el acto se concrete, basta una mera admisión por parte de quien mata. (“*Quiero que me mate*”/“*Admito matarlo*”). Pues quien va a morir impulsa el acto. Obviamente, el mismo resultado se da si las dos partes lo impulsan (“*Quiero que me mate*” “*Quiero matarlo*”).

Hay muerte a petición incluso cuando la persona que quiere morir, desea esto por causas secundarias. Es decir: aunque lo que busque en definitiva no sea desaparecer del mundo, sino otro objetivo, para lo cual esto es medio. Por ejemplo: una persona pide a su vecino que le mate, para dejar de sufrir dolores. Aquí, la muerte es un medio para culminar el padecimiento. O, de forma más clara: puede darse el caso de quien pida su muerte (muerte a petición) para que él no sea ya una carga para sus propios hijos. Aquí, hay un interés de un tercero, que la persona hace suyo. O el de quien pide que se le mate para que su muerte afecte a su ex pareja. Aquí, su interés es dañar a otro.

La diferencia que hemos planteado es esbozada también por Jakobs. Lo importante, para el autor, es determinar de quienes son los fines en la muerte. Y da, para explicarse, dos metáforas:

...cuando se permite a un vecino tomar la fruta que desee, se le abandona el bien propio. Pero cuando el vecino, poco antes del comienzo de una tormenta, ayuda gentilmente a recoger la fruta, no se le ha transferido nada, es más, él se ajusta a la organización del dueño de la fruta...

...quien le permite a un médico, con fines experimentales, que le extraiga una pieza de tejido del cuerpo, le abandona a éste un bien personalísimo para su investigación. Pero quien le solicita a un médico que le extirpe una verruga, persigue su propio interés sirviéndose del médico. No otra cosa sucede en relación con la vida...<sup>42</sup>

Tanto la muerte admitida como la muerte a petición pueden estar condicionadas. Por ejemplo, a un evento dado: “*Puedes matarme cuando mi tratamiento te resulte muy oneroso*” (admisión), o “*Quiero que me mates cuando mi tratamiento te resulte muy oneroso*” (petición). O a una plazo cierto: “*Puedes matarme mañana*” (admisión), o “*Quiero que me mates mañana*” (petición). O a una forma de muerte: “*Puedes matarme –o “quiero que me mates”- de tal o cual manera*”. Etcétera.

---

<sup>42</sup> Jakobs, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 42.

Englobamos los dos términos –admisión y petición- bajo el rótulo “consentimiento”, porque quien admite su muerte efectivamente la consiente; y quien la solicita consiente también todo cuanto se desprende de su petición.

Parece difícil hallar casos de individuos mentalmente aptos que entiendan que su vida les es indiferente, y que no se manifiesten por la vida o por la muerte. Lo habitual, en lo que hace a *muerte pía*, son las personas que piden activa e interesadamente su muerte. Sin embargo, preferimos distinguir los dos conceptos. Pues la petición del individuo implica un proyecto para sí que emana directamente de su voluntad. Mientras que la mera admisión sólo pretende una renuncia a la protección de la vida pero sin buscar –al menos de forma inmediata- un resultado, o bien delegando la decisión final en un tercero.

No haremos distinción alguna de término, en función del sujeto –quien da la muerte o quien la recibe-, que planteó la cuestión o que expresó la idea. No corresponde identificar la muerte admitida con la situación en la que quien va a morir se manifestó dando una respuesta, ni la muerte a petición con aquella en donde quien va a morir tuvo el mismo la iniciativa para ello.

Pueden existir muertes meramente admitidas donde fue ideación de quien va a morir el aceptar que un tercero pudiera disponer de su vida. O muertes a petición donde un tercero sugirió a quien va a morir esta posibilidad, y luego aquél asumió directamente en la propuesta.

Es decir: lo importante para distinguir si hay un consentimiento como admisión o como petición, es analizar si hay interés en el acto por parte de quien va a morir; y no en ver si éste tuvo o no la iniciativa temporal en relación al acto.

Para que se dé entonces una muerte consentida, como ya adelantamos, deben concurrir conjuntamente:

- a) La *muerte*, en forma de homicidio o de suicidio. Al analizar la muerte según quien la realiza, concluiremos que el suicidio –para ser verdaderamente tal-, es siempre voluntario.
- b) El *consentimiento para la muerte*<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Como referiremos al dedicarnos específicamente al consentimiento; quien entienda que el consentir la propia muerte opera como causa de justificación –siempre que dicho consentimiento

Un ejemplo claro de muerte con consentimiento –sin incluir otras cuestiones- es el que nos muestra el código penal alemán, que contempla la situación dada cuando hubo una muerte *si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso*<sup>44</sup>.

Es, como queda claro, un caso de muerte no meramente admitida, sino a petición. En el mismo sentido, la gran mayoría de las legislaciones vigentes exigen *petición*, al hacer referencia a términos como *pedido*, *súplica*, *deseo*, etc.

Como veremos luego, en la muerte petición, la solicitud de muerte puede referirse tanto al deseo de ser muerto por algún medio directo –lo que llamaremos muerte por acción directa-, por cesación de algún tratamiento imprescindible para la vida, como puede ser un respirador artificial –lo que llamaremos muerte por sustracción-, o por no ser tratado cuando esa ausencia de tratamiento provocará la muerte –lo que llamaremos muerte por omisión-.

Tal como hemos señalado, la muerte consentida puede ser una muerte eutanásica – y generalmente lo es, pues quien va a morir por regla general consiente –permite o quiere- para sí una muerte sin dolor-; y/o por piedad.

## **5.2 – El consentimiento –en general- en la teoría del Derecho Penal**

Siguiendo a Welsel, podemos entender que el consentimiento en el ámbito penal es un acuerdo con el hecho, que no se satisface con un mero dejar hacer, y que conlleva la renuncia a la protección que brinda el derecho.<sup>45</sup>

Puede recaer sobre un delito doloso o uno culposo, y sobre un delito de acción o uno de omisión.

La presencia del consentimiento ha suscitado algunas problemáticas especiales.

La doctrina tradicional distingue entre un consentimiento excluyente de la tipicidad y otro justificante. Según esta tesis, la razón de la diferencia se hallaría

---

sea reputado válido-; puede llegar a exigir también, para la configuración de una muerte a petición, que el consentimiento sea recibido por aquél que realiza el acto.

<sup>44</sup> Código Penal Alemán, § 216 inc. 1.

<sup>45</sup> Welsel, Hans, *Derecho Penal Parte General*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 99.

en que excluiría la tipicidad en todos los delitos que presuponen la actuación contra la voluntad del titular (hurto, violación, violación de domicilio, etc.) y sería justificante cuando el concepto típico no se integra con ese elemento (por ejemplo en las lesiones)....<sup>46</sup>

La ubicación del consentimiento en el tipo o en la justificación es importante, por ejemplo, por las consecuencias que esto implicaría en relación al error, a la tentativa o a la consumación.

Dice Zaffaroni:

En los últimos años se amplía el grupo de autores que consideran que el consentimiento *siempre excluye la tipicidad* negando la anterior distinción y, por ende, sus consecuencias. Esta última tesis se funda, en general, en la inexistencia del conflicto, por lo cual resulta más adecuada a la tradición liberal. Existen razones que se deducen del objetivo mismo del derecho penal, tanto como razones sistemáticas, que hacen preferible la posición moderna: (a) por un lado, es más limitativa del ejercicio del poder punitivo; (b) por otro, resulta difícil sostener la presencia de un conflicto cuando el titular del bien ha consentido. En consecuencia, se trataría siempre de *relevarlo como excluyente de tipicidad*. No obstante, no por ello deben suprimirse las diferencias que señala la doctrina tradicional, sino que se impone su relevancia dentro de otro marco teórico. Por ello, es preferible llamar *aquiescencia* al género y distinguir (a) el *acuerdo*, que elimina la tipicidad objetiva sistemática, (b) del *consentimiento*, que elimina la tipicidad objetiva *conglobante*. Así, es incuestionable que hay tipos sistemáticos objetivos que requieren elementos normativos de recorte por elementales razones conceptuales, porque sin esos elementos no se puede conceptualizar la acción misma. En tanto que una amputación es una lesión, haya o no aquiescencia, una cópula no es una violación, si no se ha realizado contra la voluntad del titular del bien jurídico. En el caso en que el acuerdo elimine un elemento normativo de recorte, es una causa de *atipicidad objetiva sistemática*, en tanto que en los restantes casos, el consentimiento *excluye la tipicidad objetiva conglobante*: el error sobre el primero es un *error de tipo* porque elimina el dolo, en tanto que el error sobre el segundo es un *error de prohibición*.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Zaffaroni, Eugenio R., et. al, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 499.

<sup>47</sup> Zaffaroni, Eugenio R., op. cit., pág. 500. – Según la concepción del autor, la *tipicidad objetiva sistemática* refiere a la existencia de un espacio problemático, en atención al tipo penal analizado de forma aislada. En cambio la *tipicidad objetiva conglobante*, se determina en un segundo paso del análisis, evaluando si verdaderamente existe un conflicto en atención al conjunto de normas vigentes del sistema.

Es decir, para el autor, la distinción tiene relevancia en la teoría del error.

Roxin, marca la distinción doctrinaria ente *acuerdo* –que elimina el tipo- y *consentimiento* en sentido estricto –que elimina la antijuridicidad.<sup>48</sup> Pero entiende que todo consentimiento eficaz excluye el tipo. El fundamento de esto, para el autor, radica en la teoría liberal del bien jurídico referido al individuo.

Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.<sup>49</sup>

Por otra parte, el consentimiento sería *un cuerpo extraño en el sistema de las causas de justificación*, las cuales descansan sobre principios de ponderación de intereses y necesidad; los cuales no están presentes en el consentimiento.<sup>50</sup>

Sumado a esto, la teoría que diferencia *acuerdo* de *consentimiento* según el tipo penal presuponga o no el ir contra la voluntad del titular del bien jurídico; no puede tener cabida, dado que no puede hacerse una distinción clara entre ambos supuestos.<sup>51</sup>

Por último:

La separación de acuerdo y consentimiento depende en gran medida de presupuestos del propio lenguaje, por ejemplo, de si la lengua alemana dispone de un término que permita expresar el intervenir contra la voluntad del portador del bien jurídico...en la formulación de la acción típica ("allanar", "coaccionar", etc.).<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Conforme Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 512.

<sup>49</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 517.

<sup>50</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 521.

<sup>51</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 522.

<sup>52</sup> Roxin, Claus, op. cit., pág. 526.

Discrepa en este punto Zaffaroni: *Se sostiene que esta diferencia es preferentemente de lenguaje, y por ello se le resta importancia, considerando que todos los errores a su respecto son errores de tipo. Es verdad que se trata de una cuestión de lenguaje, pero de esto no se puede extraer la consecuencia de que no tiene importancia. Los tipos son instrumentos conceptuales que se expresan en lenguaje porque no hay otro modo de hacerlo, de manera que lo que hace al lenguaje interesa a los conceptos y, por tanto, no puede ser apartado como no significativo, sino todo lo contrario. Cuando un concepto requiere para su comprensión que tenga como ingrediente estructural inseparable la ausencia de acuerdo, está señalando que quien actúa creyendo que cuenta con acuerdo del otro, inevitablemente debe creer que está haciendo algo diferente y, por ende, no puede actuar con dolo. Esto es así porque siempre el lenguaje es lo que da sentido (para qué) al material del mundo....* – Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 501.

A favor de una distinción dentro del género *consentimiento*, se manifiesta por ejemplo Donna, quien acepta la diferenciación entre *asentimiento* -que excluye el tipo penal- y el *consentimiento* -que excluye la antijuridicidad-.<sup>53</sup>

Este autor trae también a colación la postura de Zipf, quien

...hace una distinción entre el consentimiento y el consentimiento presunto. En el primero, al haber una renuncia efectiva del bien jurídico, se impide el surgimiento del ilícito de resultado y se excluye el tipo. En cambio, en el consentimiento presunto se está frente a una causa de justificación.<sup>54</sup>

Sin ahondar más en esta cuestión, nos limitaremos a decir que seguiremos en este punto la posición de Roxin.

Muchos Códigos no poseen una regulación explícita sobre el consentimiento. A decir de Sierra:

...Su suele considerar al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario...

El consentimiento no tiene eficacia general; ésta depende del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular del mismo. En principio, este poder de decisión sólo se le reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad y el patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal (en el sentido del delito de lesiones).

Mientras la disponibilidad de los bienes de contenido patrimonial en general no tiene límites, en el caso de la libertad personal y de la integridad corporal aquélla depende de que el consentimiento no implique acuerdo en la tolerancia de acciones lesivas para la dignidad de la persona.<sup>55</sup>

Algunas legislaciones refieren al consentimiento, y distinguen entre bienes jurídicos disponibles y no disponibles, aunque sin señalar qué hace a esta diferencia.<sup>56</sup> Otras, individualizan los bienes indisponibles por la reducción de la pena del delito que los afecta, cuando el acto es consentido; dejando así en claro

---

<sup>53</sup> Conforme Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pag. 24.

<sup>54</sup> Conforme Donna, op. cit., pág. 175.

<sup>55</sup> Sierra, Hugo y Cantaro, Alejandro, *Lecciones de Derecho Penal*, Bahía Blanca, Ediuns, 2005, pág. 249.

<sup>56</sup> Italia (art. 50 del Código Penal), Colombia (art. 32 del Código Penal), Distrito Federal de México (art. 29 del Código Penal).

que el consentimiento para su vulneración obsta a la configuración del delito.<sup>57</sup> O por referencia a *buenas costumbres*, de modo tal que el bien es indisponible cuando con su afectación se dañan aquéllas.<sup>58</sup>

Para que un consentimiento sea válido, deben darse en relación a él, determinados requisitos:

Debe ser dado por el titular del bien jurídico en cuestión.<sup>59</sup> *De ahí que no podrá haber consentimiento frente a bienes jurídicos colectivos, como la fe pública, la Administración pública, la salud pública, etcétera.*<sup>60</sup> O, en otras palabras: *Está excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la comunidad.*<sup>61</sup>

En la misma línea de pensamiento Zaffaroni señala que *el sujeto de la aquiescencia debe ser el titular del bien jurídico y, en caso de bienes de sujeto plural, quien la otorga sólo podrá hacerlo en la medida en que con ello no impida la disponibilidad de otro titular.*<sup>62</sup>

Quienes aceptan que existen bienes jurídicos individuales que son indisponibles, exigen que para que el consentimiento sea válido, que el bien jurídico sobre el que recae sea disponible.

Sobre esta cuestión de la disponibilidad de los bienes individuales –y, fundamentalmente, de la vida–, hablaremos detenidamente al dedicarnos a los argumentos a favor y en contra de la *muerte pía*, y al dar nuestra postura en relación a la muerte consentida en el marco de un sistema de derecho liberal.

Nos limitaremos aquí a citar a Donna en cuanto dice que en lo relativo a la disposición de la vida por parte de su titular

---

<sup>57</sup> Por ejemplo, las lesiones, en España (art. 155 del Código Penal). Sobre la atenuación de pena en la muerte consentida, hablaremos en detalle al tratar la regulación de distintos Estados sobre la *muerte pía*.

<sup>58</sup> Portugal (art. 138 del Código Penal), Alemania (§ 128 del Código Penal, referido a las lesiones).

<sup>59</sup> Agrega Ríos: “En bienes jurídicos de titularidad plural, es eficaz tan sólo el consentimiento otorgado por la totalidad de los titulares. Si la titularidad de un bien es ostentada por persona jurídica, solamente es efectivo el consentimiento que se da a través del *órgano* correspondiente debidamente facultado...” – Ríos, Jaime, *El consentimiento en materia penal*, consultado online: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf)

<sup>60</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág. 26.

<sup>61</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 526.

<sup>62</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 502.

...la doctrina no se ha puesto de acuerdo y dudamos mucho que en algún momento se pueda llegar a ello, ya que no hay consenso sobre el fondo del asunto, debido a los distintos campos del saber que se ocupan del mismo, a lo que se suman los problemas emotivos y hasta religiosos que existen detrás de toda argumentación lógica, y que para la mayoría de las personas la muerte es un tabú.<sup>63</sup>

Amén de lo señalado debe existir, para que se dé un consentimiento válido, una *concreta capacidad de comprensión y de juicio en cabeza de aquél que consiente*.<sup>64</sup>

Dice Bacigalupo:

El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. No se requiere la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos. Es suficiente con la "capacidad natural de comprender o juzgar".<sup>65</sup>

Discrepa en el último punto Soler:

Salvo los casos en que la ley acuerda especial validez al consentimiento de un incapaz, haciendo depender de esa circunstancia la existencia o inexistencia de determinado delito (consentimiento de una menor de edad, pero mayor de quince años, al acceso carnal, etc.), el consentimiento debe ser dado por persona civilmente capaz, para que tenga eficacia discriminante...<sup>66</sup>

Y dice Zaffaroni: *En cuanto a la madurez psíquica o emocional de la persona, no siempre se requiere la mayoría de edad civil ni la capacidad penal*.<sup>67</sup>

Por nuestra parte, compartimos, puntualmente, con López Camelo:

---

<sup>63</sup> Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 45.

<sup>64</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 538.

<sup>65</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 294- En el mismo sentido, por ejemplo, Donna, Edgardo, op. cit., pág. 176.

<sup>66</sup> Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 374.

<sup>67</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 502.

Teniendo en cuenta que se halla en juego la supresión de la tutela de un bien jurídico que, como regla, el ordenamiento penal tiende a tutelar, sería tentativamente adecuado proponer que la determinación de la mayoría de edad constituya un límite meramente ordenatorio, para mantener siempre latente la posibilidad de verificar –mediante los estudios psicológicos del caso–, la comprensión imprescindible con que debe contar la persona que presta el consentimiento. Conformaría algo semejante a lo que en términos procesales se denomina “presunción iuris tantum”, supeditada en su operatividad, a una eventual prueba en contrario.

De la conclusión precedente surge como hipótesis legalmente admisible la posibilidad de que un sujeto en principio penalmente incapaz –en razón de su edad– pueda haber prestado consentimiento válido, tras haberse acreditado el suficiente discernimiento y grado de madurez.<sup>68</sup>

Dice Ríos:

El consentimiento tiene que ser prestado personalmente por el titular del bien jurídico y excepcionalmente es admisible que pueda ser otorgado por un representante legal y dependiendo la excepción de la propia naturaleza del objeto de la tutela penal...<sup>69</sup>

Roxin:

Si el portador del bien jurídico carece de la necesaria capacidad de entendimiento, entonces puede otorgar en su lugar el consentimiento el cuidador legitimado... Una representación de esta índole, que sigue las reglas del Derecho de familia, no sólo es posible allí donde se consiente en la intromisión en derechos patrimoniales, sino también en la intervención en los derechos más personales, como la integridad corporal...<sup>70</sup>

Debe exteriorizarse de alguna forma. No necesariamente debe ser expreso, pero requiere sí una acción concluyente que lo manifieste.<sup>71</sup>

Además:

---

<sup>68</sup> López Camelo, Raúl Guillermo y Jarque, Gabriel Darío, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ediuns, Bahía Blanca, 2004, pág. 250.

<sup>69</sup> Ríos, Jaime, op. cit.

<sup>70</sup> Roxin, Claus, op. cit., pág. 542.

<sup>71</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 532 y 533. Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 501. Donna, Edgardo, Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 175.

Indiscutiblemente y con independencia de la posibilidad de una representación, está permitido manifestar o transmitir un consentimiento a través de un emisario. Por consiguiente, no hay inconveniente en, por ejemplo, dar por válido un consentimiento en una operación, cuya manifestación al médico ha sido delegada por el paciente a un pariente, antes de perder el conocimiento.<sup>72</sup>

El llamado *consentimiento presunto*, lo analizaremos enfocado específicamente en relación a la muerte pía.

Zaffaroni enseña que *a diferencia de lo sostenido por la doctrina tradicional, sea que la aquiescencia opere como acuerdo (atipicidad sistemática) o como consentimiento (atipicidad conglobante), basta con su mera existencia, aunque el agente la desconozca.*<sup>73</sup>

Su pensamiento es compartido por Roxin, quien reseña que *el consentimiento no necesita ser declarado frente al que actúa, ni ser reconocible para él.*<sup>74</sup>

Quienes entienden que algunos casos de consentimiento son causas de justificación, pueden requerir o no, en estos supuestos, que el consentimiento sea conocido por quien vulnera el bien jurídico. Dependerá de la posición que adopten en lo que hace a los elementos subjetivos de la causa de justificación.<sup>75</sup>

...quienes sostienen la exigencia de estos elementos subjetivos en la justificación tampoco se ponen de acuerdo respecto de las consecuencias de su ausencia. Algunos reconocen que no hay un resultado antijurídico y pretenden que su ausencia da lugar a tentativa, para algunos inidónea. Otros pretenden que se trata de un delito consumado y algunos reconocen que opera una atenuación...<sup>76</sup>

El objeto del consentimiento debe ser no sólo la acción, sino también el resultado que la acción conllevará.<sup>77</sup>

<sup>72</sup> Conforme Roxín, Claus, op. cit., pág. 544.

<sup>73</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 501.

<sup>74</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 534.

<sup>75</sup> Podemos traer a colación la postura de Zaffaroni, si bien este autor ubica el consentimiento en lo relativo al tipo. Entiende que la justificación no exige elementos subjetivos. “Los elementos subjetivos de la justificación son un intento de hacer recaer el desvalor de la antijuridicidad sobre el animus desobediente a la voluntad del estado: por esta vía se llega a la conclusión de que sólo existe un bien jurídico, que es la voluntad estatal...”. – Zaffaroni, Eugenio, et. al, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 466.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

<sup>77</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 335. – Y Donna, Edgardo, op. cit., pág. 28

Y el consentimiento debe ser anterior al hecho que vulnera el bien jurídico.<sup>78</sup> *O, a lo sumo- en forma coetánea.*<sup>79</sup> No puede excluirse que el consentimiento sea *dictado durante el acto, en los casos en que la afectación haya sido insignificante* no puede excluirse que el consentimiento sea *dictado durante el acto, en los casos en que la afectación haya sido insignificante.*<sup>80</sup>

En caso contrario, no estaremos frente a consentimiento, sino frente a *perdón*.

Una autorización ulterior (p.ej.: la víctima regala al ladrón lo robado, después del descubrimiento del hecho) carece de influencia sobre la realización del tipo. Pues, de lo contrario, el perjudicado podría decidir sobre la pretensión penal estatal...<sup>81</sup>

Sobre esta distinción volveremos al dar nuestra conclusión en lo que hace a la consentimiento para la propia muerte.

El consentimiento debe otorgarse con libre voluntad.

No debe estar viciado por engaño. Para ser determinante, el equívoco debe recaer sobre el bien jurídico: sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia. Roxin señala que la doctrina mayoritaria entiende que no hay vicio si el engaño o error recae sobre contraprestaciones eventuales del consentimiento.<sup>82</sup> Sin embargo, el autor citado considera que sí existe vicio cuando el engaño afecta un fin altruista que ha supuesto para el portador del bien jurídico, el motivo decisivo para otorgar su consentimiento.<sup>83</sup>

Asimismo, *deberá considerarse ineficaz un consentimiento cuando el autor simula a la víctima una situación semejante a estado de necesidad, sobre la base de la cual ésta debe considerar erróneamente la disposición del bien jurídico como necesaria para evitar daños.* Por ejemplo: si una persona se deja afeitar la cabeza porque fue convencida que tiene piojos, o permite talar un bosque como contrafuego para un incendio que no existe.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Conforme Roxin, Claus y Donna, Edgardo. *Ibidem*. También Bacigalupo, op. cit., pág. 296.

<sup>79</sup> Conforme López Camelo, op. cit., pág. 251.

<sup>80</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 501.

<sup>81</sup> Roxin, Claus, op. cit., pág. 535.

<sup>82</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 545.

<sup>83</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 546.

<sup>84</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 548.

En cuanto al error –equivoco que tiene su origen únicamente en la persona que consiente-, éste no puede afectar la eficacia del consentimiento. Salvo que a partir de su manifestación, quien la percibe se haya percatado de la equivocación.

Y –segunda excepción-

...cuando el receptor de la manifestación tiene el deber jurídico de eliminar posibles representaciones equivocadas del titular del bien jurídico mediante una aclaración o información pericial. Así sucede con el deber de información o explicación en las intervenciones médicas...<sup>85</sup>

Tampoco hay un consentimiento válido cuando existan amenazas ni violencia que afecten seriamente la libertad de decisión del titular del bien jurídico.

...Habrá que partir por norma general de que no toda amenaza excluye la eficacia del consentimiento, sino sólo aquella que afecte seriamente a la libertad de decisión del titular del bien jurídico, de modo que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción. Este límite se encuentra en el punto donde la amenaza sea punible como coacciones...; pues de la circunstancia de que el legislador protege a la víctima contra el que amenaza, se desprende que considera menoscabada de forma jurídicopenalmente relevante la libertad de decisión de aquélla.<sup>86</sup>

Por último, el consentimiento no debe haber sido revocado. Dicho de otro modo: debe mantenerse hasta el mismo momento del acto. Para la revocación no puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación al exterior.<sup>87</sup> *Debe ser expresa, en forma tal que deba conocerla el agente.*<sup>88</sup>

La revocación puede realizarse en cualquier momento. Aunque, claro está, no quita validez al consentimiento en relación a los actos que ya ocurrieron. En este sentido, dice Gutiérrez:

...una vez comenzado un acto consentido, sin haber alcanzado éste su consumación, dicho consentimiento puede revocarse, encontrándose hasta allí

<sup>85</sup> Roxin, Claus, op. cit., pág. 550.

<sup>86</sup> Conforme Roxin, op. cit., pág. 551.

<sup>87</sup> Conforme Roxin, op. cit., pág. 535.

<sup>88</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio et. al, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 501.

justificado el accionar del agente involucrado, quien de proseguir, avanzará en terreno vedado e incursionará eventualmente en el área delictual (tal es el caso de una violación ocurrida en el trascurso de un acto sexual inicialmente consentido).<sup>89</sup>

### 5.3- *Consentimiento actual y consentimiento anticipado*

El consentimiento expresado por la persona, puede ser de dos formas:

El consentimiento actual es el que una persona da para que un bien jurídico que le pertenece sea vulnerado, sin mayor dilación de tiempo. Es el caso más común de consentimiento. Por ejemplo: un individuo permite que otro, para descargar su furia, destruya su televisor.

En lo que hace a nuestro tema, un consentimiento actual –en forma de petición-, es, por ejemplo, el de aquél enfermo terminal que sabe que va a morir en breve de manera dolorosa y por lo tanto solicita su muerte. O, atendiendo a un caso real, el del ya mencionado marino gallego Ramón Sampederro, tetrapléjico crónico.

En el consentimiento actual, quien consiente conoce –o al menos, puede conocer-, la realidad en la que se encuentra. Está –o puede estar-, bien informado sobre la misma, y a partir de allí tomar su decisión.

El consentimiento específico es el que más se amolda a las exigencias de algunas legislaciones en relación al consentimiento. Por ejemplo, el requisito de petición *expresa* (España, Perú, Países Bajos, Alemania), *seria* (España, Países Bajos, Alemania, Suiza), *inequívoca* (España), *consciente* (Perú), *voluntaria y bien meditada* (Países Bajos).

Sin embargo, entendemos que también el consentimiento anticipado puede cumplir las citadas condiciones.

El consentimiento anticipado, en contrapartida, es aquél que se da para futuro. Se da conformidad para la vulneración de un bien jurídico, con dilación temporal. Ya sea en razón de un plazo determinado, o de una condición suspensiva.

---

<sup>89</sup> Gutiérrez, Pedro, *El homicidio piadoso*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006, pág. 25.

En lo que respecta a la *muerte pía*, es posible que una persona consienta su propia muerte, pero sólo luego de un determinado periodo de tiempo. Sin embargo, esta eventualidad dista mucho de ser habitual.

Es, por el contrario, mucho más verosímil que la persona consienta –o específicamente, pida- su muerte –por vía activa, o por no iniciación o suspensión de un tratamiento-; sujetando dicha voluntad a condiciones, que en general, son dos: la producción de una o unas circunstancias dadas –las cuales se determinan-, y la imposibilidad sobreviniente de tomar una decisión al respecto.

La circunstancia referida, en general, es una o más enfermedades.

La imposibilidad sobreviniente generalmente será el resultado de dicha enfermedad, pero puede no serlo. Esta segunda condición puede parecer carente de sentido si se toma en cuenta que el consentimiento dado puede revocarse. Es decir, que, si se llega a cumplir la circunstancia suspensiva determinada y se conserva la capacidad de decisión; puede cambiarse de opinión en relación al consentimiento de la muerte. Sin embargo, suele estar expresamente prevista.

Un ejemplo típico de lo antes dicho, es la voluntad tendiente a la desconexión del aparato de soporte vital, si eventualmente se quedase en estado vegetativo. En este caso, dicho estado importa por sí mismo una incapacidad de manifestar voluntad.

En el consentimiento anticipado, el individuo no conoce perfectamente la circunstancias exactas en las que, eventualmente, se le dará muerte. Sólo puede enunciar algunas, las cuales serán consideradas necesarias y suficientes para habilitar su voluntad antes plasmada.

Por ejemplo: no sabrá específicamente el diagnóstico de su enfermedad, ni los pormenores que la rodean. En este sentido el consentimiento anticipado es genérico: se da para cualquier caso que encaje en la descripción con la que se manifestó la voluntad.

Claro está que la circunstancia de la condición suspensiva puede detallarse en mayor o menor grado, según la prudencia del sujeto al expedirse, su conocimiento y su proximidad con ella.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Por ejemplo, una persona que entra al quirófano sabiendo que existen grandes posibilidades de que no recupere nunca la consciencia por determinada enfermedad; puede dar un consentimiento anticipado mucho más detallado que aquélla que sólo ve la enfermedad como una eventualidad posible pero no probable.

El consentimiento anticipado puede, además, ser más o menos cierto. Será menos cierto si la voluntad fue enunciada simplemente de forma verbal, y se guarda sólo en la memoria de los allegados a la persona. Por ejemplo, el padre de Eluana Englaro –italiana, fallecida por desconexión a los aparatos que la mantenían con vida en 2009-, dijo haber solicitado la desconexión de los equipos médicos para su hija, porque ésta había manifestado que si alguna vez quedaba en coma o estado vegetativo deseaba morir.<sup>91</sup>

Puede haber una línea delgada entre el consentimiento genérico menos cierto, y el consentimiento presunto con fundamento. Pero, en principio la distinción es la siguiente: si el individuo determinó lo que querría que se hiciera con él –v.g.: quisiera ser desconectado-, se estará ante un consentimiento anticipado. En cambio, si su manifestación no hizo referencia específica a esa eventualidad, será un fundamento para el consentimiento presunto. –V.g.: el decir que la vida vegetal es peor que la muerte-.

Y, el consentimiento anticipado será más cierto si consta en otro medio que la haga indubitable. V.g.: medios escritos.

En todos los estados donde el homicidio se atenúa el homicidio por ser a petición y exigen además que la petición sea expresa, - España, Perú, Alemania, etc.-, cabe discutir si la petición debe ser actual, o el requisito “expresa” se ve satisfecho en igual medida si la voluntad es anticipada. Desde nuestra perspectiva, en ambos casos se está ante una petición expresa.

Claro está que, si la voluntad no fue manifestada de modo indubitado, puede no ser válida por no cumplir con otro requisito –v.g.: *inequívoca*.-; pero no lo será por no ser expresa.

#### **5.4 - El testamento vital<sup>92</sup>**

El medio más preciso para expresar la voluntad de manera anticipada, es un documento escrito y firmado, donde la persona adulta y capaz, de manera

---

<sup>91</sup> Como reseña de este caso podemos remitir a: Sambrizzi, Eduardo A, *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 4.

<sup>92</sup> Fue creado en el año 1961 por el estadounidense Luis Kutner, célebre, entre otras cuestiones, por ser cofundador de la organización Amnistía Internacional. En inglés: *living will*

informada, previendo su eventual futura incapacidad, deje constancia de sus intenciones en cuanto a tratamientos médicos aplicados a ella, incluyendo deseo de no continuar con vida si se viese en determinadas situaciones extremas.<sup>93</sup> Receta por lo tanto, un consentimiento anticipado condicional.

Puede también, en algunos estados, contener disposiciones relativas a la donación de órganos, a disposición del cuerpo, etc.

Algunos Estados han regulado este documento también conocido como *documento de voluntades anticipadas*, de *directivas anticipadas*, o de *instrucciones previas*.<sup>94</sup>

Según Luna:

En sentido amplio, las directivas anticipadas (*testamento vital*) incluyen todo tipo de declaración, oral o escrita, por medio de la cual la persona hace conocer sus preferencias personales por adelantado. Su objetivo explícito es permitir que la persona mantenga una cierta medida de autonomía aún en estado de incompetencia.

Existen dos tipos generales de directivas: las que proveen instrucciones y las que designan a un representante.<sup>95</sup>

Efectivamente, conforme ciertas legislaciones, la persona puede designar un representante, que garantice el cumplimiento del testamento vital ante las instituciones médicas, o que sea el encargado de decidir en la situación puntual, qué tratamiento aplicar al testador que ya no es capaz de decidir por sí mismo.

---

<sup>93</sup> Peter Liese, entiende que para evitar casos como el de Terri Schiavo –donde fueron ventiladas públicamente cuestiones por demás personales–, es necesario que incluso los jóvenes se tomen el tiempo para reflexionar sobre la vida y la muerte, y redacten un testamento vital; dejando claro quién quieren que tome la decisión final, si, llegado el momento, ellos no pueden expresar su voluntad. –Liese, Peter, op. cit., pág. 11.

<sup>94</sup> Es muy clarificante en este sentido, leer a modo de ejemplo, el art. 11 inc. 1 de la ley española 41/2002: *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*- El mismo texto es reproducido por la ley 2.6 11 de la provincia de Neuquén, en su art. 13.

<sup>95</sup> Luna, Florencia y Salles, A.L.F. (Compiladoras), *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 113.

Algunos Estados, que permiten algunas variantes de provocación activa de *muerte pía*, aceptan para ésta, un consentimiento dado a través de testamento vital. En este sentido, por ejemplo, la ley belga –en el marco de la regulación y legalización de algunos casos provocación activa de muerte a petición y eutanásica-, indica que:

Todo mayor de edad o menor emancipado capaz, para el caso donde no podría expresar su voluntad, puede consignar en escritura, en una declaración, su voluntad que un médico le practique la eutanasia si este doctor observa:

1. que está en presencia de una afección natural o accidental patológica grave e incurable.
2. que está inconsciente;
3. que la situación es irreversible dependiendo del estado actual de la ciencia.

<sup>96</sup>

Otros Estados tienen disposiciones análogas en cuanto a la anticipación, pero sólo hasta el límite de la legalidad en ellos. Es decir: siendo que no reconocen la posibilidad legal de causación de la muerte a petición, el consentimiento dado en un testamento vital, no puede ser válido en cuanto solicite ésta.

En este sentido, por ejemplo, en España, el testamento vital –conocido como *documento de instrucciones previas*-, expresamente prevé que:

No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas... <sup>97</sup>

Siguiendo ese parámetro, el modelo de voluntad anticipada que propone la *Generalitat de Catalunya*<sup>98</sup>, menciona como criterios a tener en cuenta para analizar la voluntad del paciente que ya no puede expresarse: La posibilidad de comunicación del paciente de cualquier manera y relación con otras personas. El hecho de no sufrir dolor importante ya sea físico o psíquico. La posibilidad de mantener una independencia funcional suficiente que permita ser autónomo para las actividades propias de la vida diaria.

Y propone no prolongar la vida por sí misma si no se dan los mínimos que resultan de los apartados precedentes cuando la situación es irreversible.

<sup>96</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 4 núm. 1.

<sup>97</sup> Ley 41/2002, art. 11 inc. 3.

<sup>98</sup> <http://www.gencat.cat/salut/depsalut/pdf/moddvaonline.pdf> (en idioma catalán)

Las situaciones a las que hace referencia –sin descartar obviamente, la posibilidad de agregar otras-, son: Enfermedad irreversible que tiene que conducir inevitablemente en un plazo breve a la muerte. Estado vegetativo crónico. Estado avanzado de la enfermedad de pronóstico fatal. Estado de demencia grave.

Las instrucciones que propone dar, para esos casos, son:

No prolongar inútilmente de manera artificial mi vida, por ejemplo mediante técnicas de soporte vital -ventilación mecánica, diálisis, reanimación cardiopulmonar, fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial-.

Que se me suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo el malestar, el sufrimiento psíquico y dolor físico que me ocasiona mi enfermedad.

Que sin perjuicio de la decisión que tome, se me garantice la asistencia necesaria para procurarme una muerte digna.

No recibir tratamientos complementarios y terapias no contrastadas, que no demuestren efectividad o son fútiles en el propósito de prolongar mi vida.

De manera más sencilla, el modelo propuesto por la Conferencia Episcopal Española:

...pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios; que no se me aplique la eutanasia activa, ni que se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos...

Se limita, pues, a rechazar el ensañamiento médico o distanasia.<sup>99</sup>

En el derecho argentino, la institución recién fue introducida en el ámbito nacional recién en el año 2012 por la ley 26.529, en su artículo 11, bajo el rótulo de *directivas anticipadas*. Los dos últimos párrafos del artículo fueron añadidos por la ley 26.712.

*...Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos,*

---

<sup>99</sup> De todas estas regulaciones legales – y de otras no mencionadas aquí, entre ellas las de algunas provincias argentinas- hablaremos *in extenso* oportunamente.

*preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.*

*La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos.*

*Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.*

Más antiguas son, en el ámbito provincial, la ley 4.263 de Río Negro que refiere a la *voluntad anticipada*, y la ley 2.611 de Neuquén –sobre salud pública- que regula en su art. 13 las *instrucciones previas*.

Sobre todas estas disposiciones volveremos al tratar expresamente lo concerniente al derecho argentino.

Es interesante mencionar también aquí, la resolución de la comisión del Parlamento Alemán, destinada a analizar los testamentos vitales. Aquí, se propone que el testamento tendiente a la omisión o suspensión de tratamiento tenga validez solamente si la enfermedad no es tratable, y por lo tanto conducirá necesariamente a la muerte:

Las declaraciones de voluntad anticipadas en las que se indica la suspensión u omisión de cierto tratamiento cuya consecuencia en tal caso es la muerte, no tendrán validez absoluta, independientemente de la evolución de la enfermedad, sino sólo ante un pronóstico infausto, es decir, en aquellos caso en los que, según los conocimientos médicos, la enfermedad es irreversible y terminal, a pesar de la asistencia sanitaria que pueda brindarse... Existen una serie de razones que justifican esta restricción del derecho a la auto-vinculación. Cabe mencionar en primer término: - Las declaraciones de voluntad vital anticipada no pueden recibir el mismo tratamiento que las manifestaciones de voluntad actuales. En caso de una manifestación de voluntad actual, el paciente tiene la posibilidad de analizar la situación concreta en la que se encuentra y las respectivas posibilidades que se desprenden de ella. No tienen esa mismas posibilidades en caso de incapacitación para manifestarse y de existencia de un testamento vital (...) La obligación de proteger la vida humana conlleva el deber de evitar un clima enrarecido en el que pueda ejercerse presión sobre personas mayores y gravemente enfermas para que a través de un testamento vital impartan instrucciones que llevan a finalizar su vida en caso de quedar

incapacitadas para actuar y comunicarse. ...Limitar los testamentos vitales referidos a la suspensión u omisión de medias destinadas a prolongar la vida de enfermos terminales encuentra su justificación en el hecho que en estos casos la muerte se produce a causa de la enfermedad. En el caso de suspender u omitir medidas que prolonguen la vida en una enfermedad tratable..., la muerte se produce en primer lugar a causa de la interrupción u omisión misma. Hasta ahora prevalece el criterio de que una decisión de esta naturaleza requiere ser legitimada mediante la voluntad expresa y directa del paciente ...<sup>100</sup>

En cuanto a la forma del testamento, para ser eficaz, se defendió el que sea por escrito, como requisito único:

La forma escrita es un medio eficaz y económico. No ofrece la misma seguridad las declaraciones verbales, que conllevan un riesgo importante de malentendidos, olvidos, errores de interpretación o acciones no meditadas. Para no dificultar excesivamente el otorgamiento de un testamento vital y su posterior cumplimiento, la Comisión Parlamentaria es contraria a someter la eficacia de las declaraciones de voluntad anticipadas a otras exigencias que no fueran su carácter escrito.<sup>101</sup>

A la institución del testamento vital, se le ha criticado<sup>102</sup>:

- Que existe la posibilidad que la persona cambie de parecer, pero su tratamiento se vea limitado por no haber tenido tiempo de revocar su manifestación de voluntad.

Dice Levene, en este sentido:

... el consentimiento del ser humano es un hecho relativo. ¿Qué sabemos nosotros de las fluctuaciones de su espíritu...? ¿Qué pensaría cuando llegue el momento de la ejecución de la sentencia? Una leyenda narra que mientras un viejo leñador cortaba leña y tratada de cargarla sobre sus espaldas, cansado de su tarea exclamó en voz alta "¡Si viniese la muerte!" Ésta se le aproximó preguntándole para qué la quería, y el viejo le contestó entonces "Para que me ayudes a cargar esta leña".  
...<sup>103</sup>

<sup>100</sup> Blomeir, Hans (Director) *Diálogo Político. Aborto y Eutanasia*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pág. 134 y 135.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> El desarrollo de estas y otras críticas puede consultarse en el trabajo de Rafael Martínez Die, *Eutanasia y Eugenesia*, consultado online : <http://www.agea.org.es/20041117209/testamento-vital-y-eutanasia.html>.

Los cuestionamientos a las críticas y otros agregados, son nuestros.

<sup>103</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 123.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que otras instituciones corren ese mismo riesgo –testamento, manifestación de donación de órganos, etc.–, y sin embargo en la mayoría de los casos funcionan correctamente y cumplen su finalidad.

- Que nunca podrá ser dado con conocimiento pleno de todas las circunstancias que puedan llegar a acontecer.

En relación a esto, puede entenderse que basta con que el testamento vital sea dado teniendo el sujeto información general. Dando la persona indicaciones generales en función de la información, se puede proceder respetando su voluntad, sin importar algunas variantes no especificadas. Es decir: si la persona no ha hecho distinciones o salvedades, se debe entender que no las ha considerado relevantes.

- Que el testamento vital provocará judicialización de la medicina, dado que los médicos deberán contar, además de con la historia clínica del paciente, con su eventual testamento vital. Por otra parte, pueden perder tiempo valioso corroborando la voluntad del paciente.

Sin embargo, bien puede opinarse que estos inconvenientes pueden solucionarse con una organización médica adecuada.

- Que si el testamento vital tiene por finalidad evitar el encarnizamiento terapéutico (distanasia), no es relevante, pues la distanasia ya no se practica.

Esta afirmación, empero, no necesariamente es verdadera. Y, en cualquier caso, el testamento vital podría servir para reforzar el rechazo a la distanasia.

- Que en los Estados que no tienen legalizado el homicidio a petición –como conducta activa–, el testamento vital válido para que el médico evite algunos tratamientos, puede ser el primer paso para legalizarlo.

Lo dicho es una variante del llamado argumento de la *pendiente resbaladiza*, del que daremos cuenta brevemente en la valoración de lo referente al consentimiento, y, con más detalle, al dar los argumentos en contra de la aceptación de la *muerte pía*.

Si bien se vincula a las primeras dos críticas mencionadas, un párrafo aparte merece la consideración de Dworkin en lo que hace a la declaración anticipada para el caso de demencia sobreviniente. El autor entiende que ante esta eventualidad el individuo puede ser considerado enfatizando su situación actual, o bien considerando en conjunto toda su vida.

De allí lo complejo de la posibilidad que una persona solicite que no se la atienda médicamente –o incluso que se la mate- si se vuelve demente. Pues existen dementes que, pese a su enfermedad, pueden disfrutar sencillos placeres de la vida y buscar seguir viviendo. Puede que claramente el individuo no hubiese querido terminar sus días de esa forma –atención al conjunto de vida–, pero que objetivamente parezca que lo mejor para ese individuo es permitirle vivir la felicidad simple e infantil que le proporciona su estado y que no atenderlo o matarlo se muestre como una crueldad–atención a la situación actual-.<sup>104</sup>

### **5.5- Consentimiento presunto**

Para que pueda entenderse que en una situación dada, existe un consentimiento presunto, -y no de simple falta de consentimiento- deben darse tres requisitos:<sup>105</sup>

- a) El individuo no debe poder dar o negar su consentimiento –v.g: por estar inconsciente-
- b) No debe haberse manifestado, anteriormente, contrario o a favor a la vulneración del bien jurídico en cuestión
- c) Debe entenderse que, de serle posible, consentiría dicha vulneración.

Algunos autores agregan que el autor debe actuar *con la convicción de beneficiar al titular del bien jurídico vulnerado*.<sup>106</sup> Si con esto se refieren a que el beneficio consiste en realizar la voluntad de quien ya no puede consentir; la idea es la que recoge el inciso c) ante mencionado.

<sup>104</sup> Conforme Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 289 y ss.

<sup>105</sup> Como veremos en breve, Zaffaroni los sintetiza refiriendo a *imposibilidad de acuerdo, y creencia que el titular del bien, de conocer la circunstancia o de estar en condiciones de expresarse, lo hubiese prestado*. – Conforme Zaffaroni, Eugenio R., et al., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 503.

<sup>106</sup> Por ejemplo, López Camelo, Raúl Guillermo y Jarque, Gabriel Darío, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ediuns, Bahía Blanca, 2004, pág. 254.

Si, en cambio, se pretende que quien actúa crea –él mismo, desde su concepción-, que su acción reporta un beneficio; el requisito nos parece erróneo. No puede exigirse, para el consentimiento presunto de una persona, la apreciación subjetiva de otra.

Para Roxin, el consentimiento presunto opera en el ámbito de la antijuridicidad:

A diferencia del consentimiento, que excluye ya el tipo el consentimiento presunto es una causa de justificación. En efecto, mientras que el consentimiento es expresión de la libertad de actuación del titular del bien jurídico y por tanto el que obra con consentimiento no lesiona los bienes jurídicos de aquél, quien invoca un consentimiento presunto se interfiere sin permiso, y por ello realizando el tipo delictivo, en los bienes jurídicos de otro, y sólo puede estar justificado por el hecho de que se presume su consentimiento según un juicio objetivo.<sup>107</sup>

Considera que *dogmáticamente el consentimiento presunto se sitúa entre el consentimiento y el estado de necesidad justificante, pero afirma su autonomía frente a ambos.*<sup>108</sup>

Zaffaroni entiende que cuando la ley hace una presunción, ponderando bienes, se está ante un estado de necesidad justificante. No es relevante que el titular del bien jurídico hubiera querido o no la vulneración de dicho bien, en su propio interés.

El problema se plantea cuando *no hay estado de necesidad y, no obstante, el agente tiene razones objetivas para creer que el titular estará de acuerdo*, es decir, cuando *quien presume es el agente y no se halla en estado de necesidad*. Si la presunción se confirma en los hechos no habrá tipicidad, por lo cual *el interrogante queda limitado a los casos en que el agente, fuera del estado de necesidad, haya presumido erróneamente el acuerdo del titular...*<sup>109</sup>

En estos últimos, -siempre según el autor citado-, podrá haber error invencible de tipo.

---

<sup>107</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. op. cit., pág. 765.

<sup>108</sup> Conforme Roxín, Claus, op. cit., pág. 765.

<sup>109</sup> Zaffaroni, Eugenio R., et al., op. cit., pág. 503.

En lo que hace a la *muerte pía*: el individuo que va a morir no consiente el proceso. Ni en el momento de la muerte, ni de forma anticipada. Tampoco se ha negado a ello. Y ya no puede expedirse. Pero puede entenderse, con algún grado de certeza, que es la voluntad de la persona morir.

En este sentido, Zaffaroni, entiende que el consentimiento presunto

...sólo puede darse cuando es imposible obtener el acuerdo real o efectivo, en circunstancias donde se supone que el titular de bien jurídico, de conocer la situación y estar en condiciones de expresarse, hubiese dado su consentimiento<sup>110</sup>

De manera similar se expide Donna, quien resalta:

el punto de vista decisivo es la búsqueda de la voluntad presunta del titular del bien jurídico, ya que ella es la esencia de este instituto. No hay, pues, una valoración objetiva, sino subjetiva...<sup>111</sup>

Y Roxin:

...el consentimiento presunto en que la justificación no depende de una ponderación objetiva de intereses, sino de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico. Se trata de un "juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiera consentido en la acción". Por tanto, lo decisivo no es lo que hubiera correspondido al "verdadero bien" del afectado, sino lo que éste presumiblemente habría querido, aunque fuera algo no razonable. "Los criterios objetivos, especialmente el enjuiciamiento de una medida como comúnmente razonable y normal..., no tienen un significado autónomo, sino que solamente sirven para averiguar la hipotética voluntad individual"...<sup>112</sup>

En relación al primer requisito de nuestra enumeración, la imposibilidad de consentir debe ser permanente.

<sup>110</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 503.

<sup>111</sup> Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 178.

<sup>112</sup> Roxin, Claus, op. cit., pág. 766.

En ese sentido, Roxin señala que *el médico que opera a una persona inconsciente no puede ampararse en el consentimiento presunto para actuar por propia decisión si es posible aguardar a que el paciente recupere la consciencia sin que se produzcan daños para su salud.*<sup>113</sup>

Así, no puede presumirse el deseo de morir en un individuo que simplemente tiene una imposibilidad pasajera de decidir en relación a sí mismo. Por ejemplo: un individuo anestesiado.

Pueden existir algunos casos muy específicos donde la incapacidad de consentir no sea permanente; pero si se espera que se recupere, se desvirtuaría la finalidad del proceso. Por ejemplo, un individuo que sufre terriblemente y no puede expresarse, aunque posiblemente sí podrá hacerlo al cabo de muchos meses. En ese caso, puede alegarse que, de esperar esos meses, el individuo ya habrá padecido todo cuanto hubiese querido evitar con la muerte.

En estas circunstancias podría alegarse a favor de establecer un consentimiento presunto, aún en ausencia del requerimiento comentado.

En relación al segundo requisito, si el individuo manifestó su rechazo a una muerte provocada, el único fundamento para sostener una presunción tendiente a su deseo de morir, es alegar –y fundar- que en el tiempo transcurrido desde dicha manifestación el individuo ha cambiado sus puntos de vista. Como veremos luego, la posibilidad del cambio de opinión –pero el inverso: del deseo de morir al de vivir- es uno de los cuestionamientos que se le hace a la institución del testamento vital.

En relación al tercer requisito –entendimiento de que el sujeto, de haber podido, hubiese consentido el morir- hay que hacer una distinción según su fundamento. En este sentido, la presunción puede estar más o menos fundada.

La presunción será más fundada, cuando el individuo, al estar en uso de sus facultades, realizó manifestaciones o sintió afinidad con posiciones que, en determinadas circunstancias, permiten la provocación de la muerte. Es decir: se entiende que el individuo querría morir, en atención a su modo particular de ser, de

---

<sup>113</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 769.

sentir y de concebir la vida. Por ejemplo: si ante testigos ha manifestado que prefiere salir muerto de un accidente, y no en vida vegetal.

Cuando la manifestación se realizó de manera inequívoca, como expresión de su voluntad a futuro, ya no estamos frente a un consentimiento presunto sino ante un consentimiento anticipado. Sin embargo, si la legislación exige para la validez del consentimiento anticipado alguna formalidad y ésta no se cumplió, la manifestación sólo podrá llegar a tener efecto como fundamento de un consentimiento presunto.

La presunción del deseo de morir será menos fundada, cuando se basa únicamente en el entendimiento que, posiblemente, la mayoría de las personas, en una situación equivalente, optarían por la muerte. Estas son presunciones que podemos denominar “genéricas”, y que se basan fundamentalmente en principios como: el deseo de no sufrir, de conservar la dignidad, y de valorar la calidad de vida y no sólo la vida entendida como existencia. Va de suyo que su aceptación es por demás cuestionable, dado la importancia de la decisión –la cual pasa a tomarse en función de un cálculo de índole estadística-, y la dificultad de establecer la opción que se presenta como mayoritariamente aceptada.

Las presunciones que no tengan ni uno ni otro fundamento deben ser descartadas como base del consentimiento presunto.

Obviamente las presunciones especiales tienen mayor peso que las genéricas, pues implican un respeto a la voluntad individual. Creemos que incluso, las presunciones genéricas contrarias al proceso de muerte, deben primar sobre las presunciones genéricas que tienden a él. Por ejemplo: si una persona está sufriendo gravemente y su situación es irreversible, pero esta persona es un fiel practicante de la Santa Fe Católica; no cabría suponer que quiere morir aunque sea cierto que la mayoría de las personas en esa situación querría hacerlo.

Sin embargo, incluso las manifestaciones claras que haya hecho un individuo, pueden ser meras expresiones de preferencia, y no actos de voluntad. En este sentido, tienen menor peso que las hechas en un testamento vital o declaración anticipada. Esta es la diferencia que resaltan, por ejemplo, Buchanan y Brock:

...A veces una persona decide deliberadamente no hacer lo que prefiere, ya sea por prudencia o porque cree que sería moralmente erróneo hacerlo. La elección contemporánea de un individuo competente en condiciones de consentimiento

informado –como la elaboración de una directiva anticipada en análogas circunstancias- es un acto de la voluntad, no la mera expresión de una preferencia. La importancia práctica de la distinción entre la expresión de una preferencia y un acto de la voluntad salta a la vista si se contrasta la significación moral (y legal) de pronunciar las mismas palabras en dos situaciones diferentes, como respuesta a la pregunta “¿Tomarás a esta mujer por esposa?” En ciertas circunstancias, la pregunta podría considerarse como la averiguación francamente fáctica de lo que una persona hará en realidad en algún momento futuro. Y, ausente todo supuesto de engaño o coacción, la predicción hecha al contestar “sí, lo haré” podría tomarse razonablemente como evidencia de la preferencia de un hombre por la mujer en cuestión. En otras circunstancias, sin embargo (cuando están de pie frente al altar en presencia de testigos), el mismo enunciado, (“Sí, lo haré”) no sólo expresará una preferencia sino que también constituirá un acto de voluntad ...<sup>114</sup>

Pese a esto, también hay que considerar que muchas personas no firman testamentos vitales sólo por no imaginar o no estar conscientes de las posibilidades de sufrir una incapacidad permanente. Se ha dicho que cuando incluso sus familiares y allegados concuerdan en que habría firmado un testamento vital si hubiese considerado el asunto. De allí que no tenga sentido descartar sin más la validez del consentimiento presunto.

En este sentido se expide, por ejemplo, Ronald Dworkin.<sup>115</sup>

Según Luna: puede decirse que hay tres tipos de pacientes: los competentes, los incompetentes que fueron competentes, y los incompetentes que nunca fueron competentes.<sup>116</sup>

Utilizando esta clasificación, podemos indicar que para los primeros no cabe el consentimiento presunto, pues ellos mismos pueden decidir sobre sí. Para los segundos, cabe un consentimiento presunto, fundado en criterios específicos – personales, durante su vida con capacidad- y también genéricos. Y para los terceros, sólo los genéricos, pues no han podido desarrollar en su vida valoraciones propias que puedan marcar tendencia en su voluntad presunta.

---

<sup>114</sup> Buchanan, Allen, y Brock, Dan W., *Decidir por otros*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F. (Compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 181.

<sup>115</sup> Dworkin, Ronald, *El derecho a la muerte*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Editorial Sudamericana, Compiladoras: F. Luna y A.L.F. Salles, Buenos Aires, 1998, pág. 285.

<sup>116</sup> Luna, Florencia y Salles, A.L.F. (Compiladoras), *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 108.

Cuando hay consentimiento presunto, -al igual que cuando hay ausencia de consentimiento- otra persona toma la decisión de realizar la muerte, en vez del sujeto que ha de recibirla. Si se acepta la muerte con consentimiento presunto, se debe determinar, entonces, quién establecerá la presunción y por lo tanto consentirá -por otro- la muerte. Es decir: se necesitará quien cumpla un papel supletor, no de la voluntad en sí, sino de su manifestación.

Una presunción con un fundamento personal e individualizado, sólo podrá determinarla la familia o los allegados más directos del sujeto. En esos casos, la familia tendrá dicho papel; como veremos luego. Y su papel se basará en su vínculo especial con el sujeto incapaz, “paternal”, que le permite evaluar los fundamentos genéricos y específicos -si los hay-, a la luz de sus propios parámetros, siempre que éstos sean razonables.

El Estado, por su parte, también podrá tener un papel supletor, pero sólo puede hacer presunciones genéricas. V.g: presumir que toda persona prefiere morir y no estar en vida vegetal.

El consentimiento presunto y fundado, ha sido aceptado en algunos casos jurisprudenciales, por ejemplo, en los Estados Unidos; tomando la familia de la persona la decisión de permitir la muerte de una persona en vida vegetativa.

Algunas legislaciones positivas, para atenuar la pena de quien mata a petición o para eximir de pena su conducta, exigen requisitos en el consentimiento del occiso que difícilmente puedan ser satisfechos con el consentimiento presunto.

España, Perú, Países Bajos, Alemania -por citar sólo algunos ejemplos- exigen que la petición sea *expresa*. Por lo tanto queda descartada la posibilidad de actuar con consentimiento presunto. El consentimiento presunto parece que tampoco puede cumplir, por ejemplo, los requisitos de petición *seria* (Perú, Países Bajos, Alemania), o *voluntaria* (Países Bajos).

#### **5.6- Ausencia de consentimiento.**

Como el título lo indica, este es el supuesto en el que no está presente el consentimiento.

En lo que hace a la muerte, el individuo que va a morir por muerte provocada, no consintió el proceso, y además no están dadas las condiciones para que pueda decirse que hay un consentimiento presunto de su parte. Piénsese, por ejemplo, un individuo enfermo que explícitamente manifestó su deseo de morir sólo cuando la enfermedad termine con él, venciendo a todos los cuidados médicos posibles. O bien en una persona en relación a la cual no existe fundamento alguno para presuponer que en su situación, querría morir.

En este sentido, estamos también ante ausencia de consentimiento cuando la familia misma de quien va a morir, u otro tercero, o el Estado; da su consentimiento para la muerte, y ese consentimiento no es una manifestación del consentimiento presunto de aquél que va a morir. En estos casos, se está consintiendo la muerte de un tercero, de acuerdo a la voluntad propia y no de ese tercero.

Cuando se ha dado consentimiento pero éste no se entiende válido –por ejemplo, por recaer sobre un bien jurídico que se evalúa como indisponible-, la situación jurídica puede ser asemejada a la ausencia de consentimiento. O bien, dependiendo del vicio específico del consentimiento, puede establecerse una respuesta jurídica diferenciada.

Como ya hemos visto, algunas legislaciones entienden que no puede consentirse válidamente la propia muerte, pero sin embargo asignan a la manifestación de voluntad en tal sentido, el efecto de reducir la pena a quien mata.

### ***5.7- El papel de la familia y los allegados en el consentimiento***

Hemos visto que en algunos casos, puede admitirse que el consentimiento en materia penal sea dado por el representante de una persona incapaz de consentir.

En los derechos personales, no sólo se controvierte la facultad de disposición sobre ellos, sino también –de admitirse aquélla-, el que una persona que no sea el titular del bien jurídico, pueda consentir su vulneración.<sup>117</sup>

#### **5.7.1- Papel supletorio.**

---

<sup>117</sup> Roxin, por ejemplo, niega la posibilidad de representación en el consentimiento, de decisiones irrepresentables de tipo existencial, tales como la donación de órganos. – Conforme Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. op. cit., pág. 542.

En esta alternativa, ante un individuo que no se expidió ni puede hacerlo, los demás allegados deciden por él, su muerte.

Si existe un fundamento para creer que el sujeto en cuestión lo hubiese querido así, el consentimiento dado por su familia, está haciendo valer un consentimiento presunto del individuo. Aquí no se está supliendo la voluntad –en sentido estricto-, sino sólo su manifestación.

Si, en cambio, no existen esas razones, la familia está supliendo la voluntad del individuo, y de su parte no hay consentimiento alguno. Por lo tanto estamos frente a una muerte sin consentimiento por parte de aquél que va a morir.

En el rol supletorio, la familia y los allegados no tienen participación cuando expresamente –por anticipado o específicamente-, la persona manifiesta su voluntad.

Claro está que, si la voluntad anticipada fue expresada de una manera verbal o no por escrito pero sin constar en registros oficiales; su publicidad y aplicación cuando llegue el momento queda librada a la buena voluntad y a la sinceridad de los allegados del impedido.

Para dar seguridad a los ciudadanos, la ley española crea un registro nacional de instrucciones anticipadas, donde se asentarán los escritos de las personas que expresaron su voluntad.<sup>118</sup> De manera análoga, la provincia argentina de Río Negro creó el Registro de Voluntades Anticipadas (RVA) en la órbita del ministerio provincial de Salud.<sup>119</sup>

El papel supletorio de la familia o de algún allegado, puede surgir de la ley misma<sup>120</sup>, o de la voluntad previa del individuo incapacitado para decidir que antes de su incapacidad le confiere tal facultad.

Ejemplo de lo primero: la ley de Voluntad Anticipada de Uruguay establece<sup>121</sup>:

---

<sup>118</sup> Ley 41/2002 art. 11 inc. 5.

<sup>119</sup> Ley provincial 4263 art. 4.

<sup>120</sup> El papel supletorio de la familia en la República Argentina se ve, por ejemplo, en la ley de trasplantes de órganos 24.193, conforme la cual, al morir una persona sin haber manifestado su decisión sobre si donar órganos o no, la familia es la que da esa autorización. Ley 24.193 (Mod. Ley 25.281), art. 21.

<sup>121</sup> Ley 18.473 art. 7.

*En caso que el paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible...que no haya expresado su voluntad... y se encuentre incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad...*

*En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión...*

Puede presentarse también en el caso de menores u otros incapaces. Como se entiende que éstos no cuentan con la capacidad mental suficiente para decidir sobre sí mismos, otros deciden por ellos<sup>122</sup>.

Por ejemplo: la legislación de Uruguay sobre Voluntad Anticipada, para la suspensión de tratamiento en pacientes con enfermedad terminal:

*Si se tratare de niños o adolescentes, la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor...*

*No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante.*<sup>123</sup>

En el mismo sentido, el proyecto de reforma chileno, presentado por los Diputados Rossi y Bustos. Tanto para la muerte –con sus correspondientes requisitos-, en caso de menores, la decisión:

*...será adoptada por los padres de común acuerdo si existiesen ambos. A falta de uno de los padres, la decisión será tomada por él que existiese. A falta de ambos, la decisión será adoptada por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, hasta el tercer grado inclusive.*<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Luego veremos que también puede entenderse que la voluntad de ciertos menores sí debe tenerse en cuenta. En estos casos, para la muerte, deberá concurrir la voluntad del menor y de sus padres. Es decir: la familia tendría un papel complementador.

<sup>123</sup> Ley 18.473, art. 7.

<sup>124</sup> Proyecto de reforma al código chileno, Diputados Fulvio Rossi C., y Juan Bustos R.; art. 54 bis B, 54 bis D, 54 bis E, 54 bis H, 54 bis J, y 54 bis K.

Aquí el papel supletorio se basa en dos factores. Primero, en el consentimiento presunto. Este consentimiento presunto es genérico en el caso de los menores: como nunca tuvieron capacidad mental, nunca pudieron expresar sus pareceres en relación a la vida y la muerte; y por lo tanto se puede presumir que querían para sí lo que se entiende que querrían la mayoría de las personas. En cambio, para otros incapaces, el consentimiento presunto puede también basarse en cuestiones específicas: en sus propias manifestaciones de intención en el tiempo en que tenían discernimiento.

Y, en segundo lugar, se basa en el paternalismo. Son los padres los que deben guiar a sus hijos menores –u a otros incapaces a su cargo-, y en algunas situaciones incluso decidir por ellos.

Ejemplo del segundo caso: facultad que surge de la voluntad anticipada de quien ya no puede decir por sí mismo: el modelo de voluntad anticipada propuesto por la Generalitat de Catalunya, que establece que el representante designado en el documento tomará las decisiones con respecto a la salud del enfermo, siempre que no contradiga el documento.

El papel de la familia como supletora de la voluntad, también ha recibido críticas. Por ejemplo, Sambrizzi, -opuesto a la aceptación todo tipo de “eutanasia”- se manifiesta contrario a él, pues considera que

...introduce en las relaciones familiares un sentimiento de inseguridad, cuando no de confrontación y de miedo; o sea, sentimientos contrarios a los de solidaridad, seguridad, confianza y amor que deben estar presentes entre ellos.<sup>125</sup>

No compartimos estas observaciones. Creemos que las relaciones familiares –salvo relaciones excepcionalmente malas- pueden, sin mayor dificultad, dejar de lado los recelos antes señalados.

Por otra parte, la mayoría de las personas, en su vida cotidiana, si deben delegar decisiones de importancia vital, lo hacen en manos de sus familiares y allegados.

---

<sup>125</sup> Sambrizzi, Eduardo A, *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 4.

### **5.7.2- Papel complementador. Importancia para el consentimiento en la muerte de menores.**

En esta regulación, hay un consentimiento expreso del individuo –actual o anticipado-, para la muerte. Pero la familia – o los allegados- deberán corroborarlo o complementarlo. Es decir: sólo se producirá la muerte a consentida si tanto la persona en cuestión y sus familiares están de acuerdo.

Como veremos luego, esta opción de papel complementador parece en principio no tener mucho sentido. El pretender que una persona adulta necesite el aval de otra, para tomar una decisión en relación a su propia vida; parece ser extraño a nuestro sistema jurídico liberal y personalista. Aunque, tal como analizaremos oportunamente, el daño a terceros que produce una persona que pide su muerte, es un argumento en contra de la permisón de la muerte a petición.

El papel complementador, cobra importancia en legislaciones que permiten la muerte consentida en menores y pretenden además que el menor tenga un papel en la toma de la decisión.

En este sentido, la ley de los Países Bajos dispone que:

*Si se trata de un paciente menor de edad, cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión.*

*En caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años y se pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria*

*potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, esté(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio...*<sup>126</sup>

Es decir: si el paciente tiene entre 16 y 18 años: él decide, participando sus padres de la toma de la decisión. Si tiene entre 12 y 16 años: sólo se llega a la muerte o ayuda al suicidio si el paciente y sus padres están de acuerdo.

En una línea similar la ley belga según su modificación de febrero de 2014: refiere a menores –sin mínimo de edad- con capacidad de discernimiento, con acuerdo por escrito de sus representantes legales y previa consulta a un psiquiatra infantil o psicólogo.

La solución parece ser respetuosa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuanto ésta establece en su art. 12:

*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2.*

*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Consideraciones que en el derecho interno argentino son recogidas por la ley 26.061 en su art. 24:

*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.*

---

<sup>126</sup> Ley de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, art. 2, inc. 3 y 4.

Disposiciones a las que a su vez refiere la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 en su Art. 2 inc. e, en el cuál señala que los *niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*

### **5.7.3- Papel de interlocutor o intérprete**

En este caso, por ley, o por voluntad del individuo en su testamento vital, le da una de estas funciones a otra u otras personas.

La ley española consagra que la persona designada es, junto con el equipo médico, interlocutor de aquél que dejó expresada su voluntad.

La ley provincial de Río Negro, Argentina, por su parte, va más allá y le da a la persona elegida por el individuo que hace su declaración de voluntad, además del papel de interlocutor, el de intérprete de la voluntad que consta en su declaración.<sup>127</sup> En el mismo sentido, el modelo de Voluntad Anticipada propuesto por la Generalitat de Catalunya.

### **5.7.4- Papel decisor**

En esta hipotética regulación –casi impensable en nuestros días-, la familia o los allegados del individuo, consienten su muerte, sin atender a la voluntad –actual, si todavía es capaz de expedirse, o anticipada- de éste.

Parece que esta solución legal es totalmente deseable, por vulnerar el derecho a la vida de la persona que, con facultades mentales para ello, manifiesta o manifestó su deseo de vivir.

### **5.8- El papel del Estado en la autorización de la muerte**

Nos valdremos en este apartado, de las mismas descripciones que utilizamos para evaluar el papel de la familia y los allegados.

El Estado como supletor:

---

<sup>127</sup> Ley provincial de Río Negro 4263 art. 13.

A diferencia de la familia y los allegados de aquél que va a morir, el Estado no cuenta, en principio, con información para determinar puntualmente cual era la voluntad presunta del individuo que ya no puede expresarse. Salvo que se disponga una investigación en tal sentido. Por lo tanto, mientras no se haga aquello último, para llegar a un consentimiento presunto, el Estado sólo podrá valerse de consideraciones genéricas. Es decir: una vez comprobados determinados hechos – v.g.: la enfermedad terminal o incurable-, se aplicaría la muerte.

Cuando no se tengan elementos para configurar un consentimiento presunto, el Estado, ante ciertas circunstancias, suplirá sin más la voluntad del individuo. La muerte será sin consentimiento.

La decisión del Estado primará por sobre la de la familia y los allegados.

Este papel del Estado puede merecer consideración en casos donde el individuo no cuente con aquéllos.

También debe tenerse en cuenta que, por su lejanía con el individuo que ya no puede decidir, la decisión del Estado no pueda ser influida por motivos egoístas, tales como el trabajo que representaría cuidar a la persona si sigue con vida. Lo cual no es del todo seguro cuando quien decide es la familia.

En cambio, el Estado, al igual que la familia, bien podría decidir basado –al menos en parte- en cuestiones económicas derivadas de gastos médicos.

El Estado como complementador:

En este rol, el Estado debe dar su visto bueno al consentimiento del individuo.

A primera vista, la opción puede parecer una injerencia indebida por parte del Estado en la autonomía individual. Sin embargo, si se acepta la posibilidad de muerte consentida en individuos que padezcan determinadas enfermedades, se ve plausible que el Estado –a través de profesionales- verifique la existencia de éstas. Y, si se acepta la validez de la muerte consentida –en cualquiera de sus variantes-, no resulta ilógico que el Estado verifique, por ejemplo, la aptitud mental de quien consiente.

Lo antes dicho cobra fundamental relevancia en el caso de muerte de menores. Para garantizar los derechos de éstos, el Estado puede –y quizás incluso deba-, complementar el papel supletor o complementador de los padres o tutores.

El Estado como interlocutor o intérprete

El Estado actúa orientando la voluntad expresada en un testamento vital. Este rol puede servir como garantía de que aquella no será desvirtuada por el equipo médico y/o por la familia de aquél que ya no puede expresarse.

El Estado como decisor

En este caso, ante determinados supuestos, el Estado da su avala para la muerte de un individuo, independientemente de su voluntad. La muerte se aplicaría también contra la voluntad del individuo, anticipada o actual –y, claro está, también contra la voluntad de su familia-.

Aquí ya no puede hablarse que el Estado presupone el consentimiento del individuo, porque la negativa expresa de éste quita la posibilidad de elaborar dicha presunción. Hay una muerte claramente sin consentimiento.

Este sistema es el que impulsó, como ya vimos, el régimen Nacional Socialista en Alemania.

### ***5.9- Información previa al consentimiento***

Como hemos visto, la recepción de información no es un requisito general para el otorgamiento de un consentimiento válido. Basta con que la persona comprenda las consecuencias de sus actos.

Ahora bien: ante consecuencias difíciles de anticipar y ante una eventual disposición de un bien jurídico relevante; parece factible justificar que sea requerido.

En la legislación argentina, por ejemplo, la ley de trasplantes de órganos: da a los médicos la obligación de informar a cada paciente –y a su grupo familiar-, de manera *suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural*<sup>128</sup> sobre los riesgos, consecuencias, etc., de la donación.

Desde esta perspectiva –además de por simple intuición-, parece claro que el consentimiento para la realización de la propia muerte debiera ser un consentimiento plenamente informado, tanto en lo que hace a las condiciones en las que se llevará a cabo la muerte, como en lo que refiere a la situación personal del individuo que la solicita. Al menos, en la medida que el consentimiento –en solitario, o junto a otros factores-, haga que la conducta de dar muerte no sea

---

<sup>128</sup> Ley 24.193 (Mod. ley 25.281), art. 13.

punible. Pues dentro de las consecuencias que deben comprenderse al consentir, están las que sobrevendrían de otorgarse el consentimiento, y las que se producirían de no hacerlo así. Y, en lo que hace a la vida, la consecuencia de no aceptar la muerte es seguir viviendo, en la situación en la que cada quien se encuentra.

Piénsese, por ejemplo, en un pedido hecho por un individuo enfermo: debe conocer los detalles de su enfermedad, para poder evaluar si corresponde a su plan de vida el seguir existiendo o no, y conforme ello dar un consentimiento válido.

Citaremos, en este sentido, tres ejemplos de legislación positiva:

La ley belga establece que es uno de los deberes del médico, antes de practicar la muerte a petición e indolora en un individuo enfermo:

*...informar al paciente de su estado de salud y de la esperanza de vida, a actuar en concierto con el paciente en su petición para eutanasia y recordar con él las posibilidades terapéuticas posibles así como las posibilidades que el cuidado paliativo y sus consecuencias ofrecen. Debe llegar, con el paciente, con la convicción que no hay otra solución razonable en su situación y que la petición del paciente es enteramente voluntaria*<sup>129</sup>

La ley del Territorio del Norte de Australia, para autorizar a un médico a dar ayuda al suicidio a un paciente, éste, entre otras cuestiones, debe informarle:

*...la naturaleza de la enfermedad y su curso probable, y el tratamiento médico, incluidos los cuidados paliativos, asesoramiento y ayuda psiquiátrica y medidas extraordinarias para mantenerle con vida, que podrían estar a su disposición;*<sup>130</sup>

Las leyes de los Estados de Oregón y Washington –E.U.A.–, que permiten a los médicos, bajo ciertas condiciones, recetar a los pacientes medicamentos para posibilitar su suicidio; disponen:

<sup>129</sup> Ley Relativa a la Eutanasia, del 16 de mayo de 2002, art. 2 inc. 1

<sup>130</sup> Ley de Derechos del Enfermo Terminal de 1995. Territorio del Norte. Australia. Art. 7 inc. e.

*Para garantizar que el paciente está tomando una decisión informada, informar al paciente de: (A) su diagnóstico médico; (B) su pronóstico; (C) Los riesgos potenciales asociados a tomar la medicación que serán prescritos; (D) El resultado probable de tomar los medicamentos que serán prescritos; y (E) de las alternativas factibles, incluyendo, pero no limitado a, la atención de confort, cuidados paliativos y control del dolor.*

Contra esto, puede argumentarse que es violatorio de la libertad individual y el derecho de autodeterminación. Pues, si un individuo desea morir y a nadie afecta con ello no corresponde se le exija adquiera información alguna.

Sin embargo, ante esto podemos responder, que la voluntad de la persona –máxima expresión de la autodeterminación individual-, sólo es completa en todos sus sentidos, cuando quien la manifiesta conoce completamente las circunstancias en las que decide. Y que la restricción a la voluntad es mínima –pues el requisito es fácilmente salvable-, en comparación con las implicancias de la decisión en cuestión.

Por lo tanto, consideramos:

Que cuando la muerte consentida se permite sólo en individuos enfermos, corresponde un diagnóstico sobre la enfermedad, y la comunicación sobre los diferentes aspectos de la enfermedad al paciente, hará que pueda tomar una decisión verdaderamente voluntaria.

Que, incluso cuando se permita la muerte en individuos no enfermos, la información previa al consentimiento para la muerte, tanto en lo que hace a su situación médica – pues puede haber influido en su decisión una enfermedad cierta o presunta- y el procedimiento de muerte; es también una garantía de la voluntariedad de la decisión, que parece no desvirtuar el pretendido derecho de autodeterminación antes mencionado.

Que, cuando se pretende que el Estado dé la muerte –como en las tres legislaciones antes mencionadas-, es más claro aún el derecho –e incluso el deber- del Estado tendiente a garantizar la voluntariedad de la decisión, en miras siempre de mantener incólume el derecho a la vida.

Lo antes dicho, parece aceptable para una muerte practicada por un médico en un hospital, o al menos en una muerte a petición donde la muerte pueda practicarse previa información, sin que con ello se desvirtúe la finalidad de la petición.

Pero en otros casos, la información dada a quien va a morir no parece ser un requisito necesario conveniente. Más aún: su exigencia parecería ser un sinsentido, pues operaría en contra de lo que la muerte pretende evitar. Por ejemplo: piénsese en el caso –verídico- de los cadetes chilenos accidentados en Argentina, en un lugar casi deshabitado. Uno de ellos, mutilado y quemado, le solicita a su superior que lo mate, y éste accede y actúa en consecuencia.<sup>131</sup> Si se permitiera una muerte a petición realizada por quien no es médico, el consentimiento informado debería dejar, en algunos casos al menos, de ser indispensable. Ese cadete chileno, quemado y mutilado, no podía esperar a que un médico le confirmase que seguramente iba a morir irremediabilmente. Pues el haber esperado la presencia de un médico que certificara la muerte segura, habría hecho que la persona muriera en medio de grandes sufrimientos; lo que habría quitado todo sentido a la petición previa de muerte.

Por lo tanto, el consentimiento informado parece ser un requisito necesario cuando se permita la realización de la muerte a petición; siempre y cuando esa información pueda ser suministrada sin desvirtuar la finalidad del pedido. En este último caso, cabe la posibilidad de mayor debate.<sup>132</sup>

En cuanto a las constancias en testamento vital, entendemos que la información que debería tener la persona que hace el documento, se limita a corresponderse con el carácter de general que tiene la indicación que deja. V.g.: si se pide la muerte en caso de estar en vida vegetal, quien así lo solicita debe entender –en la medida de un lego-, qué implica la vida vegetal. Pero no se le puede exigir el tener mayor información sobre una situación cuyos pormenores no se conocen, simplemente porque dicha situación es hipotética y potencial.

Por último, señalamos que el consentimiento informado no consta como requisito en los Estados que penalizan la muerte a petición, pero con una pena menor al del simple homicidio. Aquí, se ha entendido que, siendo que igualmente va a existir

---

<sup>131</sup> El caso se produjo puntualmente en la localidad de Altapacal, en el año 1927. El ejemplo es citado por Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 354. Y recogido a su vez por Gutiérrez, Pedro A., *El homicidio piadoso*, Fabian J. Di Placido, Buenos Aires, 2006, pág. 20.

<sup>132</sup> Al final de este trabajo, dedicaremos un apartado a expedirnos puntualmente sobre nuestra posición en referencia a aquellos casos en los que no puede cumplirse con los requisitos que manda la ley, como paso previo a la muerte a petición.

una pena para el acto, basta para la atenuación el pedido de muerte. No parece del todo razonable el que se deba informar a una persona sobre su situación, como paso previo para que el delito que se va a cometer, se atenúe.

### ***5.10- Consentimiento o pedido reiterado; y otras exigencias equiparables***

El consentimiento reiterado –como su nombre lo indica- es el que, para tener relevancia, debe producirse en repetidas ocasiones. Como hemos visto, la reiteración no forma parte de los requisitos generales para la validez del consentimiento.

Muchos de los Estados que legislan sobre la muerte consentida –para legalizarla o para punirla de manera diferencial- para atender al consentimiento se limitan a aceptar un consentimiento singular. V.g: Países Bajos, España, Perú.

No obstante, otros, exigen que haya reiteración.

Así, en Bélgica, el médico que practica la muerte a petición, eutanásica, en individuo enfermo, no comete delito si, entre otros requisitos, se asegura que:

*La petición se formula de una manera voluntaria, se refleja y se repite, y eso no resulta de una presión externa;*<sup>133</sup> Además, debe asegurarse de la persistencia del sufrimiento físico o psíquico del paciente y de su voluntad reiterada. Para este propósito, realiza con el paciente varias conversaciones, espaciadas de un rato razonable en comparación con la evolución del estado del paciente,<sup>134</sup>

También exigen en su regulación reiteración del consentimiento, por ejemplo en Uruguay y Paraguay.

Es factible entender que en relación a la veracidad del consentimiento ésta puede surgir de otras condiciones. En referencia a un consentimiento como petición –y no como mera admisión de la muerte, algunas legislaciones exigen que la petición sea, por ejemplo: *expresa* (España, Perú, Países Bajos, Alemania), *seria* (España, Países Bajos, Alemania, Suiza), *inequívoca* (España), *libre* (Territorio del Norte – Australia-) *consiente* (Perú), *voluntaria* (Países Bajos, Territorio del Norte – Australia-) y *bien meditada* (Países Bajos).

Otra opción, similar a la reiteración –pues permite evaluar que el consentimiento se mantenga, pero menos estricta es establecer que necesariamente tiene que pasar

<sup>133</sup> Ley Relativa a la Eutanasia, del 16 de mayo de 2002, art. 3, núm 1 inc. 2.

<sup>134</sup> Ley Relatiava a la Eutanasia, del 16 de mayo de 2002, art. 3, núm 2 inc. 2.

determinado tiempo entre el consentimiento para la muerte y su efectivización. Período en el cual, obviamente, el individuo puede cambiar de parecer.

El consentimiento repetido sólo parece compatible con un consentimiento actual. Por lo tanto quedaría descartada la opción de un consentimiento anticipado. Pues no tendría sentido, por ejemplo, hacer repetidas veces de forma casi seguida, un mismo testamento vital. Aunque sí –como de hecho ocurre en algunas legislaciones-, establecer que el testamento vital deba ser renovado o ratificado con cierta periodicidad.

### ***5.11- Revocabilidad del consentimiento***

En este punto, no cabe mayor discusión. Como vimos, la revocabilidad es consustancial al consentimiento. En toda legislación que recoja la muerte consentida, todo consentimiento dado para su realización debe entenderse como revocable, hasta el momento mismo de la muerte.

El consentimiento puede revocarse incluso una vez comenzado el acto consentido. Aunque, como ya señalamos, quien consintió deberá soportar las consecuencias de los sucesos que ya hayan ocurrido.

En consecuencia, quien permita –o pida- su propia muerte y luego se retracte, no podrá accionar por las consecuencias que le haya producido el comienzo de ejecución.

Entender que el consentimiento es irrevocable, afecta tanto el derecho a la autodeterminación –pues se está privando al individuo de actuar retractándose, según su libre voluntad, cuando a nadie afecta con ello-, como al derecho a la vida –pues si la voluntad de morir ya no existe, el bien jurídico *vida* se vulnera cuando la persona es muerta.

Por citar un solo ejemplo por demás claro, la ley belga indica: *El paciente puede revocar su petición en cualquier momento*<sup>135</sup>.

Con respecto a la voluntad anticipada, claro está que esta también, por los mismos motivos, puede adaptarse o suprimirse. Para poner algunos ejemplos:

Continuando con la referencia a la legislación belga, ésta reza: *...La declaración se puede retirar o adaptar en cualquier momento...*<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 3, núm 3, inc. 2, *in fine*.

Las instrucciones previas españolas, *podrán revocarse en cualquier momento, dejando constancia por escrito.*<sup>137</sup>

La ley de voluntad anticipada de la provincia de Río Negro establece que: *La Declaración de Voluntad Anticipada puede ser modificada, sustituida por otra o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que conserve su capacidad y actúe libremente. En caso de modificación, sustitución o revocación, prevalecerá el contenido del último documento otorgado.*<sup>138</sup>

### **5.12- Necesidad de recepción del consentimiento**

Hemos dicho ya que autores como Zaffaroni y Roxin niegan que entre los requisitos del consentimiento se encuentre el que éste deba ser conocido por quien vulnera el bien jurídico, puesto que, en el marco de la teoría estratificada del delito, ubican el consentimiento en el tipo.

Vimos también que algunos autores hacen una diferenciación: el consentimiento excluye la tipicidad cuando el delito presupone actuar contra la voluntad del titular; y es justificante cuando no es así. Como el consentimiento sobre la vida –de ser aceptado–, entraría en este segundo grupo, hemos puntualizado que una corriente exige para las causas de justificación, que quien actúa conozca dicha circunstancia. En lo que hace al consentimiento: que éste sea recibido por quien actúa.

Señalamos también que adherimos a la primera de las posiciones enunciadas: aquélla que señala que el consentimiento no requiere ser receptado.

Sin embargo, la mayoría de las legislaciones que atenúan o despenalizan algún tipo de muerte consentida, parecen requerir, explícita o implícitamente, que el consentimiento sea conocido por quién produce la muerte.

Entre las legislaciones que hacen esa exigencia de forma más clara, podemos citar la española o la portuguesa, que atenúan la pena de la muerte dada *por* la petición, o *por* el pedido.<sup>139</sup> La preposición *por*, indica que debe actuarse en función del pedido.

---

<sup>136</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 4, núm. 1, *in fine*.

<sup>137</sup> Ley 41/2002 art. 4.

<sup>138</sup> Ley provincial de Río Negro 4263, Art. 7.

<sup>139</sup> Artículo 143 inc. 4 del Código Penal Español. Artículo 134 del Código Penal Portugués.

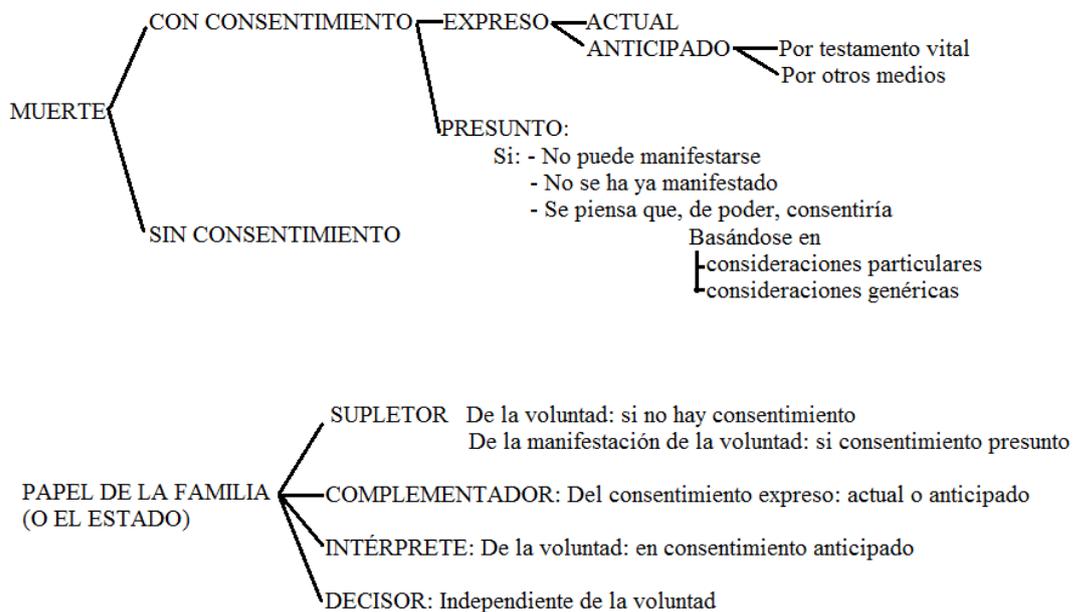
En un sentido similar, la ley Suiza habla de la muerte dada *sobre la base* de la petición.<sup>140</sup>

La ley de Paraguay, también para atenuar la pena, requiere, no sólo que exista un pedido –en forma de súplica–, sino que quien mata actúe *obedeciéndolo*.<sup>141</sup> Para lo cual, debe saber de su existencia. La normativa costarricense, para posibilitar el perdón judicial en la muerte a petición, utiliza un verbo semejante: *acceder*.<sup>142</sup>

La ley de los Países Bajos, para permitir una variante muy específica de dicha muerte, requiere que el médico que la realiza haya *llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada*.<sup>143</sup> Queda en evidencia que para esto, debe tener conocimiento de dicha petición.

Más allá de la dogmática penal, intuitivamente, puede parecer que la exigencia de recepción del consentimiento en cabeza de quien da muerte, protege mejor el derecho a la vida de aquél que no quiere morir.

### 5.13 – Esquema de los aspectos centrales de lo antes dicho:



<sup>140</sup> Artículo 114 del Código Penal.

<sup>141</sup> Artículo 106 del Código Penal.

<sup>142</sup> Artículo 93 del Código Penal.

<sup>143</sup> Artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y ayuda al suicidio.

### 5.14- Valoración

*El tema del consentimiento es uno de los que provoca fricciones entre la libertad personal, o autodeterminación, y el esquema social prefijado por el legislador.*<sup>144</sup>

Dentro de él, a validez del consentimiento para la propia muerte, siempre haya sido una cuestión por demás debatible. Así, Zaffaroni señala que, en lo referente al consentimiento, *uno de los problemas más complejos se plantea en el tipo de homicidio.*<sup>145</sup> Dada la relevancia del bien en cuestión y que su esencia de presupuesto necesario en el ser humano, para el goce del resto de los bienes jurídicos.

Como ya adelantamos, sobre las posturas en relación a la disponibilidad o no de la vida, hablaremos más adelante, al analizar los argumentos a favor y en contra de los distintos tipos de *muerte pía*, y al dar nuestro parecer específicamente sobre la muerte consentida.

Diremos aquí simplemente que el respeto de la voluntad de quien acepta o quiere morir, parece, por sí mismo, dar buen argumento para una eximición de pena en quien mata. Pues el titular del bien jurídico *vida* está pidiendo su vulneración.

La posición contraria se basa fundamentalmente en la idea de que la vida es indisponible, incluso para su titular, basada en su santidad, o en el deber del Estado de evitar determinados actos. O, en la idea de que la vida es disponible para su titular pero sólo si él la toma –suicidio–, aunque no para permitir que otro lo haga.

Si se entiende que la vida no es disponible para su titular, pero se resalta que existe un divalor diferente evidente que necesita plasmarse en la legislación, entre quien mata sin consentimiento y quien mata con consentimiento; corresponde propugnar por un tipo penal que atenúe la muerte consentida.

Quienes cuestionan la legalización o atenuación de algunas formas de quitar vida, se sienten más afectados por la muerte practicada sin el consentimiento expreso (anticipado o actual) de la persona. Porque allí no se sabe a ciencia cierta su voluntad. Quienes defienden la legalización de la muerte consentida, pueden

---

<sup>144</sup> Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pag. 173.

<sup>145</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio et. al, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 502. Según la conceptualización de este autor –que ya hemos señalado–, en este caso operaría un *acuerdo* –y no un *consentimiento*–. Sobre su posición particular al respecto hablaremos con más detalle oportunamente.

esgrimir la totalidad de sus argumentos en la muerte con este tipo de consentimiento.

Dentro del consentimiento expreso, obviamente el más aceptado es el actual, pues, como ya señalamos, el individuo puede decidir teniendo presentes todos los detalles de su situación, y conserva su poder de retractación hasta el momento mismo de la muerte.

El consentimiento anticipado, por su parte, es más aceptado cuanto mejor documentado esté, siendo el mejor documento un testamento vital. Y cuanto más detallado se encuentre.

En cuanto al consentimiento presunto, su aceptación es mayor si se tienen mejores fundamentos de la hipotética decisión del individuo en caso de haber estado en posición de decidir sobre su vida o muerte. Y sobre todo, si se tiene un fundamento específico basado en su personalidad.

En cuanto a la muerte sin consentimiento, esta es muy difícil de defender. Porque el valor vida –como existencia-, ya no tiene frente a sí el valor libertad o voluntad individual para contrapesarlo. Contra ella chocan sin reparo los meros argumentos utilitarios –eugenesia, economía estatal, etc.-. Por lo tanto, deben ser descartados como posibilidad, atendiendo al marco que impone nuestro sistema jurídico de protección a la persona individual.

Entre menos certeza tenga el consentimiento de la persona, la defensa de la muerte que se le dé, más debe apoyarse la muerte en otros factores –por ejemplo, muerte por piedad- y menos en el de muerte consentida. Pero, como ya señalamos, para una muerte provocada por piedad pero sin consentimiento, podrá defenderse que corresponde una pena atenuada, pero nunca la eximición de pena. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, cuando determinó que para que corresponda impunidad a la muerte, además del motivo de piedad que el Código Penal Colombiano establece para que corresponda atenuación de pena; debe darse consentimiento de quien va a morir.<sup>146</sup>

En conclusión: si bien las posiciones extremas postulan el prohibir o el legalizar o atenuar todos los tipos de muerte consentida; las posiciones chocan de manera menos brusca en la muerte con consentimiento expreso de la persona. Porque, como ya anticipamos y como veremos luego en detalle, la crítica a la muerte pierde

---

<sup>146</sup> Sentencia C 239/97.

algunos de sus argumentos y la defensa puede alegar indubitablemente el derecho a la propia decisión sobre la vida.

En relación a las variantes del consentimiento: admisión de la muerte, y petición de muerte; ya nos hemos referido anteriormente, y expresado que la aceptación de la segunda puede tener más defensa que la aceptación de la primera. Puesto que implica no sólo un hacer lo que el individuo dice no le afecta, sino ya un hacer lo que el individuo dice querer.

La petición del individuo conlleva de manera inmediata un proyecto para sí mismo. En cambio, la mera admisión, sólo implica una renuncia al amparo del bien jurídico vida pero sin pretender –al menos de forma inmediata- un resultado, o bien delegando la decisión final en otra persona.

En relación a los argumentos para atacar la aceptación de la muerte consentida, incluso con consentimiento expreso, adelantaremos algunas ideas, que ampliaremos cuando nos dediquemos específicamente a ellos.

En primer lugar, a la citada aceptación se oponen todos los criterios que bregan por la indisponibilidad de la vida.

En segundo lugar, el llamado argumento de la pendiente resbaladiza, que entiende que si se acepta la muerte consentida, se pasará a aceptar en algún momento, la no consentida. Si se acepta el consentimiento expreso actual, luego se hará lo mismo con el anticipado, seguidamente con el presunto y después también se dará amparo a la muerte sin consentimiento.

Por último, referimos a la postura que enfatiza que muchas veces el consentimiento que se pretende voluntario, en verdad está influido en buena medida por los factores económicos de aquél que va a morir, y la carga que éste cree representar o representa para su familia. Como veremos oportunamente, este argumento cuestiona la posibilidad de que exista verdaderamente un consentimiento objetivo por parte de aquél que va a morir.

El papel de la familia como supletor, parece importante si se quiere dar cabida a la muerte con consentimiento presunto. Pues, como ya vimos, sólo la familia y otros allegados podrán fundar la presunción haciendo referencia a particularidades del sujeto.

Por el contrario, el Estado como supletor, sólo podrá basarse en consideraciones genéricas. Si bien, como ya señalamos, su participación puede ser relevante cuando no existan familiares directos, y en la medida que garantiza una mayor objetividad en la decisión.

En cualquier caso, el papel supletor debe inscribirse en el marco del consentimiento presunto: supliendo la manifestación de la voluntad de quien ya no puede expedirse, y no su voluntad misma. De lo contrario, se estaría frente a una muerte sin consentimiento.

El papel de la familia como complementador, al supeditar la decisión individual a una corroboración externa, afecta la libertad individual y la autodeterminación del individuo. En contrapartida, busca conciliar los intereses individuales con los de los terceros que más afectados se verían por la decisión de muerte. Sin embargo, si el sistema permite, fundado principalmente en la libertad individual, el poder pedir –al menos en algunos casos-, la propia muerte; esto indica que valora profundamente esta libertad. Y, al menos *prima facie*, parece contradictorio que pueda coartarla en función de intereses indirectos de terceros.

Sin embargo, parece que el papel de la familia como complementador tiene perfecto sentido en la muerte consentida en menores, donde la libertad y autodeterminación del menor se considera atenuada por su condición de tal.

El rol del Estado como complementador, tiene razón de ser en la medida en que verifique la existencia cierta del consentimiento y –si se exige como requisito de validez de éste-, la presencia de determinada enfermedad en quien decide su propia muerte.

Por otra parte, frente a menores, siendo que está en juego su interés, el Estado parece llamado a tomar una intervención activa para asegurar su salvaguarda. Dicha intervención puede realizarse complementado la voluntad del menor y/o la de su familia.

El papel de la familia o del Estado como decisor, no solo afecta a la libertad individual y a la autodeterminación, sino que afecta también al valor vida –tanto como existencia así como plan de vida.- Permite una vulneración alevosa e injustificable a los derechos personalísimos de aquél que va a morir. Aquí hay una

muerte sin consentimiento, y no con consentimiento presunto. Es impensable en un Estado de Derecho moderno.

La información relativa a la situación médica de la persona es necesaria para que exista un consentimiento pleno y una voluntad completa. Por lo tanto, si se permiten algunos tipos de muerte consentida, incluso aunque sean en individuos sanos, parece importante la exigencia de información previa.

Sin embargo, puede que el principio deba flexibilizarse para adaptarse a casos especiales, donde la espera de la información habría desnaturalizado completamente el pedido de muerte.

En los testamentos vitales, la información previa a su confección es también por demás relevante. Pero debe tenerse en cuenta que, la naturaleza misma de la anticipación del consentimiento, pone un límite a la posibilidad de información.

Si, la muerte consentida se atenúa en relación al homicidio simple, en cambio, no parece importante que éste se hubiese realizado previa información específica sobre la salud de quien va a morir.

En lo que hace a la repetición del consentimiento –ya sea de la admisión de la muerte o del pedido de muerte-, puede entenderse que lo relevante es que ese consentimiento sea totalmente voluntario y bien meditado, lo cual puede asegurarse por distintos medios, permitiéndose incluso que exista un pedido único.

En cualquier legislación que legalice o atenúe la muerte consentida, el consentimiento dado para ella debe ser absolutamente revocable. Siendo que en ésta –máxime en su modalidad de muerte a petición- se hace primar a la voluntad individual y a la vida entendida como plan, por sobre la vida entendida como existencia; es indiscutible que la voluntad individual y el plan de vida pueden modificarse de manera tendiente a continuar con la existencia. Cualquier otra interpretación es contraria al espíritu del estado liberal y al derecho mismo a la vida en cualquiera de sus acepciones.

Finalmente, en lo que hace a la exigencia de que el consentimiento deba ser recibido por quien da muerte para que sólo así pueda tener efecto, entendemos que

no existe impedimento para que la ley lo consagre. Ya sea para atenuar o despenalizar algún tipo de muerte a petición.

Si bien esto iría contra la postura de parte importante de la doctrina en lo que hace al consentimiento –en general-, dentro del marco de la Teoría General del Derecho; el bien jurídico en cuestión bien puede ameritar se haga allí una excepción.



## **6 – LA MUERTE EN FUNCIÓN DE LA SITUACIÓN DEL INDIVIDUO, Y LAS ALTERNATIVAS FRENTE A UN INDIVIDUO ENFERMO**

Aquí, analizaremos las distintas variantes de muerte, según sea la situación del individuo que la pide, en relación a su estado de salud.

Entendemos que la situación del individuo no es un elemento constitutivo de la *muerte pía*, pues ni la muerte de una persona sana ni la de una persona enferma, por esta mera característica, remiten a la idea general de “eutanasia”.

### **6.1 – Individuo sano**

En este caso, la muerte es dada a un individuo que no padece ninguna afección ni dolencia de consideración, física ni psíquica.

La muerte en individuo sano puede ser, obviamente, consentida o no. Si la muerte consentida es a petición, el individuo simplemente quiere morir, y no queriendo practicar el simple suicidio, solicita la muerte. Si la muerte consentida es por admisión de la muerte, al individuo sano su vida le resulta indiferente, y accede a ser muerto por otro.

La muerte en individuo sano puede ser también una muerte por piedad. Pues la piedad –como vimos- puede provenir en relación a otro factor de la vida del individuo más allá de su salud. V.g.: su economía, su situación afectiva, etc.

Y, obviamente, la muerte de un individuo sano puede ser eutanásica o no.

Por lo tanto, pueden existir, en relación a aquél, las tres formas de *muerte pía* de nuestra concepción.

Va de suyo que la muerte en individuo sano sólo puede cometerse matando a la persona de forma activa. No podría hacerse una muerte homicidio que consista en el retiro de los medios ratificales que prolongar la vida, o en la omisión de un tratamiento médico; porque la persona no padece ninguna enfermedad.

Además, el individuo, por sí mismo, puede suicidarse. Para esto, puede recibir asistencia de un tercero, o no recibirla. Esto último puede configurar, en algunos sistemas jurídicos, un delito de *ayuda al suicidio*.

Existen legislaciones que disminuyen la pena por muerte, si se dan algunas condiciones, sin hacer distinciones sobre la condición de salud de quien muere. Se entiende entonces, que incluso operan cuando la muerte se produce en individuos sanos.

Así, la legislación alemana, bajo el rótulo *homicidio a petición* regula pena atenuada para el homicidio *si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición...*<sup>147</sup> Como del tipo mismo surge, el énfasis aquí está puesto la solicitud, y no en la situación de aquel que va a morir.

El Código Penal de Brasil habla de *crimen impulsado por motivo relevante de valor social o moral*<sup>148</sup>, pero nada dice con respecto de enfermedad en la persona muerta.

El Código Penal de Suiza habla de razones *decentes, sobre todo compasión, y petición seria e insistente*<sup>149</sup> –es decir: lo que llamamos muerte por piedad, y a petición-. Pero nada dice sobre que el sujeto pasivo deba estar enfermo.

No existe empero, legislación positiva que despenalice sin más la muerte dada a un individuo sano, sea la muerte eutanásica o no, sea a pedido o no, sea por piedad o no.

## **6.2 – Individuo enfermo.**

Entenderemos aquí *enfermedad* en sentido amplio: incluyendo trastornos causados por distintos incidentes que no son, en sí, enfermedades. De este modo, consideramos enfermo no sólo, por ejemplo, a quien padece cáncer, sino también a quien padece una parálisis. En este sentido, v.g., el ya mencionado marinero español Ramón Sampredo, tetrapléjico, pertenece al grupo de los individuos enfermos y no al de los individuos sanos.

Así entiende “enfermedad”, por ejemplo, la Ley del Territorio del Norte de Australia, sobre derechos del enfermo terminal: "*enfermedad*" *comprende las lesiones o la degeneración de las facultades mentales o físicas.*<sup>150</sup>

La muerte de individuos enfermos puede ser *pía* en sus diferentes aspectos: muerte eutanásica, muerte por piedad, y muerte consentida.

<sup>147</sup> Código Penal Alemán, § 216 inc. 1.

<sup>148</sup> Código Penal de Brasil, art. 121 inc. 1.

<sup>149</sup> Código Penal de Suiza, art. 114.

<sup>150</sup> Ley de Derechos del Enfermo Terminal de 1995, art. 3.

En principio, en relación a los individuos enfermos, al igual que en los sanos, sólo puede realizarse homicidio matándolos activamente. Sólo en los individuos que padezcan una enfermedad que los obligue a algún tipo de tratamiento o cura para mantenerse con vida, puede darse la muerte por suspensión u omisión de dicho tratamiento.

Además, el individuo enfermo también puede suicidarse. En principio, con o sin ayuda. Sin embargo en algunos casos la persona no puede suicidarse sin ayuda, o, simplemente, no puede suicidarse de forma alguna. Esta cuestión, como veremos, es de singular importancia en la argumentación en relación a la *muerte pía*.

### 6.2.1 – *Enfermedad dolorosa*

Por enfermedad dolorosa entendemos aquellos padecimientos que provocan un especial sufrimiento en su víctima.

En un sentido amplio, todas o casi todas las enfermedades, todas las alteraciones, provocan cierto dolor: malestar, decaimiento, fiebre, etc. Sin embargo, aquí –como ya aclaramos-, no nos referimos a ellas, sino a las alteraciones especialmente mortificantes.

Para seguir la terminología de algunos códigos penales, entendemos que las enfermedades dolorosas son las que causan un *dolor intenso*, siendo la intensidad una cuestión que la ciencia médica puede cuantificar en alguna medida.

La enfermedad dolorosa, puede ser también catalogada de *insoportable*. El carácter de insoportable, es una vinculación entre el dolor que provoca, y las condiciones personales de quien lo soporta para poder resistirlo. Aquí la posibilidad de evaluar con objetividad cuan insoportable es una dolencia parece ser menor.<sup>151</sup>

Uniendo la idea de enfermedad dolorosa (dolor intenso), e insoportable, se ha dicho que una enfermedad que provoca graves padecimientos es aquella que implica:

---

<sup>151</sup> Jiménez de Asúa señala que *el dolor es un hecho psicofísico eminentemente subjetivo. Los médicos presencian a diario el estoico gesto con que muchos pacientes resisten las operaciones más cruentas, en tanto que enfermos leves, histéricos e hipersensibles, claman a gritos por sufrimientos que de ordinario se toleran sin excesivos ademanes.* – Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 412.

...situaciones de carencia de bienestar físico o psíquico que, siendo consideradas socialmente de importancia, resultan subjetivamente insoportables para el afectado.<sup>152</sup>

Evitando consideraciones puramente subjetivas relativas al enfermo –que, como vimos, son difíciles de evaluar-, se busca un mínimo de objetividad haciendo alusión a una importancia social.

Como la cita transcrita adelanta, el dolor puede ser tanto físico como psicológico. El trastorno psicológico puede surgir tanto de las imposibilidades que implica la enfermedad –v.g., una parálisis-, como de los métodos necesarios para paliarla –v.g., diálisis-, o de la estigmatización social que conlleva –v.g.: HIV-.

En este sentido Medina Frisancho:

No resulta ser lo más adecuado, pues, restringir el concepto de estos *dolores* al punto de considerar únicamente aquellos padecimientos estrictamente físicos, esto es, aquellos que incidan directamente en la estructura somática del paciente (intensos padecimientos, por ejemplo, musculares, óseos, de algún sector del aparato digestivo o propios del sistema nervioso, etc.). Por el contrario, resulta más consecuente con la problemática real de la eutanasia el considerar también a los denominados dolores psicológicos o morales, esto es, aquellos que teniendo como origen igualmente a la enfermedad o accidente sufridos por el solicitante, no afectan en estricto su organismo físico-materialmente entendido sino que se desarrollan en su *psique*, en su fuero interno, debido a la aguda aflicción y pesadumbre que le genera el progresivo deterioro de su salud y calidad de vida, de modo que aunque su naturaleza difiera de los puramente físicos, ciertamente tienen la misma capacidad para alterar gravemente la salud de quien los padece. No obstante, la misma distinción entre dolores físicos y psicológicos o *morales*, además de ser las más de las veces muy complicada, no resulta ser de sumo interés.<sup>153</sup>

Para evitar esta relación entre *dolor* y *dolor físico*, este autor se inclina por la utilización del término *padecimientos*.

---

<sup>152</sup>De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág.137.

<sup>153</sup>Medina Frisancho, José L., *La eutanasia en el código penal peruano*, consultado online: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20100407\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100407_01.pdf)

La gran mayoría de las legislaciones que regulan sobre *muerte pía*, recogen la necesidad que exista una enfermedad dolorosa para que se esté frente a esta figura. La ley de Perú habla de *intolerables dolores*.<sup>154</sup> La ley belga, de *sufrimiento constante e insuperable, físico o psíquico, que no puedan ser aliviados y que resulte de una afección accidental o patológica*.<sup>155</sup> El código penal de Colombia refiere a *intenso sufrimiento proveniente de lesión corporal o enfermedad*<sup>156</sup>

### **6.2.2 – Enfermedad incurable. Enfermedad irreversible**

El carácter de la enfermedad como curable o incurable es independiente de su carácter como dolorosa o no dolorosa. V.g.: una herida de bala, bien puede ser por demás dolorosa, y sin embargo ser curable. En contrapartida, una renguera leve permanente, es una enfermedad incurable. Sin embargo, el dolor físico y psíquico que producen, en principio no es de una entidad tal como para considerarla una enfermedad dolorosa.

El enfermo incurable es aquel que padece una afección que, en atención a los avances médicos de la época, no puede revertirse hasta desaparecer. Puede que con ayuda de la medicina o con el simple paso del tiempo, lograr contener su avance o incluso hacer que disminuya su incidencia. Pero en ambos casos, en esos puntos – la mejor situación conseguible-, la enfermedad será incurable.

Así, se ha dicho que una enfermedad es incurable si, respecto a ella

...según los actuales conocimientos médicos, no existen posibilidades fundadas de curación y hay seguridad o gran probabilidad de que van a persistir durante el resto de la existencia de la persona<sup>157</sup>

Puede entenderse que una enfermedad es *irreversible* si no sólo no puede curarse sino que tampoco pueden ser disminuidas sus consecuencias siquiera en parte. En base a este criterio toda enfermedad irreversible es incurable pero no toda enfermedad incurable es necesariamente irreversible.

<sup>154</sup> Código Penal de Perú, art. 112.

<sup>155</sup> Conforme Ley relativa a la Eutanasia, del 28 de mayo de 2002, art. 2, inc. 3, 2º.

<sup>156</sup> Código Penal de Colombia, art. 326.

<sup>157</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), op. cit., pág. 137.

A enfermedad *grave e incurable* hace mención, por ejemplo, el código penal de Colombia, para atenuar la pena para el homicidio por piedad.

Bélgica refiere también a enfermedad *grave e incurable*. Y expresamente prevé requisitos extras que debe cumplir el médico –único autorizado a practicar la muerte- en caso que la enfermedad incurable no sea terminal.<sup>158</sup>

Los Países Bajos, para autorizar la muerte a petición, expresan que la enfermedad debe ser *sin esperanza de mejora*.<sup>159</sup> Se podría debatir aquí si basta con que sea incurable o es necesario además que sea irreversible. En cambio, como ya vimos, para la atenuación del homicidio a petición, no se necesita que el individuo tenga enfermedad alguna.

En Argentina, la ley 26.742 introdujo modificaciones en la ley 26.529, que hacen alusión a individuos que padecen una enfermedad *irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal*<sup>160</sup>. Sobre este último criterio hablaremos seguidamente.

#### **6.2.2.1 – Enfermedad incurable terminal.**

La enfermedad incurable, a su vez, puede ser terminal o no terminal. La primera es la que producirá, fatalmente, la muerte de la persona, en un tiempo más o menos breve. La segunda la que no lo hará así, si bien puede llegar a acortar la vida. Por ejemplo: un cuadro de tetraplejia es indiscutiblemente una enfermedad incurable. Sin embargo, no es terminal. Si bien el estado de inmovilidad puede generar diversas complicaciones orgánicas que hagan prever una esperanza de vida más reducida que la que tendría una persona sin dicho padecimiento.

Se ha entendido entonces, que enfermedad terminal es aquella que

...conducirá con seguridad o con gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado<sup>161</sup>

<sup>158</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 3, núm. 3.

<sup>159</sup> Art. 2 de la Ley Sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y de Auxilio al Suicidio.

<sup>160</sup> Art. 2 inc. e), Art. 5 inc. g.

<sup>161</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), op. cit., pág. 137 – En el mismo sentido, la definición también es citada por Morales Prats, Fermín, *Del homicidio y sus formas*, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Gonzalo Quintero Olivares (Editor), Pamplona, 1996, pág. 63.

Según recoge Rey Martínez el criterio médico dominante de “enfermedad terminal” es el pronóstico de vida inferior a seis meses. El autor se basa en los lo que establece la Sociedad español de Cuidados Paliativos.<sup>162</sup>

En esta línea, por ejemplo, la Ley de Voluntad Anticipada del estado mexicano de Michoacán de Ocampo define: *Enfermedad en Estado Terminal: Todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida sea menor a seis meses.*

Muy similar es la Ley de Muerte Digna del Estado de Oregón –E.U.A-, que entiende por *enfermedad terminal: una enfermedad incurable, irreversible, que ha sido confirmada médicamente y que en juicio médico razonable va a producir la muerte en un plazo menor a seis meses.*

Como otros ejemplos de legislaciones que piden que quien muere padeciese una enfermedad terminal, podemos citar:

El Código Penal del Distrito Federal de México que entre otros requisitos para atenuar la pena del homicidio exige que la víctima padeciese enfermedad *incurable en fase terminal.*

El código penal de Colombia, que establece, para el mismo efecto, que el sujeto pasivo tuviera padecimientos *graves e incurables.* Estos requisitos han sido mantenidos por la Corte Constitucional al determinar bajo qué condiciones el homicidio no debe ser punible; agregándole, entre otros, el de *enfermedad terminal.*<sup>163</sup>

La ley de Costa Rica permite eventualmente el perdón judicial si el homicidio se comete –entre otros requisitos- con el *propósito de acelerar una muerte inevitable.* Entiéndase que en estos casos la enfermedad es terminal.

Otras legislaciones son más amplias.

La ley española atenúa el homicidio a petición si se da cualquiera de las siguientes situaciones: *enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, -*

<sup>162</sup> Conforme Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 33.

<sup>163</sup> ...*la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad . - Sentencia C 239/97, punto 2 C 3.*

enfermedad terminal- o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar –enfermedad dolorosa e incurable-.

La ley belga, según su modificación aprobada en febrero de 2014, permite bajo ciertas circunstancias la muerte de menores *en una situación médica sin resultado, próxima a su deceso en el mediano plazo.*

### **6.2.3 – Otros calificativos de la enfermedad: Enfermedad grave. Enfermedad de peligro de muerte. Enfermedades que afectan la posibilidad de suicidio.**

El término *grave*, en relación a una enfermedad, es por demás confuso. Pues puede referirse tanto a: enfermedad que es grave por ser *dolorosa*, enfermedad que es grave por ser *incurable*, o enfermedad que es grave por ser –además de incurable- *terminal*. O, incluso, a una clasificación que no hemos expuesto todavía, pero que es evidente: a una enfermedad que *puede causar la muerte*.

La vaguedad del término se hace más relevante al ser el único que adjetive a la enfermedad que deba padecer aquél que va a morir. Por ejemplo, el Código Penal de Paraguay, refiere a enfermedad o herida *grave*. Deja abierto a interpretación el determinar si la enfermedad debe ser dolorosa, o incurable y terminal, o simplemente incurable. O si, incluso puede ser una enfermedad o herida curable, pero que ponga en riesgo la vida de la persona.

El Código Penal de España, recientemente comentado, por su parte, parece más correcto. Si bien menciona el término “grave”, luego parece dejar claro que éste implica tanto *enfermedad terminal* como *enfermedad dolorosa e incurable*. De aquí que el término *grave*, en esta legislación, parezca implicar cualquiera de las dos situaciones.

En cuanto a la enfermedad *de peligro de muerte y no de peligro de muerte*, diremos simplemente que esta clasificación es independiente de su carácter de dolorosa, de incurable o de terminal. Por ejemplo: una herida profunda, bien puede ser de peligro de muerte, pero si se la trata a tiempo y de forma adecuada puede ser no terminal, e incluso completamente curable.

Esta clasificación elemental cobrará relevancia al analizar la forma de producción de la muerte. Pues sólo puede matarse a una persona omitiendo tratamiento o

haciendo cesar un tratamiento, si esa persona padecía una enfermedad de peligro de muerte.

Por otro lado, no tiene mayor sentido atenuar o despenalizar una muerte hecha a un individuo con una enfermedad de peligro de muerte, más allá de los demás caracteres de dicha enfermedad. Pues lo contrario implicaría un trato diferenciado simplemente a aquel que puede morir, más allá de si sufre o no, si su situación tiene solución o no, o si va fatalmente a morir o no.

Finalmente, diremos que algunas enfermedades afectan la posibilidad de que quien las padece cometa suicidio. Ya sea porque les impide realizar determinadas formas de suicidio. Ya porque les veda suicidarse sin ayuda de otra persona. Ya porque les imposibilita cualquier acción para poner fin a sus vidas.

Este criterio de distinción tiene relevancia en la medida en que la existencia de estas enfermedades es un argumento para la despenalización de la ayuda al suicidio o incluso del homicidio a petición.

Sobre esta cuestión volveremos al tratar el suicidio.

#### ***6.2.4 – Algunas situaciones particulares***

##### ***6.2.4.1- El estado vegetativo***

El ejemplo más controvertido sobre la clasificación de una enfermedad en el sentido aquí tratado, es quizás el de la vida vegetal.

Sambrizzi, siguiendo a Tinant, explica que

...consiste en “una condición clínica caracterizada por inconciencia completa de sí mismo y del medio ambiente, con incapacidad para interactuar con otros y para responder adecuadamente a estímulos visuales, auditivos, táctiles o dolorosos”.<sup>164</sup>

Médicamente, parece que es una enfermedad que no produce dolor, porque priva a la víctima de cualquier tipo de sensación o percepción. Pero, como señala el autor antes citado, no se puede asegurar que la persona no sea susceptible de sufrir algún

---

<sup>164</sup> Sambrizzi, Eduardo A. *La Eutanasia de Eluana Englaro*. Publicado en La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 1.

tipo de dolor rudimentario. De allí que, en los casos en los que se deja morir a estos pacientes de deshidratación, se los seda previamente.<sup>165</sup>

Se ha alegado también, que el estado prologado de vida vegetal produce un daño espiritual o moral; una degradación de entidad tal que es absurdo considerar que la persona no está sufriendo en él. De allí, empero, que muchas personas prefieran morir a estar en vida vegetal. Sobre esta cuestión volveremos oportunamente.

Por otro lado, tampoco es exacto afirmar que la vida vegetal es una enfermedad incurable. Dado que, ha habido casos –poco, pero documentados–, de personas que hay salido de él.

#### **6.2.4.2 – La vejez**

En sentido estricto no es común clasificar a la vejez como una enfermedad sino como el estado natural que el organismo adquiere con el paso de los años.

Más allá de esto la vejez está asociada a un conjunto, más o menos cierto, de dolencias, limitaciones y trastornos: dificultades motoras, pérdida de capacidad sensorial, disminución de la lucidez mental, etc.

Desde este último punto de vista, no es tan inverosímil plantear a la vejez como un síndrome –entendido como “conjunto de síntomas”-. Las consecuencias que acarree la vejez, serán dolorosas e incurables en mayor o menor medida. La vejez, como tal, es actualmente incurable.

En los Países Bajos existe un proyecto de legislación para habilitar el pedido de muerte a personas mayores de 65 años, que consideren que su vida ha rendido ya sus frutos. Esta propuesta se basa en buena medida en considerar a la vejez como una suerte de enfermedad.

#### **6.2.5 – El individuo con trastornos psíquicos.**

Este individuo, merece un análisis particular, dado que su condición puede impedir la configuración de uno de los tipos de *muerte pía*: la muerte consentida. Siendo que, como ya vimos, para que exista un consentimiento válido es requisito esencial la aptitud mental para otorgarlo.

Haremos por lo tanto algunas importantes distinciones:

---

<sup>165</sup> Ibidem.

### **6.2.5.1 - El individuo afligido.**

Con esta descripción hacemos referencia a aquella persona que siente un estado anímico de abatimiento. Mientras éste no encuadre en alguna enfermedad psicológica que ponga en duda su aptitud mental, es asimilable al individuo sano que solicita su muerte.

Dice Rey Martínez, en relación a la aplicación del tipo penal de homicidio atenuado en la muerte a petición en la legislación española:

Por lo que se refiere a la presencia de posibles deficiencias psíquicas, no basta la previsible alteración psíquica y emocional derivada de un pronóstico infausto para negar la capacidad de realizar la petición de eutanasia. La “tensión emocional” producida como respuesta a la comunicación de una enfermedad incurable no comporta ausencia de discernimiento. Habrá de ser la ponderación judicial la que, en cada caso, determine la existencia o no de voluntad válida...<sup>166</sup>

Entendemos que al momento de evaluar la capacidad mental no corresponde distinguir si existe algún motivo objetivo –pérdida afectiva o económica, etc. -o no para su estado anímico.

### **6.2.5.2 – El individuo psicológicamente enfermo.**

Este es el caso de las personas que padecen un cuadro de afección psíquica reconocido como tal por la medicina actual. V.g.: depresión, stress. Como esas enfermedades indiscutiblemente producen un sufrimiento emocional importante, no parece razonable asimilar a quien las padece, a un individuo sano.

La afección psicológica, si bien no invalida la voluntad del sujeto, juega un papel decisivo en su pedido de muerte. Es decir: no sólo puede pedir la muerte basado en el hecho de estar enfermo, sino que esa misma enfermedad puede hacerle perder la claridad en sus perspectivas de sus propios deseos. Piénsese, por ejemplo, en una persona con un cuadro muy grave de depresión, que por ello pide para sí la muerte. Por lo antes dicho, el elemento del consentimiento personal válido puede no llegar a estar presente. Excepto, claro está, que haya habido un consentimiento anticipado antes de caer en la enfermedad mental.

---

<sup>166</sup> Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 31.

Por lo antes dicho, puede llegar a asimilarse a los individuos con enfermedades mentales no enajenantes, con aquéllos que, por su afección mental, no están en condiciones actuales de expresar su voluntad. V.g: los dementes. Aunque un demente solicite su muerte, nunca podrá dar para ella una voluntad válida – independientemente de que la vida se considere o no disponible-. Entonces, si alguien atendiera el pedido y le matara, el homicida tendría el elemento *enfermedad dolorosa* y quizás *incurable* –demencia-, pero no el *consentimiento*.

El problema de esta solución –equiparar a quien sufre depresión o stress con un demente- es que trata como incapaz de manifestar su voluntad, a una persona que en principio puede dar su consentimiento válido para cualquier acto civil. Y, por lo tanto, en una sociedad que regule la muerte consentida atendiendo al derecho de decidir libremente, se le está quitando ese derecho de una forma que puede parecer discriminatoria.

Sumado a esto, el descartar la validez del consentimiento de cualquier enfermo mental, llevaría a una regulación legal que analizada globalmente, fuese o sumamente restrictiva, o bien incoherente. Porque la gran mayoría de las enfermedades corporales provoca algún tipo de depresión o stress médicamente comprobable en gran parte de los pacientes. Y si éstos, en estas condiciones, son asimilados a los incapaces; entonces no podrían solicitar la muerte en razón de la enfermedad física que poseen, la cual originó la afección mental.

El punto medio, parecería ser, la comprobación de que la persona puede hacer una valoración objetiva de su situación. Esto es, por ejemplo, como ya vimos, un criterio que recoge la ley neerlandesa para la muerte en menores mayores de 16 años.

En un sentido similar, la ley de muerte digna del Estado de Óregon –E.U.A-:

Si en opinión del médico de cabecera o el médico de consulta a un paciente puede estar padeciendo de un trastorno psiquiátrico o psicológico o la depresión que causan *alteraciones en el juicio* (la cursiva es nuestra), el médico debe remitir al paciente para recibir orientación. No se le dará la medicación solicitada (*la medicación para el suicidio*) hasta que la persona que realiza el consejo determina que el paciente no sufre de un trastorno psiquiátrico o psicológico o la depresión que causan alteraciones en el juicio.

Gevers, trae a colación, en relación a este tema, la resolución de la Corte de Apelaciones de La Haya:

...De acuerdo con el tribunal de La Haya, en general no puede decirse que los pacientes psiquiátricos carecen siempre de capacidad para tomar decisiones; aun en el caso de una solicitud de asistencia en el suicidio pueden ser capaces de dar forma y expresión a su voluntad. Sin embargo, considerando que en los hechos muchos de ellos tienen una limitada facultad de tomar decisiones sólidamente fundadas, se requeriría una gran cautela.<sup>167</sup>

El problema de estas soluciones –*valoración razonable, alteración en el juicio, decisión fundada*–, es que no dejan de dar un marco relativamente amplio y ambiguo.<sup>168</sup>

### **6.2.5.3 – El individuo incapaz de manifestar su consentimiento por su afección mental.**

Como hemos visto, quien no es capaz de dirigir sus acciones, no puede consentir válidamente para que se le dé muerte.

Puede ser sujeto pasivo de *muerte pía* –muerte eutanásica o muerte por piedad–, pero será una muerte sin consentimiento expreso, salvo que hubiese dado un consentimiento anticipado antes de perder la razón.

En este sentido, podemos mencionar:

La ley belga, en su redacción anterior a febrero de 2014, al hablar de consentimiento, remitía a la situación dada si: *el paciente es mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente en el momento de su petición.*<sup>169</sup> Incluso con su modificación que habilita la muerte de menores no emancipados, éstos

<sup>167</sup> Gevers, J.K.M, *El suicidio médicamente asistido y la justicia holandesa*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, F., y Salles, A.L.F (compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1998, pág. 300.

<sup>168</sup> En referencia al suicidio –y por tanto aplicable por analogía a nuestra *muerte a petición*– dice Rey Martínez: “...Significativamente, la mayoría de individuos que se suicidan sufren una depresión que es tratable con cuidados médicos apropiados. Teóricamente, la consulta con especialistas proporcionaría la oportunidad de determinar si existe depresión y de valorar cómo tratarla, pero en la práctica este tipo de examen no es normal. La mayoría de médicos no están entrenados para diagnosticar la depresión, especialmente en el caso complejo que es una enfermedad terminal...” - Rey Martínez, Fernando, op. cit., pág. 178.

<sup>169</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 3, núm. 1, inc. 1.

deben *tener capacidad de discernimiento* y así mismo también se ven requeridos de estar *conscientes al momento de su petición*.

La ley del Territorio del Norte de Australia, indica que puede solicitar ayuda para el suicidio el individuo que –entre otras cuestiones- *esté en su sano juicio*.<sup>170</sup>

En las legislaciones que contemplan a la muerte a petición como un homicidio atenuado se entiende que solo las personas mentalmente capaces pueden, con su consentimiento, dar lugar a esta atenuación. No por regulación expresa, sino como desprendimiento de la teoría general del consentimiento oportunamente sintetizada.

También es necesario pleno discernimiento para dar un consentimiento anticipado.

Para dar sólo dos ejemplos:

La ley española de instrucciones anticipadas habla de *persona mayor, capaz y libre*.<sup>171</sup>

La ley de voluntad anticipada de la provincia argentina de Río Negro, remite a *toda persona capaz*.<sup>172</sup>

## **6.2.6 – Actitudes frente a enfermedad terminal diferentes de causar la muerte**

### **6.2.6.1 – Consideraciones generales**

Ante un individuo que presenta un cuadro de enfermedad terminal, se puede causar su muerte, ya sea –como veremos luego en detalle-, *por acción* -introduciendo un factor que le dé muerte-, *por sustracción de medios indispensables para la vida* -quitándole algo que necesitaba, para que la muerte le llegue sin más- o *por omisión* -no actuando de modo tal de poder prolongarle la vida-.

En los tres casos, podemos decir que se ha actuado en pro de la muerte. Esto, debe ser distinguido de otras situaciones: la *ortotanasia*, y la *distanasia*.

#### **6.2.6.2 Ortotanasia.**

Es una forma de tratamiento del individuo enfermo, que postula: por un lado: la mitigación del sufrimiento del enfermo y el respeto a su dignidad, en todo cuanto

<sup>170</sup> Ley de los Derechos del Enfermo Terminal, art. 7 inc. h.

<sup>171</sup> Ley 41/2002, art. 11 inc. 1.

<sup>172</sup> Ley provincial 4263, art. 1.

sea posible, aunque sin llegar a provocarle la muerte. Y por otro: la ausencia de medios desproporcionados y extraordinarios para mantener la vida.

Etimológicamente proviene del griego *orthos* –recto, conforme razón- y del griego *thanatos* –muerte-. Es entonces el correcto proceder ante la muerte de aquellos que atienden a aquel que sufre un mal terminal o incurable.

Parejo Guzmán habla de ortotanasia como *muerte en su hora natural y providencial. En definitiva, “la muerte normal”, en la que no se desiste antes de tiempo ni hay un empeño en no desistir, sino más bien “sano desistir” y una “sana resignación”*<sup>173</sup>

Se diferencia entonces de la causación activa de la muerte porque la ortotanasia no pretende nunca el adelanto de la muerte del individuo. Pretende, como ya se dijo, la mitigación de su sufrimiento hasta que la muerte llegue. Y se diferencia también de la causación de la muerte por sustracción de elemento vital o por omisión porque la ortotanasia postula una limitación en los tratamientos, pero sólo cuando éstos son desproporcionados y no tienen mayor resultado. Así pues, no se puede decir que se actúa en pro de la muerte cuando se deja de hacer algo que no retrasaría la muerte, o al menos que no lo haría de modo significativo.

Muchos de los críticos de la causación de muerte en individuos enfermos –refiriéndose a ello como “eutanasia”-, defienden en cambio la ortotanasia, como una actuación que, razonablemente, da un proceder justo y correcto. Porque guarda la vida humana –a diferencia de la causación de la muerte-, pero también el respeto al espíritu y a la psiquis del enfermo, pues procura evitarle sufrimientos todo lo posible –sin llegar al grado de causarle muerte- con tratamientos paliativos y omitiendo tratamientos desmedidos.

El médico Francesc Abel, entiende que:

El juicio conclusivo sobre si un medio es proporcionado o no, depende: 1. de la razonable confianza en el éxito; 2. del nivel de calidad humana en la vida conservada (sobre todo de la conciencia y del marco de libertad eficaz); 3. del tiempo previsto de pervivencia; 4. de las molestias (del paciente, de los allegados, etc.); 5. el costo de la intervención o terapia en una perspectiva

<sup>173</sup> Conforme Parejo Guzmán, María José, *La eutanasia ¿un Derecho?*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 429.

individual, familiar, nacional e internacional (aquí entra la “economía de la salud”). Algunos de estos factores pueden ser objetivamente valorados. Otros, en cambio, dependen primordialmente de la apreciación d o de la situación subjetiva del paciente: de su personal talante ante el sufrimiento, de la disponibilidad propia respecto a los medios requeridos, etc.<sup>174</sup>

Compartimos estas observaciones, con nuestras reservas acerca del factor económico.

En un sentido similar se expide Drane:

Ordinario y proporcionado sería lo que para un paciente particular incluye bajo riesgo y alto beneficio, y no vergüenza o dolor, no prolongación de la muerte o reducción de la calidad de vida... Extraordinario y desproporcionado significa lo que para un paciente determinado supone sufrimiento, vergüenza, costo, prolongación de la muerte o un cambio inaceptable en la calidad de vida...<sup>175</sup>

La OMS –Organización Mundial de la Salud- postula como correcto proceder: *El alivio del dolor, la reducción del sufrimiento y los cuidados paliativos, para quienes no tienen perspectiva de cura.*<sup>176</sup>

La Declaración sobre Enfermedad Terminal adoptada por la 35 Asamblea Médica Mundial, reunida en Venecia en 1983, determinó (punto 3.2): *El médico debe evitar emplear cualquier medio extraordinario que no tenga utilidad para el paciente.*<sup>177</sup>

Por su parte, la Declaración en Ética en Medicina Crítica y Cuidados Intensivos, de Madrid, 1993, estableció que:

No existe diferencia desde el punto de vista ético entre la no aplicación y la suspensión de medidas de TSV (*Tratamiento de Soporte Vital*), en pacientes sin expectativas de recuperación, dado que estos tipos de terapéuticas están indicados con el fin de preservar la vida personal y no para prolongar el proceso

<sup>174</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 52.

<sup>175</sup> Drane, Jams F. , *El cuidado del enfermo terminal*, Organización Panamericana de la Salud, Washington, 1999, pág. 17.

<sup>176</sup>OMS, resumen sobre la salud en el mundo, año 1997. Fuente:

[http://www.3w3search.com/chronos/Chr\\_02.html](http://www.3w3search.com/chronos/Chr_02.html)

<sup>177</sup>De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora) op. cit., pág. 151.

de morir (*punto 6.1*) El primer procedimiento o medida que debe restringirse es la Reanimación Cardiopulmonar. Luego cualquier medida de tratamiento considerada como desproporcionada para el paciente, y que de acuerdo con el juicio médico compartido, pueda ser omitida. Desproporcionada significa, en este contexto, más gravoso o inútil que beneficiosa o útil. (*punto 6.3*)<sup>178</sup>

Dice Luis Niño, citado por Sambrizzi:

Cuando ya no se puede sanar ni mejorar al paciente, cuando se reconoce la irreversibilidad de una patología que involucra su propia índole humana, el conservar artificialmente las funciones inferiores de su sistema nervioso, nada tiene de terapéutico. Quien no puede curar no tiene derecho a proseguir interviniendo en ese máximo baluarte de la privacidad configurado por el cuerpo humano, a riesgo de cometer, paradójicamente, una sevicia.<sup>179</sup>

El papa Juan Pablo II trató el tema en su encíclica *Evangelium Vitae* –que comentaremos en su totalidad oportunamente–:

Se da ciertamente la obligación moral de curarse y de hacerse curar, pero tal obligación debe confrontarse con las situaciones concretas; es necesario valorar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejora. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; más bien expresa la aceptación de la condición humana ante la muerte.<sup>180</sup>

Sambrizzi cita otros documentos de la Iglesia Católica en el mismo sentido: la *Carta de los Agentes de la Salud* de Juan Pablo II en 1994, y el documento *Respetar la vida del moribundo. Consideraciones éticas sobre la eutanasia*.<sup>181</sup>

En líneas generales la mayoría de las grandes religiones del mundo están de acuerdo con la ortotanasia.

### **6.2.6.3 - Distanasia.**

Es el procedimiento contrario a la causación de muerte.

<sup>178</sup> De la Mata Blarranco, Isabel (coordinadora), op. cit., pág. 152.

<sup>179</sup> Sambrizzi, Eduardo A. *La Eutanasia de Eluana Englaro*. Publicado en La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 2.

<sup>180</sup> Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, núm. 65.

<sup>181</sup> Sambrizzi, Eduardo A., op. cit., pág. 2.

Etimológicamente, proviene del griego *dys* –entendido como mal funcionamiento-, y el griego *thanatos* –muerte-.

Es la utilización de todos los medios posibles –proporcionales o no en relación al sufrimiento y los trastornos que ocasionan, y a las posibilidades de mejoría- para evitar la muerte; aunque ya no haya esperanza de cura.

En inglés es conocido como *life sustaining treatment*

La negación del procedimiento de distanasia, se conoce como *adistanasia*.

En sentido estricto es la aplicación de tratamiento que se sabe inútil, y que al no guardar la proporción antes mencionada ocasiona padecimientos muchas veces extensos por ir acompañados de una muerte lenta y prolongada.

Puede dar lugar entonces a cierto retraso de la muerte pero lo que se prorroga en un sentido más específico no es la vida sino el proceso de morir. Así el tratamiento puede, desde cierto punto de vista tener utilidad –sobrevivir- pero lo esencial es que produce más trastornos que beneficios.

La distanasia es conocida también como *encarnizamiento o ensañamiento terapéutico*, puesto que, como los términos lo indican, hay una aplicación desmedida, desconsiderada y obsesiva relativa a la aplicación del tratamiento.

Si bien el objetivo en términos generales es la prolongación de la vida, el encarnizamiento terapéutico puede estar ligado a la experimentación por parte del médico sobre el cuerpo del paciente. A la prueba de nuevas prácticas y nuevos fármacos, deviniendo el enfermo en mero objeto de ensayo.<sup>182</sup>

Como ejemplos históricos de personas a quienes se les ha aplicado la distanasia en el sentido estricto, –por motivos fundamentalmente políticos-, podemos mencionar al Generalísimo Franco, al Mariscal Tito, al Emperador Hirohito, al presidente argelino Boumediene, y al Rey Hussein de Jordania<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Conforme Núñez Paz, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 85.

<sup>183</sup> Francisco Franco Bahamonde, (1892 – 1975): militar español, vencedor de la Guerra Civil (1936 -1939), Caudillo y dictador de España hasta su muerte. – Josip Broz (1892 – 1980) (más conocido como “Tito”): militar y político yugoslavo, líder de su país desde la Segunda Guerra mundial, hasta su muerte. – Hirohito: (1901 -1989): Emperador Showa: 124º Emperador del Japón, que reinó desde 1926 hasta su muerte. – Houari Boumediene (1932 – 1978) político argelino, presidente de su país desde 1965 hasta su muerte. – Hussein I de Jordania, (1935 – 1999): rey de ese estado de Oriente Próximo desde 1952, luego de su abuelo y tras la renuncia de su padre; hasta su muerte.

#### **6.2.6.4 – Consideraciones sobre estos términos y la muerte eutanásica:**

Como forma de muerte, como dijimos oportunamente, la *eutanasia* –entendida como *muerte eutanásica*- es lo contrario a la *kakonasia*. La primera implica ausencia de dolor, y la segunda su marcada presencia.

Por otro lado, la causación de muerte en un individuo con una enfermedad mortal – acción que es habitual vincular al término “eutanasia”-, es lo contrario a la *distanasia*. La primera implica la rapidez en el deceso, la segunda su retraso por todos los medios posibles.

Ahora bien: generalmente, -y aunque bien puede no ser así- la causación de la muerte en un individuo enfermo, se da mediante una muerte eutanásica –sin dolor-. Y, en general, -aunque puede no ser así-, la distanasia provoca *kakonasia*: muerte con dolor.

De aquí que se diga que la causación de la muerte privilegia el no sufrimiento y los sentimientos del enfermo, dejando de lado la vida; y la distanasia privilegia la vida, dejando de lado los sentimientos, pues la persona muere de una forma sufrida y no deseable.

Haciendo un contraste de términos relacionados, es común escuchar que la *eutanasia* –en el sentido de *muerte eutanásica*- se contrapone a la *distanasia*.

Esta observación es generalmente correcta. Aunque, como ya explicamos, puede haber una causación de muerte en un individuo enfermo, que sea dolorosa –no eutanásica-; y puede haber una distanasia no dolorosa –salvo que se considere el estado de prolongación de la muerte de por sí humillante y por ende doloroso-.

Así expresado, la ortotanasia puede parecer el justo medio adecuado para resolver la situación de las personas en estado terminal. Sin embargo, basta con pensar algunos ejemplos donde la ortotanasia se ve impotente, para que el debate sobre la causación de muerte conserve todo su significado.

Alcanza con considerar el ya mencionado caso de Ramón Sampedro, irreversiblemente inmovilizado del cuello hacia abajo. En él, todos los medios para mejorar y aliviar su situación habían sido empleados. Sin embargo, su sufrimiento seguía mostrándosele insoportable. Por lo cual recurrió al pedido de muerte eutanásica.

O pensemos también en una persona que se mantiene en estado vegetativo. Aunque sea tratada con toda la dignidad posible por el equipo médico y por quienes la rodeen; para sus familiares –y para la persona misma, si ha expresado su voluntad-, esa situación puede no parecerle digna ni deseable. Y bien pueden preferir por sobre ella, la causación de una muerte indolora.

Por otro lado, los conceptos que teóricamente parecen tan claramente diferenciables, en la práctica tienen bastantes puntos grises. Lógicamente, hay ejemplos que indiscutiblemente se subsumen en causación de muerte, ortotanasia o distanasia; o en muerte eutanásica y kakonasia. Sin embargo, ante casos concretos, las barreras entre la causación de muerte y la ortotanasia por un lado, y la ortotanasia y la distanasia por el otro, pueden fácilmente desdibujarse.

Peter Singer, por su parte, cuestiona fundamentalmente la distinción entre medios de tratamiento “ordinarios” y “extraordinarios”. Ejemplifica su crítica hablando del respirador artificial. Éste, puede ser entendido como un medio extraordinario, cuando la persona no tiene esperanza razonable de salir de un estado de coma. Si el coma fuera temporal, parecería que es un medio ordinario. Además, si la persona necesita permanentemente un respirador, pero estuviera consciente, también el respirador sería un medio ordinario.

Así pues, cuando se etiqueta un medio de tratamiento como “extraordinario”, esto sólo sirve para encubrir un juicio sobre la calidad de vida del paciente al que se está sometiendo a ese medio de tratamiento.<sup>184</sup>

El medio de tratamiento más discutido, es la hidratación y la alimentación artificial.

Para algunas posturas, es una actividad médica, pues sólo puede ser realizada por un profesional de la salud, y porque son claramente invasivos del cuerpo humano. Y es un medio claramente extraordinario, pues no busca sino preservar artificial y obstinadamente una vida vegetativa –que, según comentamos, en general se entiende que es una enfermedad incurable y humillante para quien la sufre-.

---

<sup>184</sup> Liese, Peter. *Repensar la vida y la muerte*, Paídos, Buenos Aires, 1997, pág. 80.

Para otras posiciones, la hidratación y la alimentación artificial siquiera son tratamientos médicos, pues son medios necesarios de subsistencia para todas las personas y no sólo para las enfermas. O, subsidiariamente, por los mismos motivos, son tratamientos médicos, pero que deben ser considerados ordinarios.

Como veremos en detalle oportunamente, en la Argentina, la ley 26.529 modificada por la ley 26.742 establece en su art. 2 inc. e:

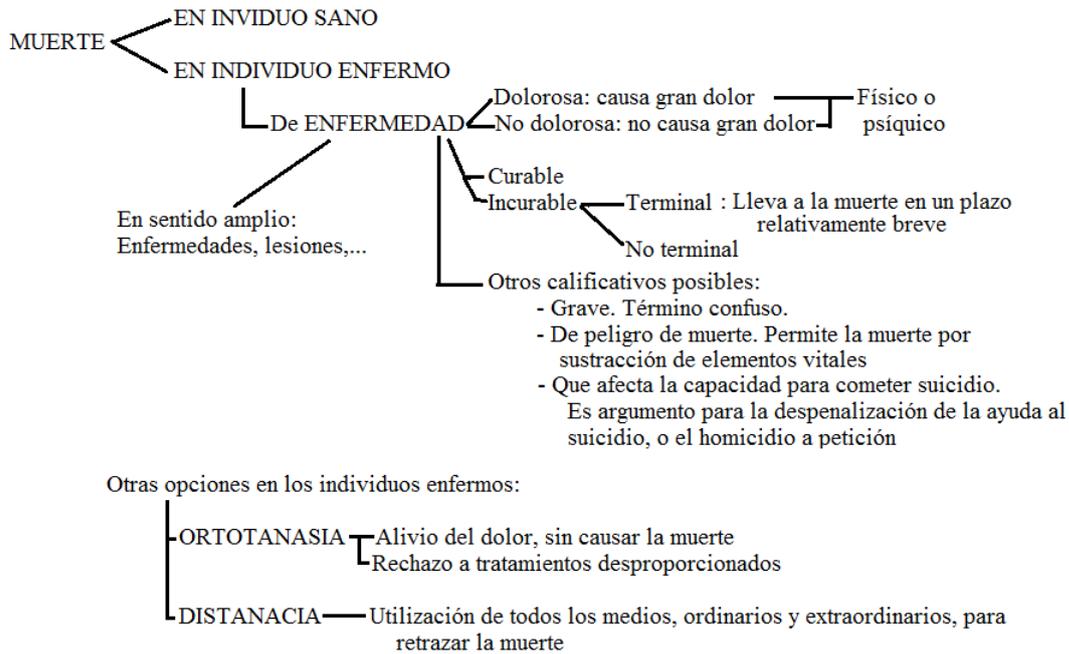
*Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa...*

*En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. (El resaltado es nuestro).<sup>185</sup>*

---

<sup>185</sup> En un sentido similar se expide la ley 4.263 de la Provincia de Río Negro.

### 6.3 – Esquema de los aspectos centrales de lo antes dicho:



### 6.4- Valoración

Con respecto a la *muerte eutanásica*, el hecho de que el individuo que va a morir esté sano o enfermo, no hace mayor aporte a la discusión.

Con respecto a la *muerte por piedad*, la enfermedad del individuo es un posible elemento para acreditar el porqué de la piedad, pero, como ya vimos, no es un elemento necesario para que exista la piedad, salvo que la legislación imponga una *piedad específica*.

En la *muerte consentida*, algunas posturas consideran que sólo debe atenderse al consentimiento –petición o admisión- de un individuo enfermo. Las posiciones tendientes a legalizar la muerte a petición en individuos sanos, son minoritarias. A favor de ello, se puede alegar que las personas son libres –o al menos, deben serlo- de escoger su plan de vida y que éste puede incluir la finalización misma de la vida. En defensa de dicha libertad, puede argumentarse además, que el suicidio es un acto impune en atención a ella, y que lo congruente es despenalizar toda muerte consentida.

En contra, se ha dicho que la idea de la terminación voluntaria de una vida plena, es repugnante, y que si la vida es un bien disponible, lo es sólo en determinadas situaciones.

Sobre estas consideraciones volveremos al referirnos a los argumentos a favor y en contra de las diferentes variantes de *muerte pía*.

En general, por lo tanto, la controversia sobre la muerte consentida se centra en personas enfermas.

La defensa más firme de la *muerte pía* existe en los casos de personas con enfermedades dolorosas y terminales. Y los argumentos van decreciendo a medida que se pasa a analizar las enfermedades sólo terminales o dolorosas y crónicas pero no terminales. Hasta, casi desaparecer en casos de enfermedades crónicas no dolorosas o dolorosas no crónicas. Para, finalmente, llegar a su mínimo, como ya se dijo, en el caso de los individuos sanos, donde sólo puede argumentarse, a favor, la idea de la autonomía de la voluntad y el límite a la intervención estatal.

Con respecto a las personas con trastornos psicológicos: las afecciones que no alcanzan el grado de enfermedades, parecen no tener relevancia. Las que implican enajenación, parecen quitar al individuo la posibilidad de dar a partir de ese momento un consentimiento válido para la muerte.

En cuanto a las que padecen enfermedades psicológicas sin que lleguen a constituir estados de incapacidad, la posible solución es mucho más compleja, como se mencionó anteriormente.



## **7 – LA MUERTE SEGÚN EL MODO DE PRACTICARLA**

### ***7.1 – La muerte por provocación directa***

Estamos aquí en lo que la mayoría de la doctrina ha dado en llamar *eutanasia directa*.

Como este nombre lo indica, esta muerte es la provocada por una acción, en razón de sus efectos directos. V.g.: al ver a un soldado herido desangrándose, se le dispara en la cabeza. La muerte la provoca la bala, no el desangramiento existente previamente. O, si se quiere el ejemplo actual más debatido: la inyección letal a un paciente. La muerte la causa el contenido de esa inyección en el sistema del paciente, y no la enfermedad o dolencia que eventualmente tuviese previamente esa persona.

Como se dijo anteriormente al analizar a la muerte según el individuo a quien se aplica: la provocación directa de la muerte, puede practicarse tanto a un individuo sano como a un individuo enfermo.

Como veremos luego, la provocación activa puede ser tanto en forma de homicidio como de suicidio.

En algunos Estados, la muerte provocada activa tiene cabida legal, como conducta atípica, cuando se dan una serie de requisitos, entre los cuales el más importante es el consentimiento de quien va a morir. Pero también –como ya vimos-, la existencia de una enfermedad previa.

Analizaremos oportunamente las legislaciones de los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo, y la decisión vinculante de la Corte Constitucional de Colombia; que regulan lo antes dicho.

### ***7.2 - Muerte por provocación como consecuencia no querida de tratamientos paliativos.***

Se ha dado en llamar por la doctrina *eutanasia indirecta* o *eutanasia lenitiva* a la muerte producida como efecto secundario y no deseado de fármacos aplicados para paliar el dolor.

Por un lado, la muerte se provoca directamente, porque se introduce en el cuerpo un factor nuevo que desencadena el deceso. Sin embargo, se dice que es indirecta, porque la muerte no es la finalidad que se persigue.

La situación es la siguiente: un individuo enfermo necesita imperiosamente calmantes. La aplicación de dichos calmantes, posible o necesariamente, le causa la muerte o un acortamiento substancial de la vida.

Este tipo de muerte solo puede provocarse en un individuo enfermo con enfermedad dolorosa, cuyo dolor pueda ser contrarrestado. Porque, si se trata de un individuo sano o un individuo con un dolor irreversible –v.g.; el dolor espiritual de un tetrapléjico-, no podría hablarse de tratamiento paliativo y de muerte como consecuencia no deseada.

Aunque, como vimos, no compartimos la definición de *eutanasia* al que refiere la generalidad de la doctrina; el término *eutanasia indirecta* no extraña a nuestra concepción. En la medida en que la muerte como efecto no querido de tratamiento paliativo para el dolor, es en la gran mayoría de los casos una *muerte eutanásica*.

Esta muerte puede darse desde una persona a otra –homicidio-, pero también de una persona a sí misma –suicidio-.

Donna, citando a Romeo Casabona, comenta que se considera generalmente lícito aplicar tratamientos aliviadores con un efecto secundario no querido de acortar la vida al paciente.<sup>186</sup>

En relación al consentimiento, se entiende que el paciente debe darlo.

Más compleja es la situación del moribundo en los casos en que no puede realizar ninguna declaración de voluntad. Debe admitirse que el alivio del dolor es admisible, de modo que en estos casos, según una parte de la doctrina, admitiría la misma solución, tomando como parámetro la voluntad presunta de la persona, a lo que otros autores añaden que se debería contar con la voluntad de los parientes más próximos...<sup>187</sup>

Díaz-Aranda sostiene que:

---

<sup>186</sup> Conforme Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 54.

<sup>187</sup> Donna, Edgardo A., op. cit., pág. 55.

...En estos casos el médico cumple con los deberes impuestos por la *lex artis* que le ordenan mitigar el sufrimiento y por ello su conducta queda fuera del radio de prohibición de las normas penales...<sup>188</sup>

Núñez Paz apunta:

...ordenamiento jurídico no puede exigir en ningún caso al paciente un comportamiento sobrehumano (morir soportando graves padecimientos) y al médico la pasividad ante el dolor de ese paciente.<sup>189</sup>

Por nuestra parte, entendemos que frente a la muerte como consecuencia no querida corresponde hacer las siguientes distinciones:

- Que la muerte sobrevenga de manera necesaria, o de manera potencial.

Cuando existe una muerte como consecuencia querida de un accionar, quien así actúa lo hace con dolo. Pero en el caso en cuestión, también el dolo existe. Porque quien aplica el tratamiento paliativo lo hace de manera intencional, y conoce sus efectos secundarios.

Si la muerte es un efecto secundario potencial, quien actúa también lo hace con dolo. Pero la conducta dolosa será crear un riesgo.

- Que haya una producción de la muerte medianamente inmediata, o bien que se dé un acortamiento de la vida a mediano plazo por debilitamiento del organismo o por otra consecuencia.

- Que se actúe en un individuo con una enfermedad *dolorosa y terminal*, o con una enfermedad *dolorosa pero no terminal*.

Dice el maestro alemán Claus Roxin:

El Tribunal Supremo Federal (*Alemania*) se ha pronunciado por primera vez en este sentido en noviembre de 1996. De acuerdo con la tesis mantenida por la sentencia ..., «una medicación destinada a aliviar el dolor expedida por un facultativo en correspondencia con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta inadmisibles en un moribundo aunque de modo inintencionado aquélla suponga como consecuencia inevitable la conformidad con la aceleración del

<sup>188</sup> Díaz-Aranda, Enrique, *Eutanasia, Propuesta de solución jurídica en México*, en “Revista de Derecho Penal”, Donna, Edgardo A. (Dir.), nº 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 303.

<sup>189</sup> Núñez Paz, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 148.

proceso mortal». De modo similar se expresan los «Principios» del Consejo General de Colegios Médicos «En los moribundos la atenuación del sufrimiento puede situarse en un primer plano, de modo que pueda ser aceptado un posible aunque inevitable acortamiento de la vida». Aun cuando esencialmente se está de acuerdo en la, por lo general, impunidad de la eutanasia indirecta, el fundamento de estos resultados así como el alcance de su admisión resultan discutidos tanto antes como ahora.<sup>190</sup>

Por su parte, el Dr. Francesc Abel entiende que:

El médico tiene la obligación de combatir el dolor de la manera más correcta y eficaz. Tiene la obligación de administrar un tratamiento necesario y que, por su naturaleza está orientado a mitigar un grave sufrimiento del enfermo, a pesar que, como consecuencia de este tratamiento, pueda acelerarse la muerte como consecuencia accidental. En todo caso el médico ha de cumplir las exigencias éticas y legales del consentimiento informado.<sup>191</sup>

Y Jakobs comenta:

...Aunque las medidas analgésicas o, por otra parte, de urgencia, en las enfermedades graves, puedan conducir a una aceleración de la muerte e, incluso, a aseguren parcialmente, tales medidas son tenidas, desde el punto de vista legal..., como permitidas, siempre que el tiempo de vida sacrificado guarde una relación razonable con la calidad del resto de vida...<sup>192</sup>

En relación al por qué de la impunidad, Roxin destaca que existen distintas teorías, entre ellas: que el homicidio es impune por el consentimiento expreso o presunto del enfermo; y, que es impune por adecuación social. Él se inclina por la primera.

Si la eutanasia indirecta es impune se debe a que junto a la voluntad del paciente orientada a un resultado concreto, se añade la consideración de que, dado el caso, el deber de alargar la conservación de la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento. Una vida algo más corta sin graves dolores puede ser más

<sup>190</sup> Roxin, Claus, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)

<sup>191</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 45.

<sup>192</sup> Jakobs, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 57.

valiosa que otra no mucho más larga acompañada de un sufrimiento apenas soportable. ...Si el paciente no puede tomar una decisión responsable la cuestión dependerá de su voluntad presunta. Para su determinación debe tenerse en cuenta no sólo sus eventuales manifestaciones anteriores, sino también el grado de cercanía de la muerte, su probabilidad, la medida en que se acorta la vida, así como su dificultad para soportar el dolor.<sup>193</sup>

Lo fundamental – dice Roxin- es que la intención sea aliviar el dolor, y no matar, aunque no se pueda hacer lo uno sin lo otro.

La muerte como consecuencia no querida de un tratamiento médico contra el dolor es aceptada de manera explícita por la Iglesia Católica, aunque sin el nombre de *eutanasia*.<sup>194</sup>

### **7.3 – La muerte por acción de sustracción de soporte vital**

En este caso quien provoca la muerte actúa retirando o alterando algún factor que se mantenía de forma relativamente permanente y que impedía que una causa ajena al individuo que realiza el acto provoque el deceso. Es decir: hecha la sustracción o alteración una causa antes existente es la que trae la muerte.

Por ejemplo: la retirada de un respirador artificial a una persona que lo necesita. Quien provoca la muerte actúa retirando el artefacto. Ese artefacto, era una barrera contra la muerte, que se cernía sobre el individuo por otras razones –v.g: fallo pulmonar-. Hecho el acto, esa falencia –fallo pulmonar en nuestro ejemplo-, provoca la muerte.

Va de suyo que, como se dijo *ut supra*, este tipo de muerte sólo puede aplicarse a un individuo enfermo. Lo importante aquí no es si la enfermedad es dolosa o no, curable o no, o terminal o no. Lo relevante es si la enfermedad es susceptible de causar la muerte o no si la persona ve interrumpido su tratamiento. Por ejemplo: una dolencia que momentáneamente quita la capacidad respiratoria y que atendida a tiempo no es ni incurable ni terminal, puede ser la base para una muerte por sustracción de elemento impeditivo de muerte –con nuestro mencionado ejemplo de retiro de respirador-, porque es susceptible de causar muerte.

---

<sup>193</sup> Roxin, Claus, op. cit.

<sup>194</sup> Conforme Rivera López, Eduardo, *Aspectos éticos de la eutanasia*, en Análisis Filosófico, volumen XVII, n° 2: Bioética, Florencia Luna (Comp.), Sadaf, Buenos Aires, 1998, pág. 194.

Como veremos luego esta muerte puede ser realizada por la misma persona –suicido- o por otra –homicidio.-

Sobre este tipo de muerte se ha discutido ampliamente si configura una acción o una omisión.

Esta distinción puede ser de una relevancia manifiesta. Pues si se considera que es una omisión en cada ordenamiento jurídico corresponde analizar si el homicidio por omisión es –como tal- una conducta que se corresponde al tipo penal *homicidio*; y, si además de la conducta se exigen otros requisitos para la tipificación, tales como la posición de garante. O si, por el contrario, corresponde para esa conducta un calificativo de *abandono de persona* u otro tipo penal equivalente.<sup>195</sup>

También puede ser importante distinguir si este tipo de muerte es una acción o una omisión, porque la distinción entre acción y omisión podría servir para explicar por qué muchos autores consideran que un enfermo puede negarse a recibir tratamiento vital, y pueden también pedir que se haga cesar el tratamiento que se está aplicando en ellos –sustracción de elemento vital-; pero no pueden pedir que el médico les mate por otro medio –muerte por provocación directa-. En los dos primeros casos, el médico debe obedecer al paciente, y su conducta sería impune porque hay omisión. En cambio, en el tercero, el médico no puede obedecerlo, porque habría acción.

Este es el pensamiento de Claus Roxin:

...El supuesto clásico es aquel en el que por deseo del paciente es desconectado un aparato de respiración artificial, donde la presión sobre el interruptor es un hacer. A pesar de ello, no se trata de una eutanasia activa punible generalmente como homicidio a petición.... Y es que de acuerdo con su significado social el suceso se muestra como la interrupción del tratamiento y, por tanto, como la omisión de una actividad adicional. La frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe extraerse del criterio naturalístico consistente en el desarrollo o no de movimientos corporales. Más bien depende de si normativamente es interpretable como un cese del tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico que, al apoyarse en la voluntad del paciente, resulta ser impune.

---

<sup>195</sup> Oportunamente analizaremos la legislación argentina y daremos nuestra opinión al respecto.

La opinión de enjuiciar como una omisión la denominada interrupción técnica del tratamiento, es en la actualidad dominante. Pero también los autores que ven aquí un comportamiento comisivo llegan generalmente a la impunidad como resultado, pues con distintas fundamentaciones aceptan que una conducta de esta naturaleza no entra dentro del sentido de protección de la norma presente en los tipos de homicidio. Con razón dice Eser que no puede haber ninguna duda de «que allí donde sea admisible la interrupción de un tratamiento con medicamentos terapéuticos, también debe serlo el cese del tratamiento técnico». Y es que en realidad existe al respecto un amplio consenso.<sup>196</sup>

Por nuestra parte, entendemos que es claro que la muerte como acción de sustracción de elemento impeditivo del deceso, es una acción. De los hechos mismos surge. Porque, para preservar la vida, simplemente no había que intervenir. Porque al menos momentáneamente la muerte estaba contenida. Es cierto pero irrelevante para analizar si hay acción u omisión, que la causa última de la muerte es una cuestión ajena a aquel que ha realizado la conducta. –Siguiendo el ejemplo: que la muerte se da por la enfermedad pulmonar preexistente, extraña a aquél que retiró el respirador-

Para corroborar esto, piénsese en un ejemplo fuera de los casos de *muerte pía*. Piénsese en un hombre que, sabiendo que su enemigo está en el hospital, con un respirador que necesita para vivir, le retira el respirador. Sería condenado por comisión, no por omisión. Nadie diría que la conducta incorrecta fue no volver a colocar el respirador que él mismo sustrajo, estando en posición de garante por esa conducta precedente. Máxime si la muerte fue inmediata. Se diría simplemente que la acción típica de homicidio consistió en quitarle el respirador, a sabiendas que eso conllevaría la muerte.

Lord Goff, citado por Singer, reconoce que en ejemplos similares al antes expuesto, hay una acción y no una omisión. Pero si la conducta la lleva a cabo un médico, hay una omisión:

---

<sup>196</sup> Roxin, Claus, op. cit.

Podemos agregar que, en una línea de pensamiento similar, la doctrina italiana considera la sustracción de un respirador artificial que es necesario para la vida del paciente, como una *omisión por acción*. Según la cual es necesario prescindir en este caso de que se trate de una “acción” para reconducirla, en una visión no naturalista, pero relacionada con el “sentido social” de la interrupción técnica en el ámbito de las omisiones. – Conforme Núñez Paz, Miguel Ángel, op. cit., pág. 105.

Aunque puede que el intruso realice exactamente el mismo acto que el médico que interrumpe el tratamiento para mantener con vida al paciente, si lo hace, se está entrometiendo en el tratamiento para prolongar la vida que en ese momento está administrando el médico. Por consiguiente, mientras que, cuando el médico interrumpe el tratamiento lo único que está haciendo es permitir que el paciente muera de la enfermedad que padecía, el intruso está interviniendo activamente para impedir que el médico prolongue la vida del paciente, y en modo alguno se puede calificar esta conducta de omisión.<sup>197</sup>

Creemos que esta posición no tiene mayor sustento. No puede hacerse depender la calificación de una conducta como acción u omisión, del carácter de quien la realiza. Al pensamiento de Lord Goff se le puede oponer, qué ocurriría, por ejemplo, si un médico que colocó un respirador a un paciente que lo necesita para vivir, luego descubre que este paciente es su enemigo, y se lo retira. O, qué ocurriría si el respirador es retirado, no por el médico que se lo colocó y que comenzó a tratar al paciente, sino por quien lo reemplaza en el turno médico de guardia.

Nuestro criterio referente a que el retiro de los medios vitales es una acción, es compartido, por ejemplo, por Bacigalupo. Este autor, al referirse a la distinción entre acción y omisión, pone como ejemplos dudosos el del empleador que entrega a sus empleados pelos de cabra sin desinfectar para hacer pinceles –y a raíz de ello, mueren-, y el del farmacéutico que vende remedios sin receta médica. Al referir al criterio actualmente utilizado para la distinción, dice:

...Jescheck lo denomina criterio de la causalidad: "Si alguien ha causado el resultado mediante un hecho positivo objetivamente adecuado al tipo, éste será el punto de vinculación decisivo para el derecho penal" ...

En los ejemplos de los que hemos partido, la aplicación de este criterio conduce a la afirmación de una acción. El entregar pelos de cabra a los obreros y el expender el medicamento son causa del resultado porque, suprimiendo estas acciones mentalmente, aquél no se hubiera producido (*conditio sine qua non*).

Similar es el punto de vista de Rudolphi. La distinción dependerá de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal o si ha dejado de emplear

---

<sup>197</sup> Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 83.

la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo, omisión.<sup>198</sup>

En cuanto al por qué de sostener que el paciente puede ordenar a su médico la interrupción o la sustracción de elementos vitales en sí mismo, pero no puede – según el texto penal de la mayoría de las legislaciones-, ordenarle que le mate por otros medios; creemos que la distinción puede trazarse en función de la causa última de muerte. En la sustracción de elementos vitales, la causa última de muerte es una enfermedad preexistente en el paciente. En cambio, en la muerte directa, la causa última de muerte es la acción de otro sujeto.

A partir de aquí, puede llegar a entenderse que el consentimiento del paciente tiene relevancia aunque implique su muerte por una enfermedad que él ya padecía –v.g.: puede pedir que se le quite el respirador, y no por eso el médico es culpable de homicidio-; pero el consentimiento no puede ser atendido si implica la muerte por otro factor distintos –v.g: inyección de cianuro-.

Si se admite que un paciente puede oponerse a un tratamiento que le salvará la vida, debe admitirse también que, en las mismas condiciones, puede exigir la finalización de un tratamiento que está impidiendo su muerte. No parece razonable atender al primer pedido y no al segundo simplemente porque en el primero el tratamiento aún no comenzó y en el segundo sí, o porque el primero implica una omisión y el segundo una acción. Máxime, si existe el tipo penal de homicidio por omisión.

Lay ley argentina 26.529 modificada por la ley 26.742 –la llamada ley de muerte digna-, parece asimilar las ideas de rechazo de tratamiento –procedimientos quirúrgicos, reanimación artificial- y retiro de medidas de soporte vital. (Art. 2 inc. e). Aunque sólo consagra el derecho del paciente a decidir lo uno o lo otro cuando las medidas son extraordinarias.

#### ***7.4 - Muerte por omisión***

En este caso, la muerte se produce cuando no se actúa para evitar que un mal que aqueja a un individuo acabe con él. Por ejemplo: no se alimenta a una persona. No se le coloca el respirador artificial a quien no respira por sus propios medios. No se

---

<sup>198</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 535.

opera a una persona que se sabe morirá sin esa cirugía. No se le dan los remedios o los tratamientos a una persona que los precisa para proseguir su vida.

A diferencia de la muerte como acción de sustracción de elementos impositivos para la muerte –donde existían elementos que contenían a la muerte, y se los remueve-, aquí simplemente se omite el aplicarlos. Como similitud con el tipo de muerte antes tratado, en la muerte por omisión, la muerte ocurre por causas preexistentes y ajenas a aquel a quien se le imputa el homicidio. V.g.: el paciente muere por el tumor que no le fue extirpado.

La muerte como omisión se produce tanto si el tratamiento necesario para preservar la vida nunca comenzó, como si, habiendo comenzado, es de aplicación periódica y no fue continuado. Por ejemplo: si se dejó de aplicar una inyección diaria que detenía la muerte. En cambio, si es de aplicación continua y se interrumpe –v.g: se desconecta un respirador o un alimentador artificial-, estamos frente a una sustracción.

Como veremos luego, esta muerte también puede ser un suicidio o un homicidio.

En relación al homicidio por omisión, algunas legislaciones lo equiparan totalmente con el homicidio activo.<sup>199</sup> Otras, parecen claramente remitir la conducta a otras figuras típicas como el abandono de persona. Y, finalmente, en algunas legislaciones la cuestión suscita polémicas.

Entendemos que puede hablarse de un suicidio por omisión cuando la muerte sobreviene por un factor no creado por el sujeto, pero que éste conoce y puede evitar.

Claus Roxin se expide sobre estos supuestos en los que no se adoptan las medidas de alargue de la vida por deseo del paciente. Es decir: hay un pedido del paciente para no ser tratado:

En tales supuestos la situación jurídica es, en principio, clara. El hecho queda impune, pues resulta inadmisibles tratar a un paciente en contra de su voluntad. Por tanto, si alguien con motivo de un proceso canceroso rehúsa una operación que le alarga la vida... ésta no debe llevarse a efecto. A menudo sucede que personas ancianas y enfermas que están al borde de la

---

<sup>199</sup> Por ejemplo, en Alemania, conforme la clausura de conversión de tipos activos en tipos omisivos, que recoge el § 13 de su Código Penal.

muerte, rechazan un tratamiento en la unidad de cuidados intensivos en el que aquélla no tardaría en llegar. Esta circunstancia debe ser respetada. La voluntad del paciente es decisiva incluso cuando desde un juicio objetivo y desde el punto de vista de muchos observadores aquél es irresponsable. Aun cuando una madre con cuatro hijos por motivos religiosos prohíbe a los médicos que le practiquen una transfusión sanguínea que puede salvarle la vida –el caso ha sucedido en la realidad-, aquéllos deben inclinarse por dejar morir a la mujer.<sup>200</sup>

Compartimos totalmente la postura de este autor basados en la esencia del sistema de derecho liberal. Oportunamente ampliaremos nuestro parecer. Y haremos referencia a la postura de la ley, la doctrina, y la jurisprudencia argentina.

### ***7.5 – Otra clasificación de modo de muerte enfocada según nuestra anterior propuesta.***

Muchos autores hacen referencia a la *eutanasia pasiva*. La muerte ocasionada de forma pasiva, comprende nuestros conceptos de *muerte por sustracción de elementos impeditivos de la muerte* (donde entendemos que hay una acción), y *muerte por omisión*; enfatizando que en ambos –como nosotros también hemos resaltado- la causa definitiva de la muerte es un trastorno ya existente, al que simplemente se le da vía libre.

En contrapartida, los mismos autores hablan también de *eutanasia activa*, lo cual se corresponde con nuestra muerte provocada de manera directa como finalidad buscada. Agregamos dentro del rótulo *muerte activa*, a aquélla que se origina como consecuencia no querida de un acto que busca mitigar dolores.<sup>201</sup>

Esta distinción entre muerte en forma activa y muerte en forma pasiva puede ser – como ya vimos- la base para distinguir un homicidio consentido como muerte en

---

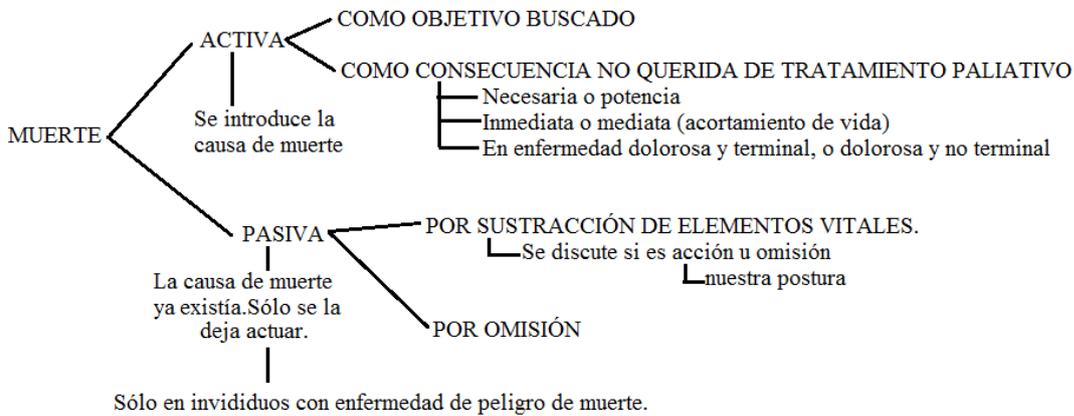
<sup>200</sup> Roxin, Claus, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)

Dworkin, por su parte, marca la distinción legal entre la simple omisión y la sustracción de elementos vitales para el derecho estadounidense al apuntar que en él “...excepto en circunstancias muy especiales, los individuos que se encuentran en uno pleno de sus facultades mentales pueden negarse a recibir un tratamiento médico a pesar de que puedan morir si no se les aplica el mismo. Pero de ello no se sigue que, una vez que han sido conectados a un aparato destinado a mantenerlos con vida, tengan un derecho legal a que se les desconecte del aparato cuando lo soliciten, pórquer ello involucra la asistencia de otros individuos a su muerte...” - Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 239.

<sup>201</sup> Por ejemplo: Rivera López, Eduardo, *Aspectos éticos de la eutanasia*, en *Análisis Filosófico*, volumen XVII, n° 2: Bioética, Florencia Luna (Comp.), Sadaf, Buenos Aires, 1998, pág. 193.

forma activa que se pretenda punible; de una sustracción de elementos necesarios para la vida –acción- a petición, y una muerte por omisión a petición, que se pretendan impunes.

### 7.6- Esquema de lo antes dicho:



### 7.7- Valoración

En relación al modo en que se practica la muerte, el más cuestionado es la muerte como provocación directa. Ello en tanto, como se dijo, el factor desencadenante de la muerte será el introducido por el sujeto actor, y no uno previamente existente. Por lo tanto no se está adelantando la muerte que habría de acontecer, sino que se está introduciendo una nueva causa de muerte.

Claro está que esta es la única solución posible para individuos con enfermedades dolorosas y crónicas en las que el dolor no pueda contenerse, pero no terminales y que no necesitan tratamiento continuo –v.g.: cuadriplegia-; y para otros con enfermedades dolorosas y terminales que no necesitan tratamiento continuo, pero que le causarán la muerte en un lapso tal que el no introducir una muerte directa prolongaría gravemente el sufrimiento.

Entonces, si bien la muerte como provocación directa, es una medida que por sus características puede considerarse como extrema o radical; su apartamiento sin más de la discusión dejaría sin respuesta a muchos casos en los que donde existe un fundamento –más o menos fuerte, según distintas opiniones- para la causación de muerte.

En lo que hace a la muerte como consecuencia no querida de un tratamiento contra el dolor, creemos que en un sistema que pena la muerte dada incluso a petición –

como es el caso de la mayoría de los sistemas jurídicos-; corresponde impunidad siempre que no halla certeza de que el tratamiento acarree la producción de la muerte. Si no existe esa certeza, la conducta será simplemente una actividad médica riesgosa.

Si el individuo tiene una enfermedad terminal, no se le puede limitar el tratamiento contra el dolor porque existe un riesgo que muera con él. Y, en un individuo con una enfermedad dolorosa pero no terminal, entendemos que la conducta no será punible cuando las probabilidades de que ocurra la muerte son acordes al grado de dolor: entre más dolor produce la enfermedad, más riesgo podrá correrse. Piénsese, por ejemplo, en algunos tratamientos médicos que son muy riesgosos para el paciente pero que hacen que mejore su calidad de vida: son acorde a la *lex artis*, siempre que haya algún grado de relación proporcional entre esos dos factores.

También corresponde impunidad siempre que haya una reducción de la esperanza de vida, y no una producción inmediata de muerte; exista o no certeza de esto. En un individuo con una enfermedad dolorosa pero no terminal, la reducción –siempre a largo plazo- debe ser acorde al dolor. Entre más dolorosa sea la enfermedad, más podrá acortarse la vida, y el tratamiento será conforme la *lex artis*.

Sin embargo, entendemos que –siempre que se pene la muerte a petición- no corresponde de por sí la impunidad en aquellos casos en que, con certeza, a raíz de un tratamiento dado a un paciente se producirá la muerte de forma más o menos inmediata. Máxime si la enfermedad no era terminal. Aunque la muerte sea una consecuencia no deseable, si es inseparable del accionar, será parte del dolo. Estaremos entonces dentro de una *muerte pía*: consentida –con consentimiento expreso o presunto-, posiblemente eutanásica, y posiblemente también por piedad. Y corresponde juzgarlo según la legislación ordinaria.

En lo que respecta al consentimiento, entendemos que, de considerarse lícita la *eutanasia indirecta* consentida, corresponde debatir sobre la cabida de un consentimiento presunto, en los términos ya planteados oportunamente.

La muerte pasiva, en general -como sustracción de elemento impeditivo de la muerte y como omisión-, en muchos casos, presenta menor rechazo. Porque, como ya se dijo, la muerte es provocada por un padecimiento preexistente, y no por un nuevo factor introducido.

Este rechazo disminuye además, porque incluso en los Estados donde la provocación de la muerte no es legal, se entiende en general que la voluntad del paciente debe jugar algún tipo de papel para decidir sobre su propia enfermedad.

Como ya hemos visto, creemos que si se permite a los paciente rehusar un tratamiento médico que les ocasionaría su muerte, debe también permitírseles pedir que –activamente- se ponga fin a tratamientos de soporte vital. Es decir: si el paciente puede pedir, por ejemplo, no ser entubado, aunque eso le causaría la muerte; puede, en el mismo sentido, pedir ser desentubado.

Algunos autores minimizan la importancia de la distinción.

Así, Martín Farrell, entiende que en lo relativo a la *eutanasia* no hay razones morales que hagan preferir el dejar morir al matar. Este autor, en relación a la opción de dejar morir a un niño enfermo<sup>202</sup>, entiende que:

Aplicar una inyección letal de morfina revela una preocupación por preservar al niño de todo sufrimiento, preocupación a la cual no cuesta encontrarle un fundamento moral. Dejarlo morir deshidratado en un proceso de varios días de duración parece que no revela sino esta preocupación: tranquilizar la conciencia del médico o la de los padres del niño, o la de ambos. Por supuesto, los principios morales en equilibrio reflexivo condenarían a esta segunda actitud; los médicos y los padres habrían comprado su tranquilidad de conciencia al precio de albergar convicciones morales inconsistentes.<sup>203</sup>

Y Dworkin aporta su crítica en cuanto señala que prohibiendo que los médicos maten directamente a sus pacientes por su propio requerimiento,

el derecho produce el resultado aparentemente irracional de que la gente puede elegir morir lentamente, negándose a comer, rehusando los tratamientos que la mantienen con vida, o asfixiándose al desconectar los respiradores, pero no pueden elegir la muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente proveer...<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> El citado ejemplo refiere a un niño con síndrome de Dawn que presenta una obstrucción intestinal, y que de hecho podría ser operado y salvado. Pero la reflexión es igualmente válida para un individuo que padece una enfermedad terminal.

<sup>203</sup> Farrell, Martín Diego, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 115.

<sup>204</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 240.

## 8. - LA MUERTE EN RAZÓN DE QUIÉN LA REALIZA

### 8.1 – *La muerte practicada por la misma persona: el suicidio.*

#### 8.1.1 – *Consideraciones generales.*

Siempre que una persona se quita la vida existe un suicidio.

Juanetey Dorado trae a colación la noción e suicidio como *muerte voluntaria de un sujeto capaz*.<sup>205</sup> Como veremos luego, se deben dejar de lado, entonces, las muertes ejecutadas por propia mano pero sin voluntad – por error, amenaza, violencia...-, o por personas inimputables.

Si la muerte es producida sin dolor estamos frente a un *suicidio eutanásico*.

La gran mayoría de los suicidios son eutanásicos. La persona, si bien busca su propia muerte, quiere que esta ocurra de la forma más serena e indolora posible. Pero existen algunos casos en los que la impulsividad del suicida o tendencias de autolesión –sumadas a las de autodestrucción en sentido estricto-, provocan suicidios dolorosos o no eutanásicos.

El suicidio generalmente está dado por un motivo piadoso del suicida hacia sí mismo. La mayoría de los suicidas entienden el suicidio como una buena opción – aunque drástica- para sí mismos. En esta línea de ideas, el suicidio es generalmente una muerte *por piedad*. Aunque existen suicidios realizados como castigos a sí mismos por diversos motivos. Basta pensar en el suicidio de Edipo o en el de Judas Iscariote.

El suicidio es siempre voluntario.

Si fuese una muerte que una persona accidentalmente se causa a sí misma- v.g.: tropezarse y ahogarse en la bañera-, esto no sería un suicidio, por faltar aquí la intención.

Si la persona se mata a sí misma engañada –por ejemplo, un tercero carga en secreto un arma, y la persona se dispara en la cabeza en una obra teatral-, se entiende que desde el punto de vista jurídico existe un homicidio mediato.

---

<sup>205</sup> Conforme Juanetey Dorado, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 166.

Si la voluntad de la persona está viciada por violencia, si bien en el sentido material existe un suicidio, la acción –de ser típica-, caería dentro de un estado de necesidad exculpante. Existe un homicidio por parte de aquél que determina la acción. Sobre esta cuestión volveremos.

En este sentido, el suicidio siempre es “consentido” por la persona que va a morir.

En relación a la voluntariedad, Juanetey Dorado menciona que no está claro si el “querer” la muerte implica necesariamente dolo directo, o también puede abarcar dolo indirecto, o incluso dolo eventual.

Como ejemplo de dolo indirecto en el suicidio puede citarse el de las personas que saben que sin trasfusión de sangre morirán, pero igualmente se niegan a ella por motivos religiosos. El dolo eventual estará presente –siguiendo a la autora referida- cuando la muerte no sea segura. Por ejemplo en el caso de los jugadores de ruleta rusa.

La autora señala que la doctrina no es unánime en esta cuestión. Quienes aceptan cualquier tipo de dolo, lo hacen, en general, sosteniendo que se debe aplicar para el suicidio el mismo criterio que para los tipos penales. Por su parte postula que, frente al dolo eventual, lo más razonable es pensar que el sujeto no “quiere” morir.<sup>206</sup>

En cualquier caso, la *muerte pía* en su forma de suicidio casi no es mencionada por la doctrina. Entendemos que esto se debe a dos cuestiones. Por un lado, como ya se dijo, el hecho de que la gran mayoría de los suicidios sean eutanásicos y por piedad; y siempre consentidos, implica que la idea de suicidio haya absorbido en sí a los otros tres elementos de la *muerte pía*. Y por otro, la impunidad que los sistemas legales asignan al acto del suicidio.<sup>207</sup>

Sin embargo, nosotros consideramos que es relevante hacer un apartado sobre la *muerte pía* como suicidio, porque vinculado a él se encuentra una figura generalmente punible<sup>208</sup>: la ayuda al suicidio.

---

<sup>206</sup> Conforme Juanetey Dorado, Carmen, op. cit., págs.. 190 y ss.

<sup>207</sup> Como excepción podemos mencionar, por ejemplo, el Código Penal Hondureño, en su art. 124. Sin embargo, éste no pena al suicida sino que manda en relación al suicida una medida de seguridad consistente en un tratamiento.

<sup>208</sup> La ayuda al suicidio no es un delito por ejemplo, en Alemania.

Esta figura sí ha sido tratada por la doctrina, incluso en el marco de la *muerte pía*.<sup>209</sup>

Puede ser distinguida del homicidio a petición. Pero los criterios doctrinales no son uniformes.

Jakobs entiende que habrá autolesión en tres supuestos:

- Si la conducta lesiva es realizada materialmente por el titular del bien jurídico;
- Si la conducta es realizada por el titular simultáneamente con el tercero, siendo suficiente a tales efectos que la víctima aun en el momento de ejecución por el tercero pueda sustraerse a los efectos de la acción;
- Si, habiendo desarrollado la conducta el tercero, el titular del bien jurídico omite salvarse pudiendo hacerlo.<sup>210</sup>

Pero esta regla general de actuación en último lugar presenta tres excepciones, que son supuestos de autoría mediata: cuando el titular del bien jurídico desconoce el riesgo; cuando la víctima se ve obligada a actuar por el accionar del tercero; y cuando la víctima es menor de edad o enfermo mental.

García Álvarez sintetiza la postura de Roxin, quien tiene una visión similar:

...habrá suicidio siempre que el titular del bien jurídico tenga en sus manos la decisión sobre su vida en el momento crítico en el que ya no sea posible la vuelta atrás, y habrá homicidio a petición si le encarga a un tercero la conducta mortal, de tal manera que lo decisivo es el dominio sobre el momento de la muerte.<sup>211</sup>

Salvo que un tercero sea el que domine la voluntad del titular de la vida, utilizándolo como instrumento. Es el caso de manipulación de inimputables y jóvenes, de coacción, y de creación o utilización del error en el instrumento.

---

<sup>209</sup> Como excepción podemos mencionar a Jiménez de Asúa quien señala que otros doctrinarios – por ejemplo Ruy Santos- incluyen junto a la eutanasia-homicidio, *la buena muerte que se da el paciente agónico: “eutanasia suicidio”*. – Conforme Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 338.

<sup>210</sup> Conforme Jakobs, Günter, *Suicidio, Eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 55.

<sup>211</sup> García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente pro su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 126.

En esta línea de pensamiento, en palabras de Pazos Crocitto, se debe evaluar quién es *el titular del dominio del último acto que, irremediabilmente, produce la muerte*. - Conforme Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 41.

Dice Núñez con vista a resaltar la idea de voluntariedad del suicidio a la que hemos ya hecho referencia:

...no es suicidio sino un homicidio, quitarse la vida actuando como instrumento de un tercero en virtud de violencia, coacción, incapacidad o error. El homicida es, en este caso, el tercero... Tampoco es suicida el que se causa la muerte a raíz de la agresión ajena. Por ejemplo el que se lesiona mortalmente al aferrar el arma del agresor o al parar el arma del atacante...<sup>212</sup>

Y García Álvarez:

...no podremos calificar de auténticos suicidios aquellos supuestos en los que el titular del bien jurídico, que ha realizado la conducta mortal, no sea más que un mero instrumento en manos del tercero interviniente, del “hombre de atrás”. En estos casos el tercero que determina objetiva y positivamente la conducta mortal a través del propio titular del bien jurídico es el autor (mediato), al que habrá de exigírsele responsabilidad por homicidio...<sup>213</sup>

Plantean dudas –continúa esta última autora- los supuestos en los que el suicida se encuentra en una fase de depresión, casos en que *parte de la doctrina entiende que cualquier intervención de tercero durante la fase del “síndrome presuicidal” le da, automáticamente, el dominio del hecho y, con ello, la caracterización de autor.*<sup>214</sup>

En cuanto a los menores de edad, existen también distintas posturas. Algunos doctrinarios sostienen que será siempre instrumento del “hombre de atrás”. Otros entienden que depende del grado de madurez en cada caso. Otros, que hay que analizar el fundamento de la decisión de suicidio.<sup>215</sup>

En lo que refiere al error causado intencionalmente en quien va a morir, parte de la doctrina postula que nunca cabe hablar de suicidio. Otra posición señala que debe diferenciarse entre errores que afecten al bien jurídico –que privan al acto de la calificación de suicidio-, de otros relativos a la motivación –que no lo hacen-.

---

<sup>212</sup> Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 25.

<sup>213</sup> García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 162.

<sup>214</sup> Conforme García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 167.

<sup>215</sup> Conforme García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 169.

Finalmente, una visión intermedia, piensa que frente a engaño en los motivos debe analizarse el caso concreto.<sup>216</sup>

Sin embargo García Álvarez señala que

...si se admite el dominio funcional del hecho, y que éste podrá afirmarse en el organizador si, al menos, está presente en la fase de ejecución dirigiendo o asegurando la operación, el titular del bien jurídico vida en la medida que haya sido el configurador del plan de su muerte, podrá ser calificado siempre como autor y, por tanto, como suicida. Por lo que habría de concluirse la calificación del suicidio de todo acto de disposición del bien jurídico vida organizado pro su titular.<sup>217</sup>

Es decir: una aceptación completa del dominio funcional del hecho llevaría a entender el homicidio a petición como suicidio.

Por último, diremos que según Silva Sánchez, si tanto quien va a morir como el tercero tienen el dominio del hecho, hay

...un homicidio cometido por el tercero al que contribuye la propia víctima, y un suicidio a cuya ejecución contribuye el tercero, ambos en relación de concurso de leyes. Concurso que se resuelve por el principio de especialidad, prevaleciendo el precepto sancionador del auxilio ejecutivo al suicidio sobre los que castigan el homicidio.<sup>218</sup>

Esta figura de auxilio ejecutivo al suicidio es un tipo penal español muy debatido en doctrina y en cuyo análisis no entraremos.<sup>219</sup> Resaltamos simplemente el que para Silva Sánchez es la regulación específica a casos dudosos entre suicidio asistido y homicidio a petición.

---

<sup>216</sup> Conforme García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 188.

<sup>217</sup> García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 137.

<sup>218</sup> García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 146. – En el mismo sentido que Silva Sánchez se expide, por ejemplo, Morales Prats, Fermín, *Del homicidio y sus formas*, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Gonzalo Quintero Olivares (Editor), Pamplona, 1996, pág. 58.

Por su parte, para Juanetey Dorado si una persona pide a un tercero que le dé muerte, pero hasta último momento él mismo puede retractarse, ambos tendrán el dominio del hecho. Entiende que hay un *suicidio ejecutado por un tercero*. – Conforme Juanetey Dorado, Carmen, op. cit., pág. 197.

<sup>219</sup> Se castiga con pena de seis a diez años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona *si la cooperación llegara hasta el punto tal de ejecutar la muerte*. – Art. 143 inc. 3 del Código Penal Español.

Siendo que la *muerte pía-suicidio* ha sido dejada de lado por las razones enunciadas, la ayuda al suicidio ha sido ubicada como un medio de comisión de la muerte, junto a la *eutanasia activa*, la *omisiva*, etc. Y, generalmente, ha sido tratada como una especie de muerte a petición, según nuestra clasificación.

Lo evidente, es que la ayuda al suicidio no es un medio de comisión de muerte, sino un tipo de muerte en atención a la persona que la realiza; susceptible de ser compatible con cualquiera de los modos de realización de muerte ya vistos.

La ayuda al suicidio puede corresponderse con una muerte por suicidio realizada de manera directa y activa –ejemplo: facilitarle a la persona un arma cargada e indicarle como puede dispararse-, con una muerte por sustracción de elementos vitales –ejemplo: acercándole a la persona el cable de su propio respirador para que éste lo desconecte-, o por omisión –por ejemplo: omitiendo pedir auxilio cuando se lleva a cabo el suicidio-.

Siendo que el suicidio es en sí un acto impune, no es relevante evaluar si el suicidio es *pío* o no. Es decir: si pretende ser eutanásico, o si es consentido –entendemos que siempre lo es-, o si es por piedad. No corresponde determinar, entonces, si quien ayuda a un suicida participa en un suicidio que es *pío* o que no lo es.

Lo importante para nuestro análisis es ver estos elementos en aquél que eventualmente –dependiendo de la legislación- puede ser punido: el que participa en el suicidio dando ayuda a quien va a morir. O, dicho de otro modo, no interesa si hay una *ayuda al suicidio pío*; sino que lo relevante es saber si hay una *ayuda pía al suicidio*.

### **8.1.2- La participación pía en el suicidio**

La ayuda para el suicidio, puede ser o no una colaboración pía:

En general, como el suicidio suele ser una *muerte eutanásica*, quien colabora para el suicidio está colaborando en una muerte eutanásica. Pero, atendiendo por analogía a los requisitos que establecimos para que exista una muerte eutanásica, lo

relevante aquí es si la colaboración tiende a hacer que el suicidio sea eutanásico. Pues si no es así, sólo se estará colaborando objetivamente en un suicidio eutanásico, pero sin intención de tornar eutanásica a la muerte.

La ayuda al suicidio, a su vez, puede ser *por piedad* o no. De la misma forma que el homicidio, la colaboración es por piedad si quien ayuda cree que le está haciendo un bien al suicida. Esto bien puede no ser así. Por ejemplo: una persona, desesperada, le pide a su enemigo que la ayude a suicidarse. Éste la ayuda gustoso, con el fin de librarse de ella.

Quien colabora en el suicidio generalmente lo hace a pedido del suicida. Es decir: es una ayuda *a petición*. Sería posible empero, una situación de colaboración no pedida para el suicidio. Por ejemplo: un hombre está construyendo una horca con manifiesta intención de ahorcarse, y otro, sin mediar pedido, le ayuda a construirla. Este ejemplo inverosímil, puede acompañarse de otros más creíbles, referentes a colaboración al suicidio por omisión.

Más extraña parece la situación donde un individuo ayuda a otro a suicidarse, contra la voluntad de recibir ayuda del tercero. En el ejemplo de la horca: si el suicida manifiesta que quiere construir sólo su propia horca, y no ayudado por otra persona. De allí que la ayuda al suicidio pueda entenderse como siempre *consentida*.

### **8.1.3- Legislación en referencia a la ayuda al suicidio.**

Hemos señalado las diferentes formas en las que la participación de un tercero en el suicidio, puede ser *pía*, según nuestra concepción. Sin embargo, la gran mayoría de los códigos penales castigan la ayuda al suicidio sin hacer diferencia entorno a las cuestiones antes señaladas.

Así, en legislaciones positivas vigentes se pune la tentativa de suicidio, por ejemplo:

- Si el suicidio se tentó o consumó.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> Código Penal Argentino, art. 83. Código Penal Peruano, art. 113. Código Penal Hondureño, art. 125.

- Ídem, agravándose si la víctima es menor de 16 años o está reducida en sus facultades.<sup>221</sup>
- Si el suicidio se consumó o si se tentó de forma tal de producir lesiones.<sup>222</sup>
- Ídem, agravándose si la ayuda se prestó por motivos egoístas.<sup>223</sup>

En otros Estados, de alguna se atiende al carácter *pío* –o no- de la ayuda.

En España, la cooperación al suicidio es punible. Sin embargo, si se dan las circunstancias que atenúan el homicidio por ser *a petición*; la pena para la cooperación en el suicidio se ve disminuida.<sup>224</sup>

Por lo tanto, en España la cooperación al suicidio por petición del suicida enfermo, tiene una regulación propia, diferente a la simple cooperación para el suicidio.

En los Países Bajos, la ayuda al suicidio es típica sí el suicidio se comete. Excepto que se exista una *petición*, además del resto de los requisitos que la ley misma establecen para que la muerte-homicidio no sea delito: que la provoque un médico, que el individuo esté enfermo, etc.<sup>225</sup>

En un sentido similar, la ley de Luxemburgo<sup>226</sup>, entre otras.

Es decir: establecen que no es delito, en algunos supuestos, la ayuda al suicidio *a petición*.

Se ve aquí un claro –y a nuestro entender, correcto- paralelismo entre la regulación de la ayuda al suicidio a petición y la muerte a petición, ya sea atenuando la conducta de dar ayuda o provocando la muerte, o haciéndola impune.

En Suiza, el Código Penal tipifica como delito la ayuda al suicidio, sólo si la finalidad de aquel que ayuda, es egoísta.<sup>227</sup> Es decir: Suiza despenaliza la ayuda al suicidio, no sólo por piedad, sino “no por egoísmo”. No es una variante de muerte pía según nuestra concepción, pero de alguna forma remite a ella, negando su opuesto.

#### **8.1.4- Situaciones que merecen especial análisis**

<sup>221</sup> Código Penal Portugués, art. 135.

<sup>222</sup> Código Penal Guatemalteco, art. 128. Código Penal Boliviano, art. 256.

<sup>223</sup> Código Penal Brasileño, art. 122.

<sup>224</sup> Código Penal Español, art. 143.

<sup>225</sup> El Código Penal Neerlandés tipifica el suicidio en su art. 294. Éste, remite para establecer la excepción, a la Ley de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.

<sup>226</sup> Ley del 16 de marzo de 2009 sobre la eutanasia y el suicidio asistido.

<sup>227</sup> Código Penal Suizo, art. 115.

Entendemos que incluso en los Estados en los cuales se decida punir la ayuda *pía* al suicidio, corresponde meditar sobre la posibilidad de no aplicar pena para aquél que colabora con un suicida en su muerte, cuando se dan causas atendibles para la intervención de un tercero en el acto.

Estas causas pueden ser:

a) Una imposibilidad del suicida de procurarse su propia muerte sin ayuda.

Este es el caso, por ejemplo, de Ramón Sampetro. Él, en su estado de tetraplejía, no podía preparar el cianuro que acabaría con su vida. Necesitó que su amiga le acercara el vaso con un sorbete a su cabeza –la única parte de su cuerpo que podía mover-, y hecho eso, él cometió suicidio absorbiendo el tóxico.

En esta línea de argumentación, se ha dicho que cuando se da una imposibilidad material del suicidio, la punición de aquel que colabore con la muerte es un agravante más de la enfermedad que invalida al suicida. Si él pudiese suicidarse, el sistema penal no intervendría. Pero como físicamente no puede, se le priva de su posibilidad de decidir.

En este sentido, el catedrático Josep Miquel Prats:

...la regulación actual (*española*) hace peor el derecho a unos sujetos, sujetos especialmente desvalidos, que al resto de los ciudadanos. Tal y como hemos señalado, las conductas de suicidio, por las razones que sean, entre las cuales sin duda se encuentra las de enfermedad, no son punibles, por lo tanto quienes tienen la capacidad de ejecutar por sí mismo una drástica decisión queda fuera del Derecho penal, por el contrario quien carece de capacidad física para procurarse la muerte no puede auxiliarse de un tercero ya que este comportamiento se tiene criminalizado. En definitiva, que reconocemos una facultad, o si se prefiere no criminalizamos un comportamiento, si uno mismo es capaz de ejecutarlo y por el contrario negamos dicha facultad, criminalizamos el comportamiento de quien carece de capacidad física para ejecutarlo, lo cual parece poco respetuoso con el principio de igualdad.<sup>228</sup>

Incluso, puede alegarse que no permitir la ayuda al suicido en este caso extremo, puede llegar a instar a que algunas personas que padecen enfermedades

---

<sup>228</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 141 y 142.

degenerativas progresivas, deciden suicidarse *mientras pueden*, por miedo a luego ya no poder hacerlo sin comprometer penalmente a quienes las asistan.

b) Una imposibilidad del suicida de procurarse una muerte calma, o la muerte menos indolora posible. Por ejemplo, una persona que por una enfermedad determinada no puede suicidarse tomando pastillas en dosis letales –ejemplo: una enfermedad que le impide tragar, o le impide retener alimentos-. Si no sabe aplicarse inyecciones, y quiere suicidarse sin ayuda, está obligada a hacerlo de una forma violenta –por ejemplo, de un disparo-. Y de una forma violenta y posiblemente dolorosa, si tampoco sabe utilizar armas de fuego.

Cuando se da una imposibilidad de procurarse una muerte serena y *eutanásica*, se ha dicho que se está penando la ignorancia del individuo. Se le está obligando a poner fin a su vida con medios que a él le resulten repugnantes, y que agraven el ya traumático proceso de quitarse la vida.

En un sentido amplio, todos los individuos, a excepción de los médicos y otros profesionales de la salud, tienen alguna imposibilidad de suicidarse de la manera más rápida, indolora y calma posible; por ejemplo, ya sea por no saber qué venenos deben conseguir para ello, o donde, o en qué cantidad o cómo deben suministrárselo. Pero en un sentido estricto –como apuntamos-, algunas personas están en especial desventaja.

En contra de la despenalización de estos casos de ayuda al suicidio –fundamentalmente el segundo-, puede alegarse con total razón, puede favorecer las tendencias suicidas de algunas personas.

c) Finalmente, corresponde meditar sobre otro tipo de casos: el de los individuos consientes pero enfermos de modo tal que siquiera pueden procurarse a sí mismos la muerte, aunque un tercero los asista. Por ejemplo, por tener inmovilidad total, y comunicarse con el mundo solamente por el movimiento de los párpados, y así manifestar clara e indubitablemente su intención y su pedido de morir.

Aquí, incluso un sistema como el alemán, que no pena la ayuda al suicidio, o como el de Suiza que no la pena siempre que el motivo de la ayuda no sea egoísta; tampoco satisfacen las expectativas del enfermo.

En palabras de Alonso Álamo:

... Imaginemos el supuesto de dos enfermos que se encontraran en la misma fase terminal con el mismo pronóstico de muerte inminente, con los mismos dolores insoportables, y que hubieran igualmente solicitado de forma válida ayuda a morir, pero sólo uno de ellos estuviera en condiciones de poder administrarse por sí mismo la medicación letal. Imaginemos cómo acercamos a ambos la medicación solicitada, después de cumplir ¡por supuesto! con todas las formalidades y garantías legales. Y observemos cómo uno, el que puede, la toma, y como el otro asiste inmóvil e impotente a la burla de la que, al menos aparentemente, estaría siendo objeto.<sup>229</sup>

La solución a esta aparente injusticia puede pasar por permitir que se le dé muerte a esa persona impedida. Aunque esta alternativa implica consentir no un suicidio asistido, sino directamente un homicidio.

## **8.2.- La muerte pía practicada por un tercero: homicidio.**

### **8.2.1.- Consideraciones generales**

En este caso, es un individuo el que causa la *muerte pía* de otro: por medios eutanásicos, por piedad y/o con consentimiento –pedido o mera admisión. Es el ejemplo más común de *muerte pía*.

La mayoría de los códigos que tienen disposiciones acerca de algún tipo de *muerte pía*, refieren a la muerte-homicidio. Por ejemplo: *El que por piedad, mata* (Perú). *El que matare a otro por piedad* (Colombia). *Al que prive de la vida a otro* (Distrito Federal de México). *Autor de un homicidio piadoso* (Uruguay). Etc.

Como ya vimos, algunas legislaciones hablan tanto de muerte-homicidio, como de ayuda al suicidio. (Países Bajos, España)

La *muerte pía* practicada por un tercero puede producirse por cualquiera de los medios antes mencionados: muerte activa, muerte por supresión de elementos impeditivos de la muerte, o muerte por omisión.

---

<sup>229</sup> Alonso Álamo, Mercedes. *Sobre “Eutanasia y Derechos Fundamentales”*. *Recensión del libro de Fernando Rey Martínez*.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r3.pdf>

### 8.2.2.- *Regulación especial sobre un tercero en particular: el médico.*

Las legislaciones vigentes que atenúan la pena para algún tipo de *muerte pía* – homicidio o de ayuda al suicidio, no restringen las posibilidades de quién pueda ser el tercero que mata o asiste.

En cambio, las legislaciones que despenalizan algunos tipos de muerte-homicidio o ayuda al suicidio, indican a los médicos como los sujetos que pueden practicar la *muerte pía* o dar asistencia al suicidio; si se satisfacen además otra serie de requisitos.

Así, la ley de Bélgica establece que *el médico que practica una eutanasia no comete delito si se asegura que se satisfagan determinadas exigencias.*<sup>230</sup>

La ley de los Países Bajos dice que: *No será punible en el caso que haya sido cometida por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado...* Esto es aplicable también para la ayuda al suicidio.<sup>231</sup> En cambio, para la atenuación de la pena por homicidio, no es necesario el carácter de médico.

De modo análogo, la Corte Constitucional de Colombia, al establecer los elementos necesarios para que la muerte no sea punible, agrega a que la muerte sea por piedad y que sea en un individuo con enfermedad incurable –establecidos ya por el Código Penal para que exista atenuación de pena-; otros dos: el consentimiento de quien va a morir, y que la muerte sea *practicada por un médico.*<sup>232</sup>

La ley de Muerte Digna del Estado de Oregón –E.U.A.- establece que –bajo ciertas condiciones- no es punible la conducta *del médico* que receta fármacos mortales al paciente, para que éste se suicide. Deja claro que tampoco es punible la conducta de otros individuos que actúan de buena fe conforme esa ley –ejemplo: quien está presente cuando el individuo se suicida, y no lo impide-; pero el único que puede proporcionar el fármaco es el médico.

La Ley del Territorio del Norte, Australia, despenaliza la ayuda a morir dada *por un médico*, bajo ciertos requisitos.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 3, núm. 1, inc. 1.

<sup>231</sup> Código Penal de los Países Bajos, art. 293 in. 2, y art. 294.

<sup>232</sup> Sentencia C 239/97.

<sup>233</sup> En Argentina, la ley 26.529 modificada por la ley 26.742, que sólo consagra el respeto a la voluntad del paciente enfermo de enfermedad terminal manifestada para rechazar tratamientos o pedir la finalización de medidas de soporte vital desproporcionadas; establece: *Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.* (art. 11 bis. El resaltado es nuestro).

A favor de esta restricción en cuanto a los sujetos que realizan la conducta, se ha dicho, por ejemplo:

- Que el médico es quien puede asegurar, con su saber, una muerte indolora – *eutanásica*.-
- Que es quien puede dar la correcta información al paciente, que puede constatar la presencia de otros requisitos que la ley establezca –enfermedad incurable, etc.-.
- Que es un tercero imparcial que verificará la efectiva voluntad de aquél que va a morir, sin tener el punto de vista subjetivo de un allegado directo.

Los dos primeros, argumentos han sido recogidos por la Corte Constitucional de Colombia:

... la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente.<sup>234</sup>

En contra del primer argumento –muerte eutanásica-, se puede resaltar que cabe preguntarse hasta qué punto es una exigencia lógica este tipo de muerte para la impunidad del acto. Y que quien no es médico pero recibe de éste algunas indicaciones bien puede llegar a lograr también una muerte indolora.

En contra del segundo, que solamente tendría cabida si se exige que el individuo necesariamente deba padecer alguna enfermedad. Y además que, incluso en ese caso, el médico podría hacer el diagnóstico y cualquier tercero podría proceder al acto de muerte.

Y en contra del tercero, que esta verificación imparcial podría ser hecha de igual modo –o incluso con mayor certeza- por un funcionario público.

En oposición no ya de a restricción del sujeto activo a los médicos, sino de la participación de los médicos en el procedimiento; se ha dicho que desvirtúa totalmente el arte médico, porque quien es encargado de preservar la vida se convierte en aquel que da la muerte. Esto está mucho más claro cuando se da una muerte activa.

---

<sup>234</sup> Sentencia C 239/97.

Por otro lado, este papel del médico puede alterar negativamente la relación médico-paciente. En este sentido, por ejemplo, el médico Damián Muñoz Sánchez:

...provoca unas consecuencias sociales que pueden ser tremendas, porque – entre otras cosas- se produce un cambio de actitud en el médico que aplica la eutanasia; y como ese médico no va a tratar sólo al paciente que le pide la eutanasia sino a muchos otros, su cambio de actitud puede acabar repercutiendo en el modo como enfocará la atención de los demás enfermos. Puede ir cambiando la mentalidad del médico hasta el punto de acabar aplicando la eutanasia a pacientes que –aunque se la pidan- él considere que, en su caso, el mejor tratamiento sería la eutanasia. Y esto no es ciencia-ficción: ha ocurrido en Holanda. Allí ha habido casos de médicos que han aplicado la eutanasia sin contar con el parecer del paciente, porque ellos habían llegado a la conclusión de que esa vida no merecía la pena ser vivida...<sup>235</sup>

Y Sambrizzi:

De tener el médico la posibilidad de poder aplicar un procedimiento eutanásico para eliminar al enfermo, se enturbiaría su identidad moral y profesional, atribuyéndosele junto al tradicional poder-deber de curar, el tremendo poder de matar, lo que socavaría en forma radical la misión que tienen asignada por la sociedad...<sup>236</sup>

Aunque esta posición también es discutida. Dice Gevers:

...La medicina es demasiado compleja como para ser orientada hacia un solo objetivo fundamental. Creemos que la mayoría de las prácticas médicas legítimas, si no todas, se pueden abarcar en tres objetivos: curación, promoción de la salud, y ayuda a los pacientes para lograr una muerte pacífica y digna.<sup>237</sup>

Y en un sentido muy similar, Miller, en relación al suicidio asistido:

---

<sup>235</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 89.

<sup>236</sup> Sambrizzi, Eduardo A., *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 3.

<sup>237</sup> Gevers, J.K.M., *El suicidio médicamente asistido y la justicia holandesa*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, F., y Salles, A.L.F (compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1998, pág. 313.

Una prohibición absoluta de la muerte asistida basada en el respeto por el cuerpo humano representa una idea errónea de las prioridades médicas. El respeto por el cuerpo humano debe acompañarse de respeto por la persona a la que ese cuerpo corresponde. El médico sirve al paciente a través del cuerpo; sin embargo, en circunstancias desafortunadas, el servicio más apropiado para el paciente requiere terminar con su vida corporal. Finalmente, el respeto por la persona que encuentra intolerable continuar su existencia, tiene precedencia con respeto a la vida material de esa persona.<sup>238</sup>

Se ha planteado también, la idea que los médicos pueden ser influidos para tender a la muerte del paciente, por sus futuros herederos, su representante legal, o quienes están a cargo de asistir al enfermo, cuando la tarea es fatigosa o económicamente costosa.

Y aunque se dejasen de lado estos supuestos, según Rey Martínez:

...Si el suicidio asistido o la eutanasia fueran aceptadas como “terapia”, los médicos podrían juzgar en qué casos sus pacientes son “buenos” candidatos para su práctica. Incluso admitiendo que actuaran de buena fe, las recomendaciones del médico serían un poderoso factor en las elecciones de sus pacientes. De hecho, los enfermos generalmente hacen lo que los médicos les recomiendan...<sup>239</sup>

Por otro lado, las legislaciones positivas que habilitan en determinados casos a los médicos a dar muerte, les permiten no participar del proceso, sea éste por acción u omisión.

En este sentido, la ley belga:

*...No se obliga a ningún doctor para practicar una eutanasia. No se obliga a ninguna otra persona para participar en eutanasia. Si el doctor consultado rechaza practicar una eutanasia, debe informar en tiempo útil al paciente o a la persona de confianza posible, especificando sus razones...*<sup>240</sup>

A primera vista, parece lógico que así sea, pues se está respetando su derecho a actuar conforme sus propias convicciones. Ahora bien: corresponde plantearse qué ocurriría si ningún médico quisiese dar muerte, y sólo un médico está autorizado

<sup>238</sup> Miller, Franklin G. y Brody, Howard, *Integridad profesional y muerte asistida por el médico*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, F. y Salles, A.L.F. (coordinadoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 306.

<sup>239</sup> Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 177.

<sup>240</sup> Ley Relativa a la Eutanasia del 16 de mayo de 2002, art. 14.

por ley a hacerlo. Pues parece que el individuo pudiese reclamara la sanidad su muerte –como si fuese un tratamiento médico más-, y el que nadie le proporcionara el peculiar servicio implicaría una vulneración de su derecho legalmente reconocido.

Por esto se ha llegado a decir que los médicos privados deben tener derecho a objetar y no practicar la muerte, pero no así los médicos de hospitales públicos.

Esta posibilidad, obviamente, también es discutida.

La legislación de la provincia argentina de Río Negro, pretende conciliar estas cuestiones. Refiere a reemplazos o substituciones de médicos que tengan objeciones de conciencia, pero no explica qué ocurriría si no se encontraran dichos reemplazos. La regulación es muy puntual, y entendemos es conveniente reproducirla entera en cuanto a esto incumbe:

*El médico del sistema de salud, que manifieste objeción de conciencia fundada en razones éticas con respecto a la práctica médica enunciada en la presente ley, puede optar por no participar en la misma, ante lo cual el establecimiento del sistema de salud debe suministrar de inmediato la atención de otro profesional de la salud que esté dispuesto a llevar a cabo el procedimiento de información y provisión previsto en la presente.*

*Independientemente de la existencia de médicos que sean objetores de conciencia, el establecimiento asistencial público o privado, debe contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que esta ley confiere.*

*Los reemplazos o substituciones que sean necesarios para obtener dicho fin son realizados en forma inmediata y con carácter de urgente por las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda y, en su defecto, por el Ministerio de Salud.*

*La objeción de conciencia debe ser declarada por el médico al momento de iniciar sus actividades en el establecimiento asistencial público o privado y debe existir un registro en la institución de dicha declaración.<sup>241</sup>*

En la misma dirección, pero con menos detalle, la ley del Territorio del Norte –Australia-; y la Ley del Estado de Oregón –E.U.A.-

---

<sup>241</sup> Ley provincial de Río Negro 4264, art. 12.

Finalmente, si se opta por un modelo restringido con el médico como único actor posible del proceso de muerte; corresponde también plantear la cuestión de aquellos casos en los que no es posible dar con estos profesionales, sin desvirtuar el objetivo del pedido de muerte.

Sirva nuevamente como ejemplo, el ya comentado referido al cadete chileno mutilado y quemado, en un lugar alejado de la civilización; que pedía desesperadamente su muerte. Allí, si se pretendía esperar la llegada de un profesional para practicar la muerte, no se hubieran podido evitar los dolores de aquéllos que la solicitaban.

### **8.2.3 – Otros terceros específicamente determinados**

Puede que la legislación establezca una regulación especial para algún tipo de muerte pía, pero sólo si es realizada por un familiar o un allegado.

Así, por ejemplo, el Código Penal de El Salvador tipifica de manera atenuada la *muerte por piedad y a petición* en individuo enfermo, *si el sujeto activo estuviere ligado por algún vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo.*<sup>242</sup>

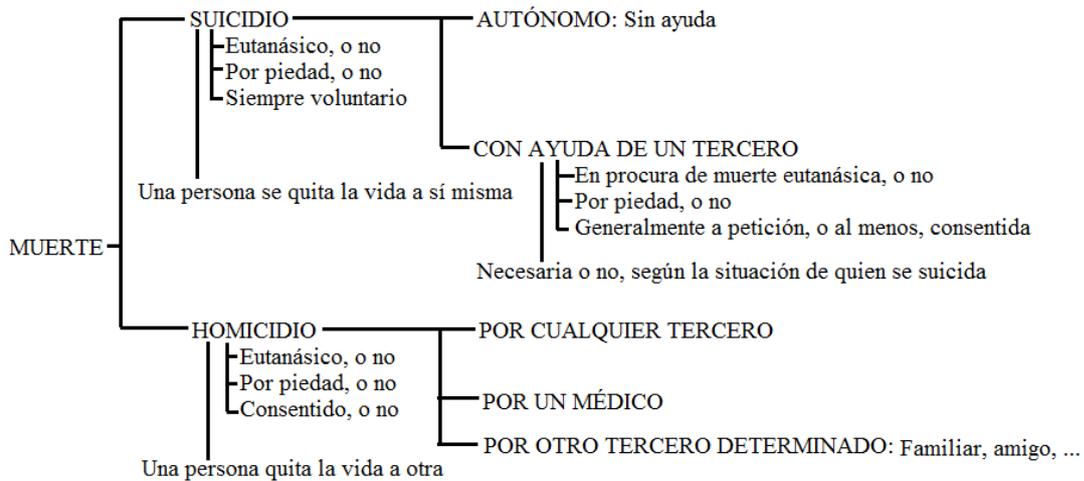
La restricción se debe a que es más comprensible que los citados sujetos tengan compasión con el enfermo y atiendan a sus ruegos. El elemento piedad es más fácilmente acreditable.

En el mismo sentido, en Argentina, el Anteproyecto de Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12) atenúa y permite la eximición de pena a quien mata a otra persona por piedad y a petición —entre otros requisitos— *siempre que estuviere unido a ella por un vínculo de afecto.*

---

<sup>242</sup> Código Penal Salvadoreño, art. 130.

### 8.3- Esquema de lo antes dicho



### 8.4- Valoración

En las sociedades actuales, es casi indiscutible que el suicidio es un acto impune, no sólo por las dificultades que ocasionaría el querer punirlo, sino porque representa un ejercicio de libertad y de autodeterminación.

Cuando el suicidio figura tipificado en un código penal, generalmente se le asigna al suicida (obviamente, en caso de haber fracasado en su intento), una medida de seguridad. Esta es la disposición, por ejemplo, del Código Penal de Honduras, quien le impone a quien intentó suicidarse una *medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico*.<sup>243</sup>

Sobre esta cuestión volveremos al dar nuestra conclusión sobre la *muerte pía*.

La discusión se da, sin embargo, con la ayuda al suicidio. Porque aquí, si bien quien practica la muerte es el sujeto mismo, hay intervención de un tercero. Y mayor oposición desata aún, la situación de *muerte pía-homicidio*, donde la muerte es provocada directamente por este tercero.

La ayuda al suicidio, suscita, entonces, menor rechazo y menos reproche social que el homicidio a petición. En este entendimiento, por ejemplo, como vimos, Suiza permite en algunos casos lo primero, pero nunca lo segundo.

En consecuencia, sostenemos que si se opta por legalizar algunos tipos de *muerte pía* o atenuar sus penas, la opción lógica es legalizar o atenuar siempre la

<sup>243</sup> Código Penal Hondureño, art. 124.

colaboración *pía* al suicidio, de manera equivalente. En este sentido, como vimos, los Países Bajos previeron legalización para muerte-homicidio y para muerte-ayuda al suicidio, bajo determinadas circunstancias. Y España hizo lo propio, atenuando las penas por esas conductas.

Obviamente, en los países donde la colaboración para el suicidio no es delito, la colaboración para el *suicidio pío* no es delito. Se permita o no alguna variante de homicidio *pío*.

En los países donde es un delito la colaboración al suicidio y también el homicidio *pío*, cabe preguntarse si no corresponde hacer algún tipo de excepción para aquellos casos donde se colabora con una persona incapacitada para cometer su propio suicidio.

Corresponde también considerar el caso en que la persona no pueda poner fin a su vida de manera indolora, serena y rápida.

Finalmente, cabe evaluar, la situación de aquellos enfermos consientes y lúcidos que piden su muerte pero no pueden procurársela siquiera con ayuda de terceros.

Para los argumentos a favor y en contra de permitir esa conducta y de no hacerlo, nos remitimos a lo antes dicho.

Por último, con respecto al individuo que actúa, el circunscribirlo a la figura del médico tiene, aparentemente, ventajas y desventajas. La gran controversia parece pasar por cual es el papel del médico en la sociedad actual.

Por otra parte, si se exigiese la participación del médico en el proceso de muerte, dos interrogantes importantes a resolver, son: qué ocurre si ningún médico acepta participar, cuando la ley establece como un derecho individual en determinadas situaciones el solicitar la muerte; y qué ocurre cuando no se puede contar con la participación de un médico si se cumplir con el propósito último de la *muerte pía*.



## **9.- REGULACIONES PARA LA MUERTE PÍA EN EL DERECHO COMPARADO**

### **9.1- Herramientas brindadas por las clasificaciones realizadas.**

A partir del desarrollo presentado de las distintas variantes de la *muerte pía*, entendemos que hemos logrado dos objetivos: la capacidad de descripción objetiva de las regulaciones positivas, y la circunscripción del ámbito de discusión sobre la regulación que puede ser deseable, como atenuación o como no punición del acto de matar.

Enfocándonos en el primer punto: habiendo desentrañado cada uno de los caracteres necesarios y accesorios de lo que llamamos “*muerte pía*”, podemos dar cuenta de qué es lo que ocurre en los países que tienen algún tipo de solución al respecto. Y esas explicaciones no se limitarán a indicar si existe una *muerte legalizada o muerte ilegal –o eutanasia legal o eutanasia ilegal-*, sino que será una explicación detallada.

Entendemos que cualquier descripción que deje de lado alguno de los elementos antes apuntados, puede caer en un reduccionismo distorsivo y nocivo para el buen debate de la temática.

En este apartado, veremos qué han regulado algunas legislaciones positivas, en relación a las muertes que hemos ya identificado.

### **9.2- Situaciones contempladas en el Derecho comparado**

Mencionaremos tipos de muerte pía que distintos Estados recogen en su legislación.

a) *Muerte por piedad*. Brasil, Portugal, Uruguay.

b) *Muerte por piedad en individuo enfermo*. Colombia, Bolivia, Noruega.

c) *Muerte consentida*. Estado de Guanajuato –México-, Italia, Noruega.

d) *Muerte a petición*. Alemania, Austria, Dinamarca, Países Bajos, Portugal, México –Código Federal-, Países Bajos.

e) *Muerte a petición en individuo enfermo*. España, Paraguay, México –Distrito Federal-.

f) *Muerte a petición en individuo enfermo, dada por un médico*. Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo.

g) *Muerte por piedad y a petición*. Grecia, Suiza, Uruguay, Polonia.

h) *Muerte por piedad y a petición en individuo enfermo*. Perú, El Salvador, Costa Rica.

i) *Muerte por piedad y a petición a un individuo enfermo, dada por un médico*. Colombia (conforme sentencia válida erga omnes del Tribunal Constitucional).

j) *Ayuda a morir por piedad*. Suiza (su legislación refiere a *motivos no egoístas*).

k) *Ayuda a morir a individuo enfermo dada por un médico*. Territorio del Norte –Australia-, Estado de Oregón –E.U.A.-, Estado de Washington –E.U.A.-, Estado de Montana –E.U.A., según jurisprudencia del tribunal superior del Estado-.

Nótese que:

- Algunos Estados regulan más de un supuesto. Lo cual parece ser por demás correcto, pues permite tratar diferente situaciones en las que existen diferencias que pueden entenderse por demás relevantes.

- Ninguno de los ejemplos de legislación citados regula como un tipo penal autónomo *la muerte pía* que sólo es *eutanásica*. Lo cual, como ya comentamos, nos parece también acertado. Si bien, como analizaremos luego, en algunas legislaciones que la muerte sea *eutanásica* es un requisito implícito para la despenalización de la conducta.

### ***9.3- Distintas respuestas legales:***

Para las distintas variantes de *muerte pía*, los diferentes ordenamientos señalan diversas soluciones.

Entre éstas podemos destacar:

a) *Atenuación de la pena.* En este caso, la *muerte pía* es un delito, sin embargo cae en un tipo penal diferente, o bien en un atenuante específico del tipo penal *homicidio* o *ayuda al suicidio*. La pena en cuestión entonces, es menor a la que corresponde para la muerte que no reúna los requisitos que la misma legislación establece para considerarla pía.

Ejemplos: España, Paraguay, Perú, El Salvador, Alemania, Austria, Grecia, Países Bajos, México, Portugal, Colombia, Italia, Suiza, Dinamarca.

b) *Posibilidad de atenuación de pena.* En este caso, la regulación es similar a la anterior, solo que el juez determina si aplica o no la reducción, atendiendo al caso en concreto.

Ejemplo: Brasil, Noruega.

c) *Facultad de perdón judicial o eximición de pena.* En este caso, la *muerte pía* también es un delito. Sin embargo, el ordenamiento permite que el juez lo deje sin pena. Es una regulación similar a la anterior, sólo que el juez tiene una facultad mayor.

Aquí, el legislador dejó en manos del juez, en determinados casos, el establecer si la muerte es merecedora o no de pena.<sup>244</sup>

Una desventaja de la regulación, es que obliga a decidir entre: pena del homicidio simple, por un lado; y eximición total de pena, por otro. Es decir, el legislador dejó al juez la posibilidad de escoger entre dos extremos muy distantes.

Este defecto se soluciona si existe otro tipo penal, similar al que habilita la no aplicación de pena, que contempla la atenuación de la pena por homicidio.

Ejemplo: Uruguay.

d) *Atenuación de pena con posibilidad de perdón judicial.* Es una combinación de las regulaciones a) y c), aplicadas a un mismo supuesto de hecho. Es decir: el juez

---

<sup>244</sup> Esta es la solución al debate de la eutanasia por la que se inclina, por ejemplo, Jiménez de Asúa. - Conforme Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pags. 436 y ss.

está obligado a aplicar una pena menor, pudiendo eximir de pena. De allí que se elimine el gran problema de la regulación c) antes mencionado.

Ejemplos: Bolivia, Costa Rica, Polonia.

e) *Despenalización*. Aquí, el comportamiento de matar con *muerte pía*, o dar ayuda pía al suicidio, no es castigado por el ordenamiento. Dicho de otro modo: el ilícito por muerte o ayuda al suicidio, deja de ser tal al tratarse de determinadas muertes.

Ejemplo: Colombia –por resolución aplicable *erga omnes* del Tribunal Constitucional-, Estado de Montana –E.U.A., por resolución de su máximo tribunal-.

f) *Despenalización y derecho del individuo frente al Estado*. En estos ordenamientos, no sólo la conducta de dar muerte o ayudar a morir, en determinados casos, es atípica; sino que los individuos, en esos casos regulados por la ley, tienen derecho a solicitar el procedimiento ante las instituciones públicas.

En general, quienes están exentos de pena y a quienes corresponde participar en el proceso, son médicos. Por lo tanto la institución pública destinada a atender el deseo del individuo, es la sanidad pública. Sin embargo, conforme las legislaciones que analizaremos, los médicos pueden negarse a satisfacerlo. Por lo tanto se suscita la problemática ya mencionada: la que ocurriría si ningún médico estuviese dispuesto a cumplir con el derecho del individuo.

La mayoría de los estados que regulan la despenalización de algún tipo de *muerte pía*, correlativamente, establecen el derecho del individuo en tal sentido a reclamar la atención del Estado.

Ejemplos: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Territorio del Norte –Australia-, Estados de Oregón y Washington –E.U.A.-.

#### **9.4- Análisis de la legislación de distintos Estados.**

Habiendo ya señalado la diversidad de variantes de *muerte pía* que recoge el Derecho comparado, y las distintas respuestas que indica; pasaremos a una exposición pormenorizada de la regulación de algunos países en referencia al tema que nos ocupa.

### 9.4.1. Alemania

(§ 216 del Código Penal)

Homicidio a petición

1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años.

(2) La tentativa es punible.

Hay una atenuación de la pena para el caso de *homicidio dado a petición*. Esa petición debe ser *expresa y seria*. Parece quedar claro entonces que no tiene cabida el consentimiento presunto. Pero no parece que haya razones para no aplicar este artículo en el caso de un consentimiento expreso pero anticipado.

No se exige que el individuo que va a morir, deba estar enfermo. Por lo tanto, esto su condición en este sentido es indiferente, y bien puede tratarse de un individuo sano.

No hay distinción tampoco en el medio de comisión de la muerte, ni en la calidad del tercero que la comete.

Podemos agregar a este análisis que la ayuda al suicidio no es típica en Alemania.

En relación a este artículo, dice Roxin, comentando doctrina alemana:

...Jakobs, en una conferencia pronunciada en 1998 en la Academia bávara de las Ciencias, ha defendido la tesis de que el § 216 StGB debería ser interpretado restrictivamente de modo que únicamente abarcara muertes irracionales. Pero siendo racional el deseo de morir de una persona, su derecho a la autodeterminación debe respetarse de la misma forma que en la eutanasia indirecta o en la pasiva... Otros autores como Herzberg y Merkel estiman en verdad realizado el tipo del § 216 en el caso de una muerte directa causada por deseo del enfermo que sufre gravemente, pero llegado el caso optan por aplicar al autor un estado de necesidad justificante de acuerdo con el § 34 StGB...

Por otro lado, Hoerster propone la introducción de un nuevo § 216 a StGB:

(1) *El médico que matare a una persona incurable y que sufre gravemente, no actúa antijurídicamente cuando el interesado desea expresamente la acción homicida, a*

*causa de haber realizado una reflexión libre y madura tomada en pleno uso de sus facultades mentales y consciente de su situación, o bien cuando el interesado no está en condiciones de realizar una reflexión de esta naturaleza, pero aparece justificada la aceptación de que desearía la acción homicida por tales motivos llegado el caso.*

*(2) La existencia de los presupuestos citados en el apartado primero únicamente conducen a la exclusión de la antijuricidad, cuando ha sido documentada por escrito y motivadamente tanto por el médico que lleva a cabo la acción homicida, como por otro especialista adicional.<sup>245</sup>*

#### **9.4.2 Australia: Territorio del Norte**

*(Ley de derechos del enfermo terminal de 1995.)*

(...)

**3.** ..."enfermedad" comprende las lesiones o la degeneración de las facultades mentales o físicas...

**4.** Un paciente que, en el curso de una enfermedad terminal, está experimentando dolor, sufrimiento y / o angustia a una medida inaceptable, podrá solicitar ayuda a su médico para poner fin a su vida.

**5.** Un médico que reciba una petición mencionada en el punto 4, si considera que las condiciones de la sección 7 se han alcanzado, y con sujeción al artículo 8, podrá ayudar al paciente a poner fin a la vida del paciente, de conformidad con esta Ley; o, por cualquier motivo y en cualquier momento, negarse a prestar esa asistencia.

**6.** (1) Una persona no podrá dar ninguna recompensa o promesa o ventaja que no sea un pago razonable por los servicios médicos, o amenazar o causar ningún perjuicio a un médico o de otra persona por negarse a prestar asistencia ...Pena: \$ 10.000. (...)

---

<sup>245</sup>Roxin, Claus, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)

7. (1) Un médico puede ayudar a un paciente a poner fin a su vida sólo si se cumplen todas las condiciones siguientes:

- (a) que el paciente ha alcanzado la edad de 18 años;
- (b) el médico entiende, por motivos razonables, que: (i) el paciente sufre de una enfermedad que, en el curso normal y sin la aplicación de las medidas extraordinarias, tiene como consecuencia la muerte del paciente; (ii) en el juicio médico razonable, no existe una medida médica aceptable para el paciente que pueden razonablemente llevarse a cabo en la esperanza de lograr una cura, y (iii) cualquier tratamiento médico razonablemente disponible para el paciente se limita al alivio del dolor...;
- (c) un segundo médico, que no sea familiar o empleado, o un miembro de la misma institución médica examinó al paciente y ha confirmado: (i) el dictamen del primer médico en cuanto a la existencia y la gravedad de la enfermedad; (ii) que el paciente probablemente muera como consecuencia de la enfermedad; (...) (iv) que el paciente no sufre una depresión clínica y puede decidir con respecto a la enfermedad;
- (d) la enfermedad es la causa del dolor o el sufrimiento del paciente;
- (e) el médico ha informado al paciente de la naturaleza de la enfermedad y su curso probable, y el tratamiento médico, incluidos los cuidados paliativos, asesoramiento y ayuda psiquiátrica y medidas extraordinarias para mantenerle con vida, que podrían estar a su disposición;
- (f), después de ser informado que se hace referencia en el apartado (e), el paciente indica al médico que ha decidido poner fin a su vida; (...)
- (h) el médico está satisfecho, por motivos razonables, que el paciente está en su sano juicio y que la decisión del paciente a poner fin a su vida ha sido libre, voluntaria y después de la debida consideración; (...)
- (j) el médico ha sido testigo de la firma del paciente en el certificado de solicitud o de la persona que firmó en nombre de la paciente, y ha completado y firmado la declaración correspondiente en el certificado; (...)
- (m) el médico no tiene ninguna razón para creer que ésta, el médico que los refrenden o un pariente cercano o socio de cualquiera de ellos, obtendrá una ventaja económica o de otro tipo que no sea razonable; directa o indirectamente como resultado de la muerte del paciente;

(n) hayan transcurrido no menos de 48 horas desde la firma del certificado cumplimentado de la solicitud;

(o) el médico no ayudará al paciente a poner fin a su vida si éste en algún momento le hubiese dado indicaciones relativas a que ya no es su deseo ese proceso.

(p) El médico mismo provee asistencia y/o su presencia mientras la práctica es efectuada y hasta el deceso del paciente.

**8. (1)** Un médico no debe asistir a un paciente bajo esta ley si, en su opinión o después de considerar un consejo médico referido en la sección 7 (1)(C), haya tratamientos paliativos razonables y disponibles al paciente para aliviar su nivel de sufrimiento.

(2) Cuando un paciente ha solicitado asistencia en virtud de esta Ley, y posteriormente se ha dotado de los cuidados paliativos que provocan la remisión del dolor del paciente o sufrimientos graves, el médico no podrá, en cumplimiento de la solicitud original del paciente para recibir asistencia, ayudar al paciente bajo esta ley. Si posteriormente los cuidados paliativos dejan de aliviar el dolor del paciente y el sufrimiento a niveles aceptables para el paciente, el médico puede continuar para ayudar al paciente bajo esta Ley sólo si el paciente indica al médico el deseo del paciente para proceder en cumplimiento de la solicitud.

**9. (1)** Si un paciente que ha solicitado su médico ayuda para terminar con su vida pero físicamente no puede firmar el certificado de la solicitud, cualquier persona que haya alcanzado la edad de 18 años, que no sea el médico o el médico mencionado en la sección 7, o una persona que es probable que reciba una dotación financiera o pueda beneficiarse directa o indirectamente como resultado de la muerte del paciente, podrá, a petición del paciente (...), firmar el certificado en nombre suyo.

(2) Una persona que firme un certificado de la solicitud en nombre de un paciente pierde cualquier beneficio financiero o de otra índole de la persona como consecuencia de la muerte del paciente.

10. (1) Pese a cualquier disposición de esta Ley, el paciente puede revocar una solicitud de asistencia en cualquier momento y de cualquier manera.

(2) Cuando un paciente anula una solicitud, médico del paciente, tan pronto como sea posible, debe destruir el certificado de la solicitud...

**11.(1)** Ninguna persona podrá, mediante engaño o influencia indebida, procurar la firma o ser testigo de un certificado de solicitud. Pena: 20.000 dólares o pena de prisión de 4 años.

(2) Una persona declarada culpable de un delito contra la subsección (1) pierde cualquier beneficio financiero o de otra persona lo haría obtener de otro modo, directa o indirectamente, como resultado de la muerte del paciente, si los resultados de muerte de asistencia prestada en virtud de la presente ley.

**12.** Un médico que, en virtud de esta ley, ayuda a un paciente a terminar con la vida del paciente deberá presentar...:

(a) una nota de una solicitud oral de la paciente para ese tipo de asistencia;

(b) el certificado de la solicitud;

(c) un registro de la opinión del médico del paciente en relación al estado mental del paciente en el momento de la firma del certificado de la solicitud; y la certificación de la opinión del médico de que la decisión del paciente para poner fin a su vida se hizo libre, voluntaria y después de la debida consideración;

(d) el informe del médico mencionado en la sección 7 (1) (c);

(e) una nota del médico del paciente que indique (i) la certificación en cuanto a la independencia del médico mencionado en la sección 7 (1) (c) ... (ii) que todos los requisitos de esta Ley se han cumplido; (iii) las medidas adoptadas para llevar a cabo la solicitud de asistencia, y (iv) una anotación de la sustancia prescrita...

Pena: \$ 10.000 o prisión de 2 años. .

**16.** (1) No obstante la sección 26 (3) del Código Penal, una medida adoptada de conformidad con esta Ley por un médico o por un proveedor de cuidado de la salud bajo las instrucciones de un médico, no constituye un delito (...)

**19.** La venta, adquisición o emisión de toda la vida, la salud o seguro de accidentes o la política de renta vitalicia no deberá estar condicionado a la o afectados por la producción o la revocación de una solicitud de asistencia en virtud de esta Ley o la entrega de esa asistencia.

**20.** (1) Una persona no debe estar sujeto a la acción civil o penal o una acción disciplinaria profesional por todo lo que haga en buena fe y sin negligencia en el cumplimiento de esta Ley, así como por estar presente cuando un paciente toma o recibe una sustancia prescrita para o poner fin a su vida. (...)

(4) El proveedor de cuidados de salud no está bajo ninguna obligación, ya sea por contrato, estatuto u otro requisito legal, para participar en el suministro al paciente de la asistencia prevista en esta Ley, y si un médico no puede llevar a cabo la operación, debe transferir al paciente a su cuidado a otro proveedor de cuidado de salud, previa petición de transferencia (...)

Inmediatamente después de la muerte, el médico debe enviar al juez de instrucción una copia con los datos de la muerte. Los jueces informarán a la Fiscalía General sobre la cantidad de muerte, y ésta, a la Asamblea Legislativa<sup>246</sup>

Aquí existe una despenalización de la ayuda al suicidio, dada por un médico a un individuo que tiene una enfermedad terminal y dolorosa, a petición del enfermo.

Es interesante destacar que la ley especifica que el sufrimiento del paciente debe estar dado por la enfermedad terminal, y no por otro factor.

---

<sup>246</sup> Conforme inciso 14 de la presente Ley.

La solicitud debe ser libre, voluntaria, y luego de debida consideración. Específicamente se prevé que debe estar en su sano juicio, y sin sufrir depresión clínica que le imposibilite decidir sobre su enfermedad –art. 7 c iv- .

La petición debe plasmarse en un escrito. En caso que la persona no pudiese firmar, puede hacerlo otro en su reemplazo. Pero la ley se encarga de prevenir que la firma sea suplida por motivos económicos: indica específicamente que quien recibirá beneficios de la muerte del paciente, no puede suplir su firma –art. 9 inc. 1-; exige al médico verificar este punto –art. 7 inc. m-; y quita cualquier beneficio a quien firma en reemplazo –art. 9 inc. 2-.

La ley se encarga enérgicamente de remarcar el derecho del médico, incluso si se dan todas las circunstancias mencionadas, optar por proceder a la asistencia o no. – arts. 5, 6, 20 inc. 4 y concordantes-.

No está previsto expresamente que la ayuda debe tender a una muerte eutanásica – sin dolor-, pero la obligación del médico de indicar la prescripción hecha, hace presuponer este punto.

La despenalización específicamente se refiere tanto al ámbito civil y penal, como al profesional, e incluye tanto el actuar conforme a la ley –dar ayuda al suicidio- así como estar presente cuando se da esa ayuda o cuando el paciente pone fin a su vida. Esto último refiere también a aquellos que no son médicos. V.g: el familiar del enfermo que está presente cuando éste pone fin a su vida, no puede ser acusado de negligencia alguna.

En el año 1997, el Gobierno Federal de Australia, promulgó una ley restringiendo las facultades de algunas divisiones políticas del país en cuanto hace a la regulación de la terminación de la vida:

*(Ley Federal de Eutanasia de 1997)*

(...) Modificación de las facultades del gobierno autónomo del Territorio del Norte

1. Sin perjuicio de esta sección, el poder de la Asamblea legislativa conferida...en relación con la formación de las leyes no se extiende a la elaboración de leyes que permiten o tienen el efecto de permitir -ya sea

sujeta a condiciones o no- la forma intencional de muerte dada a otro, llamada eutanasia -que incluye la muerte misericordiosa-, o la asistencia de una persona para que ponga fin a su vida.

2. La Asamblea Legislativa tiene el poder de hacer leyes con respecto a: (a) la retirada o la suspensión de las medidas médicas o quirúrgicas para prolongar la vida de un paciente, pero no tanto como para permitir el asesinato intencional de la paciente, y (b) el tratamiento médico en la prestación de cuidados paliativos a un paciente moribundo, pero no tanto como para permitir el asesinato intencional de la paciente, y (c) el nombramiento de un agente por un paciente que está autorizado a tomar decisiones sobre la retirada o suspensión de tratamiento, y (d) la derogación de las sanciones legales contra el intento de suicidio.

Aplicación. Para evitar dudas, la aprobación de la Asamblea Legislativa dio a los *derechos de la Ley de Enfermedad Terminal 1995* no tiene fuerza o efecto que una ley del territorio, excepto en lo que respecta a la legalidad o validez de cualquier acto realizado en virtud de los mismos antes del comienzo de la presente ley...

En síntesis: el Territorio del Norte –Australia- no tiene facultades para legislar sobre homicidio *a petición* –que, según la ley, incluye homicidio *por piedad*-, ni sobre ayuda al suicidio.

Sí tiene facultad para legislar en suspensión u omisión de tratamientos, que no configuren una muerte intencional del paciente. De esta disposición parece surgir que no procede la legislación sobre retirada de elementos necesarios para la vida, en cuanto esta acción configure un homicidio o bien una ayuda al suicidio. De esta cuestión hemos hablado en la sección anterior.

Para ser totalmente específica, la ley federal explicita que la Ley de Enfermedad Terminal de 1995 no tiene fuerza de ley, salvo para la validez de los actos ya realizados.

La misma modificación sufren, por efectos de la misma ley, los marcos legales del Territorio Capital de Australia y de la Isla de Norfolk; excepto la referencia a una ley anterior de esas administraciones, pues en ellas no existía tal disposición.

### 9.4.3 – Austria

(§ 77 del Código Penal)

El que ocasiona la muerte de una persona a petición seria e insistente de ésta es sancionado con prisión de seis meses a cinco años.

Se atenúa la pena para el homicidio cuando éste es *a petición*, siendo la petición seria e insistente.

A diferencia del tipo penal alemán, no exige que la petición sea expresa.

No se especifica modo de comisión de la muerte, ni se requiere enfermedad en el individuo, móvil de piedad o carácter especial de quien mata.

### 9.4.4- Bélgica

(Ley relativa a la Eutanasia, del 28 de mayo de 2002)

Las modificaciones realizadas en febrero de 2014, referentes a la “eutanasia” en menores, están en cursiva.

(...) *Art. 2* : Para la aplicación de la presente ley, es necesario entender por eutanasia el acto, practicado por un tercero, que pone intencionalmente fin a la vida de una persona a petición ésta.

*Art. 3* : Num. 1: El médico que practica una eutanasia no comete delito si se asegura que:

- el paciente es mayor de edad, menor emancipado, capaz, *o menor dotado de la capacidad de discernimiento*, y consciente en el momento de su petición;
- la petición se formula de una manera voluntaria, se refleja y se repite, y eso no resulta de una presión externa;
- el paciente *mayor o menor emancipado* está en una situación médica sin estado de la salida y del hecho de un sufrimiento constante e insuperable, físico o psíquico, que no puedan ser aliviados y que resulte de una afección accidental o patológica

grave e incurable; y eso observa las condiciones y los procedimientos prescritos por la actual ley.

- *El paciente menor dotado de la capacidad de discernimiento se encuentra en una situación médica sin resultado, próxima a su deceso en el mediano plazo y hace estado de un sufrimiento psíquico constante e insoportable que no puede ser apaciguado y que resulta de una afección patológica grave e incurable*

*Num. 2:* A reserva de las condiciones complementarias que el médico desearía poner en su intervención, debe de antemano y en todos los casos:

1º informar al paciente de su estado de salud y de la esperanza de vida, a actuar en concierto con el paciente en su petición para eutanasia y recordar con él las posibilidades terapéuticas posibles así como las posibilidades que el cuidado paliativo y sus consecuencias ofrecen. Debe llegar, con el paciente, con la convicción que no hay otra solución razonable en su situación y que la petición del paciente es enteramente voluntaria;

2º asegurarse de la persistencia del sufrimiento físico o psíquico del paciente y de su voluntad reiterada. Para este propósito, realiza con el paciente varias conversaciones, espaciadas de un rato razonable en comparación con la evolución del estado del paciente;

3º consultar a otro médico en cuanto al carácter serio e incurable del afecto, especificando las razones de la consulta. El médico consultado toma la nota del archivo médico, examina a paciente y se asegura del carácter constante, insoportable, e inaguantable, del sufrimiento físico o psíquico....

4º si hay un equipo que se ocupa en enlace regular con el paciente, discutir la petición del paciente con el equipo o los miembros de éste;

5º si tal es la voluntad del paciente, discutir su petición con las personas relacionadas cercanas que ésta indica;

6º cerciorarse de que el paciente tuviera la ocasión para discutir su petición con la gente a que deseaba satisfacer.

*7º Además, cuando el paciente es menor no emancipado, consulta un psiquiatra infantil o un psicólogo, precisando las razones de su consultación.*

*Los médicos asisten a las conversaciones con los representantes legales del menor aportando todas las informaciones...*

*Num. 3:* Si el médico piensa que no intervendrá la muerte obviamente pronto, debe, por otra parte:

1º consultar a un segundo médico, siquiatra o especialista en patología referida, especificando las razones de la consulta. El médico consultado toma la nota del archivo médico, examina a paciente, se asegura del carácter constante, insoportable e inaguantable de la petición voluntaria, reflejada y repetida así como del sufrimiento físico o psíquico y de su carácter... El médico consultado debe ser independiente tanto al paciente que con respecto al médico tratante y del primer médico consultado...;

2º que se ha dejado pasar por lo menos un mes entre la petición escrita del paciente y del eutanasia.

*Num. 4:* La petición del paciente *así como el acuerdo con los representantes legales del mejor* debe constar en acta escrita. El documento es compilado, fechado y firmado por el paciente mismo. Si no está en una posición para firmar su petición se debe dejar constancia de la solicitud en el acta y debe ser firmada por una persona importante de elección del paciente y que no pueda tener ningún interés material con la muerte del paciente. Esta persona menciona el hecho de que el paciente no está en una posición para formular su petición escrita e indica las razones de ellas... El paciente puede revocar su petición en cualquier momento y en este caso se retira del archivo médico y se devuelve al paciente.

*Art. 4 : Num. 1:* todo mayor de edad o menor emancipado capaz, para el caso donde no podría expresar su voluntad, puede consignar en escritura, en una declaración, su voluntad que un médico le practique la eutanasia si este médico observa:

1. que está en presencia de una afección natural o accidental patológica grave e incurable.
2. que está inconsciente;
3. que la situación es irreversible dependiendo del estado actual de la ciencia.

La declaración puede nominar preferiblemente a unas o más personas mayores, clasificadas por orden de preferencia, que puedan informar de la voluntad del paciente... Debe ser observada en la escritura, ser elaborada en la presencia de dos testigos... Si la persona que desea hacer un declaración anticipada, está físicamente en imposibilidad permanente de escribir y ha mostrado su voluntad la declaración puede ser llevada a un acta...

La declaración debe entonces especificar que el paciente no puede escribir y muestra, e indica las razones de ellas. El declaración debe ser firmado por la persona y el acta de la declaración en escrito, firmada por los testigos y, si posible, por la gente de la confianza....

La declaración puede ser considerada solamente si fue establecido o confirmado menos de cinco años antes del principio de la imposibilidad de expresar su voluntad.

La declaración se puede retirar o adaptar constantemente...

*Num. 2:* Un médico que practica una eutanasia, siguiendo una declaración anticipada, según lo considerado con el Num.1, no comete una ofensa si observa que el paciente: presenta una afección accidental o patológica grave e incurable; está inconsciente; y ése esta situación es irreversible dependiendo del estado actual de la ciencia; y se observan las condiciones y los procedimientos prescritos por la actual ley.

A reserva de las condiciones complementarias que el médico desearía poner en su intervención, debe de antemano:

1º consultar a otro médico en cuanto a la irrevocabilidad de la situación médica del paciente, informándole las razones de esta consulta...

2º si hay un equipo que se ocupa en enlace regular con el paciente, discutir el contenido de la declaración anticipada con el equipo que se ocupaba o de los miembros de éste; 3º si en la declaración se nombra a una persona de confianza, discutir con él la voluntad del paciente; 4º si en la declaración se nombra a una persona de la confianza, discutir el contenido de la declaración anticipada del paciente con las relaciones cercanas del paciente a que la persona de la confianza indica... (...)

*Art. 14* La demanda y la declaración anticipada de la voluntad según lo considerado en los artículos 3 y 4 de esta ley no tienen un valor vinculante. No se obliga a ningún médico para practicar una eutanasia. No se obliga a ninguna otra persona para participar en eutanasia. Si el médico consultado rechaza practicar una eutanasia, debe informar en tiempo útil al paciente o a la persona de confianza posible, especificando sus razones. Si su denegación es justificada por una razón médica, ésta se consigna en el archivo médico del paciente. El médico que rechaza tomar la acción en una petición de eutanasia se sostiene, a petición del paciente o de la persona de la confianza, para comunicar el archivo médico del paciente al médico designado por este último o la persona de la confianza.

*Art. 15* La persona que murió al seguir un procedimiento de eutanasia en el respecto de las condiciones impuestas por la actual ley se considera que ha fallecido por muerte natural referente a la ejecución de los contratos a los cuales se había obligado, en especial referido a los contratos particulares de seguro...

Conforme la misma ley, - en los artículos no citados- se crea una comisión de control y evaluación del uso de dicha ley. Tiene dieciséis miembros, que incluyen médicos en medicina, profesores de derecho o abogados. La comisión elabora un documento que debe ser llenado por el médico que practica la muerte. Contiene los datos del paciente, de su enfermedad, de su manifestación de voluntad, y el detalle del procedimiento de muerte. La comisión evalúa los documentos. Si hay dudas sobre el cumplimiento de los requisitos de la ley, puede levantar el anonimato del médico. Si, hecho esto, piensa que se violó la ley, remite el caso a la fiscalía – “querellante del Rey”-

La comisión realiza también informes estadísticos, y sugerencias de mejora de la ley.

La ley llama “eutanasia” a lo que nosotros denominamos “*homicidio a petición*” – como variante del *homicidio consentido*–.

Despenaliza la muerte a petición, debiendo ser la petición voluntaria, repetida y sin presión externa. Debe, obviamente, ser recibida por el médico. Quien la da debe ser una persona mayor, o un menor emancipado. Desde febrero de 2014 también un mejor, con acuerdo de sus padres.

Del requisito de informar cómo se produjo la muerte, y de la ética médica, se deduce que la muerte debe ser *eutánasica*: sin dolor.

Debe padecer una enfermedad dolorosa e incurable. No necesita ser terminal, salvo para menores.

El consentimiento es informado y es revocable. Es también por escrito. Esto último implica un consentimiento expreso, no siendo aceptable uno presunto. Específicamente se acepta un consentimiento genérico: voluntad anticipada; también regulado en la ley. Para que ésta sea válida, debe haber también una enfermedad dolorosa e incurable, y estar inconsciente irreversiblemente.

La muerte debe ser practicada por un médico, con un procedimiento previo: información al paciente, verificación, consulta con otro médico,.. Si la muerte natural no es inminente, deben transcurrir un mes desde la petición. Y un procedimiento posterior: la información a la Comisión, antes mencionada.

Específicamente se prevé que ningún médico ni otra persona está obligada a practicar la muerte. Si el médico se niega a practicarla, debe informarlo en tiempo útil.

Por último, la ley establece que se considera que quien murió por este proceso, murió por muerte natural, en relación a los contratos.

#### **9.4.5 – Bolivia**

*(Art. 257 del Código Penal)*

Se impondrá la pena de reclusión de uno a tres años, si para el homicidio fueren determinantes los móviles piadosos y a apremiantes las instancias

el interesado, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables, pudiendo aplicarse la regla del art. 39 y aún concederse excepcionalmente el perdón judicial.

El artículo 39 al que apunta la remisión, hace referencia a atenuaciones especiales de pena.

El tipo penal atenúa la pena por muerte, o incluso deja abierta la posibilidad de despenalización. La muerte es *por piedad y a petición*.

No especifica qué tipo de consentimiento se requiere. El término *apremiantes* – urgentes- parece indicar un consentimiento expreso, o al menos un consentimiento presunto donde haya buenos fundamentos para presuponer dicha urgencia.

El individuo debe ser un individuo enfermo de enfermedad terminal (y por ende, incurable), o dolorosa y posiblemente incurable.

No distingue el modo de comisión de la muerte, ni determina sujetos especiales que puedan caer dentro de este tipo.

#### **9.4.6- Brasil**

*(Art. 121 del Código Penal)*

Matar a alguien... (Pena de 6 a 20 años)

Caso de disminución de pena:

1º: Si la persona comete el crimen impulsado por relevante motivo de valor social o moral, o bajo el dominio de emoción violenta luego de una injusta provocación de la víctima, el juez puede reducir al pena de un sexto a un tercio.

Según esta regulación, existe una facultad del juez para reducir la pena, -entre otras situaciones- en el caso muerte por motivo moral. Dentro del motivo moral, podemos encontrar la piedad. Por lo tanto, en el Brasil, frente a la *muerte por piedad*, el juez puede disminuir la pena en relación a la escala penal prevista para el simple homicidio.

Esta regulación como discrecionalidad judicial, se corresponde al modo amplio de redacción, que hace que se deba analizar cada caso en concreto dando un importante margen de interpretación y la posibilidad de valorar cantidad de elementos no especificados.

Siendo que la ley no habla de individuo enfermo, el occiso bien puede ser un individuo sano, y la piedad provenir de otro motivo diferente a su salud. Es decir: no se requiere una *piedad específica*.

No se explicita forma de muerte, ni se requiere que quien la practique tenga alguna cualidad especial.

La legislación de Brasil, por otro lado, pena también la ayuda al suicidio.<sup>247</sup> Sin embargo, no da al juez la facultad de reducir sin pena la ayuda al suicidio realizada por un motivo de valor social o moral. Esta asimetría, como ya hemos comentado, nos parece incorrecta e injustificada.

#### **9.4.7- Colombia**

*(Art. 326 del Código Penal)*

El que mate a otro por piedad para poner fin a sus intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

Es una atenuación de una *muerte por piedad*.

El individuo debe ser enfermo de enfermedad – explícitamente en su sentido amplio- dolorosa e incurable –terminal o no-.

No se hace mención a modo de comisión del deceso, ni a alguna calidad especial en quien lo practique.

La constitucionalidad de este artículo del Código Penal, fue cuestionada. Un ciudadano particular planteó ante la Corte Constitucional Colombiana, que el

---

<sup>247</sup> Código Penal Brasileño, art. 122. Tipifica: Inducir o instigar a alguien a suicidarse, o prestarle ayuda para que lo haga. Se pena si el delito se consuma, y, en la misma medida, si resultan lesiones graves. Agrava: si la ayuda al suicidio se practico por motivos egoístas.

mencionado texto violaba la Carta Magna de ese país, argumentando, entre otras cuestiones, que:

...el Estado (*colombiano*) no cumple su función, pues deja al arbitrio del médico o del particular la decisión de terminar con la vida de aquéllos a quienes se considere un obstáculo, una molestia o cuya salud represente un alto costo.

Si el derecho a la vida es inviolable..., de ello se infiere que nadie puede disponer de la vida de otro; por tanto, aquél que mate a alguien que se encuentra en mal estado de salud, en coma, inconsciente, con dolor, merece que se le aplique la sanción (...) (*del homicidio simple o agravado*) y no la sanción del artículo 326 (*homicidio por piedad*) ibídem que, por su levedad, constituye una autorización para matar...

La norma acusada vulnera el derecho a la igualdad, pues establece una discriminación en contra de quien se encuentra gravemente enfermo o con mucho dolor. De esta manera el Estado relativiza el valor de la vida humana, permitiendo que en Colombia haya ciudadanos de diversas categorías.

...El homicidio piadoso es un subterfugio traído de legislaciones europeas en donde la ciencia, la técnica y la formación son disímiles al medio colombiano, donde se deja morir a las personas a las puertas de los hospitales. Es una figura que envuelve el deseo de librarse de la carga social.

En el homicidio piadoso se reflejan las tendencias de los Estados totalitarios fascista y comunista, que responden a las ideas hitlerianas y stalinistas; donde los más débiles, los más enfermos son conducidos a las cámaras de gas, condenados a éstas seguramente para "ayudarles a morir mejor".<sup>248</sup>

El Defensor del Pueblo de Colombia, el Ministro de Justicia y de Derecho, el Fiscal General de la Nación, y el Ministerio Público se pronunciaron a favor de la constitucionalidad el artículo en cuestión, argumentando, entre otras cuestiones, que:

- La conducta de quien mata no está libre de sanción. Por lo tanto, el bien jurídico *vida* está protegido. Estableciendo una pena para el homicidio por piedad, el Estado muestra el desvalor de la conducta.

- Corresponde al legislador establecer diferencias en las penas aplicables para diferentes tipos de homicidio, en razón del principio de igualdad y razonabilidad. El castigo debe guardar relación con la culpabilidad. Por lo que no sería razonable ni proporcional que al responsable de un homicidio por piedad se le aplicara la misma sanción de quien incurre en un homicidio simple o agravado;

---

<sup>248</sup> Sentencia C 239/97, I. B. Demanda.

puesto que el homicida por piedad no tiene una motivación perversa, sino altruista.

- Considerar el bien jurídico tutelado como único criterio para establecer la punibilidad de una conducta realizada por una persona determinada, conduce a una deshumanización de la actividad punitiva del Estado.<sup>249</sup>

La Corte Constitucional, da la razón a estos funcionarios. Destaca que el peticionante confunde el *homicidio por piedad* y la *eugenesia*.

Resalta que:

Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida. (...)

El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia. (*por su enfermedad*)<sup>250</sup>

Por lo tanto, la Corte Constitucional declaró que el artículo citado es conforme derecho. Pero fu más allá de esto, y seguidamente estableció bajo qué condiciones, la conducta siquiera debe ser punible.

Determinó que, si se dan los supuestos del artículo 326 antes transcripto

...en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.<sup>251</sup>

Conforme el sistema colombiano, la Corte Constitucional resuelve *erga omnes*. Por lo tanto, su determinación debe ser seguida por todos los jueces del Estado. En consecuencia, sus sentencias son más que una referencia jurisprudencial.

En palabras de Germán Lozano Villegas:

<sup>249</sup> Véase la resolución citada, puntos I B 1, I B2, I B3 y I B4.

<sup>250</sup> Sentencia C 239/97, II B.

<sup>251</sup> Sentencia C 239/97, punto III.

...el tema de eutanasia fue conocido por el citado organismo judicial y de ahí la importancia que revisten los efectos de la declaración sobre el ordenamiento jurídico; máxime si en la práctica lo que hizo fue despenalizar la eutanasia activa, circunstancia que ha dado origen a una airada controversia en mi país sobre la oportunidad de la misma, así como del papel de la Corte Constitucional en el sistema constitucional colombiano.<sup>252</sup>

Se despenaliza la muerte por piedad y a petición, dada por un médico, a un paciente con enfermedad dolorosa y terminal. De la justificación de la resolución – que citaremos parcialmente-, se desprende que el consentimiento debe ser informado.

Por otro lado, la Corte no establece que el individuo tenga derecho a ser atendido en su petición de muerte, aunque se den las circunstancias antes mencionadas.

Dos de los magistrados que votaron a favor de la resolución, además, manifestaron que debió declararse inconstitucional el delito de inducción al suicidio.

Los fundamentos que ha dado la Corte para la despenalización, son, entre otros:

En relación con el homicidio por piedad, ninguna disposición penal hace alusión al consentimiento del sujeto pasivo del hecho. ¿Significa esta omisión que dicho consentimiento no es relevante? ...La Constitución de 1991 introdujo significativas modificaciones en relación con los derechos fundamentales, que obligan a reinterpretar todas las disposiciones del Código Penal, bajo esa nueva luz; es por ello que la Corte entra a analizar si es legítimo que dentro de este orden constitucional se penalice a la persona que ejecuta un homicidio por piedad, pero atendiendo a la voluntad del propio sujeto pasivo... Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera,

---

<sup>252</sup> Lozano Villegas, Germán, *La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional*, consultado online: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/9.pdf>

independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, ... En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.... En este sentido la Corte señaló: "El principio de dignidad *no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad.(...)*" ... Por otra parte, el mismo artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la *solidaridad* como uno de los postulados básicos del Estado Colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y *solidario* de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás. ...debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral.

Job es un patético ejemplo de valor para sobrellevar la existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes; pero la resignación del santo, justificable y dignificante sólo por su inmovible fe en Dios, no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues de nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción. Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles...<sup>253</sup>

El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente

---

<sup>253</sup> Sentencia C 239/97, punto II C 1.

que desea morir en forma digna. ...Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insostenibles, incompatibles con su idea de dignidad. (...)

No sobra recordar que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre, manifestado inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en que se encuentra....Por ello la Corte concluye que el sujeto activo debe de ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar esa información al paciente sino además de brindarle las condiciones para morir dignamente. Por ende, en los casos de enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no pueden ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren...<sup>254</sup>

La Corte Constitucional, además, insta al Congreso de Colombia a regular sobre esta temática:

Como el Estado no es indiferente a la vida humana, sino que, como se señaló, tiene el deber de protegerla, es necesario que se establezcan regulaciones legales muy estrictas sobre la manera como debe prestarse el consentimiento y la ayuda a morir, para evitar que en nombre del homicidio pietístico, consentido, se elimine a personas que quieren seguir viviendo, o que no sufren de intensos dolores producto de enfermedad terminal. Esas regulaciones deben estar destinadas a asegurar que el consentimiento sea genuino y no el efecto de una depresión momentánea. (...) En fin, puntos esenciales de esa regulación serán sin duda:

1. Verificación rigurosa, *por personas competentes*, de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir.
2. Indicación clara de las personas (sujetos calificados) que deben intervenir en el proceso.
3. Circunstancias bajo las cuales debe manifestar su consentimiento la persona que consiente en su muerte o solicita que se ponga término a su sufrimiento: forma como debe expresarlo, sujetos ante quienes debe expresarlo, verificación de su sano juicio por un profesional competente, etc.
4. Medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico.
5. Incorporación al proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera

---

<sup>254</sup> Sentencia C 239/97, punto II C 3.

que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones.

Como estas regulaciones sólo pueden ser establecidas por el legislador, la Corte considera que mientras se regula el tema, en principio, todo homicidio por piedad de enfermos terminales debe dar lugar a la correspondiente investigación penal, a fin de que en ella, los funcionarios judiciales, tomando en consideración todos los aspectos relevantes para la determinación de la autenticidad y fiabilidad del consentimiento, establezcan si la conducta del médico ha sido o no antijurídica, en los términos señalados en esta sentencia. De otro lado, y en aras de la seguridad jurídica, la Corte exhortará al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna.<sup>255</sup>

Podemos agregar que en el año 2001 entró en vigor un nuevo Código Penal, que reproduce el mencionado artículo 326. Según el análisis de Lozano Villegas:

Esta circunstancia de seguro dará lugar a controvertir los efectos de la decisión de la Corte, aun cuando es clara la previsión de la Constitución en establecer que las decisiones de la jurisdicción constitucional gozan de cosa juzgada constitucional, y por lo tanto, la vinculatoriedad de las mismas frente al sistema jurídico.<sup>256</sup>

#### ***9.4.8- Costa Rica***

*(Artículo 116 del Código Penal)*

Homicidio por piedad

Se impondrá prisión de seis meses a tres años al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aun cuando medie vínculo de parentesco

*(Artículo 93 del Código Penal)*

Perdón judicial

También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los jueces al condenado, previo informe que rinda el Instituto de Criminología sobre su personalidad, en los siguientes casos: (...)

<sup>255</sup> Sentencia C 239/97, punto II D.

<sup>256</sup> Lozano Villegas, Germán, op. cit.

6) A quienes en caso de homicidio piadoso, se compruebe que accedieron a reiterados requerimientos de la víctima y el propósito además fue el de acelerar una muerte inevitable;

La primera disposición transcrita, refiere al homicidio *por piedad y a petición* de un enfermo *grave* –sin que exista mayor especificación sobre este término- o incurable.

Conforme la segunda disposición citada, existe también posibilidad de eximir de pena a quien cometió un homicidio *por piedad y a petición*, siempre que el muerto padeciese una enfermedad incurable. La petición debe haberse manifestado de manera repetida y ser recibida pro quien actúa. Esta idea de que la petición sea reiterada podría dar lugar a entender que el consentimiento debe ser específico.

No se hace referencia a modo alguno de la comisión de la muerte, ni a carácter especial de su autor.

#### **4.9.9. Dinamarca**

*(Artículo 139 del Código Penal)*

Al que dé muerte a otro a petición expresa de éste se le impondrá la pena de prisión por una duración que puede elevarse a tres años, o con detención simple por una duración de sesenta días como mínimo.

El tipo penal atenúa la muerte *a petición*, sin más. Sólo se requiere que la petición sea expresa.

#### **4.9.10 El Salvador**

*(Artículo 130 del Código Penal)*

El homicidio causado por móviles de piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o poner fin a graves padecimientos, será sancionado con prisión de uno a cinco años siempre que concurren los requisitos siguientes:

- 1) Que la víctima se encontrare en un estado de desesperación por sufrimientos observables, que fueren conocidos públicamente y que la opinión de los médicos que la asistan así lo hubiere manifestado;
- 2) Que el sujeto activo estuviere ligado por algún vínculo familiar, amistad íntima o de amor con el enfermo; y,
- 3) Que el sujeto pasivo demostrare su deseo de morir por manifestaciones externas de ruegos reiterados y expresos.

En este Estado se atenúa el homicidio *por piedad y a petición*, debiendo ésta ser *expresa y reiterada*. Parecería que, por tanto, no es aceptable un documento de voluntad anticipada.

Además, la muerte debe darse a un individuo que padezca una enfermedad terminal o dolorosa, la cual debe estar corroborada por un profesional y además ser pública. Y el sujeto activo está también limitado por ley, debiendo tener un vínculo familiar o de afecto con aquél a quien mata.

#### **4.9.11. España**

*(Art. 143 Inc. 4 del Código Penal)*

El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

Atenúa la pena para la *muerte a petición*, debiendo ser la petición *seria e inequívoca*. Puede discutirse si entra en este inciso la muerte dada a quien la pidió por medio de un consentimiento genérico, a través de una directiva anticipada (testamento vital). Martínez Arrieta entiende que:

El segundo presupuesto es la petición del enfermo que el Código dice que sea seria, inequívoca y expresa. Lo cual lleva a entender, a mi juicio, que no puede

darse relevancia al denominado testamento vital, en tanto en cuanto no permite acreditar la certeza, en el momento de la decisión final, y no permite acreditar su carácter de inequívoco. La petición expresa quiere decir que ha de constar que no ha de ser interpretada por medios de conjeturas o deducciones. Inequívoca quiere decir que no debe quedar la mínima duda sobre la voluntad de morir. Y sería, es decir, que debe adoptarse tras un periodo de reflexión, para lo cual será necesaria la información médica.<sup>257</sup>

Y Morales Prats:

...A juicio de Muñagorri, los términos legales permiten "...amparar supuestos de actuación sobre una víctima inconsciente en el momento de la acción que sin embargo haya realizado seriamente su petición de morir y dicha voluntad persista, lo que viene a otorgar eficacia a la petición recogida en el llamado testamento vital". A mi juicio, sin embargo, la conclusión alcanzada no es fácilmente asumible. En primer lugar, porque a pesar de que la decisión plasmada en un testamento vital puede ser todo lo seria que se quiera, la exigencia (también expresada por el autor citado) de que dicha voluntad persista en ningún caso puede darse por demostrada, en la medida en que nos encontramos ante hipótesis en que el sujeto permanece inconsciente...<sup>258</sup>

Siendo que quien mata lo hace *por* la petición, necesariamente ésta debe haber sido recibida.

A su vez, el individuo debe ser enfermo: de enfermedad terminal (y por lo tanto incurable), o dolorosa e incurable –al hacer referencia a *permanentes*-. Si bien el

---

<sup>257</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 122.

Para traer a colación otras opiniones podemos decir que para Carbonell Mateu que la petición sea *expresa* no implica que deba ser escrita. La *seriedad* se refiere tanto a la plena capacidad del sujeto en el momento de la petición como a la insistencia y convicción con la que éste se expresa. Para Díez Ripollés, aquella última exigencia implica que la petición elimine cualquier tipo de dudas y se reproduzca o reitere durante un tiempo considerable; y la *inequívocidad*, el carácter informado de la misma. Según Muñagorri Laguía, la exigencia de que la petición sea "seria e inequívoca" ha de ser entendida como obligatoriedad implícita de actualidad de la misma. – Conforme García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente pro su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 229.

Para Parejo Guzmán que la petición sea *seria* implica, por una parte, *que se trate de una solicitud reflexionada, definitiva, no sujeta a momentáneos estados de ánimo por los que pueda atravesar el paciente*. Y por otra, que sea *informada*. – Conforme Parejo Guzmán, María José, *La eutanasia ¿un Derecho?*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 227.

<sup>258</sup> Morales Prats, Fermín, *Del homicidio y sus formas*, en "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Gonzalo Quintero Olivares (Editor), Pamplona, 1996, pág. 65. También García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 219.

término que aparece en primera instancia es “grave”, éste parece referir a la disyuntiva incluyente de enfermedad terminal o dolorosa incurable.

...parece que tan sólo el requerimiento oral o por escrito sin ningún género de dudas sobre su contenido y alcance y, además de, de forma que se descarte cualquier hipótesis sobre falta de veracidad y firmeza de la decisión, será válido a estos efectos.

...<sup>259</sup>

También se atenúa la cooperación –ayuda- al suicidio, si se dan las mismas condiciones. Como ya comentamos, esta simetría entre la atenuación de la muerte homicidio a petición y la muerte suicidio a petición, nos parece por demás correcta. No se especifica modo de comisión de la muerte, ni se establece condición especial para el sujeto que la realice.

Las penas a las que remite este inciso, son de prisión de dos a cinco años para la cooperación al suicidio, y de seis a diez años si se ha ejecutado la muerte<sup>260</sup>.

La mayor parte de la doctrina española considera que, como el tipo penal hace una atenuación del homicidio simple, y para la atenuación exige que los actos hayan sido necesarios y directos para causar la muerte; de aquí se deriva la atipicidad de la “eutanasia indirecta” –pues los actos no van dirigidos, directamente, a causar la muerte-: porque los actos de sustracción de elementos vitales o la omisión, no causan directamente la muerte, sino que la muerte es causada por un mal ya existente al que se le permite libre paso.<sup>261</sup>

Por último, citando a García Álvarez, diremos que *el empleo del genérico “El que” por el legislador, a la hora de referirse al sujeto activo de esta conducta, nos permite afirmar que este tipo privilegiado podrá ser aplicado aunque el sujeto activo no sea un facultativo.*<sup>262</sup>

(Ley 41/2002: Instrucciones Previas)

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que

<sup>259</sup> Morales Prats, op. cit., pág. 64.

<sup>260</sup> Código Penal Español, art. 143 inc. 3 y 4.

<sup>261</sup> En este sentido, por ejemplo: Morales Prats, Fermín, op. cit., pág. 62.

<sup>262</sup> Conforme García Álvarez, Pastora, op. cit., pág. 236.

ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas...

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas...

Actualmente, todas las Comunidades Autónomas de España tienen su regulación sobre voluntad anticipada, relativamente similar entre sí, y con la ley española.<sup>263</sup>

---

<sup>263</sup> Por ejemplo: *Andalucía*: Ley 5/2003 de 9 de octubre de declaración de voluntad vital anticipada. Decreto 238/2004 de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas. - *Aragón*: Ley 8/2003, de 8 de abril de la Salud de Aragón (art. 15). Decreto 100/2003 de 6 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas. - *Baleares*: Ley 5/2003 de 4 de abril de Salud de las Islas Baleares (art. 18). *Cantabria*: Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (art. 34). - *Castilla y León*: Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud ( art. 8 y 30). *Cataluña*: Ley 21/2000 de 29 de diciembre sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y a la documentación clínica. (art. 8). - *Extremadura*: Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (art. 11 apartado 5 a). Ley 3/ 2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (art. 5). - *La Rioja*: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja (art. 6 apartado 5 ). - *Madrid*: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (art. 28). - *Navarra*: Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (art. 9 ).

*(Modelo propuesto por la Generalitat de Catalunya)<sup>264</sup>*

Yo, ...mayor de edad, (...) con capacidad para tomar una decisión de manera libre y con la información suficiente que me ha permitido reflexionar, expreso las instrucciones que quiero que se tengan en cuenta sobre mi atención sanitaria cuando me encuentre en una situación en que, por diferentes circunstancias derivadas de mi estado físico y/o psíquico, no pueda expresar mi voluntad.

## I. Criterios que deseo que se tengan en cuenta

Para mi proyecto vital la calidad de vida es un aspecto muy importante, y esta calidad de vida al relaciono con unos supuestos que, a modo de ejemplo, podrían ser los siguientes:

- La posibilidad de comunicarme de cualquier manera y relacionarme con otras personas.
- El hecho de no sufrir dolor importante ya sea físico o psíquico.
- La posibilidad de mantener una independencia funcional suficiente que me permita ser autónomo para las actividades propias de la vida diaria.
- No prolongar la vida por sí misma si no dan los mínimos que resultan de los apartados precedentes cuando la situación es irreversible.

- \_\_\_\_\_  
 - \_\_\_\_\_

En caso de duda en la interpretación de este documento, quiero que se tenga en cuenta la opinión de mi representante.

## II. Situaciones Sanitarias

Quiero que se respeten de forma genérica los principios mencionados en el apartado anterior, también en las situaciones médicas como las que se especifican a continuación, pero también en otras:

- Enfermedad irreversible que tiene que conducir inevitablemente en un plazo breve a mi muerte.
- Estado vegetativo crónico.
- Estado avanzado de la enfermedad de pronóstico fatal.
- Estado de demencia grave.

- \_\_\_\_\_

---

Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, por la que se modifica parcialmente la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica. Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas. - *Comunidad Valenciana*: Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana. - *País Vasco*: Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento Vasco, de Voluntades Anticipadas en el ámbito de la Sanidad. Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas. Orden de 6 de noviembre de 2003, del Consejero de Sanidad, por la que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado "Registro vasco de voluntades anticipadas" y se añade a los gestionados por el Departamento de Sanidad.

<sup>264</sup> En relación a otras Comunidades, por ejemplo: Aragón, Castilla-La Mancha, Asturias y Madrid, también tiene un modelo propuesto. Andalucía ha emitido un formulario oficial. Por nuestra parte, nos limitamos a exponer el modelo catalán.

- \_\_\_\_\_

### III. Instrucciones sobre las actuaciones sanitarias

Tener en cuenta lo anteriormente señalado, y de acuerdo con los criterios y las situaciones sanitarias específicas, implica tomar decisiones como las siguientes:

- No prolongar inútilmente de manera artificial mi vida, por ejemplo mediante técnicas de soporte vital: ventilación mecánica, diálisis, reanimación cardiopulmonar, fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial.
- Que se me suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo el malestar, el sufrimiento psíquico y dolor físico que me ocasiona mi enfermedad.
- Que sin perjuicio de la decisión que tome, se me garantice la asistencia necesaria para procurarme una muerte digna.
- No recibir tratamientos complementarios y terapias no contrastadas, que no demuestren efectividad o son fútiles en el propósito de prolongar mi vida.
- Si estuviera embarazada y ocurriera alguna de las situaciones descritas en el apartado II, quiero que la validez de este documento quede en suspenso hasta después del parto, siempre que esto no afecte negativamente al feto.

- \_\_\_\_\_

- \_\_\_\_\_

- \_\_\_\_\_

- Igualmente, manifiesto mi deseo de hacer donación de mis órganos para trasplantes, tratamientos, investigación o enseñanza.

### IV. Representante

(...) designo como mi representante para que actúe como interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario que me atenderá, en el caso de encontrarme en una situación en que no pueda expresar mi voluntad, a .... (...)

En consecuencia, autorizo a mi representante para que tome decisiones con respecto a mi salud en el caso de que yo no pueda por mí mismo:

- siempre que no se contradigan con ninguna de las voluntades anticipadas que constan en este documento.
- (limitaciones específicas): \_\_\_\_\_

El modelo solicita la no prolongación de la vida, si no existe una aceptable calidad de vida, de manera irreversible, por imposibilidad de comunicación y relación, dolores físicos o psíquicos, o independencia funcional; entre otras cuestiones; cuando exista una enfermedad terminal, estado vegetativo o demencia grave.

Específicamente, pide la no prolongación artificial de la vida, por aplicación de soporte vital o tratamientos inútiles. Y resalta el deseo de recibir paliativos de dolor y cuanto sea necesario para una muerte digna.

El modelo indica el nombramiento de un representante, que tiene una función interpretativa del documento, y de toma de decisiones en cuanto no contradigan la voluntad del signatario.

*(Modelo de la Conferencia Episcopal Española)*

A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento.

Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde la fe creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios.

Por ello, yo, el que suscribe..... pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable, no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados o extraordinarios; que no se me aplique la eutanasia activa, ni que se me prolongue abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte; que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos.

Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana.

Suscribo esta Declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengáis que cuidarme respetéis mi voluntad. Soy consciente de que os pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta declaración.

Este modelo combina una manifestación anticipada de voluntad, y una expresión de fe.

En lo que a voluntad anticipada se refiere, en caso de enfermedad terminal, rechaza la distanasia. Es decir: pide que se le aplique la ortotanasia: *ausencia de medios que sean desproporcionados o extraordinarios*. Para subrayar el equilibrio buscado, expresamente rechaza la *eutanasia activa*.

Por otro lado, solicita el debido tratamiento paliativo del dolor.

Como manifestación de fe: recoge la idea que la vida es un don de Dios, pero no es absoluta –de allí el rechazo a la distanasia-, y la esperanza de una vida ultraterrena. Solicita también, el *consuelo de la fe cristiana*, y remarca el deseo de atenuar cualquier sentimiento de culpa que pueda originar el cumplir esta voluntad. Es decir, el negar determinados procedimientos para la mantención de la vida.

#### **4.9.12. Estados Unidos**

En los Estados Unidos no existe una legislación federal que permita el homicidio o la ayuda al suicidio a petición, ni por piedad, ni mucho menos aún el simplemente eutanásico. Sin embargo, algunos Estados de la Unión, han elaborado sus propias disposiciones al respecto, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial.

Aquí resaltaremos la ley de Muerte Digna del Estado de Oregón, y su equivalente en el Estado de Washington. Recientemente, regulaciones similares fueron rechazadas por los votantes en los estados de California -1992 y 2006- y Michigan -1998-.

Veremos también algunos puntos de la legislación del Estado de Texas, y la reciente jurisprudencia en la materia del Estado de Montana.

Más allá de esto, podemos indicar que en diferentes estados –Arkansas, Idaho, Nevada, Nuevo México, Carolina del Norte,...- existe la posibilidad de hacer un testamento vital, siguiendo el ejemplo del estado de California, que estableció esta posibilidad en el año 1976.

##### **4.9.12.1. Estado de Oregón**

Desde 1994. A partir de una victoria *in extremis* en las urnas en el marco de la consulta popular denominada *medida 16 -51*, 3% a favor, contra 48,7 en contra-. La ley se sobrepuso a un intento de derogación mediante las urnas, en el año 1997, con un apoyo del 60 % -*medida 51*-.

(Ley de Muerte Digna)

... "enfermedad terminal", una enfermedad incurable e irreversible que ha sido confirmada médicamente y que, en el juicio médico razonable, va a producir la muerte de un plazo de seis meses.

... Un adulto que es capaz, que es un residente de Oregón, y al que su médico de cabecera y un médico de consulta le ha diagnosticado una enfermedad terminal, y que ha expresado voluntariamente su deseo de morir, puede hacer un escrito de solicitud de la medicación con el propósito de poner fin a su vida de una manera humana y digna, de conformidad con las SRO... Ninguna persona podrá acogerse a las disposiciones de SRO ... exclusivamente por razones de edad o discapacidad.

Una solicitud válida de medicamentos bajo ORS será... fechada y firmada por el paciente y con el testimonio de al menos dos individuos que, en presencia del paciente, dan fe de que a la su leal saber y entender, la paciente es capaz, en calidad de voluntaria, y no está siendo coaccionado a firmar la petición.

Uno de los testigos será una persona que no sea: (a) un pariente de la paciente por sangre, matrimonio o adopción; (b) Una persona que en el momento de la solicitud de la firma tendría derecho a ninguna parte de los bienes del paciente calificado a la muerte en virtud de cualquier voluntad o por ley, o (c) El propietario, operador o empleado de un establecimiento de salud donde el paciente calificado está recibiendo tratamiento médico o es un residente.

El médico de cabecera del paciente en el momento de la solicitud de la firma no será un testigo...

El médico de cabecera deberá: (a) Hacer la determinación inicial de si un paciente tiene una enfermedad terminal, es capaz, y ha hecho la solicitud de manera voluntaria; (b) Solicitar que el paciente demostrar su residencia de Oregón... (c) Para garantizar que el paciente está tomando una decisión informada, informar al paciente de: (A) su diagnóstico médico; (B) su pronóstico; (C) Los riesgos potenciales asociados a tomar la medicación que serán prescritos; (D) El resultado probable de tomar los medicamentos que serán prescritos; y (E) de las alternativas factibles, incluyendo, pero no limitado a, la atención de confort, cuidados paliativos y

control del dolor; (d) remitir al paciente a un médico de consulta para la confirmación médica del diagnóstico, y para la determinación de que el paciente es capaz y que actúe de manera voluntaria; (...) (f) Recomendar que el paciente notificar a los familiares; (g) Comentar al paciente sobre la importancia de tener a otra persona presente cuando el paciente toma la medicación prescrita... y de no tomar el medicamento en un lugar público; (h) Informar al paciente que él o ella tiene la oportunidad de revocar la solicitud en cualquier momento y de cualquier manera, y ofrecen al paciente la oportunidad de rescindir al final del día el 15 período de espera (...) (l) (A) Asegurarse que los medicamentos... incluyendo los complementarios destinados a favorecer el efecto deseado de reducir al mínimo las molestias del paciente... estén legalmente certificados. (B) Con el consentimiento escrito del paciente: (i) ponerse en contacto con un farmacéutico e informarle de la prescripción, y (ii) realizar la receta por escrito... para que la farmacia dispense los medicamentos al paciente. (...)

Antes que el paciente sea calificado como apto un médico de consulta deberá examinar al paciente y su historial médico y confirmar, por escrito, el diagnóstico del médico de cabecera de que el paciente sufre de una enfermedad terminal, y verificar que el paciente es capaz, está actuando de modo voluntario y ha tomado una decisión informada.

Si en opinión del médico de cabecera o el médico de consulta a un paciente puede estar padeciendo de un trastorno psiquiátrico o psicológico o la depresión que causan alteraciones en el juicio, el médico debe remitir al paciente para recibir orientación. No se le dará la medicación solicitada hasta que la persona que realiza el consejo determina que el paciente no sufre de un trastorno psiquiátrico o psicológico o la depresión que causan alteraciones en el juicio. (...)

Con el fin de recibir una prescripción de medicamentos para poner fin a su vida... un paciente calificado debe hacer una solicitud oral y una petición por escrito, y reiterar la petición verbal a su médico de cabecera no menos de quince (15) días después de hacer la solicitud oral inicial.

Un paciente puede revocar su petición en cualquier momento y en cualquier manera sin que se tenga en cuenta para esto su estado psicológico (...)

(...)No menos de 48 horas deberá transcurrir entre la solicitud por escrito del paciente y la escritura de una receta (...)

Ninguna disposición de un contrato, testamento o cualquier otro acuerdo, ya sea escrita u oral, será válida en la medida que afecte la posibilidad de la persona de hacer o dejar sin efecto una solicitud de medicamentos para poner fin a su vida de una manera humana y digna. (...)

La venta, adquisición o emisión de cualquier tipo de seguro de vida, de salud o de accidentes, o la póliza de renta vitalicia (...) no estará condicionada a o afectados por la producción o la revocación de una solicitud, por una persona, para poner fin a la medicación de su vida de una manera humana y digna.

Ninguna persona podrá ser sujeto a responsabilidad civil o penal o una acción disciplinaria profesional para participar en el cumplimiento de buena fe con las SRO (...) Esto incluye estar presente cuando un paciente calificado toma la medicación prescrita para poner fin a su vida de una manera humana y digna. (...)

Ningún proveedor de cuidado de la salud estará bajo ninguna obligación, ya sea por contrato, por ley o por cualquier otro requisito legal para participar en el suministro a un paciente calificado de medicamentos para poner fin a su vida de una manera humana y digna. Si un médico no puede o no llevar a cabo la solicitud de un paciente (...), y el paciente transfiere su cuidado a un nuevo proveedor de atención médica, el proveedor de atención médica antes de la transferencia deberá entregar, previa solicitud, una copia de los registros pertinentes de los pacientes médicos para el nuevo proveedor de atención médica.

MODELO DE SOLICITUD DE MEDICAMENTOS:

Para terminar mi vida de manera digna

Yo, \_\_\_\_\_, soy un adulto en su sano juicio. Estoy sufriendo de \_\_\_\_\_, que mi médico ha determinado que es una enfermedad terminal y que ha sido confirmada médicamente por un médico de consulta. He sido informado de mi diagnóstico, el pronóstico, la naturaleza de los medicamentos que prescriba y el potencial de los riesgos asociados, el resultado esperado, y las alternativas factibles, incluyendo el cuidado confort, cuidados paliativos y control del dolor. Solicito que mi médico de cabecera recetar medicamentos que ponga fin a mi vida de una manera humana y digna. (...)

Entiendo que tengo el derecho de rescindir esta solicitud en cualquier momento. Entiendo la importancia de esta petición y espero morir cuando tomo la medicación que se prescribe. Además, entiendo que aunque la mayoría de las muertes ocurren dentro de tres horas, mi muerte puede tomar más tiempo y mi médico me ha aconsejado sobre esta posibilidad.

Hago esta petición voluntariamente y sin reservas, y yo acepto plena responsabilidad moral de mis acciones. (...)

La ley permite la ayuda al suicidio dada por un médico a petición de un paciente con enfermedad terminal y dolorosa. La solicitud debe ser hecha por escrito, previo consentimiento informado. El paciente debe ser mayor, y no padecer trastornos psicológicos o depresión. Además, debe ser un residente del Estado de Oregón. Aquí se ve un requisito especial en relación, no a la salud del individuo que va a morir, sino a su condición legal. Se busca evitar con esto que residentes de otros estados –o incluso de otros países- se trasladen a Oregón para acogerse a la normativa.

La ayuda al suicidio consiste en la receta de un fármaco capaz de acabar con la vida del enfermo. Se intuye que la muerte debe ser eutanásica, pues el fármaco recetado debe causar el menor dolor posible en el proceso de muerte.

Específicamente se prevé que el médico no está obligado a dar esta ayuda al suicidio.

Ninguna persona –no sólo el médico-, incurrirá en responsabilidad civil o penal por actuar conforme esta ley. Incluso por estar presente cuando el enfermo tome la medicación que acabe con su vida.

En el año 2001, el Procurador General de los Estados Unidos emitió una disposición interpretando que la ayuda al suicidio no es una actividad médica legítima, y si un médico receta para ese fin un medicamento controlado por el gobierno federal, está incurriendo en una violación de la Ley de Sustancias Controladas.

Ante esta resolución, el Estado de Oregón e individuos afectados acudieron a la justicia. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos determinó<sup>265</sup> que el Estado Federal puede controlar sustancias químicas, pero que el Procurador General no puede pasar por sobre la disposición estatal que entiende que determinado uso de dicha sustancia es adecuado y legítimo. La disidencia argumentó que, claramente, la expresión “propósito médico legítimo” que consta en la Ley de Sustancias Controladas, claramente excluye la finalidad de muerte.

#### Comenta Rey Martínez

Se ha señalado como uno de los factores críticos del éxito de la iniciativa en Oregón el hecho de que la medicina letal se auto-administre pro el paciente por vía oral, excluyendo el uso de inyecciones letales (que sí se preveía inicialmente, pero se suprimió después). Pero hay otros: Oregón es un Estado donde se reconoce gran valor al principio de autonomía personal; es uno de los Estados más secularizados de la Unión, donde las confesiones religiosas juegan un papel social y político menor. Además, en Oregón se da la cifra más baja en Norteamérica e muertes en hospital... sus habitantes prefieren morir en casa. Y, por último, es observable la influencia de una importante asociación nacional pro-ayuda a morir, la Hemlock Society, que tenía sus cuarteles generales en Eugene (Oregón)...<sup>266</sup>

El mismo realiza a la legislación reseñada, entre otras, las siguientes críticas:

El segundo médico se elige a sugerencia del primero, con lo que no se garantiza un juicio “imparcial” de la solicitud del paciente. Tampoco exige la Ley que este segundo médico sea especialista; esto es incoherente con el hecho de que más de tres de cada cuatro enfermos padece algún tipo de tumor y, sin embargo, hay casi tres veces más médicos de familia que oncólogos participando a lo largo del

---

<sup>265</sup> Fallo González *c/ Oregón*.

<sup>266</sup> Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 63.

proceso. La ley tampoco exige que el médico esté presente cuando el paciente procede a suicidarse, de modo que no hay garantías de que comprueben la condición mental de éste en el momento de la muerte... la ausencia del médico en el momento de la muerte también impide que se obtenga información de las complicaciones que, en su caso, pudieran surgir en esa situación.<sup>267</sup>

#### **4.9.12.2. Estado de Washington**

Desde 2008. Aprobada por la llamada “iniciativa 1000”. Con el 57% de votos a favor y el 42% en contra. Luego de haber sido rechazada una iniciativa similar en el año 1991.<sup>268</sup>

La iniciativa se basó en la ley del Estado de Oregón, antes comentada, y la ley resultante en el Estado de Washington es idéntica a aquella primera, incluyendo el modelo de solicitud de medicamento. Por lo tanto cuanto dijimos de la ley de Oregón, es aplicable a ésta.

#### **4.9.12.3. Estado de Montana**

En el Estado de Montana, por vía jurisprudencial del Tribunal Supremo del Estado, se entiende que no es punible la conducta de un médico que ayuda a un enfermo terminal a morir. Es decir: se despenaliza la ayuda al suicidio dada a un enfermo terminal por un médico.

El caso de referencia es *Baxter versus Montana*.

La demanda original fue presentada por Robert Baxter –enfermo terminal- y un conjunto de médicos de Montana. Solicitaban que se reconociera un derecho constitucional para recibir y prestar ayuda para morir a pacientes terminales. El juez McCarter falló a favor de Baxter en diciembre de 2008. Éste, falleció ese mismo día, sin necesidad de ayuda para su suicidio.

Aun así, el Procurador General del Estado de Montana apeló el fallo ante el Tribunal Supremo del Estado. Éste, falló, por el estrecho margen de 4 votos contra

---

<sup>267</sup> Rey Martínez, Fernando, op. cit., pág. 76.

<sup>268</sup> Conforme Núñez Paz, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 246.

3, a favor de Baxter el 31 de diciembre de 2009. Como ya adelantamos, declaró que nada en la ley de Montana ni en la jurisprudencia de ese Tribunal indica que la ayuda médica para morir prestada a pacientes terminales es contra el orden público. Por lo tanto, no corresponde su punición.

Sin embargo, se debe destacar que el Tribunal resaltó también que la Constitución del Estado no garantiza el derecho al suicidio asistido por los médicos. En este estado de cosas, la decisión tiene un asidero legal, pero no constitucional.

#### **4.9.15. Grecia**

*(Art. 300 del Código Penal)*

El que comete voluntariamente un homicidio a requerimiento serio e insistente de la víctima y por piedad hacia ésta, será sancionado con detención.

Se atenúa la pena del homicidio doloso dado *a petición* y –a su vez- *por piedad*. Como en otros textos ya vistos, se exige que el pedido sea serio e insistente. No se requiere motivo de piedad específica –ni enfermedad de la víctima ni ningún otro supuesto-. Tampoco condición especial en aquél que mata.

#### **4.9.16. Italia**

*(Art. 579 del Código Penal)*

Homicidio del que conciente

El que ocasionare la muerte de un hombre, con su consentimiento, será penado con prisión de 6 a 15 años.

No se aplican las agravantes indicadas en el art. 61

Se aplican las disposiciones relativas al homicidio (C.P. 575-577) si el hecho es cometido:

1) Contra un menor de 18 años;

- 2) Contra un enfermo mental, o que se halla en condiciones de deficiencia psíquica, por otra enfermedad o por el abuso de sustancias alcohólicas o estupefacientes;
- 3) Contra una persona cuyo consentimiento hubiera sido obtenido por el culpable mediante violencias, amenazas o sugerencias (613 n. 2), o si se obtuviera por engaño.

La legislación italiana atenúa la *muerte a petición*. Y le excluye eventuales agravantes. Se destaca por no caracterizar en absoluto al consentimiento, limitándose a decir que éste debe estar presente. Sin embargo, al indicar que se aplica la pena del homicidio en algunos casos –en vez de la pena atenuada-, señala que no se considera consentimiento el dado por un menor de 18 años, un enfermo mental o deficiente por otra enfermedad, alcohol o estupefacientes; o cuando el culpable hubiese obtenido el consentimiento por violencia, amenaza, sugestión o engaño.

De todo esto, que el consentimiento deba ser dado por una persona capaz, en pleno uso de sus facultades, y libremente.

No se indica que deba darse en una persona enferma, ni un modo específico en la realización de la muerte, ni un carácter especial en el actor.

En relación al sistema jurídico italiano, podemos agregar las reseñas de Magro:

...cabe mencionar el art. 5 del Código civil... La prohibición de actos lesivos irreversibles contra la propia integridad física que este artículo enuncia, de la que se desume su total indisponibilidad, *manu propria* y *manu alios*, de la vida humana, ha sido pacíficamente interpretado como principio fundamental e inderogable del ordenamiento jurídico italiano y criterio interpretativo que debe orientar la lectura de toda norma de éste...<sup>269</sup>

#### **4.9.17. Luxemburgo**

(Ley del 16 de marzo de 2009 sobre la eutanasia y el suicidio asistido.)

---

<sup>269</sup> Magro, Maria Beatrice, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. Italia*, consultado online: [www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

Art. 1. Para la aplicación de la presente ley se entenderá por eutanasia al acto, practicado por un médico, que dé fin intencionalmente a la vida de una persona según su demanda expresa y voluntaria. Por suicidio asistido se entenderá al hecho de que un médico ayude a otra persona a suicidarse o le procure los medios a ese efecto, según su expresa y voluntaria petición.

Art 2. 1. No se sancionará penalmente ni puede dar lugar a una acción de daños y perjuicios civiles el hecho de un médico de responder a una demanda de eutanasia o suicidio asistido, si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1 El paciente es mayor, capaz y consciente en el momento de la solicitud.
- 2 La solicitud es formulada de manera voluntaria, reflexionada y llegado el caso, repetida, y no resulta de una presión externa.
- 3 El paciente se encuentra en una situación médica sin salida y tiene un sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable, sin perspectiva de mejorar, resultando de una afección accidental o patológica.
- 4 La solicitud de eutanasia o suicidio asistido debe consignarse por escrito.

2. Los médicos deben, en todos los casos, antes de proceder a la eutanasia o ayuda al suicidio, respetar las condiciones de forma y de procedimiento siguiente:

- 1 Informar al paciente de su estado de salud y su esperanza de vida, poniéndose de acuerdo con el paciente sobre la solicitud de eutanasia o suicidio asistido y aludiendo a las posibilidades terapéuticas todavía posibles así como a las posibilidades que ofrecen los cuidados paliativos y sus consecuencias. Tiene que llegar a la convicción de que la solicitud del paciente es voluntaria y de que a los ojos del paciente no hay ninguna otra solución aceptable dentro de su situación...
- 2 Asegurarse de la persistencia del sufrimiento físico o psíquico del paciente y de su voluntad, expresada recientemente, respectivamente reiterada. A este fin, el médico dirigirá conversaciones con el paciente,

separadas por un plazo razonable según la evolución del estado del paciente.

3 Consultar a otro médico respecto del carácter grave e incurable de la enfermedad, expresando las razones de la consulta. (...)

6 Asegurarse que el paciente ha tenido la ocasión de conversar con las personas con las que desea reunirse.

La solicitud del paciente debe constituirse por escrito. El documento será redactado, fechado y firmado por el mismo paciente. Si se encuentra en una imposibilidad física permanente de redactar y firmar el documento, lo realizará una persona mayor que él elija.

Esta persona mencionará el hecho de que el paciente no se encuentra en estado de formular su petición por escrito e indicará los motivos. En este caso, la solicitud se constituirá por escrito y será firmada por el paciente o por la persona que la redactó en presencia del médico de cabecera...

El paciente puede revocar su solicitud en cualquier momento, en cuyo caso el documento se retirará de la historia clínica y se devolverá al paciente. (...)

Art. 4. 1. Toda persona mayor y capaz puede, para el caso de que ya no pueda más manifestar su voluntad, consignar por escrito en sus disposiciones de última voluntad las circunstancias y las condiciones en las desea someterse a la eutanasia, si el médico constata:

- que padece una afección accidental o patológica grave e incurable;
- que se encuentra inconsciente;
- que su situación es irreversible según el estado actual de la ciencia.

...En las disposiciones de última voluntad se puede designar a una persona de confianza, mayor, que ponga al médico al corriente de la voluntad del declarante según sus últimas expresiones, a su consideración.

Las disposiciones de última voluntad pueden hacerse en cualquier momento. Deben estar hechas por escrito, fechas y firmadas por el declarante.

2. Si la persona que desea redactar las disposiciones de última voluntad se encuentra en una imposibilidad física permanente de redactar y firmar, sus

disposiciones de última voluntad pueden ser realizadas por una persona mayor de su elección. Las disposiciones de última voluntad se harán en presencia de dos testigos mayores, deben precisar que el declarante no puede escribir ni firmar y enunciar las razones. ...Un certificado médico que dé cuentas de esa imposibilidad debe ser adjuntado a las disposiciones de última voluntad.

Las disposiciones de última voluntad serán registradas en el ámbito de un registro oficial sistemático de disposiciones de última voluntad...

Las disposiciones de última voluntad pueden ser reiteradas, retiradas o modificadas en todo momento. La Comisión Nacional de Control y Evaluación está obligada a demandar una vez cada cinco años a partir de la solicitud de registro, la confirmación de la voluntad del declarante. Todos los cambios deben registrarse ante la Comisión Nacional de Control y Evaluación. Sin embargo, ninguna eutanasia puede ser practicada si durante los trámites que disponen en párrafo 3 siguiente el médico tiene conocimiento de una manifestación de voluntad del paciente posterior a las disposiciones registradas, a través de la cual retira el deseo de someterse a la eutanasia.

(...)

3. No será sancionado penalmente ni dará lugar a la acción civil de daños y perjuicios, el hecho de que un médico practique una eutanasia siguiente las disposiciones de última voluntad probadas en los párrafos 1 y 2 si el médico constata:

1- que el paciente padece una afección accidental o patológica grave e incurable; 2 - que se encuentra inconsciente; 3 - que su situación es irreversible según el estado actual de la ciencia.

El médico debe, en todos los casos, antes de proceder a la eutanasia, respetar las condiciones de forma y procedimiento siguientes:

1) Consultar a otro médico respecto de la irreversibilidad de la situación médica del paciente, informando las razones de la consulta. (...)

3) Si las disposiciones de última voluntad designan a una persona de confianza, conversar con ella sobre la voluntad del paciente (...).

Art. 5. El médico que practique una eutanasia o suicidio asistido debe entregar, dentro de los ocho días, el documento registrado al que alude el artículo 7, debidamente completado a la Comisión Nacional de Control y Evaluación a la que se refiere el artículo 6 de la presente ley.

La ley crea una Comisión Nacional de Control y Evaluación de esta ley. Está integrada por 9 miembros, de los cuales 3 deben ser médicos y 3 juristas.

Establecerá un documento que debe ser completado por el médico y presentado a la comisión cada vez que se practique una eutanasia. Entre los datos que debe completar, están las circunstancias puntuales en las que se realizó la eutanasia o la ayuda al suicidio.

Art. 8 ...La comisión verificará..., si las condiciones y el procedimiento previstos por la presente ley han sido respetados. En caso de duda, la Comisión puede decidir, con la mayoría simple de siete miembros presentes por lo menos, romper el anonimato. ...Puede solicitar al médico que le comunique todos los elementos de la historia clínica relativas a la eutanasia o suicidio asistido. Se pronunciará en un plazo de dos meses.

Cuando, por decisión tomada con la mayoría de voz de siete miembros presentes al menos, la Comisión estime que las condiciones previstas en el párrafo 2 del artículo 2 de la presente ley no son respetados, comunicará su decisión motivada al médico y enviara el expediente con una copia de la decisión tomada al Colegio de Médicos. Éste se pronunciará en el plazo de un mes. El Colegio de Médicos decidirá con la mayoría de sus miembros si hay lugar a una persecución disciplinaria. En caso de no respetarse alguna de las condiciones previstas en el párrafo 1 del artículo 2 de la presente ley, la Comisión llevará el expediente al Ministerio Fiscal.

La comisión enviará periódicamente a la Cámara de Diputados un informe sobre estadísticas de aplicación de la ley, aplicación, y eventualmente recomendaciones para su modificación.

Art. 14. Introdúcese en el Código Penal el artículo 397-1 nuevo así redactado:

“No cae en el campo de aplicación de la siguiente sección el hecho de un médico de responder a una solicitud de eutanasia o suicidio asistido bajo el respeto de las condiciones de fondo aludidas en la ley del 16 de marzo sobre eutanasia y suicidio asistido”.

Art. 15. Ningún médico está obligado a practicar una eutanasia o un suicidio asistido.

Ninguna otra persona puede ser obligada a participar de una eutanasia o suicidio asistido.

Si el médico consultado se niega a realizar una eutanasia o suicidio asistido está obligado a informar al paciente o a la persona de confianza si existiese, dentro de las 24 horas, las razones de su negativa.

El médico que se niegue a realizar una eutanasia o suicidio asistido está obligado, por petición del paciente o de la persona de confianza a informar la historia clínica del paciente al médico designado por el último o por la persona de confianza...

La legislación despenaliza el homicidio a petición, o la asistencia al suicidio, hecho por un médico, a un individuo que padece una enfermedad dolorosa e incurable, sea terminal o no.

El consentimiento debe ser dado por escrito, es informado, es revocable, y el pedido debe serle reiterado al médico.

A su vez, la ley regula un testamento vital, que permite el homicidio a petición con un consentimiento genérico, para el caso de enfermedad grave e incurable que provoque inconciencia.

De las actuaciones se informa a una comisión de control, quien verifica el cumplimiento de esta ley, y en caso de que no se haya procedido conforme ella dispone, informa al Colegio de Médicos o Ministerio Fiscal, según corresponda.

De la obligación de especificar las circunstancias específicas en las que se practicó el homicidio o ayuda al suicidio, surge, implícitamente, que éste debe haber sido *eutanásico* –conforme nuestra definición–: sin dolor.

Ningún médico está obligado a actuar en el procedimiento.

Podemos agregar a este comentario sobre la ley del Gran Ducado, que en diciembre del año 2008 el Gran Duque Enrique decidió negarse a firmarla, cuando ya había sido aprobada por la Cámara de Diputados, alegando razones de conciencia. Por ello, el Parlamento de Luxemburgo limitó los poderes del monarca, haciendo que su firma ya no sea necesaria para la sanción de una ley. Actualmente, el Jefe de Estado no sanciona las leyes, sino que sólo las promulga, conforme la modificación de la Constitución del Estado.<sup>270</sup>

En reconocimiento a su determinación, en septiembre de 2009 el Vaticano distinguió a Enrique con el premio Van Tuan, por su *compromiso en defensa de los derechos humanos, en especial el derecho a la vida y libertad religiosa*.

Este hecho no es sólo una nota de color, sino que es un símbolo claro de la controversia y la fragmentación en la sociedad que provoca el tema que analizamos. El debate sobre la eutanasia costó facultades constitucionales a un Jefe de Estado.<sup>271</sup>

#### **4.9.18. México**

En México existe un Código Penal Federal que rige en todo el país para los delitos de fuero federal. Además existen distintos códigos que rigen en los diferentes Estados para delitos del fuero común. En relación a estos comentaremos solamente el Código Penal del Distrito Federal y el del Estado de Guanajuato.

##### **4.9.18.1. Código Federal**

*(Art. 397 del Código Penal Federal)*

Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión

---

<sup>270</sup> Constitución Luxemburguesa, art. 34.

<sup>271</sup> La crisis de Enrique de Luxemburgo recuerda a la que protagonizara anteriormente su tío el rey Balduino de Bélgica, al abdicar en rechazo a la ley que permitía el aborto en su país.

Aunque el texto de la ley aquí es ambiguo, parte de la doctrina<sup>272</sup> entiende que este es el artículo que corresponde aplicar al *homicidio por piedad*.

Art. 312 - El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.

La última parte del artículo pena de forma atenuada –en relación a la pena de homicidio- la *muerte a petición*. Como ya apuntamos entendemos que cuando el auxilio llega como prevé el tipo penal a punto tal de cometer el auxiliador la muerte, estamos frente a un homicidio.

La primera parte pena el auxilio o instigación al suicidio.

#### ***4.9.18.2. Distrito Federal***

*(Art. 127 del Código Penal del Distrito Federal)*

Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.

Este artículo, pena de forma atenuada la muerte dada por petición –debiendo ser la petición *libre, reiterada, seria e inequívoca*-; si además es por piedad. Esto último, parece surgir de la exigencia de *razones humanitarias*.

La expresión *reiterada*, pone en duda que pueda admitirse un consentimiento anticipado.

Por otra parte, es evidente que el pedido debe ser recibido por quien actúa, dado que actúa *por* éste.

Además, la muerte debe ser dada a un individuo enfermo de enfermedad terminal.

---

<sup>272</sup> Véase, por ejemplo: Díaz-Aranda, Enrique, *Eutanasia, Propuesta de solución jurídica en México*, en “Revista de Derecho Penal”, Donna, Edgardo A. (Dir.), nº 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 300.

#### **4.9.18.3. Estado de Guanajuato**

*(Art. 141 del Código Penal)*

A quien cometa homicidio con consentimiento válido del sujeto pasivo se le aplicará de uno a quince años de prisión y de cincuenta a cien días de multa.

En este Estado se atenúa la *muerte consentida*, sin más. El único requisito es que el consentimiento sea válido. Entiéndase por esto: no estar viciado y ser dado por quien tiene facultad para hacerlo.

#### **4.9.19. Noruega**

*(Art. 235 del Código Penal)*

Quien cause a otro, con su consentimiento, la muerte o una lesión personal grave, o quien por piedad cause la muerte a un enfermo incurable o le ayude a suicidarse, podrá ser penado con pena inferior al mínimo previsto o con pena conmutada por otra de inferior gravedad.

El artículo permite la atenuación de la pena –en relación al delito en cuestión- para: muerte consentida –y lesiones consentidas- sin establecerse otro requisito; y muerte por piedad –y ayuda al suicidio- de individuo enfermo de enfermedad incurable.

#### **4.9.20. Países Bajos**

*(Art. 293 del Código Penal)*

1 - El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de categoría quinta.

Atenúa la *muerte a petición*, debiendo ser el deseo de morir *expreso y serio*.

Excluye el consentimiento presunto, pero no hay razones para excluir también el consentimiento expreso pero anticipado.

No se hace referencia a que el individuo deba estar enfermo, ni se explicita forma de comisión de la muerte, ni calidad alguna en el sujeto que la realiza.

Al hacer referencia sólo a la muerte por petición, es entendible que esta atenuación no se traslade a la ayuda al suicidio –típica en los Países Bajos<sup>273</sup>–, porque se considera que toda ayuda al suicidio es a petición.

El punto 2 del artículo comentado, establece una segunda regulación:

2 – El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de quien hay sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2do. De la Ley Sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al artículo 7mo., párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales.

El artículo siguiente, *in fine*, también hace remisión a la misma ley:

*(Artículo 294 del Código Penal)*

El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. Se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo.

*(Artículo 2 de la Ley Sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y de Auxilio al Suicidio)*

---

<sup>273</sup> Código Penal Neerlandés, art. 394.

1. Los requisitos de cuidado a los que se refiere el artículo 293, párrafo segundo, del Código Penal, implican que el médico:

a - Ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada;

b – Ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora;

c – Ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y sus perspectivas de futuro.

d – Ha llegado al convencimiento, junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último

e – Ha consultado, por lo menos con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a al d, y

f – Ha llevado a cabo la terminación de la vida o auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posible.

2. El médico podrá atender la petición de un paciente, que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida. Se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado a los que refiere el párrafo primero.

Si se trata de un paciente menor de edad, cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, al que se le pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, después de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, haya(n) participado en la toma de la decisión.

En caso de que el paciente menor de edad tenga una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años y se pueda considerar en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses en este asunto, el médico podrá atender una petición del paciente de terminación de su vida o una petición de auxilio al suicidio, en el caso de que los padres o el padre o la madre que ejerza(n) la patria potestad o la persona que tenga la tutela sobre el menor, esté(n) de acuerdo con la terminación de la vida del paciente o con el auxilio al suicidio. Se aplicará por analogía el párrafo segundo.

En conjunto, la legislación transcrita despenaliza el homicidio o ayuda al suicidio *a petición*, -por deseo *serio, expreso, voluntario, bien meditado*, informado, y recibido por el médico-, y *eutanásico* – surge como requisito del inciso *f* antes citado-. De allí que no quepa un consentimiento presunto.

El artículo 2 de la Ley sobre Comprobación, por su parte, en su punto 2, indica la posibilidad de atender a una petición hecha por escrito –una suerte de testamento vital-, tendiente a la terminación de la vida.

La muerte debe darse en un enfermo con enfermedad dolorosa e incurable – *insoportable y sin esperanza de mejora*-. Puede debatirse si además de ser incurable debe ser irreversible en los términos en los que hemos definido el concepto. No exige que sea terminal.

Debe ser practicada por un médico, con un procedimiento previo –consulta y dictamen de otro médico- y posterior:

El médico debe informar de la muerte ocurrida. En los Países Bajos, todas las muertes no naturales deben ser comunicadas por el médico al forense municipal. Si además, la muerte fue por “eutanasia” –muerte provocada a petición-, debe informársele a la Comisión de Comprobación de Eutanasia. Ésta, está compuesta por un número impar de miembros, que incluirán un jurista, un médico y un experto en ética. Duran 6 años en el cargo.

Elaboran un informe por cada muerte practicada, y notifican al médico su dictamen. Si la Comisión encuentra un problema en la actuación, envía el caso al Ministerio Fiscal.

Además, la Comisión redactará anualmente un informe que refleje cómo se ha actuado en ese año en materia de “eutanasia”.<sup>274</sup>

La redacción de la ley ha dado lugar a algunas críticas, entre las cuales podemos citar la de Liese:

La sola lectura de estos criterios basta para comprender que se trata de conceptos muy vagos y de cumplimiento difícilmente verificable. Unas serie de puntos son más bien subjetivos y en caso de duda, resulta difícil demostrar que un médico no ha observado los criterios estipulados. Un aspecto particularmente peligroso de la ley neerlandesa es que no prevé la necesidad de contar con una manifestación escrita de la voluntad del paciente.<sup>275</sup>

El artículo 2 de la Ley sobre Comprobación..., en su punto 2, establece la edad del paciente. Si tiene más de 18 años, puede tomar la decisión por su cuenta, libremente. Si tiene más de 16 pero menos de 18, la decisión debe tomarla con la participación – entiéndase: diálogo- de sus padres. Si tiene entre 12 y 16 años, su decisión debe estar refrendada por la de sus padres. Siempre es necesario que la persona tenga la facultad de hacer una valoración razonable de sus intereses.

Esta posibilidad de aplicar la muerte a menores, ha sido uno de los puntos más discutidos de la ya controvertida legislación. Opina el autor antes citado:

Resulta poco menos que incomprensible que un adolescente no pueda decidir acerca del futuro político de su país y vea restringida su libertad para ejercer actividades comerciales, pero sí pueda autorizar al médico a provocarle su propia muerte.<sup>276</sup>

Luego de la vigencia de la presente disposición legal, la polémica sobre la muerte a petición se ha trasladado también a sus consecuencias prácticas actuales.

Algunas voces destacan la correcta rigidez de la normativa y de su aplicación. A decir de Joanne Dorneward, en relación a la situación en los Países Bajos:

---

<sup>274</sup> Todo el párrafo conforme la Ley sobre Comprobación de Terminación de la Vida a Petición y Petición Propia y Auxilio al Suicidio, y la Ley de Funerales, modificada por ella.

<sup>275</sup> Liese, Peter, *Apoyo y acompañamiento en lugar de muerte asistida*, en “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Blomeir Hans (Director), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005, pág. 13.

<sup>276</sup> Liese, Peter, op. cit., pág. 14.

Dos terceras partes de todos los pedidos de eutanasia que reciben los médicos, son denegadas. A menudo hay tratamientos que ofrecen una solución, y en ocasiones el paciente llega al proceso agónico antes que se haya decidido sobre la petición.<sup>277</sup>

Otras, por el contrario, resaltan las violaciones al texto, en perjuicio de los pacientes.

En relación a esto, se han realizado algunos estudios serios.

Se hicieron dos encuestas, una en 1991 y la segunda en 1995 –garantizando el anonimato de los médicos- pidiéndoseles que indicasen en qué casos habrían procedido a la aplicación de la eutanasia, al amparo de este artículo de despenalización y por qué motivo. Los resultados, recogidos en el llamado “Informe Remmelink”, fueron interesantes. En la mayoría de los casos, al menos de los casos declarados por los médicos, éstos se habían atendido a las limitaciones explicitadas por la ley. Pero había 1.000 personas a las que se le aplicó la muerte con una inyección de curare – que es el método habitualmente utilizado en Holanda- sin que hubiesen sido preguntadas previamente. Y otras 2.000 que habían muerto por sobredosis de morfina. Y tanto en el caso de los 1.000 que he citado previamente, como de los 2.000 siguientes, al menos el 21% de ellos estaban en condiciones físicas y psíquicas de haber podido decidir al respecto. Las razones aducidas por los médicos fueron, entre otras, la falta de camas del hospital o el deseo de evitar a los enfermos y a la familia un dolor muy grave. El tipo de “paciente” más frecuente fueron el anciano senil, el enfermo terminal y el niño con malformaciones.

Naturalmente, la publicación del informe suscitó una gran polémica. E incluso hubo situaciones tragicómicas como el caso de un editor del sur del país que emitió la llamada “credo card”, una suerte de acreditación que explicita el deseo de no recibir ni inyecciones de curare ni analgésicos hasta el extremo letal.<sup>278</sup>

En relaciones al *informe Remmelink*, parte de la sociedad opina que no es un argumento contra la legalización de la muerte a petición, sino que simplemente demuestra que en algunos casos se ha procedido mal. Incluso algunos destacan

---

<sup>277</sup> Dornewaard, Joanne, *La política de eutanasia en los Países Bajos*, consultado online: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/8.pdf>

<sup>278</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 172.

que no se saben las cifras que se hubiesen obtenido de no existir la ley de regulación; y que posiblemente las muertes sin verdadera voluntad hubiesen sido más.

Sobre este último punto volveremos al hablar de los argumentos a favor de la *muerte pía*.

Podemos agregar que si bien la muerte a petición en los casos mencionados, es ley en los Países Bajos desde el año 2002; de hecho, aún con anterioridad a esa fecha, en la práctica la conducta no era penada.

...el Real Colegio Oficial de Médicos de Holanda, reconsideró su actitud hacia la eutanasia voluntaria. En 1973, cuando todos los demás colegios médicos defendían inequívocamente la tradición hipocrática de que los médicos no deben ayudar a morir a sus pacientes, el Real Colegio Oficial de Médicos de Holanda abrió un poco las puertas. Aunque el colegio dijo que la eutanasia voluntaria debería seguir siendo ilegal, sugirió que, si un médico tras considerar todos los aspectos de las circunstancias de un paciente, acortaba la vida de un paciente incurablemente enfermo y en proceso de morir, un tribunal debería decidir si había un conflicto de deberes que pudiera justificar la acción del médico.<sup>279</sup>

En 1984, el Real Colegio había adoptado ya una postura firme en defensa de la eutanasia voluntaria. El ministro de Justicia dio directivas de no procesar a los médicos por las conductas que, aproximadamente, ahora prevé la ley para que la “eutanasia” no sea delito.

En 1993, el parlamento determinó, por ley, que en cada caso de “eutanasia”, el Fiscal podía decidir si seguir el procesamiento o no, en atención a los parámetros antes mencionados.<sup>280</sup>

Finalmente, diremos que las similitudes que se le han encontrado a la ley de los Países Bajos y a la ley belga –ya analizada-, a criterio del profesor García Rivas, son las siguientes:

1. La despenalización se restringe al ámbito médico.

---

<sup>279</sup> Singer, Peter. *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 148.

<sup>280</sup> Conforme Singer, Peter, op. cit., pág. 149.

2. El paciente debe sufrir una enfermedad irreversible que provoque graves padecimientos, aunque no sea de carácter terminal.

3. La justificación de la conducta médica requiere inexorablemente de la voluntad del paciente. No existen mecanismos de sustitución de la voluntad. No se acepta la de los padres, ni la de los tutores; tampoco la de los allegados. Sólo se contempla excepciones para los pacientes menores, de entre doce y dieciséis años. La Ley holandesa exige el acuerdo de los padres con el niño, sin que esto implique la sustitución de la voluntad del menor.

4. Se autoriza la declaración anticipada de la voluntad bajo ciertas condiciones.

Mientras la Ley belga establece un plazo de caducidad de cinco años para hacer tal declaración, la Ley holandesa prescinde de esa limitación.

5. Para la determinación del estado del paciente, se requiere la intervención de profesionales de la medicina diferentes a quienes practicarán la eutanasia.

6. Se crea un organismo estatal de control para dilucidar la corrección de la práctica médica. Dicho organismo está compuesto por juristas, médicos y en cada caso, por especialistas en bioética.<sup>281</sup>

A su criterio, estos puntos perfilan el modelo que pueden seguir otros países europeos. Su observación ha sido acertada, al considerar la ley del tercer Estado del Benelux, posteriormente promulgada; de cual ya dimos cuenta.

#### **4.9.21. Paraguay**

*(Artículo 106 del Código Penal)*

Homicidio motivado por súplica de la víctima

El que matara a otro que se hallase gravemente enfermo o herido, obedeciendo a súplicas serias, reiteradas e insistentes de la víctima, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años.

Atenúa el *homicidio a petición (seria, reiterada e insistente)*. Parece que hace referencia a un consentimiento expreso, pues la petición adquiere el formato de

---

<sup>281</sup> García Rivas, Nicolás, *Despenalización de la Eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés el paciente*, consultado online:

[http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54\\_1191\\_edyg-v1n1-garcia-v1.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_1191_edyg-v1n1-garcia-v1.pdf)

El carácter terminal –muerte a mediano plazo- sí es requerido en Bélgica para la muerte de menores no emancipados, desde la modificación de su ley en febrero de 2014.

*súplica*, quedando fuera el consentimiento presunto. Aunque también podría concebirse un testamento vital que se expida en esos términos.

La petición sea reiterada e insistente parece indicar un consentimiento específico.

Sin embargo, entendemos que podría darse el caso de un consentimiento anticipado que haya sido manifestado de forma reiterada e insistente.

Siendo que se debe matar *obedeciendo* a las súplicas, queda claro que el pedido de muerte debe ser recibido por quien actúa.

El individuo debe estar enfermo –en un sentido amplio: enfermo o herido-. La enfermedad es calificada como *grave*. Como ya hemos comentado al analizar el término “grave”, no queda bien en claro si la enfermedad debe ser dolorosa, incurable, o terminal. De la palabra *súplica* del tipo penal, parece surgir que debe ser dolorosa, pues en caso contrario, difícilmente se suplicaría la muerte. Pero esta es sólo una interpretación.

El tipo atenuado no distingue si la muerte se lleva a cabo por acción directa, sustracción de medios vitales, u omisión. Y puede ser realizada por un médico o por otro tercero cualquiera.

#### **4.9.22. Perú**

*(Artículo 112 del Código Penal)*

Homicidio piadoso

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Hay una atenuación en la pena del *homicidio dado a petición*. La petición debe ser *expresa y consiente*. Esto parece vedar la posibilidad de un consentimiento tácito, aunque entendemos que no de un consentimiento expreso pero anticipado. En este sentido, por ejemplo, Medina Frisancho.

El autor citado y buena parte de la doctrina peruana ha criticado la redacción de este artículo en lo que refiere al objeto de la petición del enfermo. Pues la solicitud de quien va a morir, puede parecer que puede estar dirigida simplemente a que se ponga fin a sus dolores. Y no requerir necesariamente un consentimiento para su

muerte. Sin embargo, toda la doctrina entiende que la solicitud debe consistir en un pedido de muerte.<sup>282</sup>

El individuo que va a morir debe padecer una enfermedad dolorosa, sea terminal o no.

No se hace mención alguna del medio de comisión de la muerte ni de algún carácter especial que deba tener quien la práctica.

Por otro lado, el código penal de Perú pena la ayuda al suicidio<sup>283</sup>. Sin embargo, no tiene un artículo equivalente de atenuación para la ayuda al suicidio a petición en individuo con enfermedad dolorosa. Como comentamos anteriormente, esta asimetría nos parece inapropiada.

#### **4.9.23. Polonia**

*(Art. 150 del Código Penal)*

1. Quien mata a una persona por petición de la misma y por compasión hacia ella, será castigado con pena de prisión de 3 meses a 5 años
2. En casos excepcionales el Tribunal podrá aplicar la mitigación extraordinaria de la pena o incluso renunciar a su imposición

Se atenúa la pena por muerte *a petición y por piedad*. No se especifica en razón de qué debe existir el sentimiento de piedad, por lo cual la muerte puede darse a un individuo sano. La petición debe ser recibida por quien mata.

No se especifican los medios que pueden servir para ocasionar la muerte, ni se requiere carácter especial en quien la da.

Se posibilita también la eximición de pena *en casos excepcionales*, sin que exista mayor puntualización al respecto.

#### **4.9.25. Portugal**

---

<sup>282</sup> Conforme Medina Frisancho, José L. *La eutanasia en el código penal peruano*, consultado online: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20100407\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100407_01.pdf)

<sup>283</sup> Código Penal Peruano, art. 113. Tipifica: el que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo. Agrava: si hay una finalidad egoísta.

(Art. 133 del Código Penal)

Quien mata a otra persona dominado por comprensible emoción violenta, compasión, desesperación o motivo de relevante valor social o moral, que disminuya sensiblemente su culpabilidad, es castigado con pena de prisión de 1 a 5 años.

(Art. 134 del Código Penal)

1- Quien mata a una persona determinado por el pedido serio, insistente y expreso que ésta le haya hechos, es castigado con pena de prisión de hasta 3 años.

2- La tentativa es punible.

El artículo 133 atenúa la muerte dada, entre otras razones, por compasión. Es decir, atenúa la *muerte por piedad*.

Por su parte el artículo 134 atenúa en mayor medida la *muerte a petición*; en un sentido muy similar a la legislación alemana y neerlandesa ya vista. La *muerte a petición*, debiendo ser la petición seria, insistente y expresa. Queda claro que el pedido debe ser recibido por quien actúa. Al igual que el Código alemán, aclara que la tentativa es punible.

Ninguno de los dos determina ninguna enfermedad que deba tener el sujeto pasivo, ni modo alguno de comisión, ni carácter de quien produce la muerte.

En síntesis: en Portugal se atenúa tanto la muerte por piedad, como la muerte a petición. Pero como dos regulaciones diferentes, con distinta sanción. Si concurrieran ambos extremos, parece que se aplicaría la muerte a petición, que es la más benigna para el reo.

#### **4.9.26. Suiza**

(Artículo 114 del Código Penal)

Homicidio a petición

Una persona que por razones decentes, sobre todo compasión, mata a una persona sobre la base de su petición seria e insistente, será condenada a una pena de prisión de 3 días a 3 años.

Hay una atenuación del *homicidio por piedad y a petición*. Es decir, se deben dar las dos condiciones; siendo la petición *seria y expresa*, y debe ser recibida por quien actúa –pues lo hace *sobre la base* de aquélla-.

El individuo puede ser enfermo o no. En este último caso, la compasión o piedad deberá surgir de otro factor. V.g.: como ya se ejemplificó anteriormente: económico, sentimental, etc.

No hay diferencia sobre el modo de comisión de la muerte, ni sobre algún sujeto en particular que deba realizarla.

*(Artículo 115 del Código Penal)*

#### Incitación o ayuda al suicidio

Una persona que por razones egoístas incite a alguien a cometer suicidio o ayude a hacerlo, si el suicidio se llevó a cabo o se intentó, será condenada a una pena de prisión de 3 días a 5 años.

Aquí, no hay una verdadera atenuación ni despenalización. Pero este artículo del digesto penal helvético es digno de ser mencionado, pues deja claro que en Suiza, en principio, la ayuda al suicidio no es punible. Sólo es ilegal la ayudada dada por móviles egoístas –v.g.: interés en heredar al occiso-.

Cualquier otro motivo –piedad, simple deseo de ayudar al suicida, etc.-, está exento de pena. Cualquiera fuese la forma del suicidio, y cualquiera sea la calidad del sujeto que ayuda –médico o no, familiar o no, etc.-

Esto ha dado lugar a que en Suiza operen diferentes asociaciones que, gratuitamente, ayudan a los individuos que desean suicidarse, facilitándole los medios para procurarse a sí mismos una muerte eutanásica –sin dolor-. Estas asociaciones quedan fuera del ámbito penal.

Esta regulación legal y estas iniciativas sociales, han hecho que Suiza sea un destino privilegiado de los llamados “tours suicidas”: agencias de viaje que brindan

el servicio de traslado de aquél que desea morir, desde su localidad, hasta un Estado donde pueda realizar más fácilmente sus intenciones.

#### 4.9.25. Uruguay

(Art. 37 del Código Penal)

Homicidio piadoso.

Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio piadoso, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima.

Se permite la eximición de castigo, a la muerte *por piedad y a petición*. El pedido debe ser *reiterado*. Aparentemente, la piedad debe provenir, al menos en parte, de las súplicas de la víctima. De allí que éstas deban ser recibidas por quien actúa.

No se establece que el individuo que va a morir, deba ser una persona enferma. El móvil de piedad al quitarle la vida, puede provenir entonces de otros motivos de afección –sentimentales, patrimoniales, etc.-. Tampoco se diferencian formas de producir la muerte.

En cuanto al sujeto que la realiza, la única característica especial que el Código exige, es que tenga *antecedentes honorables*, lo cual es por demás ambiguo. Lo cual se explica, al menos en alguna medida, atendiendo a que su redacción data de 1934. Algunos autores entienden que alude a falta de antecedentes penales en quien lleva a cabo la muerte.<sup>284</sup>

Como dato curioso, podemos destacar nuevamente, que hasta el momento no se registra jurisprudencia alguna en relación a la aplicación de este artículo.

Si no se dieran esas circunstancias, parte de la doctrina entiende que corresponde aplicar una atenuación no específica. En este sentido, por ejemplo, Rodríguez Almada.<sup>285</sup>

---

<sup>284</sup> En este sentido, por ejemplo, Galaín Palermo, Pablo, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. Uruguay*, consultado online: [www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

<sup>285</sup> Almada, Rodríguez; y otros. *Eutanasia y omisión de asistencia*, Montevideo, 1994, consultado online: <http://www.smu.org.uy/dpmc/hmed/dm/revistaDM/eut-uy.htm>

(Art. 46 del Código Penal)

Atenúan el delito aun cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes...: (...)

1º (Móviles jurídicos, sociales o altruistas) El haber obrado por móviles de honor o por otros impulsos de particular valor social o moral

El haber actuado por valor moral, puede incluir una *muerte por piedad*.

Este artículo remedia en buena medida el problema de las opciones judiciales radicalmente opuestas. Pues las opciones del juez ya no son: pena del simple homicidio, o eximición total; sino que tiene la posibilidad de aplicar pena, pero bajo la escala mínima el simple homicidio.

(Ley 18.473: *Voluntad anticipada*).

2009

1º Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros.

Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.

Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural.

No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.

De igual forma podrá manifestar su voluntad anticipada en contrario a lo establecido en el inciso segundo de este artículo, con lo que no será de aplicación en estos casos lo dispuesto en el artículo 7º de la presente ley.

---

2º.- La expresión anticipada de la voluntad a que refiere el artículo anterior se realizará por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos.

También podrá manifestarse ante escribano público. ...deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.

3º.- No podrán ser testigos el médico tratante, empleados del médico tratante o funcionarios de la institución de salud en la cual el titular sea paciente.

4º.- La voluntad anticipada puede ser revocada de forma verbal o escrita, en cualquier momento por el titular...

5º.- El diagnóstico del estado terminal de una enfermedad incurable e irreversible, deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico...

6º - En el documento de expresión de voluntad anticipada a que se alude en el artículo 2º de la presente ley, se deberá incluir siempre el nombramiento de una persona denominada representante, mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de esa voluntad, para el caso que el titular se vuelva incapaz de tomar decisiones por sí mismo...

7º .- En caso que el paciente en estado terminal de una patología incurable e irreversible certificada de acuerdo con las formalidades previstas en el artículo 5º de la presente ley, no haya expresado su voluntad conforme al artículo 2º de la presente ley y se encuentre incapacitado de expresarla, la suspensión de los tratamientos o procedimientos será una decisión del cónyuge o concubino o, en su defecto, de los familiares en primer grado de consanguinidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8º de la presente ley.

En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión y para el caso de incapaces declarados, que

oportunamente no hubieren designado representante conforme al artículo 1º "in fine", la deberá pronunciar su curador.

Si se tratare de niños o adolescentes, la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor...

No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente, pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante.

8º.- En todos los casos de suspensión de tratamiento que trata esta ley, el médico tratante deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución... En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento...

9º - De existir objeción de conciencia por parte del médico tratante ante el ejercicio del derecho del paciente objeto de esta ley, la misma será causa de justificación suficiente para que le sea admitida su subrogación por el profesional que corresponda...

11 - Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud no condicionarán la aceptación del usuario ni lo discriminarán basándose en si éstos han documentado o no su voluntad anticipada.

Por un lado, la ley expresamente consagra el derecho de los individuos a oponerse a tratamientos médicos, sin hacer distinción según el estado del mal que padezcan. La única condición es que perjudiquen a terceros.

Por otro lado, permite oponerse anticipadamente a tratamiento para el caso de una futura incapacidad legal o natural de expedirse, y padezca una enfermedad terminal (y por ende incurable, aunque la ley lo añade como requisito). La enfermedad no necesariamente debe ser dolorosa.

La ley no determina si la voluntad puede especificar algunas enfermedades concretas ante las que se requiera dicha actuación –en vez de hacer una referencia genérica-; pero tampoco lo veda.

La manifestación se hace por escrito ante dos testigos. Es revocable. Conjuntamente, se debe nombrar un representante para que vele por su cumplimiento.

El tercer aspecto de la ley –y a nuestro entender, el más polémico-, es el que determina que en caso de ausencia de manifestación, en el caso de imposibilidad del individuo de expedirse, y ante enfermedad terminal; los familiares enumerados decidirán si aplican o continúan con el tratamiento. En caso de niños, la decisión la toman sus representantes. Si el niño tiene discernimiento, deben consultarlo con él. En todos los casos, la oposición a un tratamiento incluye la suspensión del mismo, si ya se hubiese iniciado. Previamente, debe aprobarlo una Comisión de Bioética. Los médicos pueden objetar, por razones de conciencia, su participación.

### ***9.5- Síntesis de las regulaciones referidas y consideraciones finales***

*Alemania:* Atenúa muerte a petición.

*Austria:* Atenúa muerte a petición.

*Australia: Territorio del Norte* –actualmente, derogada en los términos ya vistos-: Despenaliza ayuda a morir, a petición, en individuo enfermo dada por un médico.

*Bélgica:* Despenaliza y da derecho a muerte a petición en individuo enfermo dada por un médico.

*Bolivia:* Atenúa con posibilidad de eximición de pena, muerte por piedad en individuo enfermo.

*Brasil:* Posibilidad de atenuación de muerte por piedad.

*Colombia:* Atenúa muerte por piedad en individuo enfermo. – Despenaliza muerte por piedad y a petición en individuo enfermo dada por un médico (conforme sentencia válida erga omnes del Tribunal Constitucional).

*Costa Rica:* Atenúa con posibilidad de eximición de pena muerte por piedad y a petición en individuo enfermo.

*Dinamarca:* Atenúa muerte a petición.

*El Salvador:* Atenúa muerte por piedad y a petición en individuo enfermo.

*España:* Atenúa muerte a petición en individuo enfermo.

*Estados Unidos de América: Estados de Oregón y Washington:* Despenaliza y da derecho a ayuda a morir a petición en individuo enfermo dada por un médico.

*Estado de Montana* –según jurisprudencia del tribunal superior del Estado–: despenaliza ayuda a morir a petición en individuo enfermo dada por un médico.

*Grecia*: Atenúa muerte por piedad y a petición.

*Italia*: Atenúa muerte consentida.

*Luxemburgo*: Despenaliza y da derecho a muerte a petición en individuo enfermo dada por un médico.

*México: Estado de Guanajuato*: Atenúa muerte consentida. *Código Federal*: Atenúa muerte a petición. *Distrito Federal*: Atenúa muerte por piedad en individuo enfermo.

*Noruega*: Permite atenuar la *muerte consentida* en individuo enfermo. Permite atenuar *muerte por piedad* en individuo enfermo.

*Países Bajos*: Atenúa muerte a petición. Despenaliza y da derecho a muerte a petición en individuo enfermo dada por un médico.

*Paraguay*: Atenúa muerte por piedad en individuo enfermo.

*Perú*: Atenúa muerte por piedad y a petición en individuo enfermo.

*Polonia*: Atenúa con posibilidad de eximición de pena muerte por piedad y a petición.

*Portugal*: Atenúa muerte por piedad. Atenúa muerte a petición.

*Suiza*: Atenúa muerte por piedad y a petición. Despenaliza la ayuda a morir por piedad –y por todo motivo no egoísta–.

*Uruguay*: Permite dejar sin pena muerte por piedad y a petición. Atenúa la muerte por piedad.

Expuesto a manera de cuadro:

ESTADO	RESPUESTA (1)					ACTUACIÓN		MUERTE PÍA(2)		En individuo enfermo	Dada por médico
	Aten.	Posibil. de aten.	Posibil. perdón	Despen.	Despen. y derecho	Muerte	Ayuda a morir	A petición	Por piedad		
Alemania	X					X		X			
Austria	X					X		X			
Australia: T.N.				X			X	X		X	X
Bélgica					X	X		X		X	X
Bolivia	X		X			X			X	X	
Brasil		X				X			X		
Colombia (I)	X					X			X	X	
Colombia (II)				X		X		X	X	X	X
Costa Rica	X		X			X		X	X	X	
Dinamarca	X					X		X			
El Salvador	X					X		X	X	X	
España	X					X		X		X	
E.U.A.: Mont.				X			X	X		X	X
Oreg. y Wash.					X		X	X		X	X
Grecia	X					X		X	X		
Italia	X					X		X (3)			
Luxemburgo					X	X		X		X	X
México: Cod. Fed.	X							X			
Guanajuato	X					X		X (3)			
D.F.	X					X			X	X	
Noruega (I)		X				X		X (3)		X	
Noruega (II)		X				X			X	X	
Países Bajos (I)	X					X		X			
Países Bajos (II)					X	X		X		X	X
Paraguay	X					X			X	X	
Perú	X					X		X	X	X	
Polonia	X		X			X		X	X		
Portugal (I)	X					X		X			
Portugal (II)	X					X			X		
Suiza (I)	X					X		X	X		
Suiza (II)				X			X		X		
Uruguay (I)			X			X		X	X		
Uruguay (II)	X					X			X		

(1): Dos marcas indica las dos posibilidades para la misma circunstancia

(2): Dos marcas indica que se deben dar ambas. (3): Basta con que sea consentida.

Nótese que ninguna legislación despenaliza:

- La *muerte por piedad*.
- La *muerte a petición* en individuo sano.
- La *muerte a petición* dada por un individuo que no es médico.

El primer criterio, como ya hemos comentado al analizar la muerte por piedad, nos parece correcto.

No así, como en parte anticipamos y luego veremos en detalle, los criterios segundo y tercero.

Por otra parte no se hace mayor referencia a que la muerte deba ser *eutanásica*: sin dolor. Pero, como ya vimos, esto puede estar implícito en las exigencias del arte médico y de los comités de ética siempre que este profesional intervenga en el acto.

## 10- LA MUERTE PÍA EN EL DERECHO ARGENTINO

### 10.1 Introducción y esquema de los aspectos a tratar

En la presente sección de este trabajo veremos la regulación actual en el derecho argentino en relación a la *muerte pía*.

Antes de la sanción de la ley 26.74 solía afirmarse que la Argentina no ha regulado la “eutanasia”. Esta afirmación era verdadera desde cierto punto de vista: efectivamente en la Argentina la “eutanasia” no tenía una regulación específica.

Sin embargo era falsa desde otra óptica: todas las situaciones de *muerte pía*, estaban –y están- efectivamente incluidas en el derecho argentino comprendidas en la regulación de homicidio. Por implicar una muerte la eutanasia era –y es- tratada como tal. Es decir: el legislador no ha seleccionado las características especiales de la *muerte pía* como relevantes para conformar a partir de ella distinciones.

Entonces no nos encontramos ante una *laguna normativa*, sino, eventualmente, ante una *laguna axiológica*. La carencia de regulación parece manifestarse no porque exista un vacío legal –una situación sin respuesta-, sino porque se entiende que el legislador no diferenció una situación que debería haber diferenciado.<sup>286</sup>

La ley 26.742 –como veremos en detalle oportunamente- no conllevó un cambio radical en la situación planteada. Simplemente estableció de manera expresa algunas consideraciones atinentes a la *muerte pía* consentida en individuos enfermos realizada por omisión o sustracción de elementos vitales.

Primeramente nos referiremos a la regulación legal existente en materia penal: el homicidio simple, y el homicidio agravado por factores que pueden tener vinculación con la *muerte pía*. Veremos también el homicidio en su modalidad omisiva –homicidio por omisión- y el delito de ayuda al suicidio.

Seguidamente, analizaremos los intentos de hacer corresponder algunas variantes de *muerte pía*, en algunas posibilidades de atenuación o no punición que ofrece el código penal argentino.

---

<sup>286</sup> Siguiendo los conceptos de Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 157 y ss.

Concluiremos nuestro análisis del código penal vigente , haremos referencia a las graduaciones de la pena en referencia al homicidio *pío* y a la instigación *pía* al suicidio.

Hecho esto, veremos algunos antecedentes legislativos y proyectos de reforma del Código Penal, que sí contemplan específicamente variantes de *muerte pía*.

Luego, veremos disposiciones civiles vinculadas a nuestro tema. Fundamentalmente, las referidas al poder para obligar a otro a no dañarse, y las que establecen el respeto a la voluntad de los pacientes. Relacionado a esto último, veremos también disposiciones de ética médica.

Posteriormente, nos detendremos brevemente en la regulación relativa al hecho de la muerte.

Continuaremos nuestro análisis pasando a distintas disposiciones provinciales.

Finalmente, terminaremos esta sección con una síntesis comentada de jurisprudencia argentina.

## ***10.2 Las disposiciones del código penal***

### ***10.2.1 El delito de homicidio***

El art. 79 del Código Penal, establece punición *al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciera otra pena*.

Este es el artículo del llamado “homicidio simple”.

El bien jurídicamente protegido, es la vida. Ésta, se encuentra también amparada por tratados internacionales, que desde 1994 tienen jerarquía constitucional. Con anterioridad no tenía mención expresa en la Carta Magna, aunque la mayor parte de la doctrina entendía que se encontraba amparada por su artículo 33, referente a derechos implícitos.

Según Buompadre:

Se discute... en el marco teórico, el contenido del derecho a la vida, esto es, si este derecho debe entenderse sólo en un sentido físico –biológico o si, por el contrario, tiene también un contenido valorativo.

Para un sector de la doctrina, la vida constituye un concepto puramente naturalísimo, que se determina conforme a criterios biológicos y fisiológicos...

desde nuestro punto de vista resulta incompleta a la hora de ensayar un marco de protección jurídico-penal del alcance generalizador e integral del derecho a tutelar. Por ello, nos parece que un estudio sobre el derecho a la vida no puede prescindir de un enfoque o análisis de tipo valorativo o social, en cuanto también constituye –como se ha puesto de relieve en el ámbito doctrinario- el soporte de la dignidad, la libertad y de los demás derechos fundamentales...<sup>287</sup>

La acción típica del delito comentado, es matar a otro: poner fin a su vida.

La muerte puede producirse por medios directos o indirectos, que pueden ser materiales o morales –gran susto,...-; sin perjuicio de la dificultad probatoria que puedan ocasionar algunas modalidades, fundamentalmente al momento de probar el nexo causal.

El sujeto pasivo debe ser otra persona diferente a la que mata. No es punible el suicidio, ni su tentativa. Independientemente que el Código Penal, en otros artículos, prescriba pena para la instigación o ayuda al suicidio.

El sujeto pasivo, debe ser también una persona ya nacida. La mayor parte de la doctrina entiende que para que esto ocurra, basta con que el parto, natural o por cesárea, haya comenzado. Dentro de esta posición, puede entenderse que el parto comienza cuando el feto corona, o bien cuando comienza la expulsión. La doctrina minoritaria entiende, basada en una tradición civilista, que debe haberse cortado el cordón umbilical para que exista vida independiente. Otros exigen la visualización del feto separado de la madre, incluso aunque no se haya cortado el cordón. Otros exigen que haya habido respiración del nacido para que exista homicidio.<sup>288</sup>

En cualquier caso, recordamos, siguiendo a Donna, que la vida humana es un proceso dinámico y que por ende no es posible afirmar que haya un punto exacto en donde comienza la vida.<sup>289</sup>

Si la muerte se produjo antes del nacimiento, estaremos frente a un delito de aborto.<sup>290</sup> El aborto, tiene una pena mucho menor al homicidio.

<sup>287</sup> Buompadre, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Mave, Buenos Aires, 2000, pág. 67.

<sup>288</sup> Véase Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, Rubinzal- Cunzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 30. Y Cortázar, Graciela, *Los delitos contra las personas*, Ediuns, Bahía Blanca, 2008, pág. 9.

<sup>289</sup> Conforme Donna. Edgardo, op. cit., pág. 30.

<sup>290</sup> Regulado en los arts. 85, 86, 87 y 88 del Código Penal, a los que no haremos mayor referencia.

Para que se produzca el homicidio, no es necesario que exista viabilidad en la vida del sujeto pasivo. Dice Varela:

...la protección de la persona por parte de la ley penal, se prolonga hasta su muerte, con lo cual, juntamente con el sujeto pasivo, desaparece también el objeto material del delito de homicidio.

En consecuencia, carece de toda importancia la condición de viabilidad de la víctima, toda vez que este delito protege la vida humana por precaria que ella sea, es decir, cualquiera sea su valor físico, y cualquiera la causa de la falta de viabilidad, que puede provenir de un vicio orgánico, o de un nacimiento prematuro, o de una enfermedad de pronóstico necesariamente letal, etcétera, y aun cuando la víctima esté ya moribunda, o agónica...<sup>291</sup>

Estas consideraciones son de importancia, desde que implican que existe delito de homicidio cuando se mata a un individuo enfermo de enfermedad terminal, cualquiera sea el estado de ésta.

El homicidio simple requiere que exista dolo. Si no existe dolo, pero sí culpa, estaremos frente a un homicidio culposo.<sup>292</sup>

### **10.2.2 Agravantes del homicidio.**

Veremos aquí algunos agravantes del homicidio, establecidas en el art. 80 del Código Penal, que tienen especial relevancia al momento de encuadrar jurídicamente una *muerte pía*.

Núñez propone clasificar las figuras agravadas del homicidio tomando en cuenta las razones que lo fundamentan. Siguiendo a este autor, podemos diferenciar:

- a- Las agravantes en razón del vínculo entre autor y víctima (art. 80 inc. 1).
- b- Las agravadas en razón del modo de comisión (art. 80 inc. 2 y 6).
- c- Las agravadas en razón de la causa o motivo (art. 80 inc. 3, 4 y 7).
- d- Las agravadas en razón del medio que se emplea (art. 80 inc. 5).
- e- Las agravadas en razón de la calidad del sujeto pasivo (art. 80 inc. 8).
- f- Las agravadas en razón de la calidad del sujeto activo (art. 80 inc. 9)<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> Varela, Bernardo C., *Homicidio simple*, Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 21. – En el mismo sentido, por ejemplo: Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 17.

<sup>292</sup> Regulado en el art. 84 del Código Penal, y al que tampoco haremos mayor referencia.

Nos limitaremos, como ya dijimos, a puntualizar algunos agravantes contenidos en el art. 80 del Código Penal, a quien matare:

*1) A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia;*<sup>294</sup>

Se agrava la pena para quien mata a otra persona con la que tiene un estrecho vínculo.

Quedan comprendidos en el agravante, ascendentes y descendentes por consanguinidad, sin límite de grado; y el cónyuge. Según la redacción actual de la ley, también el ex cónyuge, la pareja y la ex pareja; sin que se establezca con claridad cuándo se considera que existe una relación de pareja.<sup>295</sup>

Quedan excluidos entonces los vínculos de afinidad o consanguíneos por líneas laterales –colaterales-. Puede discutirse si quedan excluidos también los adoptados y adoptantes. En este último punto, se tenga la postura que se tenga, debe aceptarse que el homicidio se agrava en relación a la familia biológica o a la familia adoptante, pero no a ambas.<sup>296</sup>

La redacción anterior del inciso citado explicitaba que era necesario para que opere el agravante que el homicida conozca su vínculo con la víctima. La redacción actual no lo menciona, pero puede entenderse que se desprende de los principios generales que operan en cuanto al dolo.

Este inciso, lleva consigo un atenuante previsto en la parte final del art. 80, al que haremos referencia oportunamente.

---

<sup>293</sup> Conforme Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 29 y ss.

<sup>294</sup> Según ley 26.791 de diciembre del año 2012.

<sup>295</sup> Esta es una crítica importante que puede hacerse a la ley 26.791. Será trabajo de la doctrina y la jurisprudencia el establecer los parámetros para determinar en qué casos puede hablarse de relación de pareja. Lo cual no es deseable en atención a las exigencias de legalidad y certeza propias del Derecho Penal.

También parece cuestionable que el agravante en relación a la ex pareja opere cualquiera sea el tiempo que haya transcurrido desde la ruptura de la relación y cualquiera sea la situación en la cuál se produce el homicidio.

<sup>296</sup> Conforme Donna, Edgardo, op. cit., pág. 85.

Este agravante es relevante para la *muerte pía*, pues las muertes por piedad y la muerte consentida generalmente son llevadas a cabo por personas que tienen vínculo con aquél que va a morir. Generalmente las personas sienten más piedad por otras que le están vinculadas, y ello puede llevarlas a realizar homicidio por piedad. O, las personas tienen más confianza con sus allegados sanguíneos, y esto las lleva a solicitarles a ellos su propia muerte.

La paradoja de la *muerte pía* se muestra aquí con claridad. Quien es movido por la piedad avivada esta a su vez por el vínculo que le une a quien va a morir, o quien es buscado por una persona para ser el ejecutor de su muerte en razón de su especial relación; es penado de forma agravada por su aparente atentado contra ese vínculo.

Desde la letra de la ley, es claro que el agravante corresponde aplicarse, aún en casos de muerte por piedad y/o consentida.

## 2) *Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;*

El ensañamiento es un modo cruel de matar, que intencionalmente produce una muerte dolorosa o prolongada. Si se lo quiere: una muerte kakonásica. Por lo tanto, en nada se vincula a la *muerte pía*, salvo como contrapuesto a la muerte eutanásica. En relación a la alevosía, dice Núñez:

..objetivamente la alevosía exige una víctima que no está en condiciones de defenderse, o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo. Pero subjetivamente, que es donde reside su esencia, la alevosía exige una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero. La incapacidad o la inadvertencia de la víctima puede ser provocada por el autor o simplemente aprovechada por él.<sup>297</sup>

Objetivamente, entonces, se requiere que la víctima esté indefensa o desprevenida. La alevosía puede llevarse a cabo ocultando las intenciones del homicida – homicidio proditorio-, o bien ocultando su propia persona o sus medios. Subjetivamente, se requiere que el autor quiera aprovecharse de la indefensión. Por lo tanto, el que la víctima esté indefensa, de por sí sólo, no basta para que se configure el agravante.

<sup>297</sup> Núñez, Ricardo, op. cit., pág. 37. – En un sentido similar, Donna, Edgardo, op. cit., pág. 99.

No es necesario, sin embargo, que exista premeditación.<sup>298</sup>

La muerte por piedad puede tender a ser una muerte con alevosía, pues es comprensible que la persona que va a dar muerte oculte su intención.

Por otro lado, puede llegar a argumentarse que la muerte consentida –a petición o meramente admitida- puede configurar también una muerte con alevosía, si se considera que la indefensión surge de la propia voluntad de la víctima de desear la muerte o de no oponerse a ella, y que el homicida conscientemente se aprovecha, a sabiendas, de ella.

En cambio, en atención al requisito subjetivo antes mencionado, no configura por sí misma alevosía la muerte dada –por piedad o con consentimiento- en un individuo enfermo de enfermedad incurable que no puede defenderse. Pues el homicida no busca aprovecharse de esa situación. A lo sumo, puede llegar a matar en razón de esa situación.

En palabras de Fontán Balestra:

...no es siempre alevosa la muerte del recién nacido, del anciano inerte, del parálítico, y en fin, de todos aquellos que no pueden ser matados de otro modo;  
 ...<sup>299</sup>

Y dice Donna:

El dolo del autor debe comprender tanto los medios, el modo como las circunstancias es aprovechado de modo que tiendan directamente a asegurar el fallecimiento de la persona, con el fin de lograr una muerte sin riesgos. Por ello se ha afirmado que no hay alevosía en los casos en que el autor del homicidio sólo busca aliviar el dolor del moribundo o proporcionar una muerte placentera.<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> Conforme Donna, Edgardo, op. cit., pág. 100. Y destaca el autor: *No debe confundirse preordenación con premeditación.*

<sup>299</sup> Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2007, consultado online. Citar Lexis: n° 1505/000630. – En un sentido similar se expide Buompadre, Jorge, op. cit., pág. 128.

<sup>300</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág. 101.

En relación al veneno u otro procedimiento insidioso –como ser, el colocar vidrio molido en la comida, etc.-, el agravante se estableció para punir con más fuerza el ocultamiento de la intención de matar, que redundaba en indefensión de la víctima.

Según Núñez, por veneno puede entenderse:

...toda substancia animal, vegetal o mineral, sólida líquida o gaseosa que introducida en el cuerpo humano mata cambiando su naturaleza por acción química. en virtud de las transformaciones químicas que produce..<sup>301</sup>

Puede ser de origen animal (v.g.: microbios), mineral (v.g.: arsénico) o vegetal (v.g.: morfina). Puede ser introducido al cuerpo por cualquier vía: oral, epidérmica, respiratoria, vaginal. Y por cualquier medio: ingestión, inyección, hidratación, etc. Otras substancias que no alteran la química del cuerpo humano pero que se propinan ocultamente de un modo análogo; recaen conforman *otros procedimientos insidiosos*.<sup>302</sup>

En relación a la *muerte pía*, el veneno puede ser una forma de provocar una muerte eutanásica o por piedad. Piénsese, por ejemplo, el inyectar algún veneno en el suero de un paciente, y que tiene por efecto que éste se adormezca hasta morir.

También es un medio por demás usual de practicar muerte consentida. En los países donde esta práctica está permitida, generalmente se lleva a cabo –o incluso, se entiende que debe llevarse a cabo-, por introducción en el cuerpo de sobredosis de medicamentos o de substancias intrínsecamente letales. Generalmente se utiliza morfina, curare, o cloruro de potasio.

Sin embargo, esto no es suficiente para configurar el agravante. Pues la doctrina tiene dicho que es necesario que exista insidia en el modo de administración del veneno. Por ejemplo: ocultándole a la víctima la calidad de veneno de la substancia, o introduciéndola sin que ésta lo note. Si no está presente dicha insidia, -por ejemplo, si tras una lucha se obliga por la fuerza a la víctima a ingerir veneno-, el homicidio es un homicidio simple.

E, incluso si se utilizara como veneno en el sentido estricto –en el carácter de tal-, corresponde atender a las palabras de Fontán Balestra:

<sup>301</sup> Núñez, Ricardo, op. cit, pág. 45.

<sup>302</sup> Conforme Buompadre, Jorge, op. cit., pág. 132.

...todas estas circunstancias admiten hoy excepciones en número lo suficientemente elevado como para que resultara excesiva la norma que cualifica el homicidio solamente por la utilización de sustancias venenosas. Es suficiente pensar en los casos de homicidio-suicidio de los enamorados, en el medio elegido a veces por la misma víctima, en los casos de eutanasia u homicidio piadoso, y en que es veneno lo que se utiliza en algunos estados americanos para ejecutar la pena de muerte, para comprender que el empleo de sustancias venenosas puede responder también a sentimientos humanitarios.<sup>303</sup>

### 3) *Por precio o promesa remuneratoria;*

Este agravante se da cuando hay un pacto expreso por el cual una persona encarga a otra una muerte, por un precio. Hay entonces una muerte por mandato, quedando excluidos los convenios o mandatos tácitos. El precio puede ser dinero o cualquier bien apreciable pecuniariamente, quedando entonces excluidas las contraprestaciones que no pueden valuarse.

El homicidio es agravado tanto para el mandante como para el mandatario.

Se han dado distintas explicaciones del fundamento de la agravante. Por ejemplo, el bajo motivo del autor y el peligro social que representa el homicidio lucrativo. – Creus-. O el “pacto infame sobre el precio” –Núñez-.<sup>304</sup> O el mayor reproche que merece quien mata por puro interés.<sup>305</sup>

En relación a la *muerte pía*, este agravante es relevante, en lo que refiere a muerte a petición, cuando ésta se lleva a cabo por un precio. Es decir: el caso en el que la víctima pide a otro que la mate, a cambio de un precio o promesa remuneratoria.

En el sentido literal, hay un homicidio por precio o promesa remuneratoria. Hay un mandato, aunque el mandante sea la víctima. En atención también a los motivos antes citados, el agravante debería aplicarse.

Más claro parece el caso en que una persona pide a otra su muerte –o simplemente la admite-, y un tercero, para que esta última acceda, da dinero o promesa remuneratoria al homicida. El agravante aquí se aplicaría tanto al homicida como a quien dio el dinero, pues éste ha sido determinante en la muerte.

### 6) *Con el concurso premeditado de dos o más personas.*

<sup>303</sup> Fontán Balestra, Carlos, op. cit.

<sup>304</sup> Conforme Cortázar, Graciela, op. cit., pág. 14.

<sup>305</sup> Conforme Donna, Edgardo, op. cit., pág. 104.

Este agravante se configura cuando el en hecho intervienen al menos tres personas: un autor, y otros dos en calidad de coautores, o partícipes necesarios o secundarios. No quedan comprendidos los instigadores o los auxiliadores posteriores.

Todos los participantes, para ser considerados tales, deben ser imputables penalmente.

A su vez, la participación en el homicidio debe ser premeditada.

Se entiende que el fundamento de este agravante es la menor posibilidad de defensa que tiene la persona, ante el número de individuos que le atacan.<sup>306</sup>

Por lo tanto, está claro que corresponde aplicar este agravante para casos de muerte eutanásica o muerte por piedad. Pero no está tan claro que corresponda para casos de muerte consentida –a petición o meramente admitida-. Si una persona pide a otras tres que le maten o admite esto, –v.g.: una aplicándole una inyección letal, y otras dos asistiéndole en esa tarea-, la indefensión la suministrará su propia voluntad, independientemente del número de individuos que participen en el acto. Atendiendo a la letra de la norma, el agravante debería aplicarse. No correspondería aplicarlo, empero, en atención a su fundamentación.

### ***10.2.3 El homicidio por omisión y su diferencia con el abandono de personas***

El homicidio puede ser cometido por acción o por omisión.

El homicidio por omisión, es un tipo penal de omisión impropia. En ellos, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente como típico. Por el contrario: sólo se describe y prohíbe un comportamiento activo. En nuestro caso: matar a otro.

Para que esta equiparación entre acción y omisión pueda llevarse a cabo, debe haber en cabeza de quien omite, una obligación de evitar el resultado. Esto es, una posición de garante. Por eso son delitos especiales propios.

Como fuentes materiales de la posición de garante, se tienen a la ley –ejemplo: deber de protección de los padres a los hijos-, el contrato – ejemplo: el deber del médico para con su paciente-, y la conducta precedente o injerencia – ejemplo: quien atropella a otro, debe asistirlo-.

---

<sup>306</sup> Conforme Donna, Edgardo, op. cit., pág. 109.

Algunos autores –por ejemplo Zaffaroni, en su actual Tratado<sup>307</sup>–, niegan que pueda haber equiparación entre el hacer y el omitir. Pues esto implicaría ampliar el tipo penal.

Otros autores, no lo entienden así. Por ejemplo Sancinetti<sup>308</sup>, afirma que una correcta interpretación de la tipo penal, claramente hace lugar a la equiparación. Entender que un verbo de causación sólo puede ser realizado por acciones, es una interpretación deficiente de las reglas de imputación y del sentido de las normas.

Si un asador se halla probando la cocción de la carne con su cuchillo de monte y, de pronto, ve caer desde un árbol, sobre el asador a un niño que se hallaba trepando a aquél, con tal suerte que la cabeza de éste está por caer sobre la punta del cuchillo, casualmente apuntado hacia arriba en ese momento, el asador deberá rebatir el cuchillo para evitar el resultado; si no lo rebate (omisión), causará el resultado del mismo modo que si, por acción, le clavara el cuchillo al niño....

Todas estas vicisitudes muestran ya intuitivamente cuánta superficialidad existe, desde un punto de vista de la imputación, en la cuestión relativa a si el sujeto a imputar es responsable de una acción (movimiento corporal) o de una omisión (falta de movimiento corporal)<sup>309</sup>

Este autor destaca que Feuerbach, Carrara, Tejedor, Moreno (h), y otros, se decantaron por la misma solución: el homicidio puede ser cometido por acción o por omisión.

Agrega también, que muchos autores que niegan la comisión por omisión del homicidio doloso, la aceptan sin problemas en el culposo, cuando la culpa y el dolo no tienen relación en este sentido con la acción o la omisión. Puede haber delitos culposos activos y omisivos, y dolosos activos y omisivos<sup>310</sup>

Puntualmente en relación al homicidio, dice Donna:

<sup>307</sup> Zaffaroni, Eugenio R., et. al., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 577.

<sup>308</sup> Sancinetti, Marcelo A., *La relación entre el delito de “abandono de personas” y “homicidio por omisión”*, en Ziffer, Patricia (dir); “Jurisprudencia de Casación Penal. Análisis de Fallos”, vol. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

<sup>309</sup> Sancinetti, Marcelo A., op. cit., pág. 289.

<sup>310</sup> Conforme Sancinetti, Marcelo A., op. cit., pág 292 y 293.

De la forma en que está descrita en la ley, autor del delito de homicidio puede serlo cualquier persona. Sin embargo, como bien se ha hecho notar, esta afirmación sólo es válida en cuanto al homicidio por acción, ya que en cuanto al homicidio por omisión sólo podrá serlo la persona que se encuentra en la posición de garante. En el clásico ejemplo del niño que se ahoga en el estanque, muy distinta será la situación del padre que deja que su hijo se ahogue, de la del tercero que observa el mismo hecho. En el primer caso, habida cuenta del papel de garante que tiene el padre, se habrá tipificado un homicidio agravado, en cambio para el tercero sólo habrá una omisión de auxilio prevista por el artículo 108 del Código Penal.<sup>311</sup>

Y Creus:

...Creemos que la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición "típica" de un resultado, sea ésta la de producirlo-cuando no se lo debía producir- o la de no impedirlo -cuando se le debía impedir-, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en un significado socialmente adecuado de la acción de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo).<sup>312</sup>

Siguiendo a Sancinetti en su obra citada, corresponde también distinguir el homicidio por omisión, del abandono de personas.<sup>313</sup>

Cuando con el retiro de la protección se deja a la víctima a merced de un peligro totalmente determinado, no hay abandono de personas, sino homicidio. Porque el abandono no es sino un medio para matar.

Ejemplo claro de homicidio por omisión –y no de abandono-, es el de la madre que no quita a su bebé de la vía del tren, en el que un tercero lo colocó. O, el conocido y ya mencionado ejemplo de la madre que no alimenta a su bebé.

En relación a la *muerte pía* homicidio, es fácil ver cómo esta puede ser llevada a cabo por omisión. Pondremos sólo tres ejemplos:

*Muerte meramente eutanásica:* una madre detecta que en el calefactor de la habitación de su hijo pequeño, hay una considerable fuga de gas. Sin embargo, no

<sup>311</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág. 35.

<sup>312</sup> Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 182.

<sup>313</sup> Art. 106 del Código Penal, al que no haremos mayor referencia.

cierra la llave de gas, ni retira al niño. El niño muere, tranquilamente y sin dolor, mientras dormía.

*Muerte meramente por piedad*: una madre deja morir de hambre a su hijo pequeño, afectado de una enfermedad dolorosa e incurable, para evitarle la prolongación de su vida sufriente.

*Muerte meramente consentida* –puntualmente: a petición-: Un paciente adulto y lúcido, que tiene una herida que puede ser tratada fácilmente, pero que si no se trata le provocará de seguro la muerte; pide al médico que no le atienda.

Este último caso, sin embargo, es especial, pues el deber de garante colisiona con el respeto a la autonomía de la voluntad y el respetar dicha autonomía no implica un causar la muerte de manera directa, sino un permitir la muerte.

#### **10.2.4 La ayuda al suicidio.**

El art. 83 del código penal, tipifica la instigación y la ayuda al suicidio:

*Será reprimido con prisión de un año a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio, o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiere tentado o consumado.*

Por nuestra parte, haremos referencia sólo a la ayuda al suicidio.

En nuestra clasificación de *muerte pía*, la situación es la de la *muerte pía* autoprovocada, pero con asistencia de un tercero.

La ley exige que el suicidio se haya consumado o al menos tentado.

En relación a la conducta *ayudar*, dice Donna:

...Sólo entrarían dentro de este tipo penal aquellas conductas que se equiparan a la complicidad necesaria, esto es, a la primaria, pero no a la complicidad secundaria, ya que de lo contrario se estarían violando las reglas de la participación que distinguen entre ambas colaboraciones. Por lo tanto quedan fuera de este tipo aquellas conductas que sólo favorecen, fortalecen o instruyen sobre el suicidio, como ser las asociaciones de este tipo. La opinión contraria se encuentra en la obra de Estella y Godoy Lemnos, quienes abarcan la ayuda del artículo 46 del Código Penal.<sup>314</sup>

Parte de la doctrina admite también la ayuda al suicidio como delito de omisión impropia: es decir: penar a aquél que tiene la responsabilidad de evitar un suicidio,

---

<sup>314</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág. 204.

y no lo hace. Así lo sostienen, por ejemplo, Núñez y Fontán Balestra. Otros niegan esa posibilidad: Sóler, Gómez, Peco.<sup>315</sup>

Buompadre entiende que

la simple inacción (por ejemplo, observar impasible el suicidio de otro) no constituye una omisión punible, pero la no prestación del auxilio cuando se está obligado a prestarlo por la posición de garante asumida frente al bien jurídico tutelado puesto en peligro (por ejemplo, el bañero que no ayuda actúa ante quien se ha arrojado a las aguas para ahogarse y aún no ha muerto), tipifica la omisión a título de ayuda al suicidio.<sup>316</sup>

Donna reconoce y destaca que la ayuda al suicidio es una colaboración punible en un hecho que no es típico –el suicidio-. Al hablar, oportunamente, de la despenalización del suicidio, daremos nuestra opinión sobre esto. Adelantamos que opinamos que este tipo penal representa una incongruencia, y que además es contrario a la Constitución Nacional.

En relación a la ayuda al suicidio como omisión impropia, dice el autor:

...en estos casos nos asalta una duda, pues se pasaría de la complicidad a la autoría sin ninguna explicación lógica. Esto es, el omitente activo sería autor del suicidio, lo que no parece lógico.<sup>317</sup>

### ***10.2.5 El problema de la llamada “pareja suicida”***

En este punto, referiremos a las intrincadas variantes que se presentan, a la luz de nuestra ley, cuando dos personas deciden morir simultáneamente.

Citaremos el análisis pormenorizado y sintético de Levene:

La casuística de este hecho es un poco complicada y nos mueve a señalar la relativa falta de lógica de la ley, cuando contempla en una sola norma situaciones y casos muy distintos, que merecen diversas penalidades.

...si se deciden matar recíprocamente, y alguno sobrevive, conforme nuestra ley debe ser castigado como autor de homicidio consentido por la víctima, art. 79 del Código. Si sobreviven los dos, son castigados como autores de tentativa de homicidio consentido por la víctima, art. 79 y 42. Segundo supuesto: si uno debe

<sup>315</sup> Conforme Buompadre, Jorge, op. cit., pág. 170.

<sup>316</sup> *Ibídem.*

<sup>317</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág. 204.

matar al otro y después suicidarse, pero no alcanza a hacerlo y sobrevive de su tentativa, esta última no es punible, pero en cambio será castigado como autor del homicidio consentido... Si la persona a la que él debe dar muerte es la que sobrevive y él fallece, tendrá que verse si hay responsabilidad del sobreviviente, porque a lo mejor éste es el que ha instigado o efectuado los actos preparatorios y de ejecución.... Tercer supuesto: si cada integrante de la pareja decide suicidarse, aparentemente no habría delito, y lo lógico sería que no lo hubiere, pero pudo haber ocurrido que previamente haya habido una recíproca ayuda, instigación o suministro de medios, lo que entonces haría encuadrar la actividad de quien sobrevive en el art. 83...<sup>318</sup>

### ***10.3 Intentos de inclusión de la muerte pía en el sistema penal argentino***

Trataremos aquí las diferentes opciones que se han planteado, para pretender que determinados tipos de *muerte pía*, en el sistema argentino, no sean calificadas sin más de homicidio simple –o agravado-, sino que obtengan una pena menor o no obtengan pena.

#### ***10.3.1 Atenuación especial del parricidio***

A la atenuación especialísima del parricidio refiere el art. 80 en su último párrafo, el cual oportunamente mencionamos pero no citamos ni analizamos.

*Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de 8 a 25 años...*<sup>319</sup>

El inciso 1 del art. 80, refiere pues, al homicidio agravado por vínculo, como ya hicimos referencia.

La doctrina ha dicho que son aquellas circunstancias que colocan al agente en una situación tal que los vínculos tenidos en cuenta para la agravación pierden razón de ser.

Dice Donna, de manera sintética, siguiendo a Estella y Godoy Lemos:

---

<sup>318</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 126.

<sup>319</sup> La ley 26.791 incorporó una segunda oración a este párrafo: *Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.*

...son todos aquellos supuestos ocurridos fuera del orden habitual, común, o natural, circunstancias graves o inusitadas que no fundamentan la emoción violenta pero tampoco encuadran en circunstancias comunes a un parricidio (Bertolino). Pueden referirse a las relaciones del autor con la víctima o de situaciones que, aunque referidas a la víctima, no se deben a su conducta (Núñez). Puede ser una conducta propiamente dicha desplegada por la víctima o puede asumir la forma de un estado o situación de desgracia que determina que uno o ambos sean víctima de su propio estado personal. (Laje Anaya).<sup>320</sup>

Para la *muerte pía* por piedad, podría pues, tratar de aplicarse esta atenuación, para descalificar el homicidio calificado. Incluso, aplicando analogía *in bonam partem*, podría también sostenerse que la solución es aplicable también para otros tipos de agravantes del homicidio –ya vistos-, cuando el móvil fundamental es la piedad.

Donna, cita ejemplos jurisprudenciales que pueden ir, al menos, en el primer sentido. Se ha aplicado la atenuante, por ejemplo, para:

Una autora débil mental, con una familia de padres alcohólicos, que vive de manera precaria, que deja morir a su recién nacido para paliar la angustiosa situación económica.<sup>321</sup>

Un autor que dio muerte a su hija de dos años de edad, atendiendo a la enfermedad de ésta, cuyas posibilidades de recuperación eran nulas; teniendo graves dificultades económicas, y conflictos con su pareja, la madre de la menor.<sup>322</sup>

Sin embargo, en los dos casos, parece que la jurisprudencia ha querido resaltar enérgicamente que no bastaba el móvil de piedad en relación a la víctima, sino que se debía atender también a una condición socio-económica negativa.

### **10.3.2 – Emoción violenta**

Dice el art. 81, primer párrafo, inc. a)

*Se impondrá reclusión de 3 a 6 años o prisión de 1 a 3 años:*

*Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable*

Citaremos a Pazos Crocitto en su caracterización de la figura:

<sup>320</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág. 92. – La consideración de Laje Anaya es también recogida por Buompadre, Jorge, op. cit., pág. 116.

<sup>321</sup> Ibidem.

<sup>322</sup> Conforme Donna, Edgardo, op. cit., pág. 93.

- (a) Es un homicidio atenuado.
- (b) No es un homicidio pasional. ...confundir pasión con emoción reconducen al problema de la inserción de los motivos éticos en la figura... Es un homicidio en estado emocional.
- (c) La víctima es causante de la lesión que sufre. Este tipo delictivo no puede examinarse sin recurrir a aquel sujeto como introductor de una variable de impacto en la cosmogonía situacional delictiva.
- (d) Es un homicidio provocado, distinto al cometido por ímpetu de maldad, por ello su penalidad se degrada.
- (e) No se motiva en un dolor físico sino afectivo.
- (f) Debe haber conexión causal entre el estímulo provocador, el estado emocional del sujeto y la acción de matar.
- (g) Proviene de un arrebato o por un dolor violento, producido por una provocación injusta o una ofensa inmerecida....
- (h) Se produce una mutación en la personalidad del agente. No se analiza el temperamento de éste.
- (i) La reacción mediatiza la conducta del agente; es aquella y no éste quien dirige la acción del sujeto.
- (j) Se trata de una alteración de la personalidad, y no de una cualidad.
- (k) La emoción debe ser violenta.
- (l) Se excusa la emoción. No se justifica el homicidio. La figura que nos ocupa importa simplemente un aminorante del reproche de la conducta, no una causal de justificación. Se realiza un juicio sobre la acción que la legitima hasta cierto punto (a la emoción); pero el homicidio sigue reprochándose.
- (m) No se precisa inmediatez entre el estímulo y la reacción, sino eslabonamiento determinativo. El factor temporal no precisa ser cercano, sino hallarse vinculados férreamente. Por ello descartamos también la relevancia del factor sorpresa.
- (n) Es incompatible con el cálculo y la reflexión. Planes complejos, o la utilización de medios complicados replican contra la configuración de la figura.
- (o) Hay una disminución de la autodeterminación que reduce el ámbito de libertad del agente.<sup>323</sup>

Según Donna, existe una atenuación de la culpabilidad dada la disminución de los frenos inhibitorios, que se traduce en una menor capacidad de culpabilidad.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> Pazos Crocitto, José I.; *En los límites de la emoción violenta: complejidad de análisis de una antigua diminuyente del reproche*, en Gómez Urso, Juan Facundo (Comp.) "Fallos de la Casación Penal de la provincia de Buenos Aires", t. IV, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2002, págs. 131 a 133.

<sup>324</sup> Conforme Donna, Edgardo, op. cit., pág 123.

La emoción... se puede caracterizar como una crisis, circunscripta y visible del sentimiento motivada por sensaciones que la percepción introduce en el campo de la conciencia, o por representaciones, es decir, imágenes, recuerdos e ideas que surgen de ella. Esta conmoción del ánimo se puede traducir en ira, dolor, miedo y excitación. Es un estado subjetivo duradero, por lo cual es una cuestión de hecho, que depende, obviamente de la prueba que se produzca en juicio.<sup>325</sup>

Y más técnicamente, el mismo autor:

En cuanto a las emociones propiamente dichas, se puede decir que interrumpen el curso regular, el ritmo normal de todo acontecer psicosomático, y que por ende son sentidas como un trastorno de la esfera corporal, especialmente la parte regulada por el sistema nervioso vegetativo.<sup>326</sup>

Núñez, por su parte, señala que

La atenuación de la pena no obedece al menor valor de la vida destruida, ni a circunstancias objetivas del hecho. La imputación disminuye en razón de que la criminalidad del autor es menor que en el caso ordinario, porque no es arrastrado al delito por su propia voluntad, libre de causas incitadoras...<sup>327</sup>

En relación a la *muerte pía*, se ha tratado de hacer a la emoción violenta, comprensiva de la muerte por piedad. Entendemos que la propuesta, si bien forzada por la falta de regulación expresa de la muerte por piedad, no es tampoco absurda.

Analizando los requisitos antes dichos para que exista homicidio atenuado por emoción violenta, encontramos que, en el caso de piedad, claramente esta es una emoción. Es una alteración de los sentimientos.

Núñez, expresamente acepta que entre los estados en los que se puede traducir la conmoción del ánimo, está el dolor.<sup>328</sup>

En relación al carácter de “violenta”, la piedad, generalmente, no es súbita. Suele ser un sentimiento que se va desarrollando con el contacto con el individuo para

---

<sup>325</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág 138.

<sup>326</sup> Donna, Edgardo, op. cit., pág 136.

<sup>327</sup> Conforme Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 73.

<sup>328</sup> Conforme Núñez, Ricardo, op. cit., pág. 76.

con el que se tiene la piedad. Sin embargo, en determinados casos, podría ser repentina: por ejemplo, si, luego de mucho tiempo, una persona se reencuentra con otra a la que quiere mucho, y la percibe en un insoportable estado de sufrimiento. Pero, como ya vimos, el elemento fundamental no es que la emoción sea súbita –brusca-, sino que sea de entidad suficiente para alterar la psiques humana y hacer aflorar los impulsos primarios.

En lo que hace a la excusabilidad de la emoción, en muchos casos, el vínculo preexistente y afectivo entre el homicida por piedad y su víctima, hará entendible la acción de muerte.

La víctima no provoca de manera voluntaria una ofensa a su agresor. No es el causante intencional de la lesión que sufre. Pero la emoción es desatada a partir de su persona.

Lo antes dicho, sumando a que, en el Derecho Penal, los atenuantes no deben ser entendidos con la misma rigidez y taxatividad que los tipos penales; hacen que, como ya adelantamos, el incluir algunos casos de homicidio por piedad como homicidio bajo emoción violenta, nos parezca que pueda ser razonable.

Aunque no se puede dejar de reconocer que presuntamente no es el caso tenido en miras por el legislador al momento de introducir la atenuante. Y que la interpretación extensiva no parece del todo natural.

Dice Levene, en relación al homicidio por piedad y a petición:

...Hay una sola salida, un solo resquicio para la interpretación judicial: la emoción violenta, si el sujeto ha matado a la víctima abrumado por el espectáculo de su dolor moral y guiado por el cariño que le inspira quien clama por la muerte liberatoria. En esa forma se puede imponer una penalidad menor, conforme al art. 81 inc. 1 del Código, pero ésta resulta muchas veces una solución forzada...<sup>329</sup>

Nos resta agregar que el art. 82 del Código Penal dispone:

*Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.*

---

<sup>329</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 128. La misma idea se encuentra en pág. 138.

Es decir: se prevé una escala penal diferente para el homicidio agravado por el vínculo y bajo emoción violenta. Es el único agravante del homicidio que admite su conjunción con la emoción violenta.

Es importante a los efectos de analizar la muerte por piedad, pues la muerte por piedad suele a su vez –como ya dijimos-, ser entre personas que tienen un vínculo sanguíneo o conyugal que se incluye en la agravante.

Aunque se aceptara la atenuante de emoción violenta para el homicidio por piedad, la pena dada por el art. 82 –similar a la del homicidio simple-, parece minimizar el motivo de piedad tenido por un familiar que da muerte.

En cuanto el homicidio meramente consentido, en su variante de homicidio a petición, entendemos que muy difícilmente pueda ser entendida como homicidio bajo emoción violenta. No parece verosímil que la sola petición de muerte de una persona dada a otra, provoque en esta última una emoción violenta.

Si el homicidio consentido es meramente admitido por quien va a morir, creemos que no tiene mayor sentido pretender que quien mata, simplemente en razón de ese consentimiento, actúa bajo emoción violenta.

### ***10.3.3 – Ausencia de conducta por inconciencia momentánea***

Entendemos que esta es una solución extrema, por demás forzada, y que, de entenderse como correcta, deviene en un resultado no deseado.

Dice el art. 34 del Código Penal:

*No son punibles:*

*1º. el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.*

En estos supuestos, directamente, no hay acción.

De los enunciados del citado inc. 1 del art. 34, tomaremos la inconciencia.

Dice Sierra:

“Conciencia” se puede utilizar con distintos significados; el que aquí nos interesa es el clínico: resultado de la actividad de las funciones mentales. No se trata de una facultad de la psique humana, sino del resultado del funcionamiento de todas ellas. Cuando la conciencia no existe porque está transitoria o permanentemente suprimida, no puede hablarse de voluntad y por lo tanto desaparece la conducta. ...Podemos decir que hay inconsciencia cuando en el hecho no intervienen los centros altos del cerebro o cuando lo hacen en modo altamente discontinuo o incoherente.<sup>330</sup>

Según Núñez, la anormalidad de la conciencia debe afectar la capacidad de inteligencia o la capacidad de gobierno de la propia conducta. No puede atenderse a la llamada locura moral: un mero estado de perversión que no menoscaba el intelecto y la voluntad.<sup>331</sup>

Se ha sostenido pues, que en el homicidio por piedad, el homicida sufre una pérdida temporal de conciencia.

Esta solución nos parece errónea. Pues entender que en el homicidio por piedad hay una inconsciencia por parte del autor –salvo en casos especiales donde el autor tuviese alguna alteración previa de sus facultades, más allá del sentimiento de piedad-, parece inverosímil. Y además, la imputabilidad, ampliada antinaturalmente en su extensión para incluir a quien mata por piedad, parece atentar contra el derecho a la vida.

Sin embargo, cita Levene el siguiente caso jurisprudencial:

... tuvo lugar en 1928 un proceso seguido contra una señora, de intachables antecedentes que había dado muerte a su hija de trece años y se quiso suicidar al enterarse del diagnóstico médico de que aquella estaba enferma de lepra. La justicia la absolvió, diciendo que había actuado en estado de enajenación mental motivado por un violento trauma moral.<sup>332</sup>

#### ***10.3.4 – Estado de necesidad justificante***

Dice el ya citado art. 34 del Código Penal:

<sup>330</sup> Sierra, Hugo M. y Cantaro, Alejandro S., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Ediuns, Bahía Blanca, 2005, pág 159.

<sup>331</sup> Conforme Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I I, Omeba, Buenos Aires, 1961, págs. 34 y 35.

<sup>332</sup> Levene, Rodolfo, op. cit., pág. 140.

*No son punibles:...*

*3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;*

En este caso, lo que determina la antijuridicidad, es la necesidad que se tuvo de dañar un bien jurídico, para proteger otro de mayor valor. Puntualmente, nos referiremos al estado de necesidad por colisión de bienes o intereses.

Habrá necesidad cuando un bien jurídico esté amenazado, y no pueda ser salvado sacrificando otro.

Habrá peligro inminente cuando la afectación al bien jurídico a salvar sea muy probable o segura. Un mal es todo lo que pueda afectar un interés.<sup>333</sup> La fuente del mal puede ser humana o de la naturaleza.<sup>334</sup>

El bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado. Para la ponderación, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de la situación.

Se debe partir de la base de que la valoración de los bienes en juego es de índole objetiva. Lo determinante no es el valor que el autor le atribuye a esos bienes, sino el que les asigna el Derecho.<sup>335</sup>

Junto al valor del bien, hay que considerar también el grado en el que se ve afectado.<sup>336</sup>

Se necesita asimismo que haya ajenidad en el peligro. Es decir: que quien actúe no haya sido quien pusiera en peligro el bien a salvar.

La *muerte pía* ha sido vinculada al estado de necesidad justificante. Dice Zaffaroni:

La privación de una vida a requerimiento de quien padece una enfermedad irreversible con sufrimientos que no pueden ser evitados por otros medios plantea un interrogante relativo a la extensión del derecho a la integridad física y, por tanto, a la determinación de una causa de justificación para la eutanasia. Se sostiene que en los casos más claros, en que el paciente requiere que se ponga

<sup>333</sup> Conforme Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 319.

<sup>334</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio, et. al, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 491.

<sup>335</sup> Núñez, Ricardo, op. cit., pág. 322. – En el mismo sentido Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pag. 494.

<sup>336</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 685.

fin a su vida en su propio interés, sería permisible proceder con la eutanasia (voluntaria) sea en su forma activa o pasiva, cuando medie el requerimiento expreso del enfermo. En cambio, en los supuestos de eutanasia involuntaria, se han ensayado argumentos confirmatorios de la justificación bajo consignas éticas dadas por la imposibilidad de tratar al paciente como persona moral cuando se encuentra en un estado de coma profundo e irreversible, al haber perdido o por no estar en condiciones de adquirir las diferentes capacidades que hacen posible su goce de derechos. Sin los problemas de fundamentación que plantea toda solución moral, parece indudable que no sea posible imputar al médico la interrupción de un tratamiento intensivo de continuidad automática cuando ya no exista deber de prolongarlo.<sup>337</sup>

En lo que hace a la muerte por piedad, el estado de necesidad justificante puede invocarse entendiendo que está en juego el bien vida y otro bien jurídico –que es el que se vio afectado por la causa que inspira la piedad-. Por ejemplo, en un individuo enfermo, el bien vida estará sopesado al bien bienestar y dignidad humana.

Si se entiende que el bien bienestar y dignidad humana, priman sobre el bien vida, la justificación puede tenerse por válida. Sin embargo, entendemos que no es correcto entender que la vida pueda ser valorada por terceros y resultar perdedora en ese proceso de ponderación, y así justificarse la finalización de la vida.

En el caso de la muerte consentida –sobre todo en su variante de muerte a petición-, el estado de necesidad justificante puede invocarse si se concibe que la vida se sopesa con el bien autonomía de la voluntad, y el segundo resulta ser más importante. Pero para esta consideración, corresponde analizar el valor legal que corresponde darle al consentimiento para disponer de la propia vida. Es decir: si se le permite al individuo hacer una valoración tan baja de su propia vida, que lo lleve a renunciar a ella. Porque si se entiende que el consentimiento para este acto no tiene relevancia, el bien autonomía individual tendiente a la autorización del fin de la propia vida, no puede competir contra el bien vida.

Y, en el caso de la muerte por piedad y a petición, el bien vida también será valorado en relación a los bienes que dan origen a la piedad –dignidad humana, bienestar-, y a la autonomía de la voluntad.

---

<sup>337</sup> Zaffaroni, Eugenio R., et. al., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 641.

En cualquier caso, el estado de necesidad justificante para dejar sin pena la muerte por piedad y/o la muerte consentida; no parece un buen argumento.

Para Núñez, en la cúspide de la valoración jurídica se encuentran la vida del hombre y la conservación material.<sup>338</sup>

Roxin señala que *cuando esté en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones.*<sup>339</sup>

Y, en cualquier caso:

La acción realizada en estado de necesidad sólo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. Tiene que haber una marcada diferencia a favor del interés que se salva.<sup>340</sup>

Y, no parece que, al menos *prima facie*, haya en las situaciones de *muerte pía*, una desproporción incuestionable en contra de la vida. Máxime al atender que la afectación al bien jurídico vida, es completa.

Además, dice Bacigalupo:

...se sostiene que "el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana" ...<sup>341</sup>

El medio debe ser socialmente adecuado para la resolución del conflicto.

La muerte como modo de defensa de la autonomía de la voluntad, la dignidad humana o el bienestar, al menos *prima facie*, no parece satisfacer este requisito. Y, la muerte dada sin consentimiento de la víctima, además, difícilmente pueda entenderse que no lesiona de alguna forma la dignidad humana.

Y, en relación a la valoración de los bienes en juego, luego de explicar que la relación jerárquica debe deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico, y que

---

<sup>338</sup> Conforme Núñez, Ricardo, op. cit., pág. 324.

<sup>339</sup> Conforme Roxin, Claus, op. cit., pág. 686.

<sup>340</sup> Sierra, Hugo M., op.cit., pág. 247.

<sup>341</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 376.

las penas para el ataque a cada bien son meramente indicativas; Bacigalupo destaca que:

...debe quedar claro que, en principio, queda excluida la justificación mediante el estado de necesidad de acciones que importen la muerte de otro.<sup>342</sup>

### **10.3.5 – Consentimiento de la víctima**

Trataremos aquí este tema de manera tangencial, pues ya hemos hablado del consentimiento –en general- al referirnos a la *muerte consentida*. Y volveremos a hacer referencia a él en la última parte de esta investigación, pues es un eje central de nuestras conclusiones.

Hemos señalado que el consentimiento opera, para la mayoría de la doctrina, como causa de atipicidad. Pero que, entre los requisitos para que exista un consentimiento válido, se encuentra el que el mismo refiera a un bien disponible.

Es decir: si el bien jurídico protegido es disponible, cuando se consienta su afectación, la conducta no será típica. Si, por el contrario, no se considera disponible, en principio no tendrá mayor relevancia –aunque esto no quita que pueda ser tenido en cuenta para la graduación específica de la pena, o ser base para la existencia de un error en cabeza de quien actúa-.

En relación a la muerte consentida, la doctrina considera, en general, que la vida es un bien indisponible para su titular.

Por ser los actos de renuncia a la vida *incomprensibles* –Zaffaroni<sup>343</sup>-. Por *altas razones de moral, comunidad y orden* –Cifuentes<sup>344</sup>-. Porque existe un *interés general* –Núñez y Soler<sup>345</sup>-. Porque se afecta *intereses sociales de otro orden* –Creus<sup>346</sup>-. Porque entorno a la vida se ven involucradas *reglas sociales* –Donna<sup>347</sup> -

<sup>342</sup> Bacigalupo, Enrique, op. cit., pág. 379.

<sup>343</sup> Conforme Zaffaroni, Eugenio R., op. cit., pág. 502.

<sup>344</sup> Conforme Cifuentes, Santos, *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 270.

<sup>345</sup> Conforme Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 420. Y Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 375.

<sup>346</sup> Conforme Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 6 y 311.

<sup>347</sup> Conforme Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 174.

. Por imposibilidad de asegurar que la voluntad expresada al consentir la muerte sea la verdadera voluntad del individuo -Silvestroni<sup>348</sup>-.

No nos detendremos aquí en pormenorizar estos argumentos. De los mismos –y de otros- nos ocuparemos en la última parte de este trabajo.

Adelantamos que entendemos que la consideración de la vida como un bien absolutamente indisponible para su titular, es evidentemente incompatible con nuestro sistema político liberal. Como profundizaremos oportunamente, nos basamos para sostener esto, fundamentalmente, en el artículo 19 de la Constitución Nacional, y en la doctrina elaborada entorno a él:

*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados....*

### **10.3.6- Autorización judicial para dar muerte**

Esta cuestión no está regulada en el derecho argentino y se entiende que no tiene cabida en él. Es decir: un juez no puede autorizar el dar una muerte, siquiera aunque se trate de un individuo enfermo y el magistrado constate que él la pide. Aunque la enfermedad sea dolorosa y terminal, y que quien pretenda dar la muerte lo haga por piedad.

Señala Bidart Campos:

...o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir. Cualquiera de ambos extremos hace improcedente la autorización impetrada: el primero por inútil; el segundo por imposibilidad jurídica...<sup>349</sup>

<sup>348</sup> Silvestroni, Mariano H., *Eutanasia y muerte piadosa*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, número 9, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 566.

<sup>349</sup> Germán, *Autorización judicial solicitada para abortar*, nota a fallo publicada en ED 114-114.

El mismo párrafo es citado por el juez Pettigiani, en el fallo “S., M. de C.”, que veremos oportunamente.

Dice Jarque, con quien compartimos:

La posibilidad más inmediata, que preserve la legalidad, pero que a su vez atienda necesidades que no pueden esperar el período de debate parlamentario, podría consistir en la constatación judicial –instada a través de una acción de naturaleza esencialmente declarativa y con trámites sumarísimo, de plazos extremadamente breves- de la concurrencia de circunstancias que resultan insoslayables a los fines requeridos, a saber: informe de junta médica que contenga diagnóstico de enfermedad incurable, irreversible y progresiva; examen psicológico del paciente que dé cuenta de encontrarse en pleno uso de sus facultades de entendimiento y capacitado para expresar libremente su voluntad; constancia de lectura integral de ambos informes al paciente y de comprensión por parte de este último, con su firma y certificación; nota suscripta por el paciente, solicitando que se le practique la eutanasia, con firma certificada...

Se trata de la comprobación, por parte de una autoridad del Estado, de que concurren los extremos que ulteriormente, por vía de elaboración jurisprudencial –casi excluyentemente del Máximo Tribunal de Justicia de cada país-, fundarán la falta de antijuridicidad de la conducta llevada a cabo.<sup>350</sup>

#### ***10.4 – Reglas para la graduación de la pena, en relación a la muerte pía***

Para la graduación de las penas, el Código Penal dispone:

*Art. 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.*

*Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:*

*1º. la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;*

*2º. la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o*

---

<sup>350</sup> Jarque, Gabriel, *Autorizaciones judiciales y eutanasia*, pág. 81.

*la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.*

Dice Zaffaroni:

Dentro de este proceso de contención y acotamiento del poder punitivo que incumbe al derecho penal como programador de las decisiones de las agencias judiciales, uno de los momentos más importantes -pero en modo alguno único, como se pretende en la teoría de las etapas- es el de la cuantificación o determinación judicial de la pena. Superados los filtros de la teoría del delito y, no existiendo obstáculos que oponer a la operatividad del poder punitivo, la agencia judicial determina en sentencia definitiva cuál es la cantidad, calidad y modo de ejercicio de éste, dentro de límites tolerables de irracionalidad; de allí se afirma que el tribunal *cuantifica* o *determina* la pena.<sup>351</sup>

El juez no puede fijar la pena concreta de manera arbitraria. Debe fundar su decisión en las pautas legales antes citadas.

En lo que respecta a la *muerte pía*, estas reglas son relevantes en lo siguiente:

La *muerte eutanásica*, tiende a disminuir la pena a aplicar, dada la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla. Si bien se causó una muerte, esa muerte fue intencionalmente no dolorosa.

La *muerte por piedad* y la *muerte consentida* tienden a reducir la pena, en atención a los motivos que llevaron a la comisión del homicidio, y a las circunstancias que, en relación a ellos, demuestran una menor peligrosidad por parte del autor.<sup>352</sup> En el primer caso se actuó por un sentimiento de caridad humana, y en el segundo por no contradecir la libre voluntad del occiso –o incluso, en la variante de muerte a petición, cumpliendo con ésta-. En el primer caso, la peligrosidad del sujeto parece poca. En el segundo, mínima, o nula.

<sup>351</sup> Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 994.

<sup>352</sup> Conforme, por ejemplo, Varela, en relación específica al homicidio consentido en un individuo enfermo. - Varela, Bernardo C., *Homicidio simple*, Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 26.

**10.5- Antecedentes legislativos y proyectos de reforma del Código Penal, en relación a la muerte pía<sup>353</sup>:**

**10.5.1 – Antecedentes legislativos**

**10.5.1.1 - Proyecto de 1937 –Dres. Gómez y Coll-**

Art. 117, inciso segundo: En relación al homicidio, impone prisión de uno a seis años:

*...al que lo cometiere movido por un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, si fuera intolerable y las circunstancias evidenciaren la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida del sufriente.*

Es decir: se atenúa la muerte por piedad, dada a un individuo enfermo de enfermedad dolorosa e incurable. Y queda claro que lo relevante no es que la enfermedad sea incurable en un sentido absoluto, sino que basta que sea incurable en atención a las condiciones específicas del caso.

**10.5.1.2- Proyecto de 1941 –Dr. Peco-**

Art. 114, segundo párrafo. En referencia al homicidio:

*... cuando le diere muerte con expreso consentimiento del interesado, la sanción será de tres a diez años.*

Este inciso atenúa la muerte consentida –se entiende que aún la meramente admitida y no sólo la muerte a petición-, sin hacer ninguna otra consideración sobre enfermedad, piedad, u otra circunstancia.

Art. 114, tercer párrafo. En relación al homicidio:

*... si el autor obrare por móviles piadosos y en caso de consentimiento mediante instancia apremiante del interesado, la sanción será de uno a tres años.*

Se atenúa entonces la pena para el homicidio por piedad y consentido, conjuntamente. Aquí el consentimiento tiene que tomar la forma de petición. Es

---

<sup>353</sup> De la bibliografía utilizada para este trabajo, resaltamos en relación a este punto: Gutierrez, Pedro A., *El homicidio piadoso*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006, págs. 47 y ss.; Levene, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, págs. 128 y 129, y 138 y ss.; y Pazos Crocitto, José I. (Director), *Código Penal de la República Argentina, Parte Especial*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2009, pág. 44.

decir: no basta una mera admisión. No es necesario empero, que el individuo sea enfermo. La piedad puede originarse en otra causa.

Dice Levene:

Peco, en la Exposición de Motivos de su Proyecto, nos explica que las palabras “móviles piadosos” tienen un sentido amplio y comprenden no sólo la enfermedad incurable, sino también la angustia moral invencible para salvar el honor del interesado y su familia. (...) <sup>354</sup>

Resaltamos lo correcto que nos parece la múltiple regulación de circunstancias diferentes. Más allá de las críticas de fondo que pudieran haber –y de hecho, según nuestro criterio, caben-, resaltamos la diferenciación de la muerte consentida, de la muerte consentida y a su vez por piedad. Y la muerte consentida en su sentido amplio –aplicable al primer caso-, de la muerte consentida como muerte a petición –aplicable al segundo-.

#### **10.5.1.3- Proyecto de 1953. –Dr. Levene-**

Art. 137 inciso primero. Impone pena de dos a ocho años de prisión:

*...al que matare a otro cediendo a sus repetidos y apremiantes requerimientos, pena que podrá atenuarse libremente si el agente hubiere obrado por móviles altruistas o a impulso de un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, mediar o no consentimiento de ésta, y si las circunstancias impidieren todo auxilio. Pero si se obrare por móviles egoístas, la pena será de cinco a doce años de prisión.*

La redacción parece bastante confusa. Pero puede entenderse que atenúa la pena del homicidio a petición. Y atenúa y deja abierta a mayor reducción la pena del homicidio por piedad: móvil altruista, o enfermedad dolorosa –en este caso, haya o no petición de la víctima-, si no existía otra forma de auxilio.

#### **10.5.1.4 - Proyecto de 1960. –Dr. Soler-**

Art. 115:

*...Se impondrá prisión de hasta cuatro años al que movido por un sentimiento de piedad, mateare a un enfermo o herido grave y probablemente incurable ante el*

---

<sup>354</sup> Levene, Ricardo (h.), op. cit., pág. 139.

*pedido serio e insistente de éste. Se aplicará la misma pena aun cuando mediare vínculo de parentesco.*

Atenúa la pena de la muerte por piedad y a petición –conjuntamente- en un individuo enfermo de enfermedad grave –posiblemente se refiera a dolorosa-, e incurable –al menos incurable presuntamente-.

Resalta que la misma pena corresponde aunque exista un vínculo, que es agravante en el homicidio simple.

### **10.5.2- Proyectos legislativos:**

#### **10.5.2.1. Proyecto de Legislación del Senado, orden del día N° 19 del 16/5/90.**

Art. 73.1:

*Se impondrá prisión de dos a seis años (...) c) al que matare a otro motivado con móviles humanitarios con el fin de concluir con los padecimientos físicos irreversibles, previamente certificados, y con el consentimiento de la víctima.*

Se proyecta la atenuación de la muerte por piedad, consentida, en un individuo enfermo de enfermedad dolorosa e incurable.

#### **10.5.2.2. Proyecto de ley de reforma y actualización integral del código penal según resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 393/04 y 136/05.**

Art. 89:

*Será reprimido con prisión de 1 a 4 años el que por sentimientos de piedad y por un pedido inequívoco de quien esté sufriendo una enfermedad incurable o terminal causare o no evitare la muerte del enfermo.*

*El juez podrá de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, reducir la pena a la mitad o eximir totalmente de ella.*

Se proyecta atenuar la pena del homicidio a petición y por piedad, en un individuo enfermo de enfermedad incurable y dolorosa, o terminal.

Destacamos que, para incluir la omisión por comisión evitando las críticas antes señaladas a esta interpretación de la realización del tipo penal; específicamente se hace una equiparación entre causar y no evitar.

**10.5.2.3. Anteproyecto de Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12)**

*Art. 82 Homicidio piadoso*

*1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, el que causare la muerte a una persona que sufiere una enfermedad incurable o terminal, siempre que estuviere unido a ella por un vínculo de afecto y actuare movido por un sentimiento de piedad ante su pedido inequívoco.*

*2. El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, eximir de pena.*

El anteproyecto atenúa –inc. 1- con posibilidad de eximición de pena –inc. 2- el homicidio por piedad y a petición.

Se requiere una enfermedad *incurable o terminal*. No se exige que la enfermedad sea dolorosa, lo cual es llamativo dado que el tipo penal abarca supuestos de enfermedades incurables que no son especialmente dolorosas. La exposición de motivos hace referencia a *claro sufrimiento*, pero este elemento no es recogido en el tipo penal citado.

Es necesario también que el sujeto activo sea especial: una persona unida a quien va a morir por un *vínculo de afecto*.

Siendo que el referido es el anteproyecto que actualmente tiene más posibilidades de convertirse en ley, transcribiremos íntegramente la exposición de motivos del artículo citado:

*1. El homicidio piadoso es un caso en que se reproducen las circunstancias extremas de menor culpabilidad. En rigor es otro supuesto de culpabilidad disminuida, aunque no se trate estricta o necesariamente de menor imputabilidad. De cualquier modo, la esfera afectiva del sujeto activo sin duda que se halla impactada, por lo que se requiere que la motivación sea exclusivamente la piedad. El supuesto contemplado es el de una enfermedad incurable o terminal, o sea, un caso de claro sufrimiento del sujeto pasivo, carente de toda esperanza. El reclamo*

*inequívoco por parte de éste, no sólo es garantía de que el sujeto activo no se sustituye a su voluntad, sino que también contribuye a disminuir la reprochabilidad del acto: la conmoción del ánimo del sujeto activo es mucho mayor ante el pedido de quien está vinculado afectivamente a él. Además, es elemental que debe mediar un vínculo de afecto entre ambos, lo que deja al margen cualquier posibilidad de que el actor sea un tercero, que han sido los casos más escandalosos conocidos en el mundo.*

*Queda claro que con el cúmulo de requisitos que se postulan, se trata de una atenuación de la culpabilidad y, en modo alguno de un menor injusto, o sea, que la vida se sigue preservando como bien jurídico, sin ninguna posibilidad de distinción de su valor en razón del padecimiento. Es inaceptable jerarquizar vidas humanas, por lo que no se considera en ningún momento – ni el juez podrá intentarlo – la posibilidad de entrar en esta valoración aberrante. De esta manera, queda obturado el camino hacia cualquier forma de eutanasia activa. En síntesis: el injusto de este delito sigue siendo el del homicidio; la atenuación de la pena obedece sólo al grado de reproche del injusto en las circunstancias concretas.*

*Con frecuencia este delito tendrá lugar entre personas cuyo vínculo se califica en el artículo 77<sup>a</sup> (80<sup>o</sup> inciso 1<sup>o</sup> vigente). De no mediar este dispositivo, el caso sería discutible: seguramente los tribunales optarían por aplicar la previsión del inciso 4<sup>o</sup> del artículo 77<sup>o</sup> y - con buena voluntad- el inciso 2<sup>o</sup> del artículo 78<sup>o</sup> (considerando que se trata de un supuesto de emoción violenta), o bien la regla del inciso 3<sup>o</sup> del artículo 6<sup>o</sup> (imputabilidad disminuida), pero en todos los casos la pena resultaría desproporcionada en relación al reproche por el hecho, por lo que se ha considerado necesario prever en forma específica esta situación excepcional.*

*2. El inciso 2<sup>o</sup> sigue en la misma línea: cuando en las circunstancias concretas, el juez, aplicando las reglas de individualización de la parte general, verifique que el reproche de culpabilidad no alcanza el nivel de mínima relevancia penal, que el agente se halla en una situación que de por sí importa una pena natural, que muy probablemente cualquier persona colocada en similar situación hubiese actuado de modo parecido o le hubiese resultado muy difícil evitarlo, y que la pena no sería más que una inútil crueldad, por otra parte parcialmente sufrida con el*

*proceso a que habrá sido sometida, se lo habilita para que pueda prescindir de la imposición de pena.*

Sólo nos resta agregar en este punto que puede ser cuestionable que un anteproyecto que se pretende progresista siga aprisionando de manera férrea la libertad individual de decidir sobre la propia vida.

## **10.6 – Disposiciones civiles**

En esta sección analizaremos diversas regulaciones de índole civil referentes a derecho sobre el propio cuerpo, límites a la autodeterminación personal y deberes médicos.

### **10.6.1 - Disposiciones del Código Civil**

#### **10.6.1.1- Código Civil vigente**

Citaremos aquí, primeramente, tres artículos del cuerpo actualmente en vigor.

*Art. 910. Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto.*

*Art. 911. Nadie puede obligar a otro a abstenerse de un hecho porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas.*

*Art. 912. Quien por la ley o por comisión del Estado, tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe a sí mismo.*

Estas disposiciones están en el título I, de la Sección Segunda, del Libro Primero. Es decir, en el título referente a los hechos. Tienen por tanto, una ubicación aparentemente discordante con el resto del título, pero guardan notoria vinculación entre sí.

Por otra parte, son artículos a los que poca doctrina presta mayor atención.

Del art. 910 se deriva que nadie puede obligar a otra persona capaz a realizar un tratamiento médico u otro procedimiento para salvar la propia vida, pues ningún

derecho especial lo autoriza a ello. Sólo podrá realizarlo el tutor o curador con respecto a su pupilo.

Del art. 911 se deduce que nadie puede impedir que otra persona capaz se dañe a sí misma o incluso que se suicide. Esta acción de impedimento sólo puede realizarse, si con ese daño a sí mismo o suicidio la persona viola alguna obligación legal, y no hay una autoridad pública que pueda actuar para impedirlo. Por ejemplo: el piloto de una aeronave que pretende suicidarse en pleno vuelo, puede ser detenido por los pasajeros. Pues tiene un deber de cuidado con relación a estos, y un deber de garantizar la seguridad aérea.

En art. 912 se ve reforzada la interpretación antes hecha. Si quien puede dirigir los actos de un tercero – su tutor o su curador-, puede impedir que se dañe a sí mismo, *a contrario sensu*<sup>355</sup>, quien no tiene esta facultad para dirigir a un tercero, no puede evitarle que se dañe. Ni que se dañe de forma directa –se autolesione-, ni indirecta –se niegue a ser asistido médicamente cuando lo requiere su salud-. Esta interpretación se condice con la idea de que se puede penar el omitir que otra persona se suicide –ayuda al suicidio por omisión-, sólo cuando se tiene el deber de evitar que ésta se suicide –omisión impropia-.

#### **10.6.1.2- Proyecto de Código Civil de 1998**

Este proyecto fue elaborado por los Dres. Alegría, A. Alterini, J. Alterini, Belluscio, Boggiano, Kemelmajer de Carlucci, Méndez Costa, y Rivera.<sup>356</sup>  
 Recogemos sus partes pertinentes:

*Art. 110.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona.*

*La dación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.*

*El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en*

---

<sup>355</sup> Si bien la interpretación *a contrario sensu* no es lógicamente correcta –pues peca de falacia de negación de antecedente-, es generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, dada la paupérrima técnica legislativa que acostumbra utilizar el legislador.

<sup>356</sup> Conforme Decreto 685/95.

*el primer párrafo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna.*

*Art. 112.- Consentimiento del paciente. Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario.*

*Art. 113.- Sustitución del consentimiento. Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en aptitud de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.*

*La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial.*

El art. 110 es de un claro corte moralista y plasma una severa restricción a la libertad sobre el propio cuerpo.

El art. 112, sin embargo, en sí mismo da valor a la negativa del paciente para cualquier tratamiento médico. Aunque deja abierta la puerta a excepciones legales cualesquiera sean éstas.

El art. 113 refiere a la sustitución del consentimiento. Y a la posibilidad de reemplazarlo cuando la negativa parezca injustificada. Esta disposición parece acertada ya que busca proteger los intereses del incapaz.

### ***10.6.1.3- Proyecto de Código Civil 2012***

El proyecto de Código Civil redactado por la comisión integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Norlasco y Kemelmajer de Carlucci<sup>357</sup> sigue a grandes rasgos el modelo del proyecto anterior.

*Art. 55. Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley,*

---

<sup>357</sup> Conforme Decreto 191/2011.

*la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.*

*Art. 56.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. (...)*

*El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.*

*Art. 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.<sup>358</sup>*

*Art. 59.- (...)*

*Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario.*

*Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.*

*Art. 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de*

---

<sup>358</sup> La idea de bien indisponible es también recogida, por ejemplo, en el art. 1720 del proyecto.

*ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

El art. 56 del proyecto de 2012 es muy similar al referido art. 110 del de 1998. Y los arts. 55 y 1743 de aquél, guarda plena armonía.

El art. 59 del nuevo proyecto es análogo al art. 113 del anterior.

El art. 60 avanza en cuanto regula las directivas anticipadas. Pero específicamente se prohíben las *prácticas eutanásicas* sin mayor indicación de cuáles son éstas.

#### ***10.6.4 - Ley 26.529<sup>359</sup> modificada por la ley 26.742<sup>360</sup>: La llamada ley de muerte digna.***

Citaremos los artículos centrales de la primera ley referida, señalando cuáles fueron modificados por la segunda. Seguidamente, plasmaremos algunas consideraciones en torno a ellas.

La ley 26.529 fue reglamentada por el decreto 1089/2012, del cual citaremos sólo la parte pertinente en lo que hace a la autonomía de la voluntad.

*Art. 2º.- Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: (...)*

*b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; (...)*

*e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.*

---

<sup>359</sup> Ley sancionada en octubre del año 2009.

<sup>360</sup> Ley sancionada en mayo del año 2012.

*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.*<sup>361</sup>

*En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.*

*En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.*<sup>362</sup>

---

<sup>361</sup> El artículo puntual de la ley 26.061 referido, es el 24 –el cual ya citamos al hablar del papel complementador de la familia y los allegados en el pedido de muerte-: *Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.*

<sup>362</sup> Los dos últimos párrafos fueron incorporados por la ley 26.742.

El decreto 1089/2012 reglamente este artículo en los siguientes términos:

*2. e) Autonomía de la Voluntad. El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. En uno u otro caso, puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad.*

*En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual revocación.*

*Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad.*

*El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2°, inciso e), tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible,*

f) *Información Sanitaria.* El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

g) *Interconsulta Médica.* El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

Art. 3º.- *Definición.* A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. (...)

Art. 5º.- *Definición.* Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de

---

incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética. Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita que en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada.

*medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;*

*h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.<sup>363</sup> (...)*

*Art. 7º.- Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:*

*f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.<sup>364</sup>*

*(...)*

*Art. 9º.- Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:*

*a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública;*

*b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.*

*Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.*

*Art. 10.- Revocabilidad. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.*

---

<sup>363</sup> El inciso g) y h) fueron incorporados por la ley 26.742.

<sup>364</sup> El inciso f) fue agregado por la ley 26.742.

*Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.<sup>365</sup>*

*Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.<sup>366</sup>*

*Art. 11.- Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.*

*La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos.*

---

<sup>365</sup> Artículo 21 de la ley 24.193, modificado por la ley 26.066, reza:

*En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera, siempre que estuviesen en pleno uso de sus facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma.*

*a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma continuada e ininterrumpida;*

*b) Cualquiera de los hijos mayores de dieciocho (18) años;*

*c) Cualquiera de los padres;*

*d) Cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho (18) años;*

*e) Cualquiera de los nietos mayores de dieciocho (18) años;*

*f) Cualquiera de los abuelos;*

*g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive;*

*h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive;*

*i) El representante legal, tutor o curador.*

*Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis.*

*La relación con el causante y el testimonio de su última voluntad serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la documentación respectiva, cuando correspondiere.*

<sup>366</sup> La redacción del artículo según la ley 26.529 no tenía los dos últimos párrafos, pero finalizaba con: *En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.*

*Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.*<sup>367</sup>

*Art. 11 bis.- Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.*<sup>368</sup>

El citado artículo 2 inciso e, puede considerarse el punto central de la ley. Refiere a la *autonomía de la voluntad*. El paciente puede aceptar o rechazar terapias o procedimientos. No queda en claro si la misma facultad la tienen sus representantes.

De la conjunción del artículo 5 y del 9, puede llegar a pretenderse que sí. El primero a consentimiento informado, y detalla que puede ser del paciente o de su representante. El segundo habla de la revocatoria del consentimiento, y también hace mención al representante. Sin embargo en la revocatoria el representante legal no está llamado a decidir en primer lugar, según la remisión que hace el artículo a la ley de trasplante de órganos. Falta de concordancia que es, al menos, llamativa. Parece indiscutible que una cuestión tan trascendente como la posibilidad de dejar en otro el rechazo de un tratamiento, debería de haber sido regulada de forma inequívoca, y que la legislación actual es en ese punto netamente deficiente.

El primer párrafo del inciso e parece marcar el principio general: el paciente puede reusar tratamientos. Pero luego el texto legal hace una puntualización: indica que, en ejercicio de ese derecho, bajo ciertas circunstancias puede reusar ciertos tratamientos.

Este contexto especial es el de enfermedad *irreversible, incurable, o terminal*. Pero el decreto reglamentario habla de enfermedad *irreversible, incurable y terminal*. Como ya hemos visto, según la terminología generalmente aceptada, toda enfermedad irreversible es incurable, y toda enfermedad terminal es incurable e irreversible –aunque no al revés-. Evidentemente hay aquí una contradicción entre la ley y su reglamentación.

---

<sup>367</sup> Los dos últimos párrafos fueron añadidos por la ley 26.742.

<sup>368</sup> Artículo agregado por la ley 26.742.

Para el rechazo de hidratación o alimentación, enfermedad *terminal irreversible o incurable* –del contexto parece que se refiere a incurable que también será terminal-.

Tampoco resulta clara la redacción en lo que hace al rechazo de *determinadas terapias o tratamientos*. Puede entenderse que las terapias o tratamientos que pueden rechazarse en las circunstancias referidas son las que el inciso enumera –y no otros-: *procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado; e hidratación y alimentación* –baja circunstancias más puntuales-.

El texto no explicita qué queda fuera de la autonomía individual, ya que ésta parece estar restringida por la puntualización del tercer párrafo del inciso e, antes comentada. Las alternativas excluidas pueden ser el rechazo a otros tratamientos bajo esas circunstancias y/o el rechazo a esos tratamientos bajo esas circunstancias.

Puede debatirse también qué implica que el paciente debe ser informado *fehacientemente*.

Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo Albarracini, ha dado un alcance amplio a la autonomía de la voluntad consagrada por esta ley, según veremos luego.

El referido inciso e, además, reconoce expresamente el derecho a decidir sin expresar causa. Entendemos que es un gran acierto de la ley.

En cuanto a las directivas anticipadas que regula el artículo 11, de modo análogo, también refieren al rechazo de *determinados tratamientos*. Y expresamente prohíbe las *prácticas eutanásicas*, sin dar definición ni mayor detalle sobre ellas, lo cual constituye sin duda otro punto débil de la ley.

Puede cuestionarse la practicidad de la obligatoriedad de la realización de la declaración ante escribano público o juez de primera instancia.

No está claro si el escribano debe hacer una escritura pública, o si puede certificar firmas en instrumento privado. Tampoco puede ser materia de debate el papel de los testigos.

El artículo 11 bis, por su parte, desliga al médico que haya respetado la voluntad del paciente –en la coartada medida en que la ley la habilita-, de responsabilidad civil, penal o administrativa.

En conclusión: la *ley de muerte digna*, se presenta como un avance legislativo, pero deja muchos y muy importantes aspectos en peligrosas zonas de penumbra. Su técnica legislativa es harto deficiente.

Reconoce al paciente derechos, pero con límites inaceptablemente difusos.

Por otra parte, entendemos que no le atribuye todas las prerrogativas sobre su cuerpo, su salud y su vida que le corresponden según la Constitución Nacional.<sup>369</sup>

### **10.6.3 - Disposiciones de la ley 17.132: Ejercicio de la Medicina, Odontología, y Actividades Auxiliares<sup>370</sup>**

*Art. 19: Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: (...)*

---

<sup>369</sup> En relación al derecho de las personas a negarse a recibir tratamiento podemos traer a colación la opinión de algunos autores, aunque señalando que se han expedido sobre el tema con anterioridad a la ley 26.529.

Borda parece ser concluyente al decir que: *...No puede obligarse a nadie, en contra de su voluntad consciente, a someterse a un tratamiento que implique sufrimientos, limitaciones, disminución de su calidad de vida, o violación de sus convicciones religiosas.* - Borda, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pág. 169.

Aunque luego, este autor parece matizar su postura, estando de acuerdo en obligar a una mujer testigo de Jehová a hacerse una transfusión que le salvaría la vida, en atención a que si ella muere, sus hijos quedarían huérfanos. Posición que no compartimos por creerla absolutamente contraria a nuestro sistema liberal de derecho.

Nos parece por lo tanto, más acertada la posición de Rivera: *En materia de tratamientos clínicos, el consentimiento del paciente también es condición necesaria para su licitud... Puede darse el caso extremo de que la negativa y pasividad del enfermo constituyan de hecho una actitud realmente suicida, en cuyo caso algunos entienden que se justificaría una acción tendiente a impedir el previsible resultado. Nosotros entendemos que en ningún caso puede imponerse obligatoriamente un tratamiento médico en aras de la prolongación de la vida del propio enfermo. Dejarse morir por causa de enfermedad natural no puede ser equiparado al suicidio, y es el individuo quien opta libremente por someterse a los tratamientos tendientes a dejar que la naturaleza siga su curso. Están aquí en juego el derecho a la vida privada y las creencias religiosas, y como lo hemos dicho más arriba, el derecho a una muerte digna.* - Rivera, Julio César, *Instituciones del Derecho Privado, Parte General, Tomo II*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 53.

No estamos de acuerdo empero, en limitar esta solución a enfermedades “naturales”. Pues a nuestro entender ninguna diferencia hay entre un trastorno natural y otro provocado circunstancialmente – v.g.: por un accidente-. Tampoco en recalcar, como cuestión trascendente, la distinción entre dejar seguir el curso de una enfermedad natural, y un suicidio –en sentido estricto-.

Sí compartimos con el autor, que puede corresponder el tratamiento coactivo, cuando hay un verdadero peligro social. Por ejemplo: es aceptable la obligación de vacunación contra enfermedades contagiosas. Pues si una persona contrae dicha afección, puede transmitirla a otras.

<sup>370</sup> Ley sancionada en enero del año 1967.

*Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. ...En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz;...*

El artículo es claro al plasmar, como principio general, el respeto a la negativa del paciente para cualquier tratamiento. También son claras las excepciones. Por un lado, inconsciencia y alienación mental: Es por demás razonable que si la persona no tiene lucidez mental, no puede dar válidamente su negativa a ser tratado.

Pero además la ley establece como excepción al respeto de la voluntad individual: lesiones graves –la palabra *graves*, como ya vimos, es ambigua. Entendemos que se refiere a lesiones *con peligro de muerte*- causadas por: accidentes, tentativa de suicidio, o tentativa de delito.

Una interpretación amplia de esta normativa considera que, cualquier negativa de un paciente a tratarse, cuando la negativa implique –con mayor o menor certeza- un suicidio, debe ser dejada de lado. Es decir: si el tratamiento es fundamental para salvar al paciente, aunque la enfermedad –en sentido amplio- del paciente no sea el resultado de un intento suicidio, el tratamiento debe realizarse incluso contra la voluntad expresa del paciente.

Esta posición ha sido sostenida por alguna jurisprudencia, como veremos más adelante. Y guarda coherencia con la citada ley nacional de *muerte digna*.

Por nuestra parte, tal como adelantamos, consideramos que es una interpretación manifiestamente contraria a la Constitución Nacional. Sobre ello hablaremos oportunamente.

En relación a la lesión proveniente de intento de suicidio, entendemos que la única interpretación respetuosa de los principios que impone la Carta Magna, es una interpretación restringida en los siguientes términos: Ante una lesión grave originada en un intento de suicidio, la voluntad del paciente consistente en no tratarse no debe ser tenida en cuenta, pues habrá una presunción *iuris tantum* de que el paciente no goza de todas sus facultades mentales. Si pudiera corroborarse lo contrario a través de profesionales especializados en la cuestión, la voluntad del paciente debe ser respetada, aunque ello implique una abstención de tratamiento que devenga en una muerte segura.

En lo que hace a los accidentes y tentativas de delito como causa de lesión, creemos que, en el mismo sentido, puede establecerse la misma presunción *iuris tantum*, en razón del impacto emocional que puede tener para un individuo, el protagonizar un accidente o el ser detenido en tentativa de delito. De dudosa validez constitucional nos resulta el motivo tendiente a justificar el salvar la vida de la persona en contra de su voluntad, dada la importancia que el testimonio de esa persona puede tener para el esclarecimiento del accidente o del intento delictivo.

Coincidimos con Pazos Crocitto cuando dice:

Frente a estos casos de rechazo de tratamiento, lo que el médico debe tener en cuenta es el estado psíquico del paciente, si tiene capacidad de razonar y comprender la situación que vive y las consecuencias para su vida que puede ocasionarle rechazar el mismo. En consecuencia, el médico que recibe un pedido abstencionista de un paciente a quien considera comprendido en los términos del art. 141 del Código Civil, por efecto de un cuadro depresivo, delirante, etc., está obligado a inquirir acerca del status jurídico del sujeto. Si descubre que es alguien capaz, será su obligación respetar la decisión del paciente, ya que la tristeza y la depresión moderadas, normales en el enfermo, no afectan la genuinidad de su decisión. Ésta, en consecuencia, merece respeto. Aunque analice la situación con sus familiares, si el paciente es mayor de edad, no declarado demente, debe respetarse su voluntad.<sup>371</sup>

#### **10.6.4 – Disposiciones del Código de Ética Médica:**

Por su parte, el Código de Ética Médica, en su capítulo XVI, refiere a la “eutanasia”:

*Art. 117 - En ningún caso el médico está autorizado para abreviar la vida del enfermo, sino para aliviar su enfermedad mediante los recursos terapéuticos del caso.*

---

<sup>371</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia. Aproximación a un análisis jurídico de la cuestión*, Ediuns, Bahía Blanca, 2012, pág. 131.

En el mismo sentido la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Eutanasia:

*La eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad.*

<sup>372</sup>

Y la Declaración de la Asociación Médica Mundial, sobre el Suicidio con Ayuda Médica:

*El suicidio con ayuda médica, como la eutanasia, es contrario a la ética y debe ser condenado por la profesión médica. Cuando el médico ayuda intencional y deliberadamente a la persona a poner fin a su vida, entonces el médico actúa contra la ética. Sin embargo, el derecho de rechazar tratamiento médico es un derecho básico del paciente y el médico actúa éticamente, incluso si al respetar ese deseo el paciente muere.*<sup>373</sup>

Como veremos luego, esta disposición de ética médica se corresponde totalmente con el concepto clásico de arte médico, que tiene su origen el juramento hipocrático tradicional.

Deja en claro que el médico no puede acortar la vida del paciente de manera activa. Es decir: causar su muerte por una acción. Y parece que tampoco puede acortarla por omisión de tratamiento necesario para la vida.

Así entendidas, estas disposiciones parece prohibir la llamada eutanasia indirecta – que, como ya vimos, es la que se le aplica al paciente para mitigar sus dolores y tiene como consecuencia no deseada su muerte-. Aunque, como ya analizamos, este accionar, pese a las contradicciones y a la presunta hipocresía que encarna, está generalmente aceptado por la doctrina.

---

<sup>372</sup> Adoptada por la 39 Asamblea Médica Mundial, Madrid, octubre de 1987. Fuente: Trejo García, Ema del Carmen, *Legislación Internacional y Estudio de Derecho Comparado de la Eutanasia*, Cámara de Diputados (México), Enero de 2007, consultado online:

<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-02-07.pdf>

<sup>373</sup> Adoptada por la 44 Asamblea Médica Mundial, Marbella, 1992. Fuente: Trejo García, Ema del Carmen, op. cit.

Tampoco parece claro, en atención a este artículo, que el médico deba inclinarse por la ortotanasia en detrimento de la distanasia. Sin embargo, -como ya vimos- esto está sentado no sólo por la doctrina jurídica, sino también por la opinión médica. Por último, no parece indubitado tampoco que el médico, en razón de estas disposiciones, deba abstenerse de tratar a su paciente, cuando este se niega a recibir tratamiento y el tratamiento es fundamental para su supervivencia. Y menos aún, que deba realizar acciones positivas para suspender ese tratamiento, por voluntad del paciente. Aunque, lo que sí está claro, es que las disposiciones de ética médica deben aplicarse respetando las leyes vigentes, entre ellas, las anteriormente citadas.

### ***10.6.5 - Regulación relativa a la muerte***

#### ***10.6.5.1 – Introducción, desarrollo histórico, actualidad en las legislaciones a nivel mundial, y críticas***

La determinación del momento de muerte, tiene crucial importancia para la *muerte pía*. Pues sólo puede realizarse *muerte pía* –y cualquier tipo de muerte-, en una persona viva. Quien quisiera matar sin dolor, por piedad, o con consentimiento, a una persona que ya esté muerta; no estaría más que dañando un cadáver.

Originalmente en la historia de la humanidad, no era complejo determinar cuando una persona moría. El cese de su respiración y de su pulso, era señal de ello. Y a estas señales seguía inexorablemente el comienzo de descomposición del cuerpo. El término *cadáver* que hoy empleamos comúnmente, proviene del latín *caro data verminibus*: carne dada a los gusanos.

Existieron distintas teorías que pretendían explicar con mayor o menor claridad la muerte; pero todas se limitaron a corroborar los hechos antes señalados. Alcmeón de Crotona entendía que la muerte se producía por la desaparición de la sangre. En el mismo sentido, Diógenes. Otros señalaban la desaparición del calor –Galeno, Aristóteles-. Platón, refería al abandono del espíritu, cuya partida del cuerpo dejaba a este sin posibilidad de movimiento.

Más tarde, el concepto se amplió, e incluyó también el cese de las funciones neurológicas. En este sentido, Francis Bacon señalaba que había dos centros en los cuales se manifestaba la muerte: el corazón y el cerebro. Aunque la finalización del

primero, acarrea irreversiblemente la del segundo. Y la destrucción total de los centros encefálicos –altos y bajos. Es decir: muerte cerebral-, conlleva el cese de la circulación y respiración.

Las controversias comenzaron cuando las funciones comenzaron a desvincularse –total o parcialmente- unas de otras.

Se consideró originalmente y aún se considera, que una persona que no tiene actividad cerebral pero cuyos pulmones y su corazón funcionan autónomamente; está viva. Esto es el estado conocido como *vida vegetal*, cuyos problemas de caracterización –como enfermedad dolorosa o no, e incurable o no- fueron referidos oportunamente. En el estado de vida vegetal persistente, hay lesión en las partes del encéfalo responsables de la conciencia y la reacción ante estímulos, pero siguen funcionando los centros encefálicos encargados de respiración y circulación. De allí que hablar de *vida vegetal* sea diferente de referir a *muerte cerebral* –que más correctamente debería conocerse como *muerte encefálica*-. La primera refiere sólo a las funciones cerebrales –centros encefálicos altos-, y la segunda a todas las funciones encefálicas –las cerebrales, y otras: centros encefálicos bajos, como por ejemplo, el bulbo raquídeo-.

La muerte cerebral –de todo el encéfalo-, conlleva el fin de las demás funciones vitales. Explica con claridad Rivera:

...al hablar de funciones encefálicas quedan incluidos las del bulbo raquídeo (por ser éste integrante del encéfalo), en el cual se encuentran los centros nerviosos que regulan el automatismo cardíaco y respiratorio.

Al cesar esas funciones encefálicas, si bien el corazón puede seguir latiendo debido a su propio automatismo, cesan totalmente las funciones respiratorias, pues éstas tienen únicamente regulación nerviosa central, lo que conduce a un anoxia (falta de oxígeno) que, en definitiva también lleva al paro cardíaco, ya que toda célula necesita oxígeno para vivir.<sup>374</sup>

La complejidad mayor se dio cuando algunas funciones pudieron mantenerse artificialmente. Con la aparición de la asistencia mecánica a la respiración y a la circulación, puede conservarse respirando y con flujo sanguíneo –y por ende

---

<sup>374</sup> Rivera, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 145.

preservado de la descomposición- un organismo con *muerte cerebral* -finalización de la actividad encefálica- ; cuya caracterización o no como cadáver entró en tela de juicio.

Se debió entonces, definir la muerte con mayor claridad. Sobre todo para saber cuándo debía cesar el cuidado médico –por la carga que esto representa para las familias y para los hospitales-, y fundamentalmente para fijar a partir de cuándo podía corresponder practicar ablación de órganos para destinarlos a trasplantes. Quitar un órgano a una persona viva, equivale a matarla. No quitar un órgano a una persona muerta que había aceptado ser donante, y mantener el cuerpo libre de descomposición por medios artificiales; es un desperdicio de recursos.

Actualmente se considera que una persona que tiene muerte cerebral –entiéndase, como ya vimos, muerte encefálica: centros altos y bajos-, está muerta. Se siguió a nivel mundial, en buena medida, lo determinado por el Comité de Muerte Cerebral de la Universidad de Harvard, en 1981.<sup>375</sup>

Dice Sambrizzi, con mucha claridad, y sin tener mayor oposición, al menos en la regla general:

...cuando se diagnostica como cierta la muerte cerebral, debe tenerse a la persona por muerta, surgiendo la obligación de cesar toda actividad terapéutica, salvo cuando se trate de una mujer embarazada, para saber al feto, o cuando se quieren conservar activos los órganos –por un periodo razonablemente limitado- para proceder su extracción y posterior trasplante.<sup>376</sup>

Peter Singer se pregunta por qué no se opusieron a esto, fuertes grupos de presión caracterizados por su defensa de la vida en su máxima concepción. Y responde que la Iglesia Católica sostenía desde hace tiempo, a través de S.S. Pío XII, que la muerte es la separación del alma del cuerpo, y que correspondía a los médicos determinar puntualmente cuándo ocurre ello. En cuanto a otros grupos, el autor

---

<sup>375</sup> Remitimos para mayor detalle a la obra de Peter Singer, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, págs. 33 y ss.

<sup>376</sup> Sambrizzi, Eduardo A., *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 1.

entiende que hicieron una concesión, para tratar de evitar otras discusiones, tales como la eutanasia.<sup>377</sup>

Pero la definición de muerte no está exenta de grandes polémicas<sup>378</sup>. Dice Donna:

...algunos autores no comparten el criterio de que la muerte cerebral, encefálica o clínica, sea el acertado y postulan lo que podría denominarse como “muerte real o biológica”, sosteniendo que “las dos funciones vitales mínimas del ser humano son la respiración y la circulación, y sólo el cese de las dos en forma irreversible y total, son los únicos signos de muerte real o medicolegal<sup>379</sup>

Y Singer:

...Estar muerto, realmente muerto, parece ser lo mismo para todos los seres vivos. Pero la “muerte cerebral” es algo que sólo le puede suceder a un ser con cerebro. No puede pasarle a una col, ni a una gamba, ni tampoco a una ostra. Y aunque en teoría fuera posible, nadie habla de “muerte cerebral” en el caso de los perros o de los loros. La “muerte cerebral” es sólo para los humanos ¿No es extraño que para considerar muerto a un ser humano se necesite un concepto diferente del que aplicamos a otros seres vivos?<sup>380</sup>

Se suele entender que el encéfalo es el principal órgano del cuerpo humano, por su función integradora.

Singer entiende que no es así, pues con muerte cerebral, el organismo puede subsistir con una máquina actuando como equipo de integración. Sostiene que se escogió el encéfalo como órgano fundamental, pues éste incluye al cerebro, que se asocia a la conciencia y a la personalidad.

Pero el cerebro no podía considerarse en solitario para determinar cuando una persona está muerta. Se debía considerar todo el encéfalo. Pues sólo entonces podía tenerse certeza de que el daño era permanente. Y, por sobre todo, porque de atender sólo a la muerte del cerebro –vida vegetal-, se puede pretender el entierro

---

<sup>377</sup> Singer, Peter, op. cit., pág. 41.

<sup>378</sup> Además de la que aquí referimos, por ejemplo, surge la conocida cuestión de los bebés ancefálicos. Si la muerte es la destrucción del encéfalo, cabe preguntarnos cómo considerar a la formación orgánica que nunca tuvo ni tendrá encéfalo.

<sup>379</sup> Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, Pág. 34.

<sup>380</sup> Donna, Edgardo A., op. cit., pág. 35.

de una persona que respiraba y tenía pulso autónomo, lo cual “sería pedir demasiado”.<sup>381</sup>

La elección, no deja de ser arbitraria.

...Si optamos por señalar la muerte en algún momento anterior a que el cuerpo se enfríe y se ponga rígido (o, para mayor seguridad, antes de que empiece a descomponerse), estamos haciendo un juicio ético.

En resumen, la redefinición de muerte desde el punto de vista de la muerte cerebral se aceptó con mucha facilidad porque no perjudicaba a los pacientes en estado de muerte cerebral y beneficiaba a todos los demás: las familias de los pacientes en estado de muerte cerebral, los hospitales, los cirujanos de trasplantes, la gente que necesita trasplante, la gente que se preocupa porque que un día pueda necesitar un trasplante, la gente que teme que un día puedan mantenerla en un respirador después de que su cerebro haya muerto, los contribuyentes y el gobierno...<sup>382</sup>

#### ***10.6.5.2 – Evolución puntual del derecho argentino***

El Código civil, en su art. 103, determina que: *La existencia de las personas físicas finaliza por la muerte natural.*

Se limita a decir, entonces, que no tiene cabida la llamada muerte civil: una institución histórica que considera muertas –privadas de derechos civiles y políticos- a algunas personas, ya sea como sanción, ya por alguna actividad que desempeñan –v.g.: religiosos profesos-.

Debe resaltarse también, que la expresión *natural*, sirve únicamente para excluir dicha muerte civil. Lo cual no implica que muertes que no son naturales en el sentido desde el punto de vista orgánico, sean también causa de finalización de la existencia de las personas físicas. V.g.: accidentes, homicidios, suicidios, etc.

En el mismo sentido, el proyecto de Código Civil de Lorenzetti, Higton de Norlasco y Kemelmajer de Carlucci, en su art. 93 reza: *La existencia de la persona humana termina con su muerte.*

---

<sup>381</sup> Donna, Edgardo A., op. cit., pág. 40.

<sup>382</sup> Donna, Edgardo A., op. cit., pág. 43.

La definición de muerte –natural- aparece recién en el derecho argentino en la primera ley de transplante de órganos: ley 21.541 de 1977. En su art. 21 definía muerte como *cese total de todas las funciones cerebrales*.

Nótese como el sistema pudo manejarse sin mayores inconvenientes sin una definición estricta de muerte. Esto se debió a que aún no se habían plasmado completamente las controversias anteriormente señaladas.

Por otra parte, dice Rivera:

Se advierte que la ley 21.541 se refería sólo a las funciones cerebrales con lo cual se podía arribar a la extracción de órganos vitales a personas cuyo cerebro se encontrara inactivo (de manera irreversible), pero en las que se mantenían las funciones cardiorrespiratorias.

Según Yungano, esto importaba distinguir dos tipos de muerte (una real y otra a los fines de la Ley de Trasplantes)...<sup>383</sup>

Sin embargo, el decreto 3011/77, reglamentario de la ley citada, determina que para la certificación de muerte deben comprobarse signos de cesación de las actividades de todo el encéfalo.

La ley 23.464 de 1987 modificó el artículo antes referido al determinar que la muerte ocurre cuando se de *cesación total e irreversible de las funciones encefálicas, cuando hubiese asistencia mecánica, se verificará por un equipo médico...*

Se cambió, entonces, el término *funciones cerebrales*, por el término *funciones encefálicas*. De este modo, para que se produzca la muerte, deben cesar también las funciones de los centros bajos del cerebro. De allí que quede claro que una persona en vida vegetal –que tiene respiración y circulación autónoma, dado que posee funcionamiento de su bulbo raquídeo-, no está muerta; tal como se señaló oportunamente.

La ley 24.193, reemplaza a las anteriores, y en su art. 23 dispone que:

*El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes*

---

<sup>383</sup> Rivera, Julio César, op. cit., pág. 144.

*signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta:*

*a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;*

*b) Ausencia de respiración espontánea;*

*c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;*

*d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).*

*La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.*

Todos los incisos tienden a la verificación de la muerte encefálica. La muerte cerebral, -inc. 1- se incluye dentro de aquella. La ausencia de respiración espontánea, es su producto. La ausencia de reflejos cefálicos y de actividad encefálica, buscan corroborarla de manera directa.

De este modo, el sistema argentino sigue las pautas globales mencionadas anteriormente: la muerte de una persona se produce ante su muerte encefálica.

Sin embargo, tal como habíamos adelantado, parte de la doctrina cuestiona este planteo. Así, por ejemplo, Buompadre, resaltando que debe existir un solo concepto de muerte, indivisible y con validez general, afirma que

El concepto de muerte a los fines de los tipos penales que tutelan la vida humana, no puede extraerse de la ley de trasplantes, sino del art. 103 del Código Civil. Razones de conveniencia práctica y seguridad jurídica aconsejan esta conclusión. Por lo tanto el criterio a tener en cuenta es el de la muerte real o natural y no el de muerte cerebral. (...)

La muerte real de las personas se produce con el cese total, definitivo e irreversible de las funciones vitales respiratoria, circulatoria y neurológica-cerebral.<sup>384</sup>

---

<sup>384</sup> Buompadre, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Mave, Buenos Aires, 2000, pág. 102. – De lo ante dicho el autor desprende que *la ablación de un órgano con anticipación a la*

## **10.7 – Algunas disposiciones provinciales**

### **10.7.1 – Provincia de Río Negro**

Ley 4.263: *Voluntad anticipada*<sup>385</sup>

1.- *Toda persona capaz tiene el derecho de expresar su consentimiento o su rechazo con respecto a los tratamientos médicos que pudieren indicársele en el futuro, en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan expresar su voluntad en ese momento.*

2- *El derecho mencionado se ejercerá mediante una Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), entendiéndose por tal la manifestación escrita, datada y fehaciente, de toda persona capaz que libremente expresa las instrucciones que deberán respetarse en la atención y el cuidado de su salud que reciba en el supuesto del artículo anterior. Tal declaración podrá ser prestada por el paciente por ante el médico tratante y ante la presencia de dos testigos. Tal declaración será asentada en la historia clínica.*

*Asimismo tal declaración podrá ser prestada por ante escribano público de registro de la Provincia de Río Negro.*

3- *Tal declaración contendrá las manifestaciones expresas y claras del declarante, orientando al médico y/o a la institución sanitaria sobre las decisiones a tomar en su caso y, en particular, si deben abstenerse de someterlo a determinados tipos de tratamientos médicos, así como qué tipo de tratamiento prefiere que le sea aplicado entonces. La Declaración de Voluntad Anticipada debe ser respetada por el médico y/o la institución sanitaria tratante.*

4- *Créase el Registro de Voluntades Anticipadas (RVA), dentro de la órbita del Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro, en el que se inscribirá el otorgamiento, modificación, sustitución y revocación de las declaraciones de voluntad anticipada.*

*En dicho Registro deberán anotarse, en lo pertinente, las declaraciones de voluntad anticipada documentadas mediante escritura pública que se labraren por ante los escribanos de registro de la Provincia de Río Negro.(...)*

---

*determinación de la muerte real del individuo y que conduce irremediablemente a su eliminación como individuo de la especie humana, configura el delito de homicidio.*

<sup>385</sup> Ley sancionada en noviembre del año 2007.

7- *La Declaración de Voluntad Anticipada puede ser modificada, sustituida por otra o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que conserve su capacidad y actúe libremente...*

8- *Si una persona ha emitido una Declaración de Voluntad Anticipada y, posteriormente, expresa un consentimiento informado que contraría, exceptúa o modifica las instrucciones contenidas en aquélla, para la situación presente o el tratamiento en curso, prevalecerá lo manifestado mediante este último para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad.*

9- *...(La) Declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares o allegados y por los profesionales que intervengan en su atención sanitaria.*

10- *No se considerarán las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico o las que establezcan la prohibición de recibir la medicación necesaria para aliviar el dolor o alimentarse y/o hidratarse de modo natural u ordinario.*

11- *El ejercicio del derecho regulado en esta ley no afecta en modo alguno la calidad del cuidado básico de la salud, higiene, comodidad y seguridad, que serán provistos para asegurar el respeto a la dignidad humana y la calidad de vida, hasta el momento de la muerte de la persona.(...)*

13- *Las personas comprendidas en los artículos 1º y 2º podrán designar uno o más representantes a efectos de que actúen como interlocutores válidos con el médico y/o el equipo sanitario y facultarlos para interpretar sus manifestaciones en la Declaración de Voluntad Anticipada.*

14- *El nombramiento de representante que haya recaído a favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante se extingue a partir de alguna de las siguientes situaciones: a) Interposición de la demanda de nulidad de matrimonio, separación matrimonial o divorcio vincular. b) Renuncia expresa del representante. (...)*

Destacaremos simplemente que, a diferencia de lo previsto en la ley nacional, el

art. 9 de la normativa rionegrina citada hace primar la declaración de voluntad previa del paciente, por sobre la opinión de sus familiares.

Ley 4264, sobre *muerte digna*

*1.- La presente ley tiene por objeto el respeto a la calidad de vida y a la dignidad de los enfermos terminales.*

*2.- Toda persona que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estado terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación, informada en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado.*

*De la misma forma toda persona y en cualquier momento –ya sea al ingresar al establecimiento asistencial o durante la etapa de tratamiento- puede manifestar su voluntad de que no se implementen o se retiren las medidas de soporte vital que puedan conducir a una prolongación innecesaria de la agonía y que mantengan en forma penosa, gravosa y artificial la vida.*

*Asimismo es válida la manifestación de voluntad de toda persona capaz, realizada en instrumento público y por ante un escribano de registro en la que manifieste su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado, en caso de que en un futuro le acontecieran los supuestos descriptos ut supra.*

*3- La información a que se refiere el artículo 2º, primer párrafo, es brindada por el profesional o equipo médico interviniente, ..., en términos claros, adecuados a la edad, nivel de comprensión, estado psíquico y personalidad del paciente y personas a que se refiere el artículo 4º, a efectos de que al prestar su*

*consentimiento lo hagan debidamente informados. En todos los casos debe dejarse constancia de la información por escrito en un acta... firmada....*

*4- Cuando se tratare de una persona incapaz que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estado terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación; o de una persona que no esté consciente o en pleno uso de sus facultades mentales por causa de la enfermedad que padezca o del accidente..., la información a que se refieren los artículos 2º y 3º es brindada al representante legal o al cónyuge, descendiente, ascendiente, o a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado incluido de la persona incapaz, o que no se encuentre consciente o en pleno uso de sus facultades mentales.*

*En el caso de persona incapaz, interviene el Asesor de Menores e Incapaces en virtud de la representación promiscua que determina el artículo 59 del Código Civil.*

*5- La manifestación de voluntad, la cual es instrumentada en un acta, debe reunir los siguientes requisitos:*

*1) Se materializará en una declaración por escrito.*

*2) Es firmada por el interesado previa información a..., ante el profesional o equipo médico interviniente y dos testigos que no sean parientes del paciente, o beneficiarios testamentarios o beneficiarios de un seguro de vida del mismo.*

*3) Se incorporará dicho documento a la historia clínica del paciente.*

*4) Cuando exista imposibilidad física del paciente para firmar la manifestación de voluntad, ésta podrá ser firmada a ruego, cumplimentados los requisitos enumerados en los incisos 1), 2) y 3) de este artículo.*

*5) Cuando se tratare de una persona incapaz que padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estado terminal, o haya sufrido un accidente que la coloque en igual situación; o de una persona que no esté consciente o en pleno uso de sus facultades mentales por causa de la enfermedad que padezca o del accidente que haya sufrido, la manifestación de voluntad referida en el primer párrafo del artículo segundo es firmada por la/s personas a las que se refiere el artículo 4º de la presente ley. En el caso de que en virtud del artículo 4º, párrafo último de esta ley, se deba dar intervención al Asesor de*

*Menores e Incapaces, se debe dejar constancia de tal intervención en el acta respectiva.*

*6- En aquellos casos en que se asista a pacientes en estado crítico, es decir cuando exista o pueda razonablemente existir una alteración en la función de uno o varios órganos o sistemas que puedan comprometer la supervivencia y la muerte sea un evento posible y próximo, y cuando dichos pacientes no puedan manifestar su voluntad y no lo hayan hecho con anterioridad, el equipo médico, previa intervención del comité de bioética institucional, planteará al cónyuge, descendiente, ascendiente, o a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado incluido o al representante legal de la persona incapaz, la abstención o el retiro del soporte vital en las siguientes circunstancias: 1) Cuando no existan evidencias de haber obtenido la efectividad buscada o existan eventos que permitieren presumir que tampoco se obtendrá en el futuro. 2) Cuando sólo se trate de mantener y prolongar un cuadro de inconciencia permanente e irreversible. 3) Cuando el sufrimiento sea inevitable y desproporcionado al beneficio médico esperado.*

*7- La declaración de voluntad es revocable solamente por quien la manifestó, no pudiendo ser desconocida o revocada por representantes, familiares, personal sanitario, ni autoridad o persona alguna.*

*8- En todos los casos la negativa o el rechazo a la obtención de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial o retiro de medidas de soporte vital no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones tendientes al confort y control de síntomas, para el adecuado control y alivio del dolor y el sufrimiento de las personas.*

*9°.- El cónyuge, descendiente, ascendiente, o los parientes consanguíneos hasta el segundo grado incluido el representante legal del paciente tienen derecho a interconsultar a un profesional que no pertenezca al equipo médico interviniente. ..., si existiera diferencia de criterios se continuará con la ejecución de las medidas de soporte vital, hasta tanto se cuente con la recomendación del comité de bioética institucional más cercano.... En caso de que exista acuerdo... se realizará la correspondiente abstención o retiro del soporte vital...*

*10- Todos los establecimientos asistenciales-sanitarios, públicos o privados, deben contar con servicios que permitan la efectiva aplicación de programas de cuidados paliativos...*

*11- Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la presente ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del estricto cumplimiento de la misma.*

*12.- El médico del sistema de salud, que manifieste objeción de conciencia fundada en razones éticas con respecto a la práctica médica enunciada en la presente ley, puede optar por no participar en la misma, ante lo cual el establecimiento del sistema de salud debe suministrar de inmediato la atención de otro profesional de la salud que esté dispuesto a llevar a cabo el procedimiento de información y provisión previsto en la presente.*

*Independientemente de la existencia de médicos que sean objetores de conciencia, el establecimiento asistencial público o privado, debe contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que esta ley confiere.*

*Los reemplazos o sustituciones que sean necesarios para obtener dicho fin son realizados en forma inmediata y con carácter de urgente por las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda y, en su defecto, por el Ministerio de Salud.*

*La objeción de conciencia debe ser declarada por el médico al momento de iniciar sus actividades en el establecimiento asistencial público o privado y debe existir un registro en la institución de dicha declaración...*

El artículo 2, primer párrafo, establece que los enfermos de enfermedad terminal pueden rechazar cualquier tratamiento desproporcionado en cuanto a los beneficios y los inconvenientes que le ocasiona. El segundo párrafo del mismo artículo, parece querer ampliar los sujetos legitimados a negarse a los tratamientos, pues abarca a *toda persona*. Pero luego refiere a *prolongación innecesaria de agonía*, con lo cual nuevamente se circunscribe a los enfermos terminales.

Además, no consagra la plena primacía de la voluntad del paciente, sino que limita ésta a casos donde se apliquen *medios extraordinarios*.

La ley, entonces, concuerda en estos aspectos con lo que luego reguló la citada ley nacional de *muerte digna*.

En caso de personas incapaces, la información necesaria debe darse a los familiares del enfermo terminal que la ley establece, y estos podrán decidir la suspensión del tratamiento. Es decir: la ley permite atender a un consentimiento presunto del enfermo terminal, basado en fundamentos generales, cuando los familiares entienden que es lo mejor para él.

En determinados casos, incluso, los médicos pueden sugerirle a la familia la opción de dejar morir al paciente.

Los médicos pueden negarse por objetar de conciencia, al cumplimiento de lo que manda esta ley. Pero el centro de salud debe de inmediato reemplazarlo por otro profesional que siga las indicaciones del paciente o de su familia de acuerdo a la ley.

En algunos puntos, entonces, la ley no presenta una total concordancia con la disposición análoga a nacional.

### **10.7.2 – Provincia de Neuquén**

Ley 2.611, sobre *Salud Pública*<sup>386</sup>

(...) 4.– *Principios básicos. A los efectos de la presente ley, se tendrán en cuenta los siguientes principios básicos: (...)*

*b) Derecho a resguardar la dignidad de la persona sana o enferma. El respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad debe orientar toda la actividad dirigida a mantener y restablecer su salud, o bien, a hacer tolerable su dolor, sea dicha actividad de orden profesional, técnico o administrativo, incluyendo la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.*

*c) Toda actuación en el ámbito de la atención sanitaria requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento,*

---

<sup>386</sup> Ley sancionada en setiembre del año 2008.

*que debe obtenerse después que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la presente ley.*

*d) El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, luego de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.*

*e) Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la presente ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. (...)*

*i) El paciente tiene derecho a recibir de parte del servidor de Salud una hospitalidad acorde a su dignidad de persona, sin discriminación alguna. Trato que ha de expresarse en el respeto a su palabra, a su cuerpo...*

*j) Todos los pacientes tienen derecho a que, en la instrumentación de su asistencia, se respeten su identidad cultural, sus creencias y costumbres. Las actitudes de desconsideración o menosprecio y todo género de violencia o coacción sobre los pacientes serán consideradas faltas gravísimas y habilitarán los procedimientos que las normas establezcan para disponer la responsabilidad de sus autores y las medidas disciplinarias que correspondan. (...)*

*n) En toda circunstancia, y más aún en la situación terminal, el paciente ha de recibir alivio a su sufrimiento dentro de las posibilidades de los actuales conocimientos médicos y una atención humana, digna y solidaria procurando en ésta el menor padecimiento posible.*

*o) Considerando que al respeto por la vida corresponde el respeto por la muerte, los pacientes tienen derecho a decidir en forma previa, libre y fehaciente la voluntad de no prolongar artificialmente su vida a través de medios extraordinarios y/o desproporcionados y a que se reduzca progresiva y/o irremediablemente su nivel de conciencia. De acuerdo con ello los establecimientos asistenciales se ajustarán a lo establecido en el art. 13 de las instrucciones previas de esta ley.*

*p) Se debe respetar el ejercicio de la autonomía de su voluntad dentro del marco ético, jurídico y convivencial de las instituciones y servicios de Salud que lo alberga y/o atiende. (...)*

*5.– Derecho a la información asistencial. Todo paciente tiene derecho a recibir información asistencial, teniendo en cuenta las siguientes pautas:*

*a) Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma -salvando los supuestos exceptuados por la presente ley- en términos claros, comprensibles, adecuados y acordes a su nivel de formación. (...)*

*9.- Consentimiento informado. El consentimiento informado se producirá de acuerdo a las siguientes disposiciones:*

*a) Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 5, haya valorado las opciones propias del caso. (...)*

*e) El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.*

*10.- Límites del consentimiento informado. El consentimiento informado tendrá las siguientes limitaciones:*

*(...) b) Los profesionales podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

*1) Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la presente ley. En todos los casos, una vez adoptadas las medidas pertinentes, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas, siempre que se disponga la internación obligatoria de personas.*

*2) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.*

*11.- Consentimiento por representación. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando el paciente no tenga la capacidad necesaria para tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante*

*legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

*b) Cuando el paciente sea incapaz de hecho, en cuanto a no tener capacidad para tomar decisiones. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.*

*(...) 13.– De las instrucciones previas. El paciente tendrá derecho a manifestar sus instrucciones previamente, las que serán observadas por el servicio de Salud de acuerdo a las siguientes pautas:*

*a) Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que -llegado el caso- sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

*b) Cada servicio de Salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegando el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.*

*c) No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.*

*d) El paciente podrá revocar libremente y en cualquier momento las instrucciones previas dejando constancia por escrito. (...)*

*21.– El alta del paciente en situaciones excepcionales. Cuando se produjeran situaciones excepcionales relacionadas con el alta del paciente se procederá de conformidad a las siguientes pautas:*

*a) En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la presente ley.*

*El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario en su misma sede o a través de instituciones dependientes, y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.*

*En estos casos deberán extremarse las recomendaciones sobre la información, contenidas en la presente ley y la intervención de las personas allegadas al paciente.(...)*

La ley deja en claro que es necesario el consentimiento del paciente para cualquier tipo de tratamiento, excepto cuando haya cuestiones de salud pública involucradas en dicho tratamiento, o cuando éste sea fundamental para salvar la vida del paciente y no se pueda conseguir su autorización o la de sus familiares.

Parece claro que este último supuesto refiere a los casos donde el paciente ha perdido la conciencia o la razón. Por lo tanto quedan fuera de las excepciones para dar un tratamiento sin consentimiento del paciente, los casos donde el paciente consiente y lúcido se niega al tratamiento imprescindible para salvar su propia vida. Lo cual, como ya adelantamos, se condice con una correcta interpretación de las leyes nacionales y con el marco regulatorio de la Constitución Nacional.

Entendemos que, por tanto, hubiese correspondido que la normativa nacional siguiese este modelo, y no el marco restrictivo de la autonomía individual del que ya hemos dado cuenta.

La ley citada regula también el instituto de las instrucciones previas (voluntad anticipada). Es decir: permite dar instrucciones para el tratamiento propio, para cuando la persona ya no pueda decidir y/o expresarse. Permite también la designación de un representante, encargado de interpretar la voluntad de quien suscribe el documento.

### **10.7.3 – Otras disposiciones provinciales**

#### **10.7.3.1- Constitución de la provincia de Entre Ríos**

*Art. 16.– La Provincia reconoce y garantiza a las personas el derecho a la vida y, en general, desde la concepción hasta la muerte digna. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente.*

Si bien la referencia de esta Constitución a la muerte digna es vaga –pues sólo se la reconoce como derecho–, nada quita que su mera mención sea un argumento a favor del permiso de muerte a petición en relación a individuos con enfermedades terminales y dolorosas, ya sea en un sentido físico o espiritual, por ser altamente degradantes.

#### **10.7.3.2- Ley de la Provincia de Santa Fe 13.166, de cuidados paliativos<sup>387</sup>**

Esta normativa marco, da dos definiciones (art. 2):

*a. Cuidados Paliativos. Se denomina cuidados paliativos a la asistencia integral de pacientes con enfermedades crónicas, evolutivas, irreversibles, limitantes para la vida, que no tienen respuesta a los tratamientos curativos, siendo el objetivo principal conseguir la mejor calidad de vida posible para los pacientes y sus familias.*

*b. Paciente en fase terminal. Se considera paciente en fase terminal a aquellos enfermos con un estado clínico que provoca expectativa de muerte en breve plazo.*

Y señala una serie de objetivos (art. 3):

*a) Propiciar la asistencia integral del paciente, la cual debe considerar los aspectos físicos, psicológicos, sociales, emocionales y espirituales del mismo; (...)*

*c) Asegurar la autonomía y el respeto a la dignidad del paciente, cuando su capacidad para tomar decisiones lo permita y no atente contra principios legales o éticos; (...)*

*e) Facilitar el acceso a terapias basadas en evidencias científicas que ofrezcan la posibilidad de mejorar la calidad de vida del paciente; (...)*

---

<sup>387</sup> Ley sancionada en noviembre del año 2010.

g) *Asegurar el respeto del derecho del paciente a recibir o rechazar el tratamiento;*

h) *Apoyar la adecuación de la terapéutica a las condiciones culturales y los valores y creencias particulares de cada paciente.*

### ***10.7.3.3 Ley de la Provincia de Buenos Aires 14.464: Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado*<sup>388</sup>**

Por la citada ley la Provincia de Buenos Aires adhiere a la ya comentada ley nacional 26.529 y su modificatoria –conf. art. 1-. Las actuaciones que se promuevan como consecuencia de los derechos emanados de la Ley 26.529 y su modificatoria, gozarán del beneficio de gratuidad en sede administrativa y judicial y estarán exentas del pago de tasas retributivas de servicios administrativos y judiciales –conf. art. 4-.

## ***10.8 – Jurisprudencia***

Veremos aquí algunos fallos de jurisprudencia argentina relacionados a la temática tratada. Si bien la mayoría de los fallos referidos son anteriores a la sanción de las leyes 26.529 y 26.742, aportan visiones interesantes sobre distintos aspectos vinculados a nuestra temática.

### **10.8.1 - Fallo “J., J.”, Cámara Nacional Civil, Sala H. – 21 de febrero de 1991**

En este caso, se requiere autorización judicial para que se le efectúe al padre del solicitante, una intervención quirúrgica. El paciente padece lo que se denomina “pie diabético”, teniendo por lo tanto el miembro gangrenado. La única solución médica es amputarle la pierna hasta la altura de la rodilla. Pero él no consiente la intervención. De los informes médicos surge también que el paciente sufre cierto grado de depresión. La primera instancia denegó el pedido.

(...) el causante obra con discernimiento al negarse a ser operado y que la parcial mengua de sus facultades mentales no es suficiente para declararlo incapaz y sustituir así su voluntad.

---

<sup>388</sup> Ley sancionada en diciembre del año 2012.

(...) Las posibilidades de "muerte segura" que fundamentan la queja no surgen corroboradas en autos. En efecto, el informe médico -no controvertido- sólo se refiere a la urgencia de la intervención, dado que "el progreso de la sepsis gangrenosa incide desfavorablemente sobre su estado general y afección diabética en particular", pero no a "una muerte segura", como afirma el apelante. (...)

La vida, la integridad personal y la salud están consideradas en la conciencia social y en el derecho positivo como valores que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente. Entre los derechos a la integridad física, relativos al cuerpo y a la salud, es dable afirmar que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando -como en la especie- está en condiciones de expresar su voluntad -ver apreciación personal del juzgador a f. 9 vta.- (conf. Santos Cifuentes, "Los derechos personalísimos sobre una ponencia elaborada...", ED 106-779, punto B, 2ª).

No surgiendo que la conducta del paciente configura una forma de suicidio, debe respetarse la voluntad de aquél y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el "árbitro único e irremplazable de la situación". El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida (Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p. 108; Cifuentes, "Los derechos personalísimos", p. 108; Tobías, "El consentimiento del paciente en el acto médico", ED 93-810 punto IX).

Ello es así porque es él quien se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la posibilidad de una subsistencia llena de deficiencias y limitaciones y a una intervención que, a veces, sólo ofrece la "probabilidad" de una prolongación transitoria de la vida; máxime que la amputación de la pierna no es curativa -en este caso- ni detiene la enfermedad que originó este trastorno físico, o sea la diabetes mellitus complicada con trastornos arteriales.

Por lo expuesto (...) el tribunal resuelve: confirmar la resolución apelada.- Marcelo J. Achával.- Néstor A. Cipriano.- El Dr. Archibalco P. Mc Garrell no suscribe por ausencia circunstancial. (Sec.: Carlos A. Domínguez).

En este caso, la Cámara considera que si bien la vida del paciente está amenazada, su negativa no constituye un intento de suicidio, dado que la muerte sobreviniente no es un hecho absolutamente cierto, y la amputación no supondría una cura definitiva del mal. Si bien consideramos que la solución a la que llega es correcta, estamos en total desacuerdo con el fundamento. Pues, aunque la Cámara hace referencia a que nadie puede ser tratado en contra de su voluntad, del resto del texto antes citado, parece inferirse con claridad que si la muerte estuviese asegurada en caso de no tratamiento -o, quizás incluso, si el tratamiento no fuese

doloroso o perjudicial para el paciente en ningún sentido, o si pusiera fin definitivo a su enfermedad-, podría corresponder el tratamiento forzoso. Es decir: en estos casos podría pasarse por sobre la voluntad de una persona adulta y capaz, y sobre su derecho en relación a su propio cuerpo.

Consideramos que no es relevante la certeza o no de la muerte, ni las características o las consecuencias del tratamiento prescripto, ni la existencia de otras alternativas de tratamiento, ni las motivaciones del paciente para negarse a él. La única cuestión relevante, es la claridad de su voluntad manifestada, y su capacidad mental para decidir la cuestión.

Rechazamos la idea que plantea la Cámara, de que la vida, la integridad corporal y la salud, son bienes de interés público y no privado solamente. Si bien esto puede ser cierto en determinados casos –por ejemplo: ante una enfermedad muy contagiosa, la situación de salud de quien padece esa enfermedad tiene interés público por poder afectar a terceros-; la generalización antes hecha es propia de un sistema jurídico totalitario, donde el individuo es considerado como un servidor del Estado o de la sociedad, y no como un fin en sí mismo. Nada más lejano de nuestro sistema jurídico y de las garantías que brinda nuestra Constitución Nacional. Sobre todas estas cuestiones nos expediremos oportunamente.

#### **10.8.2 - Fallo “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar” - Corte Suprema de Justicia de la Nación – 6 de abril de 1993**

En este caso el paciente padecía una hemorragia digestiva, pero se negaba a recibir transfusiones de sangre necesarias para su curación, por ser esta práctica contraria al culto “Testigos de Jehová”, que él profesa.

La Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia confirma la resolución de primera instancia tendiente a que se le practique la transfusión, porque la decisión de Bahamondez constituía un "suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano, mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida"

Bahamondez acude a la Corte, alegando que no quiere suicidarse sino que desea vivir, mas no desea aceptar un tratamiento médico que resulta contrario a sus más íntimas convicciones religiosas. Dice ser consciente del peligro potencial que su negativa puede acarrear a su salud -incluso poner en peligro su vida-, no obstante

lo cual, antepone su fe y el respeto a sus íntimas convicciones religiosas. Al momento de resolver, Bahamondez no está hospitalizado, por haber sido dado de alta en relación a la dolencia que lo afectaba.

7º) Que, en esas condiciones, resulta inoficioso a la fecha de este pronunciamiento decidir sobre la cuestión planteada en el remedio federal, ante la falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante. Las sentencias de la Corte Suprema deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas...

8º) Que no obsta a la aplicación de estos criterios la mera posibilidad -aun cuando ésta haya sido calificada como seria- de que, en el futuro, se pueda volver a repetir el mismo cuadro de urgencia médica que padeció Marcelo Bahamondez...)Un temperamento contrario demandaría, además, presumir -nuevamente de un modo conjetural- que, indefectiblemente, la actitud que el apelante asumiría entonces coincidiría con la que motivó estas actuaciones; presunción que -a esta altura- resulta igualmente inadmisibile.

(...)

Por ello, se declara que actualmente es inoficioso una decisión en la causa. Notifíquese y devuélvase.

R. Levene (h) – M. A. Cavagna Martínez (en disidencia) – R. C. Barra (por su voto) – C. S. Fayt (por su voto)- A. C. Belluscio (en disidencia) – E. S. Petracchi (en disidencia) – J. S. Nazareno– E. Moliné O`Connor – A. Boggiano (en disidencia)

Voto del señor vicepresidente segundo Dr. R.C. Barra y del Sr. Ministro Dr. C.S. Fayt.

Considerando:

(...) en la especie, y aun admitiéndose por vía de hipótesis la eventual reiteración de un supuesto de hecho análogo al que originó la presente causa, lo cierto es que el punto se encuentra claramente resuelto en la ley en sentido concordante con las pretensiones del recurrente, lo que torna improcedente cualquier pronunciamiento de este Tribunal.

11) Que ello es así por cuanto el art. 19 de la ley 17132 de "Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración" dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán -entre otras obligaciones- "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...", con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al Tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones.

12) Que, en efecto, cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro

tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. ...Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.

13) ...En cuanto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, puede decirse que la jurisprudencia y la doctrina lo relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, cuando el art. 19 de la Constitución Nacional dice que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. ...En consecuencia, más allá de si Marcelo Bahamondez sea o no creyente de un determinado culto y de la circunstancia de tener incuestionable poder jurídico para rehusar ser transfundido sin su consentimiento, teniendo en cuenta que el caso se ha tornado abstracto, actualmente es inoficioso un pronunciamiento.

Por ello, se declara que actualmente es inoficioso una decisión en la causa. Hágase saber y devuélvase.

Disidencia del Sr. Vicepresidente primero Dr. M.A. Cavagna Martínez y del Sr. Ministro Dr. A. Boggiano

Considerando:

6º) Que, en efecto, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas.

Para remediar esta situación, que es frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos,

corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. "Ríos")...

7º) Que corresponde determinar, en primer lugar, la naturaleza y alcances en el marco de la Constitución Nacional del derecho principalmente involucrado en esta controversia, esto es, el derecho a la libertad religiosa.

8º) Que esta Corte ha reconocido raigambre constitucional al derecho a la libertad religiosa y, más ampliamente, a la libertad de conciencia. (...)

10) Que dicho derecho significa, en su faz negativa, la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos, como de la autoridad pública. Ello excluye de un modo absoluto toda intromisión estatal de la que pueda resultar la elección forzada de una determinada creencia religiosa, coartando así la libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos. En su faz positiva, constituye un ámbito de autonomía jurídica que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común. (...)

13) Que a la luz de aquella doctrina ha de ser considerada la situación del pupilo del recurrente, un mayor de edad, perteneciente al grupo religioso conocido como "Testigos de Jehová", que se niega a recibir transfusiones de sangre por considerarlas pecaminosas, a sabiendas del grave riesgo que ello importa para su vida.

14) Que si bien la doctrina reseñada parece dar razón a las pretensiones de Bahamondez, es necesario cotejar su caso con el principio fundamental según el cual nadie puede legalmente consentir que se le inflija un serio daño corporal. Con apoyo en él, el Estado se halla investido de título suficiente para tutelar la integridad física y la vida de las personas en supuestos como el consumo individual de estupefacientes..., o la práctica de la eutanasia o de operaciones mutilantes carentes de una finalidad terapéutica. En estos supuestos, no existe óbice constitucional para el castigo tanto del afectado, como de los profesionales intervinientes, pues constituyen manifestaciones de una cultura de la muerte que, al lesionar la naturaleza y la dignidad de la persona, no son susceptibles de tutela ni tolerancia jurídicas. Ello es así aun cuando la eutanasia, es decir, la acción positiva u omisión de medios proporcionados objetivamente destinada a provocar o acelerar la propia muerte, pudiera fundarse en convicciones religiosas. En ese caso, el derecho a la libertad religiosa, que al igual que los demás derechos, no es ilimitado ...

15) Que, en cambio, dicho principio no halla aplicación cuando, como ocurre en el caso, el daño serio que eventualmente pueda resultar es consecuencia de la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso. Existe, entonces, una importante diferencia entre el contenido de la acción desplegada por el promotor o el cómplice de la eutanasia y el de la conducta del objetor de conciencia. Este

no busca el suicidio, tal como insistentemente se expresa en el recurso extraordinario, sin que se observen razones para dudar de la sinceridad de esta alegación. Tan sólo pretende mantener incólumes las ideas religiosas que profesa. Por ello, la dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente cause la referida ausencia de transfusión sanguínea.

16) Que de todo lo afirmado resulta el diverso tratamiento con que el ordenamiento jurídico debe enfocar la responsabilidad de los profesionales y demás personas intervinientes en uno y otro supuesto. En los casos de eutanasia u otra práctica asimilable a ella, son autores o cómplices de un hecho ilícito. En cambio, cuando hay objeción de conciencia a un tratamiento médico, nada cabe reprochar a quienes respetan la decisión libre de la persona involucrada.

17) Que no hallándose en este caso afectados los derechos de otra persona distinta de Bahamondez, mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa. (...)

20) Que, por otra parte, la ley 17132, de aplicación en la Capital Federal y Territorios Nacionales, establece, en su artículo 19, que los profesionales que ejerzan la medicina deberán respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. De tal modo, por medio de una disposición genérica, se comprenderían conflictos como el de autos, asignándoles una solución congruente con los principios constitucionales reseñados.(...)

Por ello se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada (...).

Disidencia de los Sres. Ministros Dres. A. C. Belluscio y E. S. Petracchi:

Considerando:

7º) Que, tal como lo señala correctamente el apelante, él no ha invocado en favor de su pupilo un supuesto derecho a la muerte o derecho al suicidio. Por el contrario, lo que se ha alegado a lo largo de todo el proceso por parte del paciente es la violación de su autonomía individual, que encuentra expreso reconocimiento en los arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

8º) Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales...

9º) Que tal principio resulta de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Luego, la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional. En tal sentido, resulta pertinente recordar el fallo del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana...

"...Nadie puede asumir el papel de juez para decidir bajo cuáles circunstancias otra persona estaría razonablemente dispuesta a renunciar a su inviolabilidad corporal con el objeto de curarse. Este principio también es vinculante para el médico. Por cierto que el derecho más trascendente de éste, y su obligación más esencial, es la de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo. Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico -aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico- realizase, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquél. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte, puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando sólo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia..." ...

10) Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés...

13) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros....

14) Que, en consecuencia, al no existir constancias en autos que indiquen que la negativa de Marcelo Bahamondez de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en algunas de las circunstancias excepcionales mencionadas en los considerandos anteriores, cabe concluir -conforme a los principios desarrollados precedentemente- que no existió en el caso ningún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado. Por ello, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se revoca el pronunciamiento apelado (...).

En este caso, los miembros de la Corte que se expidieron sobre la cuestión fueron muy claros al sentar que no se puede someter a una persona mayor y capaz a un tratamiento sobre su propio cuerpo, en contra de su voluntad. Cuando la persona se niega al tratamiento y no afecta a terceros, el Estado no puede intervenir. El hombre es el centro del sistema jurídico, y un fin en sí mismo.

Lamentablemente -a nuestro entender-, algunos magistrados resaltan la existencia de una motivación religiosa a respetar, como fundamento de la negativa al

tratamiento. Es decir: no dejan totalmente en claro cuál sería la solución legal correcta –a su juicio-, si Bahamondez no hubiera justificado su decisión de negar el tratamiento o lo hubiese justificado sobre bases no religiosas.

Sostenemos que la referencia a la práctica religiosa de Bahamondez es irrelevante. Pues lo importante en este caso, es que el paciente es una persona mayor y capaz, que tiene derecho de señorío absoluto sobre su cuerpo, cuando con su accionar u omitir a nadie lesiona.

### **10.8.3 - Fallo “S., M. de C.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - 9 de febrero de 2005**

Se planteó ante la Suprema Corte de Buenos Aires el recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley ante el rechazo del pedido de interrupción de la alimentación artificial al cónyuge del demandante. El agravio alegado consistió en resolver sin dar lugar a los testigos presentados por el actor, quienes harían referencia, entre otras cuestiones, a los deseos presuntos de la enferma. La Suprema Corte sostuvo que no cabe el recurso de nulidad para el caso en cuestión. En referencia al recurso de inaplicabilidad de ley, es importante analizar el voto de algunos Ministros.

(...)El Dr. Hitters dijo:

Tal pretensión... debe ser analizada como un requerimiento judicial tendiente a suspender un tratamiento médico (alimentación e hidratación enterales) que se viene aplicando, desde hace varios años, a una persona que se encuentra en estado vegetativo permanente.

(...) Lo que está en juego aquí -a mi criterio- son los límites de la autonomía del paciente para rechazar -o suspender- un tratamiento médico frente al deber de los galenos (impuesto desde su juramento hipocrático) de prolongar su vida. (...)

Sobre tales premisas entiendo que en el tránsito para arribar a una solución correcta en el sub lite no podrán soslayarse los siguientes interrogantes: 1) ¿cuáles son los límites del ejercicio del derecho del paciente a rechazar -o suspender- un tratamiento médico?; 2) ¿se puede disponer ese rechazo por un sustituto en el subexamen? (...)

II.a. El consentimiento informado. La facultad del paciente para rechazar determinados tratamientos médicos. ...Dentro de la facultad de prestar un consentimiento informado se halla, consecuentemente, el derecho del paciente a rechazar -o suspender- per se determinados tratamientos, quedando ello subordinado a otras prerrogativas de carácter fundamental e inherentes a la persona, y cuya indisponibilidad viene normativamente

establecida (conf. arts. 953 , 1445 y concs. CCiv.). Desde tal perspectiva, estamos ante una facultad que no es absoluta y debe ser dispuesta de conformidad con los límites y las pautas generales establecidos por nuestro régimen legal para el ejercicio de todos los derechos; esto es, que su uso debe ser regular en cada supuesto concreto (conf. arts. 18, 21, 1071 , 2513 y concs. CCiv.).

En esta temática considero que la razonabilidad de la negativa debe constituirse en el parámetro para establecer si el ejercicio del derecho es regular, pues si la decisión es razonable no se contraría el fin que se tuvo en miras por la ley al reconocer esa prerrogativa ni se exceden los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (conf. art. 1071 CCiv.).

Y si bien cuando abordé el tópico en un principio me vi tentado a afirmar que siempre se abusa del derecho a rechazar un tratamiento médico cuando de su no aplicación se deriva en forma inmediata y necesaria la muerte del paciente, un análisis más profundo de la cuestión me conduce a reconocer que toda persona debe contar al menos con la oportunidad -que no le puede ser denegada a priori- de demostrar judicialmente la razonabilidad de su opción cuando los facultativos que la atienden tengan una opinión contraria sobre el mismo punto (...).

#### II.b. La distanasia

La distanasia es la práctica médica que tiene por finalidad alejar la muerte -y alongar la vida- a través de medios ordinarios y extraordinarios...

Se ha postulado que corresponde al enfermo -y sus familiares- juzgar si el empleo de instrumento y personal es desproporcionado a los resultados previsibles y si las técnicas usadas imponen al paciente mayores sufrimientos y molestias que los beneficios que se puedan obtener de los mismos. Se dice entonces que ante la inminencia de la muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícita en conciencia la decisión de renunciar a tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia (B., D., "Nacer y morir con dignidad. Bioética" cit., p. 443).

En consonancia con lo que vengo afirmando, y en respuesta al primer interrogante planteado, concluyo -sin reconocer que éste sea el supuesto que nos ocupa- que cabe admitir la hipótesis de que en la medida en que se acrediten fehacientemente los extremos señalados en este capítulo (utilización de medios desproporcionados o irrazonables que procurarían sólo la prolongación de una precaria existencia), podría eventualmente considerarse como regular el ejercicio del derecho del paciente a rechazar ese tratamiento médico, aunque ello ponga en juego su vida. Y que como contrapartida de la reafirmación de esa facultad, cesaría el deber del galeno de mantenerlo vivo a ultranza...

#### III. El consentimiento prestado a través de un sustituto(...)

A la luz de lo dispuesto por el art. 16 CCiv. y luego de un profundo análisis sobre la posibilidad jurídica de incorporar los parámetros indagados anteriormente a nuestro sistema legal, me he convencido sobre su inaplicabilidad al sub discussio. Es decir, que

en nuestro derecho positivo no se encuentra permitido trasladar una decisión tan extrema (suspender la alimentación e hidratación artificial, que conllevaría la muerte) a un sujeto distinto del propio afectado en forma inmediata.

O lo que resulta idéntico: que la facultad invocada por el solicitante para ser ejercida por un representante legal debe encontrarse reconocida por nuestro ordenamiento de un modo inequívoco respecto de su existencia y alcance.

(...), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver TEDH., sección 4ª, 29/4/2002, "P. v. Reino Unido", en un caso con características diferentes del presente que involucraba a una paciente que padece una enfermedad degenerativa incurable que solicitó autorización para ser ayudada a suicidarse) ratificó recientemente el principio de que existen ciertas conductas relacionadas con el ejercicio del derecho a la autodeterminación que pudiendo derivar en "un riesgo" para la vida de su titular toleran la injerencia del Estado mediante la imposición de medidas coactivas. (...Así las cosas, la jerarquía constitucional otorgada al derecho a la vida (piero y más importante) impone que, aun en caso de duda, siempre debe estarse por la solución más favorable a su prolongación (o subsistencia). Máxime si -como sucede en esta oportunidad- ni siquiera se ha esgrimido un criterio unívoco por las personas más cercanas a la enferma sobre cuál sería su mejor destino ni la irrazonabilidad del tratamiento aplicado aparece tampoco acreditada de modo manifiesto o palmario. (...)

Considero suficiente lo expuesto para dar mi voto por la negativa.

El Dr. Roncoroni dijo:

1. Persuadido, como lo estoy, de que toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aun a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte, mi primera tentación, tras el meditado y profundo voto del Dr. Hitters, fue la de saltar por sobre sus dos primeros considerandos para situarme, sin más, en el escenario que el distinguido colega aborda en el tercero. Es que allí parece mostrarse en su totalidad la dramática situación jurídica y ético-existencial que presenta el caso de autos: ante el estado vegetativo permanente (y, obviamente, de total inconsciencia) en que se encuentra desde hace varios años M. de C. S., ¿es posible que sean sus "representantes" los que expresen el consentimiento para que se le retiren los únicos medios de hidratación y nutrición que se le dispensan (no necesita de respirador artificial ni de reanimador cardíaco), amén de los relativos a su higiene y cuidado e, incluso, de ser necesario, aquellos que tiendan a anular o mitigar el dolor y el sufrimiento, los que habrán de mantenerse en todo tiempo? (...)

3. ...hay situaciones en que esa voluntad no puede obtenerse por la incapacidad de quien debe expresarla, y la ficción se agudiza. Esto suele acontecer en el acto médico, cuando es menester obtener el consentimiento de un paciente que no puede brindarlo por padecer una insuficiencia o imposibilidad psicológica (menores de edad, dementes,

estados de inconciencia o incapacidad accidental e, incluso, sujetos pusilánimes u obnubilados en grado tal por la enfermedad y el temor que puedan ver afectada su lucidez). En tales casos el consentimiento habrá de recabarse, en primer lugar, del representante legal (padres, tutor, curador), y en ausencia de éstos, el galeno ha de acudir a los parientes más cercanos, brindando una pauta de comportamiento -en el pensar de un autor- el orden en que el legislador los encolumna para prestar la obligación alimentaria en el art. 367 CCiv. (...)

En todos estos casos no hay mandato expreso, y si en el caso de los representantes legales la investidura viene dada o impuesta necesariamente por la ley, en los restantes supuestos se suele hablar de una representación presumida (art. 19 inc. 3 ley 17132)/4. Yendo más lejos aún, cuando ni siquiera se cuenta con quien haga de representante porque -por caso- privado el paciente de conciencia la urgencia o la extrema gravedad de la situación no dan tiempo para buscarlo o siquiera consultarlo, se utiliza la idea de un consentimiento tácito y anticipado de la voluntad o un consentimiento presunto que viene dado por la ley juntamente con la autorización que ella brinda al profesional del arte de curar (arts. 19 cit. y 13 inc. c y 22 Código de Ética Médica de la provincia de Buenos Aires) para tales actos. (...)

5. Sin embargo, la situación en que se encuentra M. de C. S..., trasciende, en mucho, las que reflejan los ejemplos precedentes. Es que aquí no se trata de que otros -ya como representantes, ya como fieles desentrañadores de una voluntad presunta que elevan al rango de certeza- decidan por un paciente cuál es la conducta médica a seguir para intentar obtener su cura, su sanación o, cuanto menos, su alivio. Se trata de que otros decidan por el paciente el camino a seguir para alcanzar su muerte. O, mejor dicho, que otros ejerzan por él su derecho a morir. Y para bien decir y correcto acotar, su derecho a morir con dignidad ante la penosa situación de esta mujer que se encuentra en estado vegetativo persistente desde hace más de cinco años y con pronóstico de irreversibilidad./Mas este derecho a morir con dignidad (al igual que su contracara y necesario presupuesto: el derecho a vivir de idéntica manera o derecho a la vida, que incluye la facultad de elegir cómo terminar dignamente con ella en situaciones como la descrita) es un derecho personalísimo, inherente a la persona y que, como tal, sólo puede ser ejercido por su titular. No se concibe que el mismo pueda ser ejercido por un tercero con total ignorancia de lo que podría desear o querer el titular de esa vida. Pues si éste lo ejerce muriendo, el tercero lo ejercería matando o dejando morir a otro ...

5.1. De allí que -en mi opinión- una primera respuesta al interrogante con que abriéramos este voto y con entidad de regla general frente a situaciones como las que nos ocupa es que la decisión de rechazar o suspender el o los tratamientos terapéuticos que le pueden prolongar la vida, en principio, sólo puede ser tomada por el paciente, el titular de esa vida. Es éste quien ha de verbalizar en el momento concreto y en plena lucidez su personalísima y trascendental opción entre emprender y agotar todos los medios posibles

que le prolonguen la vida o rechazar éstos y esperar el advenimiento de su muerte natural.

5.2. Es también él quien con antelación a ese momento, pero previendo o presuponiendo que su futuro acaecer lo encuentre inconsciente, privado de sus facultades mentales o con el discernimiento obnubilado, ha de exteriorizar su voluntad inequívoca de que al llegar el mismo se interrumpan las medidas de sostén artificial y se deje que el proceso final se desenvuelva naturalmente, sin perjuicio de mantener las enderezadas a neutralizar o evitar el dolor y todas aquellas que lo presenten con una "cara digna" frente a su propia muerte./Y esta voluntad bien puede expresarse a través de lo que los países sajones conocen como living will, testamento de vida o testamento vital (aunque no importe un acto mortis causa, desde que produce efectos antes de la muerte y dirigidos a ella), o mediante el otorgamiento de un poder especial (esencialmente revocable) a un tercero para que la exteriorice cuando su mandante llegue a esas precisas y detalladas circunstancias. Detalle de las circunstancias que, de algún modo, contiene un testamento de vida cuyo "albacea", por así decirlo, es el mandatario, en tanto sujeto llamado a hacer cumplir y respetar las decisiones del testador en orden al modo y oportunidad de lo que aquél entiende y desea sea su buen morir. Pese a las objeciones que entre nosotros pueden levantarse frente a tales instrumentos no receptados por las leyes vigentes, es indiscutible que tanto uno como otro expresan en forma fidedigna la real voluntad del paciente, hoy inconsciente o impedido de manifestarla.

6. Ahora bien, ¿qué pasa cuando el paciente en estado de inconsciencia permanente, como en nuestro caso, no dejó con antelación plasmada su voluntad sobre el modo de actuar en tal situación, ya a través de las precisas instrucciones brindadas a un representante o volcadas en un testamento de vida y que no dejen dudas sobre su voluntad de rehusar o interrumpir las medidas terapéuticas tendientes a mantener sus signos vitales?/A partir del principio general sentado en el apartado anterior (el derecho de negarse a recibir los tratamientos que lo mantienen artificialmente con vida sólo puede ser ejercido por el titular de esa vida) fácilmente podría conjeturarse que no queda otra conducta que continuar con los tratamientos. Después de todo, si el máximo intérprete de la Constitución Nacional ha consolidado el criterio según el cual "el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental" (Corte Sup., 6/4/1993, "B., M. s/medida cautelar"), bien puede concluirse que sin concreta e indubitable exteriorización de voluntad del titular de esa vida en pro de acortar la misma o acelerar su tránsito hacia la muerte nada puede ni debe hacerse al respecto, so pena de violar y, lo que es más, destruir ese derecho fundamental.

Pero si en circunstancias similares al caso que nos ocupa la voluntad del paciente puede decidir el pasaje de la situación de vivir con auxilio de los medios de sostén a la espera -

sin tal auxilio- de su muerte natural, es dable entender que también han de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra, y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría con la prueba rotunda y convincente de que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias.

6.1. En nuestro caso tal prueba, si bien se ha intentado (aunque con las cortapisas de la estructura procesal que se brindara a la delicadísima pretensión que se trajo a los estrados judiciales), no pasó de las manifestaciones volcadas extramuros del tribunal, sin contralor ni de este último ni de quienes se oponen al pedido del cónyuge de M. de C. Y, lo que es peor, carentes de autenticidad, al ser volcadas en soledad y en ausencia de todo fedatario (ni judicial ni notarial) en los escritos que se acompañan al pedido de autorización para suspender los sostenes vitales de aquélla.(...)

8. Si concedemos que este último existe (ver preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos; preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), vale decir, que todo sujeto tiene el derecho a vivir y a morir con dignidad, ¿podemos privar del mismo a quien por hallarse en estado vegetativo persistente, sin conciencia de sí misma y del mundo que la rodea en forma irreversible, no puede expresarse (ni lo hizo antes, cuando gozaba de lucidez) a favor de continuar ligada a la vida en tal estado por simples medios de hidratación y alimentación o de desligarse de ellos a la espera de su muerte natural? Si el vivir dignamente, que comprende el morir o dejar de vivir de idéntica manera, es el derecho individual fundamental reconocido por la Constitución Nacional, ¿no suena discriminatorio reconocer su ejercicio a quienes en pleno uso de sus facultades (en el presente o en el pasado) expresaron su voluntad sobre el modo de morir al llegar a ese estado y negárselo a quienes nunca exteriorizaron esa voluntad o dejaron pruebas de la misma?

8.1. El argumento en torno a la discriminación o el trato desigualitario para con unos u otros pacientes (según hayan exteriorizado su voluntad por un lado y nada se sepa al respecto por otro lado) no parece determinante. Después de todo, esto es lo que acontece con los derechos personalísimos: sólo pueden ser ejercidos por su titular. (...)

8.3. En mi parecer, en cada caso concreto ese juicio sobre si "mi" vida merece o no ser vivida o si es preferible o deseable "mi" muerte porque ello preserva "mi" dignidad es intrínsecamente personal. Desde ya que los familiares, los amigos, los médicos que acompañan y asisten al enfermo deben hacer todo lo posible para que el largo proceso de éste se mantenga en los planos de la dignidad. (...)

Voto por la negativa.

El Dr. Negri dijo:

(...) Para fundar su petición, y con invocación del art. 2 CN. (que estatuye que el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano), reproduce párrafos de un documento de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe según el cual "...es lícito interrumpir la aplicación de los medios terapéuticos... cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos..." y "...es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria de la existencia..." (...)

El Estado argentino es laico, no ha asumido como suya religión alguna. En él se respeta la libertad de cultos.(...)

3. En esas condiciones, la autoridad de la Iglesia católica apostólica romana o el dictamen de sus pastores, más allá de su representación, de su valor personal y de su gravitación espiritual, no puede sustituir el derecho reconocido por la Constitución argentina ni por la Constitución de la provincia, la última de las cuales proclama a la vida como uno de los atributos fundamentales de la persona, desde la concepción en el seno materno hasta la muerte natural...

4. La imposibilidad de esta sustitución me parece especialmente notoria cuando significaría la condena a morir por el recurso de privar de alimento y bebida (es decir: por hambre y sed) a una persona. Tal actitud, propiciatoria de la muerte, aunque se haga en nombre de la religión y por una supuesta muerte digna, tiene, desde el derecho, una respuesta contraria fundada en la vida. (...)

Voto por la negativa.

La Dra. Kogan dijo:

(...)Entiendo que la solución a adoptarse debe rondar alrededor de las siguientes cuestiones:

1) en primer lugar -tal como lo analiza mi colega el Dr. Hitters-, en torno al consentimiento del paciente competente y debidamente informado de rehusar determinada terapia médica y su alcance frente a la eventualidad de que tal negativa ponga en peligro su vida;

2) en segundo lugar, en la posibilidad de que tal consentimiento sea brindado a través de un tercero cuando el paciente no está en estado consciente; y 3) por último, en la validez de la declaración de voluntad -en el último supuesto- frente a los medios proporcionados u ordinarios y a los extraordinarios o desproporcionados de soporte vital.

Si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona, éste debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad individual de cada ser humano reconocidos en el art. 19 Carta Magna, con estrecha relación con la dignidad de la persona contemplada en instrumentos internacionales... Aunque la vida es, en principio, un derecho indisponible e intangible, cuando sólo existe en su aspecto biológico debe valorarse la posibilidad de admitir una disponibilidad relativa a cargo del titular de ese bien. Así, entiendo que la vida no puede mantenerse en

cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad. En base a ello, juzgo que debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que, en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida.

Coincido aquí con mi colega preopinante Dr. Hitters en que debe acatarse el consentimiento del paciente competente debidamente informado de rechazar un tratamiento médico. Ello supone atender la voluntad del enfermo que toma la decisión de rehusar la aplicación de determinada terapia médica, siempre que se encuentre en estado consciente y cuya decisión se funde en una comprensión cabal de las consecuencias previsibles de la no aplicación de la medida terapéutica propuesta, aun cuando tal decisión derive necesariamente en la muerte.

El individuo que deniega su consentimiento a determinado tratamiento médico no hace más que ejercer un derecho personalísimo a disponer de su propio cuerpo y de su propia vida que debe prevalecer bajo el amparo del art. 19 CN (...)

La Suprema Corte de Justicia, División Familia, de Gran Bretaña -en el caso "Ms. B.", al resolver la petición de D. E. B. S. en torno a sus deseos de que se le desconectara el respirador artificial que la mantenía con vida en el hospital, expresó que "...un paciente mentalmente capaz tiene un derecho absoluto a rechazar cualquier tratamiento médico por cualquier razón o sin razón alguna, incluso cuando esa decisión lo conduzca a su propia muerte" (...).

Por consiguiente, concluyo que frente a la negativa del paciente consciente e informado de someterse a medidas artificiales de soporte vital, no cabe sino a los galenos intervinientes respetar su voluntad, sin que ello implique falta de diligencia en su labor profesional (conf. arts. 19.3 ley 17132 [9], 19 CN.).

2) Entiendo que ante la ausencia de consentimiento expreso cabe verificar si no hay claras y convincentes evidencias del deseo del paciente que trasluzca su voluntad de continuar o no con determinado tratamiento de soporte vital. En ciertos casos esa voluntad puede inferirse a través de la opinión consensuada de los parientes más cercanos -en su carácter de subrogantes directos de la persona incapaz-, siempre que cuenten con el aval del equipo médico tratante y del Comité de Ética Médica o Junta Médica, según corresponda. Deben considerarse especialmente las declaraciones anteriores de los pacientes, sus creencias, su forma de vida, su entorno familiar y laboral, la posibilidad de que la decisión afecte a terceros, etc., etc.

Estimo que no cabría atribuir responsabilidad civil ni penal ni ético-profesional al equipo médico tratante que, luego del dictamen de un Comité de Ética Médica o de una Junta Médica (arts. 41 Código de Ética Médica de la Confederación Médica Argentina y 46 Código de Ética Médica del Colegio de Médicos de la provincia de Buenos Aires), y sobre la base de una decisión unánime de la familia del paciente que trasluzca su voluntad, procediera a la suspensión del tratamiento que mantiene con vida a un paciente en

estado vegetativo persistente. Éste sería el caso de M. de C., de existir una opinión consensuada de los miembros de su familia directa.

La Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso "C." -de aristas similares al presente-, ante la petición de los padres de la paciente de finalizar con la hidratación y nutrición artificial de su hija, quien se encontraba en estado vegetativo persistente como consecuencia de un accidente automovilístico, consideró que N. C. "...tiene un derecho fundamental bajo el Estado y la Constitución federales para rechazar o requerir el retiro de procedimientos de prolongación de la vida...". El presidente del tribunal al fundamentar su postura expresó que "...la elección entre la vida y la muerte constituye una honda decisión personal..." y entendió que el Estado de Missouri ha podido requerir válidamente -desde la perspectiva constitucional- una evidencia absolutamente clara y convincente de la voluntad anterior de la paciente, frente a la petición de familiares cercanos (subrogantes) respecto de la suspensión de la nutrición e hidratación artificial en el caso de una persona en estado vegetativo persistente (conf. "N. C. v. Departamento de Salud del Estado de Missouri s/certiorari", 110 S. Ct. 2841-1990, comentado por Hooft, Pedro F. y Manzini, Jorge L., "El caso `C.`: eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?", ED 149:947). La Corte en un primer pronunciamiento no admitió el pedido de los familiares directos. Luego procedió a aceptar prueba suplementaria y rever la decisión anterior, autorizando finalmente la suspensión del tratamiento de alimentación e hidratación artificial solicitada por los padres de la causante.

He expresado mi punto de vista hasta ahora concluyendo que la negativa informada de un paciente para recibir determinado tratamiento debe ser respetada por los profesionales médicos, y así también la opinión de los familiares más cercanos que traduzcan de manera evidenciable la voluntad del paciente cuando éste es incompetente para expresarla y siempre que cuenten con el aval del equipo médico y Comité de Ética Médica correspondiente.(...)

En el caso de autos no ha habido voluntad expresa formulada en forma previa y consciente por M. de C., y la discrepancia existente entre los familiares más cercanos (el cónyuge propiciando la suspensión del tratamiento, frente a los padres y hermanos manifestando su oposición) impide entrever una intención corroborable de la causante de no prolongar su vida ante una situación de estado vegetativo persistente. En estas circunstancias, me siento imposibilitada de tomar una decisión que implique la suspensión del tratamiento que mantiene con vida a M. de C.

3) Sin perjuicio de la solución a la que he arribado, he de pronunciarme sobre la validez del consentimiento prestado por los familiares más cercanos del paciente que traslucen su voluntad, frente a las medidas ordinarias o proporcionadas para la conservación de la vida y frente a las extraordinarias o desproporcionadas de soporte vital. (...)

Sostengo la idea de que el rechazo de un determinado tratamiento cuando es formulado por un tercero que sustituye la voluntad del paciente sólo puede admitirse ante las terapias desproporcionadas, entendiendo que un medio de tratamiento tiene ese carácter

cuando no puede proveer ningún beneficio real al paciente y su uso, por ende, resulta injustificado e inútil para revertir el pronóstico o para proveer algún tipo de esperanza de recuperación. (...)

Voto por la negativa.

El Dr. Soria dijo:

(...) 9. b ...A pesar de su mínima tenuidad vital, que sólo deja exhibir alguna funcionalidad del tronco cerebral, y no obstante la inexistencia de expectativas de reversión, M. de C. aún está con vida; al menos, con un cierto tipo de vida. Y ello es así hic et nunc, prescindiendo de toda conjetura referida a una hipotética redefinición normativa de la calificación de este tipo de estados de persistente falta de subjetividad.(...)

d. Sólo añadiré que, en principio, el derecho a la autonomía, basado en el respeto a la dignidad y la autodeterminación de las personas (art. 19 CN.), confiere sustento a aquella permisión, facultando al individuo competente (capaz) a repeler o rehusarse a continuar tolerando un determinado tratamiento médico, aunque con su negativa malogre su vida o lo que le queda de vida. (...)

e. La autodeterminación puede tener lugar, incluso, si el paciente privado de discernimiento o impedido de expresarse al tiempo de recibir el tratamiento lo hubiera hecho con anterioridad, dando testimonio de cuál habría de ser su deseo irreductible ante una contingencia futura que lo llevara a dirimir este tipo de disyuntiva: recibir una terapéutica para la prolongación artificial de los signos vitales o discontinuarla o evitarla para acceder a un digno final. (...)

g. En esa línea argumental se expidió la Corte Constitucional de Colombia en el caso "P. P. , J. E. s/inconstitucionalidad del art. 326 C. Pen.", que legisla el llamado homicidio piadoso, en la decisión fechada el 20/5/1997. Si bien se discutió allí un supuesto distinto del suscitado en la presente litis, en lo que resulta de relevancia para el presente, el tribunal hizo prevalecer la autodeterminación en los casos en que operaba el consentimiento del sujeto pasivo. Apelando a las bases de un país democrático y pluralista, que impiden imponer a la población una concepción de la vida como algo sagrado propio de un pensamiento religioso o moral determinado, afirmó que "...si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral" (...).

10. a. ...Sin despliegue posible del derecho a la autodeterminación personal, ni evidencia sobre la convicción anterior según el propio plan de vida de M. de C., y a falta de un régimen que provea alguna forma de subrogar su decisión, no es lógico atribuirle al tribunal a quo infracción alguna en cuanto deniega la autorización para interrumpir la hidratación y el alimento que aquélla recibe. (...)

d. Poniendo entre paréntesis el carácter personalísimo del bien jurídico comprometido en el caso, cabe reiterar que el ordenamiento positivo adolece de una norma reguladora de la situación de los enfermos terminales. Ningún ser próximo del enfermo terminal que no ha dejado "directivas anticipadas" puede decidir por éste, tal como, por ejemplo, lo admite la Ley de Trasplante de Órganos para las hipótesis de ablación en ausencia de voluntad expresa del fallecido (art. 21 ley 24193)...

Con el alcance dado, voto por la negativa.

El Dr. Pettigiani dijo:

1. ...es dable resaltar que la solicitud de autorización para la adopción de medidas como las aquí requeridas carece de base normativa concreta que la viabilice y que en tales situaciones corresponde primordialmente decidir tales hechos a los facultativos médicos, con estricto apego a los principios de la ética biomédica y de conformidad con los dispositivos jurídicos en vigor. ...si lo que se requiere es la autorización para cumplir con una conducta despenalizada, no es necesaria la venia judicial, siendo por ello inútil. En cambio, si lo que se reclama es la autorización para incurrir en una conducta que prima facie encuadraría en un tipo penal, dicha anuencia no puede otorgarse por ningún magistrado en razón de que éste carece de la posibilidad de conceder licencia para delinquir, por lo que la misma deviene de realización imposible (conf. Bidart Campos, Germán, "Autorización solicitada para abortar", nota a fallo en ED 114-184).

2. ...c) Que no consta manifestación actual ni pretérita de una voluntad de la paciente para que se la prive del suministro de los vitales elementos que hoy sustentan su vida.

d) Que tampoco se comprueba la transmisión de aquella voluntad a familiares o terceros.

e) No aparece evidenciado que en el caso concreto la muerte de la paciente le genere algún beneficio.

f) Que el supuesto bienestar que la muerte de la paciente pudiera procurar a su cónyuge y eventualmente a sus hijos no posee entidad superior al derecho a la vida de aquélla.

g) Que no existe alguna suerte de estado de necesidad que torne imperioso extinguir esa vida para evitar que otros sufran un mal inminente al que han sido extraños.

h) Que la referencia a la irreversibilidad del estado de la paciente debe entenderse a todo evento a la luz del estado actual de la ciencia, sin que sea posible afirmar rotundamente la inexistencia en el futuro de una solución médica al problema que hoy se estima insoluble.

i) Que no existe en nuestro plexo jurídico norma alguna que autorice dar curso a la petición de autos.

j) Que no se verifica que el costo económico de mantener con vida a la Sra. S. no pueda ser afrontado por su cónyuge o familiares, ni mucho menos por el Estado subsidiariamente.

3. De acuerdo con estos datos puedo arribar a las siguientes reflexiones:

(...) b) No podemos -sin caer en una evidente exageración- aventurar que en el caso estamos frente a lo que ha dado en denominarse un "encarnizamiento terapéutico", ni frente a la utilización de medios que puedan tacharse de desproporcionados o extraordinarios. ...Negar a alguien en cualquier circunstancia el alimento es matarlo, lisa y llanamente, porque ninguna persona puede sobrevivir sin nutrirse, por lo que aquél constituye, más allá de cualquier disquisición de gabinete, un elemento absolutamente vital... Su administración no responde en mi criterio estrictamente al concepto de terapia, sino a la satisfacción por vías alternativas de una necesidad del cuerpo humano que carece de toda vinculación sustancial con un estado de enfermedad...

Por el mero hecho de la alimentación no se fuerza ningún órgano vital exigiéndole un esfuerzo desmedido, ni tan siquiera se lo reemplaza, sino que, por el contrario, se posibilita su completo y armónico funcionamiento. El alimento opera así como una suerte de combustible que demuestra que el "motor" funciona y que lo hace a satisfacción...

En este punto la Conferencia Episcopal Española ha expuesto magistralmente que "...la persona humana no es el mero espíritu, al que convendrían las cualidades de la persona como sujeto: libertad, responsabilidad, valor moral, etc., mientras que el cuerpo sería un mero objeto, perteneciente al orden de las cosas, y por lo tanto carente de valor moral y de dignidad merecedora de respeto. Si se incurre en este error antropológico, es inevitable acabar defendiendo la eliminación de aquellos seres humanos a quienes la cárcel de sus cuerpos defectuosos impide el desarrollo pleno de su humanidad... De allí que el nazismo haya llevado adelante su acción criminal al aceptar "la teoría de las `vidas humanas sin valor vital', es decir las vidas que, por su precariedad, no merecen ser vividas"...

c) Coincido con mis colegas en que todo lo que se refiere a la disposición sobre el propio cuerpo es materia de derecho personalísimo, y que la voluntad de cualquier tercero no puede suplir de ningún modo la del titular de ese derecho./No encuentro en cambio aceptable que esa titularidad pueda ser desplazada mediante el apoderamiento a un tercero, ya sea en forma especial, y mucho menos a través de un poder general...

En ausencia de voluntad expresa del titular del derecho, el único que puede y debe actuar conforme al juramento hipocrático -que prestó para ser habilitado en el ejercicio profesional- es el médico, quien debe aplicar correctamente las reglas del arte de curar procurando el mayor beneficio para su paciente, todo ello bajo la responsabilidad que le cabe en tal condición. Es el mejor interés del paciente el que debe guiarlo inexorablemente en estos casos. De ningún modo puede atenerse a otros parámetros siguiendo directivas que le impongan otro derrotero que no sea el de cumplir su vocación de salvar vidas. Ningún parentesco ni proximidad con el enfermo autoriza al que lo acredita a interferir en la decisión del profesional, quien en todo momento debe ser el principal actor en este proceso y nunca convertirse en mero ejecutor de órdenes impartidas por terceros, mucho menos cuando ellas lo posicionan en la situación de

simple verdugo de otro ser humano, para lo cual es absolutamente legítimo que aquél oponga su objeción de conciencia...

Creo ...que aun tratándose del mismo titular del derecho sobre su propio cuerpo -máxime si hipotéticamente se le reconociera el derecho a disponer de su vida- no cabe atenerse a voluntades pretéritas por él expresadas, sino sólo a las actuales explicadas claramente contando con capacidad para verterlas y pleno dominio de sus facultades intelectuales, en uso y ejercicio libérrimo de ellas, sin sometimientos al designio de terceros o a violencia o presiones exteriores, con adecuada información y conocimiento pleno de la situación a que se refiere.

No me queda en claro cómo puede alguien prever con antelación a una situación extrema todas las circunstancias que pueden rodearla, máxime frente a los cambios que la ciencia introduce vertiginosamente en todos los terrenos, y particularmente en materia médica.

Tal prevención es la que ha movido, entre otras consideraciones, a J. L. a decidir hacer público por qué no ha firmado un testamento de vida ("Por qué no he firmado un testamento vital", en Luna, Florencia y Salles, Arleen, "Bioética", 2002, Ed. Sudamericana, p. 93).

Vila-Coro destaca como uno de los peligros que encierra el llamado testamento vital que si el paciente previó que no quiere someterse a medios extraordinarios y se sigue su directiva a rajatabla tendría que dejárselo morir aun cuando se lo hubiera podido salvar sin mayores complicaciones, mediante el sometimiento a técnicas que exceden las normales, pero que son aptas para momentos de crisis, como son la ventilación y la circulación asistida (Vila-Coro, María D., "La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia" cit., p. 189)... En ningún caso el testamento vital podría ser entendido como un mandato perentorio para dejar morir, y mucho menos matar (aunque a veces la diferencia entre uno y otro caso, como ya dejamos explicado, es ciertamente difusa) irreflexivamente a otro frente a ciertas contingencias tales como enfermedades, dolencias, discapacidades o impedimentos, aun cuando estuvieran fijadas de modo taxativo, y por más graves que sean, ya que nadie puede ser obligado a cometer delitos, sea por acción o por omisión. Considero que toda voluntad expresada anticipadamente debería ser ratificada frente a la situación concreta en que se requiere su actuación. La mera conservación de la exteriorización de esa voluntad sin que conste su revocación no autoriza a asegurar que la voluntad allí expresada subsista incólume y sea la actual al momento de invocarse su aplicación, en todos los términos en que fue redactada

Me pregunto si este tipo de expresión potencia realmente la autonomía del paciente, o encapsula su voluntad dentro de un molde rígido que puede ir más allá de su propio deseo posterior, impidiéndole en este caso modificar algo así como su propia sentencia de muerte, autoasumida en circunstancias diferentes. En una situación similar no sería lícito interponerse en el camino hacia la muerte trazado por el suicida, ya que nadie podría interferir para intentar la revocación de su decisión letal una vez comenzado aquel iter.

Una decisión de vida no puede parangonarse de ninguna manera con una decisión patrimonial, como sería la efectuada en un testamento....

Por mi parte, considero que si se utilizara la gran energía que recurrentemente se dilapida en prever cómo podría eliminarse rápidamente a una persona frente a un proceso terminal que se anticipa irreversible en inculcar al gran público la necesidad de afrontarlo con entereza y madurez, aprovechándolo para reflexionar sobre el valor de la propia existencia, y de las posibilidades y alegrías que ella dispensa, aun sobreponiéndose al dolor que ocasionalmente pudiera acompañarlo, se rendiría al mejor homenaje al principal derecho humano: la vida, contribuyendo positivamente a su reafirmación, en momentos en que el mismo se encuentra severamente amenazado por prácticas totalitarias y avasallamientos sistemáticos....

La existencia de un pretendido "derecho a la muerte" no puede ser sostenida si se lo entiende como la consagración de una voluntad caprichosa de poner fin a la propia vida. Sí, cuando con ello se quiere expresar que ninguna persona puede ser obligada a someterse a una sobrevida también antojadiza y artificialmente forjada que obstaculice un inevitable tránsito hacia la muerte natural.

Respecto de este tema nos ilustra Vila-Coro: "...el Estado protege la vida humana como un bien de índole superior: procura impedir el suicidio y la huelga de hambre. Hay otros derechos irrenunciables que no tienen las características de drástica irreversibilidad que tiene el derecho a la vida: a la educación obligatoria, a condiciones de trabajo higiénicas con las medidas de seguridad previstas por las leyes, a no ser mutilado... el derecho no reconoce la eficacia de la voluntad que renuncie a estos derechos que se imponen obligatoriamente... El derecho a la muerte no puede derivarse del derecho a la libertad, pues con el ejercicio de ese supuesto derecho quedaría anulada la libertad... Al ejercer el derecho a la libertad se realiza un acto que no incluye la destrucción de la facultad de decidir..." (Vila-Coro, María D., "La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia" cit., ps. 229/230).

Es que al ser la vida el presupuesto en que se sustentan todos los demás derechos, la renuncia a ella trae inevitablemente aparejada la supresión en bloque de aquéllos.

Lo anterior explica los casos en que el Estado, como quedó dicho, obliga a los individuos a preservar su integridad física, vgr., a través del uso de casco para los motociclistas, del cinturón de seguridad para los automovilistas, de la prohibición de ingreso a ciertos lugares considerados peligrosos, etc. (...)

e) En muchas oportunidades se menciona que la vida que en el estado actual se le ofrece a la paciente es indigna. Dadas las circunstancias del caso, y como ya expresé, no advierto el porqué de dicho calificativo. Ninguna vida humana puede ser tachada de indigna, y no percibo en las condiciones en que en este caso se la lleva adelante que ellas puedan traer aparejada dicha tacha. R. Spaemann nos recuerda sobre el particular que "...la dignidad del hombre es inviolable en el sentido de que no puede ser arrebatada desde fuera. Sólo uno mismo puede perder la propia dignidad. Únicamente puede ser

lesionada por otro en la medida en que no es respetada. Quien no la respeta, no se apropia de la dignidad del otro, sino que pierde la propia" ("Lo natural y lo racional", Ed. Rialp, 1989, Madrid, ps. 96/97, cit. por Vila-Coro, María D., "La bioética en la encrucijada. Sexualidad, aborto, eutanasia" cit., p. 204).

¿Cómo puede en efecto discernirse que privarla del alimento necesario para subsistir es la mejor actitud que se puede tener para con la paciente? Si, como se señala, no sufre ni siente, en todo caso el desenlace le sería indiferente, si no fuera porque es nada menos que su vida lo que está en juego, sobre la que sólo ella podría decidir...

Ante cualquier duda me inclino por considerar que mientras hay vida hay esperanza y que en tanto ella existe, lo que hoy se detecta como irreversible mañana puede por propia reacción del cuerpo humano o por la ayuda de la ciencia revertirse...

En cuanto a la calidad de vida (CDV.), que se intenta presentar como disminuida en la paciente, considero útil remitirme a la reflexión que allega A.: "Un paciente en fase terminal aumenta progresivamente la modestia de sus aspiraciones a la CDV.; a medida que su enfermedad avanza, la exigencia inicial de una vida activa deja paso a una existencia sin dolor y sin graves limitaciones, y sucesivamente a la aceptación de un número cada vez mayor de renunciadas, hasta el punto de considerar el simple hecho de vivir como el único o casi único tesoro por el cual se ofrecen o se abandonan todas las otras cosas" (ob. cit., p. 162). (...)

j) El bienestar de la colectividad no puede edificarse sobre el sacrificio de la vida de seres humanos enfermos, discapacitados, ancianos o marginales. ...Cuando el conjunto social desprecia al individuo considerándolo sólo como un número irrelevante, fungible e incluso prescindible, junto con tal despersonalización aparece con su faz más descarnada el rostro del totalitarismo. La improductividad u onerosidad económica que pueda seguirse de tal situación debe ser asumida en estos casos solidariamente por el colectivo social, que no puede, por el contrario, coligarse para eliminar físicamente a los componentes que estima no le son útiles. (...)

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el procurador general, respecto del recurso extraordinario de nulidad se lo rechaza. En cuanto al de inaplicabilidad de ley, por mayoría de fundamentos, también se lo rechaza (...)

Como queda en claro, si bien los magistrados coinciden en la solución del caso, tienen pensamientos muy diferentes en relación a sus diferentes facetas. Destacaremos y comentaremos el voto de cinco jueces de la Corte.

El magistrado Hitters entiende que las personas no son libres de reusar su tratamiento médico. Sólo pueden negarse si su negativa está fundada y es razonable. Concede que todas las personas pueden intentar justificar su decisión

ante la justicia. Puede rechazarse el tratamiento, cuando hay los tratamientos son desproporcionados en relación a los beneficios que darían al paciente.

Sobre esta pretendida necesidad de que el individuo justifique ante la sociedad o ante el Estado, el porqué de sus actos cuando éstos a nadie dañan; ya nos hemos expedido y lo haremos con más detalle oportunamente.

El juez considera también que el pedido para el no tratamiento no puede ser dado por una persona diferente al paciente.

El magistrado Ronconi parece dejar en claro que toda persona capaz puede decidir negarse a un tratamiento aun cuando esto la conduzca a la muerte.

Si bien en algunos casos la ley permite substitución en decisiones médicas –por ejemplo: elección de un tratamiento-, en este caso no corresponde substitución, pues esta implicaría substituir el derecho a la muerte. Y esta es una cuestión personalísima. Sí es conforme a derecho, sin embargo, la manifestación de voluntad anticipada (“testamento vital”). También cabe atender a una manifestación de la voluntad clara, aunque esta no revista las formalidades del testamento vital.

La Dra. Kogan entiende que la vida sólo es disponible –en atención al principio de la autonomía de la voluntad- cuando la vida solo subsiste en un sentido biológico. Sin embargo, cita también un fallo del Reino Unido en el que –muy acertadamente, a nuestro entender-, se considera que un paciente puede negarse a recibir tratamiento, por cualquier motivo, o incluso sin motivo.

Por otro lado, la jueza considera que cuando no hay voluntad expresa del paciente, ésta puede indagarse cuál sería su deseo, a través del testimonio de sus familiares. En este punto coincide con el juez antes comentado.

El Dr. Soria considera que un individuo capaz puede negarse a recibir tratamiento médico aunque con ello malogre su vida o lo que queda de ella. Es decir: parece entender que las personas pueden –en razón del principio de la autonomía de la voluntad-, decidir no tratarse, sin tener que justificar su decisión.

Cabe incluso, la atención a un testamento vital confeccionado con anterioridad. Pero si no existe este documento, no la voluntad del paciente no puede suplirse. Su postura entonces, en este sentido, es un punto intermedio entre los dos magistrados antes reseñados, y el que comentaremos a continuación.

El Dr. Pettigiani sostiene que la vida no puede renunciarse caprichosamente. Que hay un deber del Estado de evitar los suicidios y las huelgas de hambre.

Considera que no puede tener cabida subrogación alguna en relación al propio tratamiento médico ni tampoco un testamento vital. Pues no podría preverse la situación puntual futura. Y, en caso de incapacidad sobreviniente, sería imposible una retractación. Sobre este fundamento para la negación del testamento vital ya nos hemos expedido y volveremos a hacerlo.

Entiende también, que en el caso en cuestión, no hay un encarnizamiento terapéutico, pues la alimentación e hidratación no es un tratamiento médico, sino un requerimiento natural del cuerpo. Además, la paciente no experimenta ningún sufrimiento, y en nada la beneficiaría su muerte. Dejarla morir implicaría consentir la eliminación de una vida considerada “sin valor”. Posteriormente veremos que esta es una forma discutible de considerar el sufrimiento. Pues puede entenderse que hay una degradación de la imagen de la persona y de la dignidad humana, que el individuo no hubiese deseado para sí. De hecho: gran parte de las personas no desearían subsistir en esas condiciones, aunque no tuvieran que padecer dolores físicos ni tuvieran conciencia alguna.

Afirma también el magistrado que la vida no puede ser catalogada como indigna por las condiciones en las que se lleva. El entender, en este sentido, que la dignidad del hombre no puede ser “arrebataada desde fuera”, nos muestra una concepción muy particular sobre la dignidad. En esta línea de pensamiento, por ejemplo, parecería que si una persona humilla a otra, sólo se ve afectada la dignidad del maltratante y no del maltratado.

Resalta que la condición que actualmente se considera como irreversible, posteriormente, por el avance médico, podrá ser reversible. Sobre esta cuestión nos expediremos más adelante, pero adelantamos que en el grado actual de la ciencia médica y de las comunicaciones entre los científicos, se puede prever con muy buen criterio qué males serán tratables y cuales no en un futuro considerable. Por lo tanto el argumento no tiene mayor peso.

Afirma además el juez, que no puede hablarse claramente de deficientes condiciones de vida, pues en paciente terminal, a medida que avanza su enfermedad, va conformándose con mayores limitaciones y aprecia el sólo vivir.

Incluso, pretende indicar –en su voto- cómo debe afrontarse la existencia humana, con sus alegrías y dolores. Entendemos que estas son cuestiones son personales y completamente subjetivas, y no corresponde a un Estado liberal –y mucho menos a un poder público no electo-, imponer pautas de vida o de moral. Las

consideraciones que cada quien haga sobre las limitaciones de su vida, sobre su dolor, sobre la muerte y sobre la existencia misma, y las acciones que tome en relación a ellas, en cuanto no afecten a terceros, quedan a su único y libre arbitrio. Es inaceptable que el Estado, a través de cualquiera de sus poderes, pretenda regular sobre ellas.

Destaca también el magistrado, que la eliminación de los individuos considerados sin valor, es propia de totalitarismos. Compartimos plenamente esta postura, pero señalamos enfáticamente también, que no menos totalitario es que el Estado imponga la vida a quien de forma consiente quiere renunciar a ella. Imposiciones que, como vimos, pueden llegar a desprenderse del voto comentado.

#### **10.8.4 - Fallo “M.” Juzgado criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata, n° 1 – 25 de julio de 2005**

Una persona solicita que, frente a la enfermedad progresiva e incurable de su esposa, se respete la decisión de ésta, tomada en estado de plena lucidez mental, de no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos. Puntualmente, rechaza medidas futuras como la gastrostomía y la traqueotomía.

VIII. ...el Comité ad hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, sostiene que las directivas anticipadas constituyen un "instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida, y a la preservación de la salud como un proceso integral biológico, psicológico, social e histórico, socio-individual", destacando además que en el caso, "existe un consenso familiar respecto de la voluntad de la paciente". Finalmente, se concluye que -a juicio del Comité- debiera hacerse lugar al amparo interpuesto, "priorizando la autonomía de la paciente, y la no maleficencia, que de otro modo la llevaría a modificar su actual calidad de vida, rodeada de entorno afectivo que le permite aceptar el proceso de enfermedad con dignidad".

IX. ...dictamina en autos la fiscal interviniente,... y entre otras fundadas consideraciones puntualiza que partiendo siempre del derecho a la vida es un bien supremo, la solicitante ha preservado dicho valor hasta el presente, y ante la irreversibilidad de su enfermedad y su decidida oposición a medios artificiales que prolongan en forma precaria la vida, no existen impedimentos para hacer lugar al derecho reclamado por la misma, sin desmedro de extremar las medidas y prácticas médicas tendientes a evitar y/o morigerar el dolor y sufrimiento de la causante.

Por último, señala la representante del Ministerio Público Fiscal que deben arbitrarse los medios para brindar adecuada protección a la amparista, ante una eventual manifestación en contrario por parte de la misma en el futuro. (...)

XI. Como cuestión liminar cabe aquí destacar, que la ausencia de normativa subconstitucional específica referida a las denominadas directivas anticipadas, living wills, testamentos vitales, disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad y otras acepciones similares desarrolladas en el derecho comparado ...no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional, y en un sentido más amplio, del denominado bloque de constitucionalidad...

En tal sentido resulta pertinente reafirmar una vez más la denominada fuerza normativa de la Constitución, toda vez que sus normas "no son retóricas ni declamación fraseológica, sino derecho de la Constitución con fuerza normativa" (Bidart Campos, Germán J., "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa", 1995, Ed. Ediar ...).

Dicho esto vemos que desde la perspectiva constitucional, la cuestión, en última instancia remite al art. 19 CN. en el orden federal, cuyos alcances respecto de cuestiones análogas a las aquí planteadas fueran claramente explicitadas en el paradigmático caso "Bahamondez" por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo que mereciera notas aprobatorias de reconocidos juristas nacionales...

En la mencionada sentencia se sostuvo con meridiana claridad que "de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara a derechos de terceros" ....

En un sentido complementario, en su voto conjunto los ministros Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, argumentaron respecto de la negativa de un paciente a ser sometido a un tratamiento médico contra su voluntad que: "En el caso se trata del señorío a su propio cuerpo, y en consecuencia de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 CN...". En el mismo voto conjunto de ambos ministros se puntualizó además que: "Se trata en definitiva de los derechos esenciales de la persona humana relacionados con la libertad y la dignidad del hombre"./A modo de síntesis conclusiva y a partir de fundamentos diversos pero sustancialmente coincidentes expuestos en los distintos votos en la sentencia "Bahamondez", se infiere sin hesitación que tratándose de conductas autorreferentes (aquellas con relación a las cuales las consecuencias sólo recaen sobre la propia persona, no afectan derechos de terceros y no comprometen intereses públicos

relevantes), las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales.

Resulta pertinente recordar que en el señero caso Bahamondez... se asignó particular relevancia a las previsiones del art. 19 numeral 3 ley 17132, ordenamiento que si bien sólo rige de manera inmediata hoy día en el ámbito jurisdiccional de la Capital Federal (por tratarse de una ley dictada por el Congreso como poder legisferante local), conforme a reiterada jurisprudencia resulta aplicable en los ámbitos jurisdiccionales provinciales, en ausencia de legislación local específica, y por aplicación de las previsiones del art. 16 CCiv.

En la citada disposición normativa, se consagra como deber de los profesionales de la medicina, y por regla, "respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse", previsiones que si bien literalmente se refieren a decisiones actuales de un paciente, consagra como principio rector de carácter general el respeto a la autonomía personal que, a juicio del proveyente, y con sustento en las consideraciones que se efectúan en la presente sentencia se prolonga, conforme a pautas generales de razonabilidad, y adecuada y prudente ponderación de las circunstancias, también a decisiones futuras como las contempladas en las denominadas directivas anticipadas.

En una reciente sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA.) de fecha 9/2/2005, en un complejo caso bioético-constitucional referido a un estado vegetativo persistente (EVP.), en el cual se había solicitado la autorización judicial para la suspensión del soporte vital, el alto tribunal provincial, en varios votos concurrentes, retoma la doctrina constitucional del caso Bahamondez y profundiza cuestiones de naturaleza análoga a las planteadas en esta causa.

A partir de una fuerte reivindicación del principio de autonomía personal y del derecho de toda persona humana de rehusar determinados tratamientos médicos, varios ministros de la Corte Provincial abordan en concreto el tema de la eventual validez jurídica de las denominadas directivas anticipadas, living will (testamento vital), designación de un representante (health care proxies or directive).

...Así sostuvo explícitamente el Dr. Roncoroni que: "... Toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aun a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte", para añadir que: "... Ha de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría la prueba rotunda y convincente que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias".

Señaló (el ministro Kogan) también que: "La vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en

condiciones de dignidad" y que "... debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida".

Por su parte el ministro Soria ...: "en principio, el derecho a la autonomía, basado en el respeto a la dignidad y la autodeterminación de las personas (art. 19 CN.), confiere sustento a aquella permisión, facultando al individuo competente (capaz), a repeler o rehusarse a continuar tolerando un determinado tratamiento médico, aunque con su negativa malogre su vida o lo que le queda de vida"...

De lo expuesto surge en consecuencia que en el caso resuelto por la Suprema Corte Provincial -en los votos premencionados-, para arribar a un pronunciamiento desestimatorio de la interrupción de las medidas de soporte vital, se asignó significación relevante a la ausencia de directivas anticipadas, o manifestaciones de voluntad inequívoca de la paciente respecto de la eventual suspensión del tratamiento en cuestión, sumado en ese caso al sustancial desacuerdo entre los familiares más próximos acerca del mismo tema, y a la ausencia de facultades expresamente delegadas con anterioridad en terceros.

Resulta por ende razonable inferir que otra habría sido la decisión de haber existido las varias veces mencionadas directivas anticipadas o actos de autoprotección, o en la terminología anglosajona living will, o al menos prueba fehaciente o inequívoca respecto de la voluntad de la paciente...

Más allá del tema atinente a los alcances futuros del mandato conferido, resultaría manifiestamente irrazonable sostener que una persona plenamente capaz (padre o madre) pudiesen designar tutor para sus hijos bajo la patria potestad, e inclusive curador para la persona de hijos mayores jurídicamente incapaces, mientras que al mismo tiempo, y dentro de un mismo sistema jurídico con una raíz constitucional personalista, le negase el legítimo derecho de una persona mayor de edad y plenamente capaz al momento de exteriorizar su voluntad, de designar un mandatario para la toma de decisiones referentes a la salud del mandante, en el hipotético caso de llegar éste a una situación de incapacidad de hecho. (...)

XIII. Sin necesidad de adscribir rígidamente al denominado modelo bioético de los principios (o "principalismo"), centrado en los principios de autonomía, beneficencia-no maleficencia..., resulta verdad incontrastable que tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, los ordenamientos constitucionales -particularmente en las democracias constitucionales de occidente-, como en los desarrollos en el campo de la bioética, se ha afianzado con particular fuerza una tendencia universal hacia una mayor protección de la esfera de la autonomía personal...

...cabe invocar la autoridad del maestro Germán J. Bidart Campos, cuando afirmara que: "en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones

personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad" (Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel H., "Principios, derechos humanos y garantías", 1991, Ed. Ediar, ps. 169 y ss.).

De esta manera, queda clara la inescindible relación entre dignidad personal y autonomía de la persona...

En el contexto así explicitado contrariar la expresa voluntad de la paciente, implicaría desnaturalizar el fin mismo de la medicina, incurriendo en una verdadera distanasia, al realizar un tratamiento en clara oposición con la firme voluntad, libremente expresada por una paciente, de acuerdo con sus convicciones personales y su plan de vida...

Por lo tanto, es menester enfatizar aquí claramente que el objeto de esta acción constitucional de amparo no es obtener una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que tiende de manera inequívoca a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes. Ello es así por cuanto en última instancia, en atención a la grave, progresiva e irreversible enfermedad que afecta a la paciente M., de ocurrir su muerte ella será la consecuencia directa de su patología, respecto de la cual, en el actual estado de la ciencia no existe aún ninguna terapia curativa.

Por todo ello, consideraciones fácticas y jurídicas efectuadas, conforme los arts. 19, 43 75 inc. 23 y concs. CN., 15 , 20 y concs. Const. prov., 1 y concs., ...resuelvo: Hacer lugar a la acción de amparo promovida por el Sr..., y en consecuencia:

I. Dejar establecido que deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o "acto de autoprotección" instrumentadas mediante actuación notarial... y en cuanto la Sra. M. (L. C. ...) manifiesta su oposición a intervenciones invasivas que impliquen "medios artificiales a permanencia", con especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo (traqueotomía y gastrostomía), en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece .... "..."

II. Tener por designados en el carácter de "representantes" o "apoderados especiales" para el cumplimiento de la voluntad libremente expresada por la paciente M. -explicitada en el apartado anterior-, y en orden al criterio del mejor interés del paciente a su cónyuge..., y subsidiariamente a su hermana ...

III. Dejar asimismo establecido que la decisión libremente adoptada por la paciente M. puede ser modificada por la nombrada en cualquier circunstancia, recayendo sobre sus parientes más próximos designados como representantes o apoderados el deber jurídico y ético inexcusable de hacer saber en estos autos de manera inmediata -e indistintamente, en forma conjunta o individual-, de ocurrir tal cambio de opinión por parte de la paciente, atento las particulares circunstancias del caso, a cuyo efecto los referidos "mandatarios", labrarán por Secretaría las correspondientes actas compromisorias.

IV. Disponer igualmente, que no obstante la negativa de la paciente M., con relación a "medios artificiales a permanencia" (traqueotomía y gastrostomía), deberá el profesional o equipo médico eventualmente interviniente en la atención de la paciente brindar a ésta, absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida en que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible.

En este caso, la Corte entiende que las "directivas anticipadas" constituyen un instrumento legal necesario para garantizar la autonomía de la voluntad de los pacientes. Sin perjuicio de que, más allá del respeto a las disposiciones que en el instrumento consten, se deban tomar todas las medidas necesarias para paliar el sufrimiento del enfermo y para permitir que éste cambie de opinión con relación a las directivas dadas.

El hecho de que el instrumento no esté contemplado puntualmente en la legislación argentina, no implica que no tenga cabida en el sistema jurídico argentino. Se toma en consideración, para llegar a esta conclusión, entre otros argumentos, lo expuesto por ya en el caso S., M. de C.

En cuanto a la idea de autonomía individual, la Corte hace referencia al ya comentado fallo Bahamondez.

#### **10.8.5 - Fallo "H., M. D." Juzgado criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata, n° 1 –12 de Octubre de 2005**

Un amparo solicita una medida cautelar de no innovar para asegurar el respeto a la voluntad de un paciente enfermo de enfermedad terminal de rehusar tratamiento médico. Niega fundamentalmente intervenciones invasivas –puntualizándose como tal, la traqueotomía-.

4- ...se considera acreditado sumariamente en autos, verosimilitud en el derecho, encontrándose en juego "el derecho a oponerse a intervenciones invasivas que impliquen medios artificiales a permanencia" en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece en período terminal, sin que ello implique una convalidación, homologación o autorización judicial para prácticas eutanásicas, sino que sólo tiende de manera inequívoca a garantizar el ámbito de decisión personal en el campo de conductas autorreferentes (Puede verse en igual sentido sentencia de este Juzgado, en el caso "M, del 25/7/2005)...

Sin perjuicio de ello, el profesional o equipo médico eventualmente interviniente en la atenuación de la paciente deberá brindar a ésta, absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible. (...)

Como queda claro, el tribunal cita y sigue puntualmente su propia doctrina.

#### **10.8.6 - Fallo “N.N.”, Juzgado de Familia, Adolescencia y Niñez, n° 2, Neuquén - 20 de Marzo de 2006**

El director general del hospital provincial se presenta ante la justicia, a raíz de la decisión de los padres de un menor que padece una crisis respiratoria progresiva y que no tiene tratamiento curativo, no sea ingresado en la sala de terapia intensiva para recibir tratamientos considerados invasivos –ejemplo: intubación-. Piden que su muerte –inevitable-, sea serena y digna. El niño se encuentra postrado y con muy poco contacto con el medio.

La defensora de los Derechos del Niño y el Comité de Ética del Hospital, están de acuerdo con la postura de los padres. El director solicita entonces permiso para respetar la decisión de éstos.

Considerando: (...)

Así, se ha expresado que "los derechos personalísimos son derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Dentro de ellos, adquieren especial relevancia como principio del que partimos, el derecho a la propia vida, y las facultades respecto del propio cuerpo, a la salud y a la integridad física en sus diversas manifestaciones" (Highton, Elena, RDPC, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 169 y ss.).

Las diversas posturas doctrinarias se originan a partir de hacer prevalecer uno de estos derechos sobre los demás. Como todos los derechos mencionados tienen jerarquía constitucional, la decisión que se adopte acerca de cuál de ellos debe primar ante la emergencia, no puede ser justificada jurídicamente, pues constituye una toma de posición sin la cual no es posible desarrollar el análisis. La circunstancia de que sea un punto de partida axiológico no importa sustraer la decisión de la crítica, sino todo lo contrario, el debate acerca de la posibilidad de disponer de la propia vida, o desde otra perspectiva, acerca de los límites de la injerencia estatal mediante prácticas médicas, requiere, en

primer término, que las partes transparenten los principios sobre la base de los que construirán las respuestas a eventuales cuestiones puestas a consideración.

En consecuencia con lo manifestado precedentemente, considero que la libre disponibilidad de la propia vida, en cuanto su ejercicio dependa de la acción de terceras personas, constituye un derecho que sólo admite ser ejercido personalmente, de modo actual, o decidiendo hacia el futuro, anticipándose a las circunstancias que regularmente son esperables frente al padecimiento de ciertas patologías. En todo caso requiere que la persona sea plenamente capaz y consciente de las implicancias de su decisión, debiendo ser previamente informada convenientemente sobre el diagnóstico, y pronóstico de su enfermedad, así como con relación a los resultados probables de toda práctica médica.

La decisión sobre la disposición de la propia vida no puede emerger de una presunción legal o judicial, ni resultar de la voluntad de representantes legales. La manifestación expresa de la libre disposición de la vida no admite subrogancias de ninguna especie.

...la limitación de las prácticas médicas invasivas no sólo puede hallar un obstáculo en la voluntad del paciente, sino que se encuentra también autolimitada en aquellos supuestos en los que constituya un caso de anastasia que no reporte beneficio alguno al enfermo, importando a la vez una interrupción del curso regular de una enfermedad que motiva una serie de perjuicios que degradan el derecho a la dignidad humana. Este tipo de intervenciones pueden ser realizadas a condición de que sean expresamente solicitadas por el paciente, pero en tanto no puedan justificarse como un instrumento de mejoramiento de la calidad de vida, la aceptación de su realización no puede presumirse.

En consecuencia, y dadas las circunstancias del caso, la pretensión ejercida por los profesionales de la salud, y por los padres, no pueden tener otro alcance que el de ilustrar acerca de la inutilidad de la intervención consistente en la asistencia respiratoria mecánica, pues ésta implicaría el aislamiento del menor en una sala de terapia intensiva, sin que ello acarree luego, una mejora de la calidad de vida, sino que, contrariamente, será ostensible el deterioro con relación al estado actual. En un caso semejante, la prolongación cuantitativa de la vida a cambio de un menoscabo cualitativo carece de toda legitimación.(...)

Invocar en el caso el derecho a la vida con el objeto de imponer la sobrevida del paciente, vinculándolo de carácter permanente a una máquina, en un ambiente en el que el marco de contención familiar se encuentra sumamente condicionado, supone que la prolongación en el tiempo constituye un valor ontológicamente absoluto y superior a la dignidad de la persona. Pero el texto de las normas implicadas no permite una interpretación semejante...

...Resta entonces a la ciencia médica realizar la totalidad de las acciones que el arte de curar indique como cuidados paliativos en pos de la vida del niño, procurando las medidas necesarias para atender a su confort síquico, físico y espiritual, debiendo sostener en todo tiempo que las mismas sean dispensadas en su hogar, rodeado de sus padres, hermanos, y afectos, y en su caso considerar la posibilidad de su traslado al área de

cuidados paliativos si fuera necesario, aliviando el sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente.

Por ello, teniendo como norte la Convención sobre los Derechos del Niño y el Adolescente, fallo:

I. Hacer lugar a la pretensión ejercida por el Sr. [...] en su carácter de director general del hospital Castro Rendon.

II. Hacer saber a los médicos tratantes que deberán realizar todas las prácticas médicas necesarias consideradas como cuidados paliativos, disponiendo las medidas necesarias a fin de que [...] no sea privado de confort físico y espiritual, aliviando su sufrimiento y mejorando la calidad de vida remanente, y evitando que el niño ingrese a terapia intensiva infantil a efectos de recibir tratamientos invasivos.(...)

Isabel A. Kohan.

La jueza manifiesta que sólo la misma persona, si es capaz, puede disponer de su propia vida mediante acciones de terceras personas. Del contexto parece, sin embargo –y lamentablemente, a nuestro entender-, que se hace referencia sólo a la disposición de la vida en individuos enfermos y mediante omisión de tratamiento o sustracción de elementos vitales.

Según el criterio de la magistrada, la decisión sobre el fin de la propia vida no puede depender de presunciones legales ni de subrogaciones de ninguna especie.

Sin embargo sí admite que la persona capaz deje constancia anticipada de su decisión, previendo determinadas situaciones. Esto es: un testamento vital, en el sentido más estricto. Más allá de esto, hay otra limitación a la práctica médica: cuando ésta es invasiva y no representa verdadero beneficio para el paciente, no corresponde ser realizada. En este último caso, el tratamiento será realizado sólo cuando el paciente lo solicite así. Pues la presunción es que el tratamiento no es deseado, y no que sí lo es. Esto último es lo que se aplica al caso en cuestión.

#### **10.8.7 -Fallo “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”, Sala I de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Neuquén – 6 de setiembre de 2011**

Una persona ha estado más de dieciséis años en estado vegetativo permanente. Sus hermanas, curadoras legales, solicitan su desconexión de los medios de soporte que la mantienen con vida.

El pedido es rechazado en primera instancia.

El Dr. Federico Gigena Basombrio dijo:

... mientras la norma en cuestión (art. 481 del C. Civil) alude a la “obligación principal” del curador que consiste en “cuidar que (el incapaz) recobre su capacidad”, esto es, su salud o, en otros términos que la actividad y esfuerzo de aquél procure primordialmente la curación de la enfermedad que origina la interdicción..., la autorización impetrada, al apuntar a la supresión del “soporte vital” causación indirecta de la muerte-, importaría, en lugar de ello, una actitud del curador manifiestamente adversa a la misma salud. (...)

Esto es, dentro del esquema de la sentencia recurrida: por más que las peticionantes están “habilitadas” para formular la petición, ésta misma carece de sustento en el Derecho y, más concretamente, en nuestro país no hay legislación positiva que valide semejante autorización.

... de la ausencia de esa legislación pues, como bien se dice ahí, aquélla no puede ser suplida por una... provincial como la que ha sido sancionada por esta Provincia en el año 2008 ... en virtud del derecho o valor humano en juego...

Es decir: el supremo valor de la vida humana en juego, anterior al de la misma capacidad jurídica y connotado en el Código Civil bajo las rúbricas del comienzo y fin de las personas de existencia visible (arts. 51, 63 y ss., especialmente 70 y 103 recordando que este último define que la existencia de las personas termina por su “muerte natural”), frustra la pretensión provincial de ejercitar su jurisdicción legislativa (arg. arts. 75 inc. 12 y 126 CN;...), y así como ambas Salas de esta Cámara I y II- declaramos la inconstitucionalidad de la Ley Provincial , que establecía la suspensión de las ejecuciones hipotecarias, considerando que se trataba de una materia patrimonial que excedía el ámbito de la norma meramente adjetiva, con tanta mayor razón habremos de hacerlo ahora cuando el sub examine transluce nítidamente una cuestión tanto más sustancial como que atañe al mismo “ser” de las personas humanas: el fin de su existencia. (...)

...el núcleo argumental de la sentencia para denegar la autorización consiste en:

- a) ausencia de manifestación de voluntad del paciente para suprimir el “soporte vital” ...
- b) la medicación que se le brinda es básica, es decir, no comporta un medio extraordinario de sostener la vida ni, menos aún, supone encarnizamiento terapéutico;
- c) el no brindar medicación antiinfecciosa impediría a su vez continuar con la hidratación/alimentación lo que provocaría el deceso aun cuando fuere indirectamente, irrumpiéndose así, franca y flagrantemente, en el campo eutanásico repudiado por nuestro Ordenamiento...

Ahora bien, en tales condiciones, compartiéndola plenamente, refrendo a mi turno dicha argumentación y sólo añado:

-la ausencia de voluntad cierta del paciente, no puede ser suplida por la de sus curadores y, en todo caso, restaría la duda acerca de cuál sería el sentido real de aquélla, duda que, dentro del ideario propuesto, necesariamente inclina el fiel de la balanza hacia el lado de la prosecución vital, o sea a mantener el actual marco asistencial;

-así pues, la ausencia de constancia cierta acerca de cuál sería la voluntad del paciente en la situación actual de EVP y el solo hecho de su permanencia en éste, no autoriza a presumir una voluntad del enfermo contraria a dicha prosecución vital;

-por ende, cabe hacer notar que, evidentemente, en el caso, la conclusión denegatoria de supresión del soporte vital no avasalla la dignidad de la persona en orden a la jurisprudencia que admite la voluntad del paciente, debidamente informado (consentimiento informado; caso de los testigos de Jehová), de negarse a recibir determinado tratamiento (transfusión de sangre), ya que dicho "consentimiento" simplemente no existe;

-...La argumentación pro-eutanasia se fundamenta siempre sobre razones humanitarias: piedad o compasión, derecho a morir con dignidad, etc. Por supuesto, detrás de esas consideraciones hay una determinada concepción acerca del valor de la vida humana, del sufrimiento y de la utilidad. La ambigüedad de los términos utilizados, comenzando por la misma palabra eutanasia, salta a la vista...

En fin: lo anterior viene a cuento no de la actitud de los peticionantes de la autorización que merecen todo tipo de comprensión y ayuda, sino de un posible Estado que asumiera como propia la solución eutanásica cediendo en tal sentido frente a presiones supuestamente populares impulsadas por ideologías pseudo intelectuales, porque, a fin de cuentas la dignidad del ser humano sufriente no se respeta ni acrecienta por una actitud complaciente, simplista y conformista de supresión de una vida en semejante condición, actitud falsamente pietista y que la historia reciente de los DDHH registra, a partir de sus resultados y/o consecuencias, como intrínsecamente perversa enemiga del género humano sino, antes bien, se procura la auténtica tutela de esa dignidad a través de políticas de promoción integral del hombre, de la familia... y también, dentro del campo concreto de una situación como la presente, a la digna asistencia de la persona enferma como viene llevándose a cabo- y a la contención y ayuda de su núcleo familiar.

Por ello propongo se confirme la sentencia apelada.

La Dra. Patricia Clerici dijo:

He de adherir al voto y resolución propiciados por mi distinguido colega... (...)

...esta sociedad tecnocapitalista en la que nos encontramos inmersos, y en cuestiones atinentes a las ciencias en general, es muy difuso el límite entre el humanitarismo y el negocio económico. Y ello me lleva a reflexionar que si la familia de M. no hubiera tenido los recursos necesarios para asistir a éste en su ya larga agonía, quizás hoy no nos encontraríamos discutiendo sobre su condición de vida.

Este pequeño prólogo pone de manifiesto lo difícil que resulta adoptar una decisión en situaciones como la de autos, ya que son numerosas y complejas las cuestiones que invaden la mente del magistrado. (...)

Si M., en forma conciente, hubiera decidido que ante una situación como la que está atravesando no quiere ser asistido vitalmente mediante soportes externos, no dudaría en

autorizar la supresión de estos soportes, incluidas la alimentación e hidratación. Ello así desde el momento que el art. 19 de la Constitución Nacional ampara el derecho a disponer del propio cuerpo, incluso la aceptación o no de un determinado tratamiento sanitario. Ello ha sido sostenido, hace ya tiempo, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Bahamondez, Marcelo”... (...)

...lo que se encuentra ausente en el presente caso es la voluntad de M., ya que su situación vital nos impide conocerla. Ciertamente es que la ley otorga a los curadores la representación de la voluntad de sus curados, pero ello puede ser tomado sin dudas en cuestiones atinentes a la vida civil y comercial del individuo incapaz, pero no en cuestiones vinculadas con sus derechos personalísimos, donde la decisión del curador ha de ser evaluada con reservas, más allá de la conducta irreprochable que han tenido las hermanas de M. con relación a éste.

Los magistrados entienden que la función del curador no importa un poder de decisión sobre la vida del incapaz. El aspecto crucial de la cuestión es que el individuo en cuestión no manifestó su voluntad.

Entienden que la ley provincial que se pretende invocar no puede contradecir las disposiciones sobre el final de la vida que surgen del Código Civil, en atención al bien en juego. Que la alimentación e hidratación artificial y la administración de medicamentos contra infecciones no constituyen un encarnizamiento terapéutico. Y que se debe tener cuidado que los fines piadosos no degeneren en otras motivaciones tales como las de índole económico.

#### **10.8.8 – Fallo “Albarracini Nieves, Jorge Washington” – Corte Suprema de Justicia de la Nación - 1 de junio de 2012**

Pablo Albarracini, mayor de edad, sufrió una herida y los médicos señalaron la necesidad de realizarle una transfusión de sangre. Sin embargo pertenece al culto “Testigos de Jehová” y con anterioridad a su hospitalización había firmado una declaración ante escribano en la cual plasmaba su voluntad de rechazar cualquier transfusión. Su padre acude a la justicia solicitando una medida precautoria que autorizase a los médicos a efectuar el tratamiento.

Considerando: (...)

7°.) Que las cuestiones que llegan a conocimiento de esta Corte remiten a aquellas que dieron origen al precedente publicado en Fallos: 316:479 (“Bahamondez”)...

8°) Que sin perjuicio de lo expresado, el caso sub examine presenta particularidades que en alguna medida lo distinguen del precedente mencionado y que requieren las siguientes precisiones: primero, que Pablo Albarracín ingresó a la clínica Bazterrica en estado de inconsciencia por lo que no pudo manifestar a los profesionales médicos cuales eran las terapias o procedimientos médicos o biológicos que estaba dispuesto a aceptar conforme a las creencias de su culto.

Segundo, que hay constancia de que en el 18 de marzo de 2008, firmó un documento en el cual manifestó no aceptar "transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida". (...)

10) Que no existen pruebas claras y convincentes de que el paciente al momento de expresar dicha voluntad no haya considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión; tampoco las hay para considerar que esa voluntad fue viciada por presiones de terceros o de que la opción efectuada haya sido adoptada con otra intención que la de profesar el culto. Por ende, no existen razones para dudar de que el acto por el cual Pablo ha manifestado su negativa a ser transfundido fue formulado con discernimiento, intención y libertad.

11) Que por otra parte el recurrente alega que con posterioridad a la firma de dicho documento, su hijo habría abandonado el culto para luego regresar a éste "y así sucesivamente en distintas oportunidades" , lo que podría generar algún tipo de incertidumbre respecto del mantenimiento en el tiempo de la decisión de Pablo. Sin embargo, este argumento genérico y carente de precisiones no tiene fundamento suficiente como para al menos presumir que hubiese habido una modificación en sus creencias; al contrario, en el propio escrito de demanda, el actor reconoce que en la actualidad Pablo se encuentra casado con una mujer de su mismo credo, y según resulta de la causa, el matrimonio se realizó en el Salón del Reino de los Testigos de Jehová el 2 de diciembre de 2011.

12) Que dado que no existen dudas sobre la validez actual de la expresión de voluntad realizada por Pablo Albarracini, corresponde examinar si esta decisión se encuadra dentro de la esfera de libertad personal que establece la Constitución Nacional. (...)

15) ...el art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o

tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional" (Fallos: 316:479 "Bahamondez" voto de los Dres. Fayt y Barra).

16) Que tales principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresión de causa" (art. 2 inc. e).

Por lo demás, no puede pasarse por alto que esta ley en su art. 11 reconoce a toda persona capaz mayor de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

17) Que la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado en este sentido que "prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes" (Case of Jehova's witnesses of Moscow and others v Russia, en referencia a In re T. Adult: Re-fusal of Treatment, 3 Weekly Law Report 782 (Court of Appeal).

18) Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso.

19) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. (...)

Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior (Fallos: 316:479, disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi).(...)

20) Que, en consecuencia, al no existir constancias en autos que indiquen que la negativa de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en algunas de las circunstancias excepcionales mencionadas en el considerando anterior, cabe concluir --conforme a los principios desarrollados precedentemente-- que no existió en el caso algún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado.

La Corte, en primer término, diferencia los hechos del caso en cuestión de los que motivaron el fallo Bahamondez.

Luego tiene por acreditada la manifestación de voluntad anticipada de Pablo Albarracini y descarta los elementos que podrían llevar a pensar que posteriormente habría cambiado de parecer.

Ya en el centro de la cuestión, resalta el señorío del individuo sobre su propio cuerpo en función del artículo 19 de la Constitución Nacional. Cada persona puede aceptar o reusar tratamientos según sus propias convicciones --nótese que no se restringe a convicciones de carácter religioso-- incluso cuando puedan parecer irracionales o imprudentes. Hace una interpretación amplia del art. 2 inc. e de la citada ley 25.529, al no pretender establecer cuáles pueden ser las *determinadas* terapias o procedimientos susceptibles de rechazarse.

En síntesis: este fallo constituye un avance por demás trascendente en pro del respeto a las libertades individuales sobre la propia vida de conformidad con la Constitución Nacional y los principios en los que ésta se inspira.



## **11. - VALORACIÓN GENERAL Y ARGUMENTOS SOBRE LA MUERTE PÍA**

### **1.1 – Introducción**

Luego de clasificar a la *muerte pía* en sus diferentes formas, concluimos valorando que algunas de ellas son impracticables en nuestro sistema de derecho y que deben ser descartadas. De esta forma, entendimos que no corresponde despenalizar y siquiera atenuar la muerte meramente *eutanásica* –sin dolor-, y que no corresponde despenalizar la *muerte pía* que sea sólo *por piedad*.

Más allá de esto, entendimos que el resto de las soluciones para los otros tipos de *muerte pía* –atenuación de la muerte por piedad, y atenuación o despenalización o incluso derecho a muerte a consentida-, son discutibles. Así como son discutibles también sus distintas variantes, según la calidad de la persona que va a morir, la persona que realiza la muerte, y la forma de la muerte. Y, en su caso, el requerimiento de distintos tipos de consentimiento.

En esta parte de nuestro trabajo, nos dedicaremos a analizar en detalle esas valoraciones sobre la *muerte pía*.

Primeramente, haremos un repaso rápido sobre diferentes percepciones que se han tenido históricamente sobre la *muerte pía*.

En segundo lugar, veremos los argumentos que se esgrimen a favor y en contra de la atenuación de la pena, la despenalización, o el derecho a la aplicación de las diferentes formas de *muerte pía* que hemos ya desarrollado. Incluso los argumentos que refieren a las modalidades que descartamos por contraponerse de forma manifiesta a nuestro sistema jurídico.

Hecho esto, nos enfocaremos en las creencias religiosas que en buena medida, con mayor o menor explicitud, sostienen o influyen los argumentos antes mencionados.

### **11.2 – Síntesis de la valoración de la muerte pía a lo largo de la historia**

Las evaluaciones sobre la *muerte pía* han sido muchas y muy diferentes a lo largo de la historia. No pretendemos aquí hacer un análisis exhaustivo en este sentido, ni seguir la evolución de pensamiento de determinada cultura, ni enfocarnos en determinado tiempo. Tampoco pretendemos clasificar puntillosamente según nuestra elaboración teórica las distintas *muertes pías*. Simplemente, deseamos dar un vistazo rápido hacia la apreciación de la *muerte pía* en el pasado, como forma de completar esta sección referida a la valoración, y como muestra de que la discrepancia reinante en la actualidad en este sentido proviene de larga data.

Vinculada a la *muerte pía*, debemos analizar también la opinión sobre el suicidio, a la que ésta última está fuertemente ligada; fundamentalmente la muerte a petición. Si bien se puede tolerar el suicidio y no la *muerte pía* dada por un tercero, lo cierto es que si se condena el suicidio también se condenará la ayuda al suicidio, y por ende, la *muerte pía* en forma de homicidio *a petición*.

El Antiguo Testamento narra el pedido del rey Saúl, tendiente a que se le dé muerte, cuando estaba malherido, luego de haber combatido a los filisteos. Este hecho abre la puerta en la tradición judía a la muerte a petición en individuos enfermos con enfermedad dolorosa e incurable, y volveremos sobre él al hablar de la “eutanasia” en la concepción judaica.

Los espartanos se deshacían de los niños con malformaciones arrojándolos del monte Taggeto. Como ya comentamos, es discutible si esta muerte era por piedad hacia los infantes, o por utilidad social. Y si puede o no, ser considerada sin dolor – eutanásica-.

El juramento de Hipócrates –fechado en Grecia, hacia el año 460 A.C.-, indica que el médico no dará una droga mortal a su paciente, por más que éste se la solicite. Es decir: Hipócrates limita la función del médico a la conservación de la salud, prohibiendo la producción o la asistencia a la muerte.

Textualmente, el juramento reza:

Juro por Apolo el Médico y Esculapio y por Higea y Panacea y por todos los dioses y diosas, poniéndolos de jueces, que éste mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento...

A nadie daré una droga mortal aun cuando me sea solicitada, ni daré consejo con este fin...

Ahora, si cumplo este juramento y no lo quebranto, que los frutos de la vida y el arte sean míos, que sea siempre honrado por todos los hombres y que lo contrario me ocurra si lo quebranto y soy perjuro.

El juramento hipocrático ha tenido una influencia singular hasta nuestros días, en relación a los deberes de hacer y también de no hacer, que tienen los médicos.

Sócrates, reconoce que para algunos individuos *sería mejor estar muertos que vivir*, pero señala que sería una impiedad que se hicieran el beneficio de matarse a ellos mismos. Pues los hombres somos posesión de los dioses. “...*si alguno de los seres que son de tu propiedad se suicidara, sin indicarle tú que quieres que muera, ¿no te irritarías con él?; y si pudieras aplicarle algún castigo, ¿no se lo aplicarías?*”<sup>389</sup>

Platón, en *La República*, postula dejar morir a las personas de cuerpo mal constituido. Propone pues, una muerte pasiva para los enfermos incurables. Puede debatirse si su motivo es la piedad, o bien meramente la utilidad pública. La segunda alternativa parece primar sobre la primera, dado que, en el mismo espacio habla de castigar con la muerte a aquél que tenga el alma mala e incorregible.<sup>390</sup>

Aristóteles, en su *Ética Nicomáquea*, señala que *el morir para evitar la pobreza, el amor o algo doloroso, no es propio del valiente, sino más bien, del cobarde; porque es blandura evitar lo penoso, y no sufre la muerte por ser noble sino por evitar un mal.*<sup>391</sup>

Y más adelante, en la misma obra:

...el hombre que voluntariamente, en un arrebató de ira, se mata a sí mismo, lo hace en contra de la recta razón, lo cual no lo prescribe la ley; luego, obra injustamente. Pero, ¿contra quién? ¿No es verdad que contra la ciudad, y no contra sí mismo? Sufré, en efecto, voluntariamente, pero nadie es objeto de trato injusto voluntariamente. Por eso, también la ciudad lo castiga y se impone al que

<sup>389</sup> Conforme Platón, *Fedón o Del alma*, Planeta, Buenos Aires, 1990, pág. 82.

<sup>390</sup> Conforme Platón, *La República*, Edicomunicación, Barcelona, 1994, pág. 123. Libro III.

<sup>391</sup> Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Barcelona, 1993, pág. 78. Libro III.

intenta destruirse a sí mismo con cierta privación de derechos civiles, como culpable de injusticia contra la ciudad.<sup>392</sup>

A su vez

...Epicuro no ordenaba a sus discípulos apresurar la muerte, les aconsejaba el contrario, vivir, mientras en ello encontraran algún interés. Sólo que, como él suponía muy bien que, si no se tiene otro objeto, se está a cada instante expuesto a no tener ninguno y que el placer sensible es un lazo muy frágil para sujetar el hombre a la vida, les exhortaba a hallarse siempre dispuestos a salir de ella, al menor llamamiento de las circunstancias.<sup>393</sup>

Dice Gofó:

...aunque no utilicen el término de eutanasia en su sentido actual, los estoicos constituyen el más claro exponente de un sistema filosófico-ético de nuestra antigüedad, que admite la práctica de la eutanasia. Consideran el suicidio como una alternativa heroica y consecuente contra una existencia excesivamente gravosa y sin sentido. Uno de los autores más representativos del estoicismo, Séneca, afirmaba en sus Cartas: “el sabio se separará de la vida por motivos bien fundados, para salvar a la patria a los amigos, pero igualmente cuando está agobiado por dolores demasiado crueles, en caso de mutilaciones o de una enfermedad incurable”;... “prefiero matarme a ver cómo se pierden las fuerzas y cómo se está muerto en vida”.<sup>394</sup>

Sobre el romano Séneca volveremos.

En relación Grecia –pero refiriendo a un periodo posterior-, nos informa Durkheim:

El suicidio no era considerado como legítimo más que si no estaba autorizado por el Estado. Así, en Atenas, el hombre que se había matado era criminal por haber cometido una injusticia respecto a la ciudad, le eran rehusados los honores de la sepultura regular; además, la mano derecha del cadáver era cortada y enterrada aparte.

<sup>392</sup> Aristóteles, op. cit., pág. 146. Libro V.

<sup>393</sup> Durkheim, Emile, *El suicidio*, Reus, Madrid, 1928, pág 308.

<sup>394</sup> Gofó, Javier, *La eutanasia y la Iglesia Católica*, en “La eutanasia y el arte de morir”, Javier Gafó (Editor), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990, pág. 114.

Con variantes de detalle, lo mismo ocurría en Tebas, en Chipre. En Esparta, la regla era tan formal, que Aristodemos la sufrió por el modo cómo buscó y encontró la muerte en la batalla de Platea.

Pero estas penas no se aplicaban, sino en el caso en que el individuo se mataba sin haber, previamente obtenido permiso a las autoridades competentes. En Atenas, si antes de herirse pedía al Senado que le autorizase, haciendo valer las razones que le hacían la vida intolerable, y su demanda era atendida favorablemente, el suicidio se consideraba como un acto legítimo. ...Se expresan en los términos siguientes: "Que aquel que no quiera ya vivir más largo tiempo, exponga sus razones al Senado, y después de haber obtenido licencia, se quite la vida. Si la existencia te es odiosa, muere; si estás maltratado por la fortuna, bebe la cicuta. Si te hayas abrumado por el dolor, abandona la vida. Que el desgraciado cuente su infortunio, que el magistrado le suministre el remedio, y su miseria tendrá fin"<sup>395</sup>

Los galos, consideraban razonable el suicidio en diversas circunstancias, entre ellas: la vejez, y el padecimiento de enfermedades dolorosas. En el mismo sentido, algunos pueblos celtíberos, vikingos y nórdicos en general.

...Se recuerda a los daneses, que estimaban vergonzoso morir en la cama de vejez o enfermedad; los visigodos tenían una roca ("La roca de los abuelos") desde cuya altura se precipitaba a los viejos cansados de la vida. Igualmente los tracito, los hérulos y los celtas.<sup>396</sup>

Por otro lado

En la India antigua, los incurables eran conducidos por sus allegados al borde del Ganges; se les asfixiaba más o menos completamente llenándoles las narices y la boca de barro, y se les arrojaba en el río sagrado.<sup>397</sup>

Era común también, que las viudas se suicidaran en el funeral de su esposo.

Sobre Roma, dice Durkheim:

---

<sup>395</sup> Durkheim, Emile, op. cit., pág. 363.

<sup>396</sup> Durkheim, Emile, op. cit., pág. 364. – El caso de los celtas también es mencionado por Jiménez de Asúa. Conforme Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 362.

<sup>397</sup> Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 363.

Estamos peor informados sobre las disposiciones del Derecho romano primitivo; los fragmentos de la ley de las XII Tablas que nos han llegado no nos hablan del suicidio. Sin embargo, como este Código estaba fuertemente inspirado en la legislación griega, es verosímil que contuviese prescripciones análogas. (...)

Cierto que, tanto en Grecia como en Italia, hubo un período en que las antiguas prescripciones relativas al suicidio, cayeron casi totalmente en olvido. Pero fue tan sólo en la época en que el régimen mismo de la ciudad entró en decadencia.<sup>398</sup>

Jiménez de Asúa cita a Morselli señalando que según este autor *Cleopatra fundó en Egipto con Marco Antonio, una “Academia” cuyo objetivo era hacer experiencias sobre los medios menos dolorosos de morir.*<sup>399</sup>

En el siglo I, con la expresión griega “*eutanasia*”, el emperador romano Augusto, según Suetonio, designa su ideal de muerte.<sup>400</sup>

El filósofo romano Séneca –estoico, ya mencionado-, fue del parecer que “es preferible quitarse la vida a una vida sin sentido y con sufrimiento”. “No se debe querer demasiado a la vida ni odiarla demasiado, sino buscar un término medio y ponerle fin cuando la razón lo aconseje”.

...en las *Epístolas morales a Lucilio* nos dice en un párrafo: “Mas la vida como sabes, no debe ser conservada por encima de todo, ya que no es un bien el vivir, sino el vivir con rectitud. Morir más pronto o más tarde no es la cuestión, morir bien o mal, ésta es la verdadera cuestión. Y así como no siempre es mejor la vida más larga, así resulta siempre peor la muerte que más se prolonga”.<sup>401</sup>

Y también podemos citar del mismo texto:

No abandonaré la vejez en el caso de que me conserve íntegro para mí mismo, pero íntegro en aquella parte más noble; por el contrario, si comienza a perturbar mi inteligencia, a desquiciarla en sus funciones, si no me permite ya vivir, sino respirar, saldré fuera de un edificio descompuesto y ruinoso...<sup>402</sup>

<sup>398</sup> Cifuentes, Santos, *Derechos Personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 260.

<sup>399</sup> Conforme Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 364.

<sup>400</sup> Conforme Engelhardt, Dietrich, *La eutanasia entre el acortamiento de la vida y el apoyo a morir: experiencias del pasado, retos del presente*, en “Bioética y humanidades médicas”, Dietrich Engelhardt y otros, Biblos, Buenos Aires, 2004, pág. 206.

<sup>401</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 25.

<sup>402</sup> Séneca, *Epístolas morales a Lucilio*, Tomo I, Gredos, Madrid, 1986, pág. 337.

Y: *Quien aprendió a morir se olvidó de ser esclavo.*<sup>403</sup>

Postula entonces la idea de que la vida no es un valor absoluto, y que cada quien puede disponer de ella conforme un análisis de su calidad de vida.

Antes, Cicerón, refería a la muerte sin dolor, como un hecho rebosante de nobleza y honor.

En Roma, en general, el suicidio, cuando existía una causa que se entendía razonable para llevarlo a cabo, no era mal valorado.

En relación a la vida tomada por otro, con consentimiento de la víctima –homicidio consentido en su sentido amplio–, traemos el comentario de Roxin:

Por el gran jurista romano Ulpiano (aproximadamente 170-228 después de Cristo), se transmite en el Libro 47 del Digesto la frase “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*” es decir, “lo que se realiza con la voluntad del lesionad, no constituye injusto”. Con ello hay que entender por “*iniuria*” no sólo la injuria en el sentido estricto, sino cualquier lesión de los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida).

...<sup>404</sup>

No podemos dejar de citar la comparación de la legislación griega y romana en relación al suicidio, que nos ofrece Montesquieu:

Debe castigarse, dice Platón, al hombre que mata a aquel que le está más estrechamente unido, es decir, al que se mata a sí mismo, no por orden del magistrado ni para librarse de la ignominia, sino por flaqueza de ánimo. La ley romana castigaba esta acción cuando no se había ejecutado por debilidad, por cansancio de la vida, por no poder soportar el dolor, sino por la desesperación a consecuencia de algún crimen. La ley romana absolvía cuando la ley griega condenaba, y condenaba cuando la otra absolvía.

...En tiempo de la república no había en Roma ninguna ley que castigara a los suicidas; los historiadores citan siempre los suicidios como acciones laudables, y no vemos en ningún autor que se castigara a los que los cometían.

En tiempo de los primeros emperadores, las familias más distinguidas eran sin cesar exterminadas por medio de las sentencias de los tribunales. Se introdujo entonces la costumbre de eludir el fallo condenatorio dándose muerte, lo que ofrecía ventajas

---

<sup>403</sup> Séneca, op. cit., pág. 210.

<sup>404</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 511.

muy apreciables: obteníase el honor de la sepultura, no concediendo a los ejecutados, y se lograba que fuese cumplido el testamento.

Provenía todo ello de que en Roma no había ley civil contra los que se mataban. Pero luego, cuando los emperadores se hicieron tan avaros como antes habían sido crueles, privaron a las personas de que deseaban deshacerse, del medio que tenían para conservar sus bienes, declarando delito el suicidarse por el remordimiento de haber perpetrado otro crimen.

Es tan cierto que no fue otro el motivo, que los emperadores consintieron en no confiscar los bienes de los suicidas cuando el delito por que se mataban no llevaba consigo la pena de confiscación.<sup>405</sup>

San Agustín de Hipona, Padre y Doctor de la Iglesia, condena explícitamente en suicidio, y no establece excepciones según su causa. En su *Ciudad de Dios*, puede leerse:

...sin duda que el que se mata a sí mismo también es homicida, haciéndose tanto más culpado cuando se dio muerte, cuanta menos razón tuvo para matarse; porque si justamente abominamos de la acción de Judas y la misma verdad condena su deliberación, pues con ahorcarse más acrecentó que satisfizo el crimen de su traición (ya que, desesperado ya de la divina misericordia y pesaroso de su pecado, no dio lugar a arrepentirse y hacer una saludable penitencia, ¿cuánto más debe abstenerse de quitarse la vida el que con muerte tan infeliz nada tiene en sí que castigar?...<sup>406</sup>

Algunos autores, empero, entienden que esta declaración fue realizada al solo efecto de evitar que los nuevos cristianos se suicidaran luego de recibir el sacramento del bautismo, para asegurarse así la entrada al Cielo.

La reacción de la Iglesia contra el suicidio, fue firme:

En cuanto se constituyeron las sociedades cristianas, el suicidio fue formalmente proscrito de ellas. Desde el 452, el Concilio de Arlés declaró que el suicidio era un crimen y no podía o ser efecto más que de un furor diabólico. Pero sólo en el siglo siguiente, en 563, en el Concilio de Praga, fue cuando esta proscripción recibió una sanción penal. Allí se decidió que los suicidas no serían "honrados con ninguna

---

<sup>405</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004, pág. 470. Libro XXIX, IX.

<sup>406</sup> San Agustín de Hipona. *Ciudad de Dios*. Capítulo XVII, Libro 1, consultado online: [http://www.iglesiareformada.com/Agustin\\_Ciudad\\_1.html](http://www.iglesiareformada.com/Agustin_Ciudad_1.html)

conmemoración en el santo sacrificio de la misa y que el canto de los salmos no acompañarla sus cuerpos a la tumba”. La legislación civil se inspiró en el Derecho canónico, añadiendo penas materiales a las religiosas.<sup>407</sup>

Estas penas, recaían sobre el cadáver, o bien sobre los bienes dejados por el difunto.

En la Edad Media, se vivió una suerte de contradicción. Por un lado, se pretendía una muerte ajustada a la doctrina religiosa. Pero por otro, la muerte a los moribundos en el campo de batalla tenía plena aceptación.

La existencia de tal costumbre entre estos pueblos hizo denominar “misericordia” a un tipo de puñal de doble filo, de hoja estrecha y punta muy aguda... y que servía para dar muerte a los caballeros de armadura malheridos en batalla, surgiendo también allí en las postrimerías del medioevo, (con la aparición de las primeras armas de fuego), la expresión “tiro de gracia”, cuyo significado hoy se halla tergiversado, el sentido de estimarlo como la culminación de un acto homicida perfecto, pero que en realidad su nacimiento obedecía al hecho de evitar los últimos sufrimientos al herido mortal, otorgándole “la gracia de la buena muerte” al enemigo o amigo.<sup>408</sup>

Actualmente, una variante del “misericordia” puede verse en el arte de la tauromaquia. La *puntilla*, es el elemento utilizado por banderillero que asistente al matador, para poner fin a los sufrimientos del toro, cuando éste ya se ha echado en la arena y rendido a la muerte.<sup>409</sup>

Santo Tomás de Aquino continuó la línea de San Agustín.

...decía que el momento en que debemos morir es una decisión de Dios, no nuestra. Esta idea arraigó tan profundamente en los países cristianos que el intento de suicidio era un delito, en algunos casos castigado –los ideólogos carecen de sentido de la ironía- con la muerte. La prohibición del suicidio formaba parte de la creencia general

---

<sup>407</sup> Durkheim, Emile, op. cit., pág. 360.

<sup>408</sup> Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 364. – Este hecho es citado, por ejemplo, por Gutiérrez, Pedro, *El homicidio piadoso*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006, pág. 45.

<sup>409</sup> La *puntilla* es, según la definición de la Real Academia Española, el *puñal corto, especialmente el que sirve para rematar a las reses*. No debe confundirse con el *descabello*, que es el instrumento utilizado por el matador cuando su estoque no ha producido la rendición del toro, y quiere acelerar o asegurarse este hecho.

de que el Estado debería hacer valer la moralidad y actuar de forma paternalista con los ciudadanos.<sup>410</sup>

Puntualmente dice el Doctor Angélico:

...La vida es un don dado al hombre por Dios y sujeto a su divina potestad, que mata y hace vivir. Y, por tanto, el que se priva a sí mismo de la vida peca contra Dios, como el que mata a un siervo ajeno peca contra el señor de quien es siervo...<sup>411</sup>

En palabras de Cifuentes, la enseñanza de Santo Tomás de Aquino está fundada en:

...a) que uno se dé muerte es contrario a la inclinación natural y a la caridad, por la cual uno debe amarse a sí mismo; b) el hombre es parte de la comunidad y al matarse, la injuria, y c) la vida es un don "dado al hombre por Dios y sujeto a la potestad de Aquél que hace vivir y hace morir."<sup>412</sup>

Es decir: se opone al suicidio tanto por cuestiones religiosas, como de utilidad social.

Las Partidas de Alfonso X el Sabio castigaban con la pena del homicidio el prestar armas u otros medios a un suicida.

Dante Alighieri, en su *Divina Comedia*, ubica a los suicidas en el segundo recinto del Séptimo Círculo del Infierno. Allí, las almas renacen en forma de vegetales, y sufren cada vez que se quiebra alguna de sus ramas.

El florentino pone en boca de uno de los condenados una explicación más completa:

... Cuando el alma feroz sale del cuerpo, de donde se ha arrancado ella misma, Minos la envía al Séptimo Círculo. Cae en la selva, sin que tenga designado sitio fijo, y allí donde la lanza la fortuna, germina cual grano de espelta. Brota primero como un retoño y luego se convierte en planta silvestre; las Arpías, al devorar sus hojas, le causan dolor

<sup>410</sup> Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 194.

<sup>411</sup> Tomás de Aquino, Santo, *Suma Teológica*, Tomo VIII, Madrid, 1956, pág. 440.

<sup>412</sup> Cifuentes, Santos, op. cit., pág. 260.

y abren paso por donde ese dolor se exhale. Como las demás almas, cuando legue el día señalado iremos a recoger nuestros despojos, pero sin que ninguno de nosotros pueda revestirse con ellos. Porque no sería justo volver a tener lo que uno se ha quitado voluntariamente. Los arrastraremos hasta aquí y en este lúgubre bosque estarán cada uno de nuestros cuerpos colgados del mismo árbol donde sufre tormento su alma.<sup>413</sup>

Tomás Moro, en el libro segundo de su famosa *Utopía*, propone:

Si la enfermedad es incurable, con, grandes y constantes dolores, los Sacerdotes y el Magistrado le visitan y confortan, tratando de persuadirle de que hallándose inepto para los actos de la vida, molesto a los demás y pesado a sí mismo, que no se rebele contra su pronto fin queriendo alimentar la maligna enfermedad. Que siendo su vida un tormento, no dude en morir, antes bien lo desee con la confianza de tan miserable estado, ya sea quitándose él mismo la vida o pidiendo que se la quiten, ya que al morir no dejará comodidades, sino la peor miseria.

Además de esto (siguiendo el consejo de los Sacerdotes, intérpretes de la voluntad de Dios) los que se dejen persuadir realizarán una obra santa y pía dejándose morir de inanición, o pidiendo que les quiten la vida mientras duermen. A nadie hacen morir contra su voluntad, ni les disminuyen los cuidados durante la enfermedad mortal, persuadidos de que ejecutan una ocupación muy virtuosa. Pero si alguno se mata sin el consentimiento de los Sacerdotes y del Magistrado, no le dan sepultura y arrojan su cuerpo a una laguna.<sup>414</sup>

Es decir: valora como positivo la muerte, en caso de individuos enfermo con enfermedad dolorosa e incurable. Pero el enfermo debe estar de acuerdo en esto. El procedimiento se llevaría a cabo incluso de forma activa. Para evitar abuso, se debería contar con el permiso de las autoridades o los sacerdotes. Se nota aquí la idea de supervisión estatal.

En la parte final de las líneas citadas, se destaca una condena a la muerte sin autorización.

Francis Bacon fue el primero en retomar la palabra “eutanasia”, en su obra *Historia vita et mortis*, en el año 1623. A su entender, el médico debe hacer que el

---

<sup>413</sup> Alighieri, Dante. *La Divina Comedia. El Infierno*, (Canto Decimotercero), Millenium, Madrid, 1999, pág. 50.

<sup>414</sup> Moro, Tomás, *Utopía*, consultado online: [http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Moro\\_Tomas/TomasMoro\\_Utopia.htm](http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Moro_Tomas/TomasMoro_Utopia.htm)

moribundo deje la vida lo más fácil y serenamente posible, cuando ya nada puede hacer para sanarle. Aquí se ve claramente como esto contraría el juramento hipocrático antes mencionado.

Diferencia además la “eutanasia exterior”, como ‘termino directo de la vida, y la “eutanasia interior” como preparación espiritual para la muerte.<sup>415</sup>

Podemos sintetizar también aquí la obra de David Hume *Sobre el suicidio*, resaltando de ella algunas ideas fundamentales. El autor pretende que sea la filosofía quien se ocupe de la cuestión que trata.

Entiende –a diferencia, por ejemplo, de San Agustín y Santo Tomás-, que el suicidio no ofende a Dios. El individuo puede disponer libremente de su vida. Si no fuese así, se contrariaría a la deidad no solo causándose la muerte, sino también evitando un curso causal que lleva a ella. Por ejemplo, esquivando una piedra que va a caer sobre su cabeza. Pues esto también sería un cambio en los presuntos planes de Dios.

Si la vida ocasiona desdicha, continuar con ella considerando que así lo quiere la Providencia, es imputar la desdicha a dicha Providencia.

Por otra parte, toda muerte, aunque ocasionada por la voluntad de la persona misma, es permitida por Dios. Pues nada puede ocurrir sin su permiso.<sup>416</sup>

Dejando brevemente de lado la civilización occidental, diremos que algunas tribus de América, África –v.g: bosquimanos-, Asia –v.g: karenas, en Birmania (Myanmar) y Oceanía –v.g.: tribus de Fidji-, así como en algunos grupos esquimales, era habitual el abandono o incluso la causación de la muerte del anciano inválido. Puede discutirse si el motivo fundamental era evitarle la continuación de una vida que le sería por demás dificultosa –muerte por piedad-, o si ante todo se pretendía que la comunidad se librara de una carga.

...entre los esquimales... la licitud del suicidio deriva de uno de los postulados que subyace a la organización social esquimal: “la vida es dura y el margen de seguridad pequeño”, lo que a su vez tiene como corolario el principio de que “no se puede mantener a los miembros improductivos de la sociedad”. Tanto el

---

<sup>415</sup> Conforme Engelhardt, Dietrich, op. cit., pág. 208.

<sup>416</sup> Conforme Hume, David, *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 1998.

suicidio como el infanticidio, el senilicidio y el dar muerte a los inválidos son actos aprobados socialmente...<sup>417</sup>

En el Japón y otros pueblos de oriente, el suicidio era permitido, entre otras cuestiones, para conservar el honor o por haberse perdido éste. No nos es difícil, atendiendo a las particularidades de esta cultura, asimilar la pérdida del honor a una enfermedad.

Michel de Montaigne, en el siglo XVI, refirió a la eutanasia como una opción válida desde el punto de vista ético y racional, si surgía de la voluntad de quien iba a morir y se daban ciertas circunstancias.

Autores iluministas se alzaron contra la penalización del suicidio: Montesquieu, Voltaire, Beccaria. Esa corriente generó que efectivamente, el suicidio y su tentativa, fuera apartado de la lista de los delitos, en casi todas las legislaciones.

Entre quienes opinan que el suicidio no es punible, se cuenta Bentham, quien considera que cada uno es el mejor juez de sí mismo, cada uno sabe cuándo y cómo y por qué permanecer o abandonar esta vida.<sup>418</sup>

Montesquieu escribe, en 1748, en relación a su propio tiempo:

No vemos en la historia que ningún romano se diese la muerte sin motivo; pero los ingleses de nuestros días se matan algunas veces por ignoradas causas, hasta en el seno de la felicidad.

El suicidio era entre los romanos un efecto de la educación y las costumbres; entre los ingleses es efecto de una enfermedad, consecuencia de un estado físico y sin ninguna otra causa...

Es claro que las leyes de algunos países han tenido razones para castigar el suicidio con la infamia; pero en Inglaterra no es posible castigarlo sino como se castigan los efectos de la demencia.<sup>419</sup>

---

<sup>417</sup> Juanetey Dorado, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 33.

<sup>418</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 116.

<sup>419</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004, pág. 195. Libro XIV, XII.

Es decir: no se opone al castigo del suicidio, sino cuando puede entenderse que la persona no actuaba con sus plenas facultades.

Becaria compara al suicidio con la emigración:

El suicidio es un delito que parece no poder admitir pena propiamente dicha, supuesto que la pena no podrá recaer sino sobre inocentes o sobre un cuerpo frío e insensible...

Aquél que se mata causa menos daño a la sociedad que el que se sale para siempre de los límites de ella, pues aquél deja allí todas sus substancias, mientras que éste se transporta a otro lugar con todo su haber. Antes bien, si la fuerza de la sociedad consiste en el número de los ciudadanos, al sustraerse a sí mismo y darse a una nación vecina, el emigrante hace un doble daño que aquél que simplemente con la muerte se aparta de la sociedad. Por consiguiente, la cuestión se reduce a saber si es útil o perjudicial para las naciones dejar a los hombres la libertad perpetua de ausentarse de la sociedad a que pertenecían.

...está demostrado que la ley que encierra a sus súbditos dentro de su país, es inútil e injusta; y lo será del mismo modo la que ponga pena al suicidio, pues, aunque ésta sea una culpa que castiga Dios, que es quien puede castigar hasta después de la muerte, el suicidio no es delito ante los hombres, toda vez que la pena, en lugar de recaer sobre el reo, cae sobre su familia: Si alguno me opusiese que la pena del suicidio podría por lo menos, apartar de la muerte a algún hombre determinado, yo le respondería que aquél que renuncia tranquilamente al bien de la vida, que odia la existencia de aquí abajo, hasta el punto de preferir a ella una eternidad infeliz, ni siquiera se disuadiría de su resolución por la consideración de sus hijos y parientes.<sup>420</sup>

Este autor se opone a penar el suicidio por considerar que es inútil –o en todo caso injusto: pues se penaría a la familia-. Pero muestra también que cabe hacer en relación a él una fría consideración de utilidad social.

Y Voltaire, en su diccionario filosófico:

Lo único que me atreveré a decir con seguridad es que no debemos temer que la locura de matarse llegue a ser una enfermedad epidémica, porque contraría los

---

<sup>420</sup> Bonesana, César, Marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, consultado online: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00183-tratado-de-los-delitos-y-de-las-penas-cesar-beccaria.html>

deseos de la Naturaleza y porque la esperanza y el temor son dos agentes poderosos que utiliza aquélla para detener la mano del desgraciado que trata de privarse de la vida.

...es indudable que no carece de valor el que tranquilamente se mata, porque se necesita gran fuerza de voluntad para sobreponerse al instinto más poderoso de la Naturaleza, y en una palabra, el suicidio es un acto que prueba más ferocidad que debilidad. Cuando un enfermo está frenético, no se puede decir que carece de fuerza; por el contrario, se debe decir que tiene la fuerza que le da el frenesí.<sup>421</sup>

Aunque todavía Locke liga el suicidio a una cuestión religiosa cuando dice:

...los hombres son todos obra de un omnipotente e infinitamente sabio Hacedor... son propiedad de quien los ha hecho y han sido destinados a durar mientras a Él le plazca, y no a otro.<sup>422</sup>

José Ingenieros, José Roberto Coma y Luis Jiménez de Azúa relatan la función del *despenador*: el individuo que mata por piedad a otro, cuando ya no tiene cura, y para quitarle el dolor. Lo mismo que se hace con los animales, se aplica a los seres humanos. Aquí, específicamente, se hace referencia a lo que nosotros entendemos como *muerte por piedad*.

El último autor, menciona y cita puntualmente al primero, quien habla de la campaña argentina:

...La extensión del territorio, la falta de medios de transporte y la escasez de población, habían demostrado la inutilidad de trasladar a grandes distancias enfermos o heridos que por su gravedad se consideraban moribundos. Llevarlos a lomo de caballo era precipitar su muerte; abandonarlos en el desierto equivalía a centuplicar los sufrimientos de su agonía, agregando el hambre y la falta de asistencia. Y en la hora postrera los tigres cebados y las aves de rapiña podían llegar a comerlos, semivivos todavía... Se comprende que los soldados moribundos implorasen de sus compañeros que los despenaran, cuando era forzoso abandonarlos; y es sabido que los deudos del muerto solían recibir la noticia del mismo ejecutor, agradeciéndole profundamente que no los hubiesen dejado moribundos en el desierto...<sup>423</sup>

---

<sup>421</sup> Voltaire, *Diccionario Filosófico* –Suicidio, consultado online: <http://www.e-torredobabel.com/Biblioteca/Voltaire/suicidio-Diccionario-Filosofico.htm>

<sup>422</sup> Locke, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, 1990, pág. 38.

<sup>423</sup> Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 366.

Las Crónicas, escritas por Napoleón en su destierro en Elba, cuentan como él ordenó matar a tres de sus soldados en Egipto, tras constatar médicamente que padecían peste y no tener medios para salvarlos.<sup>424</sup>

Es un ejemplo de muerte por piedad. Posiblemente, eutanásica. Cabe preguntarnos si fue también consentida por los soldados.

Jakobs reseña que

Kant, para quien la fundamentación de la prohibición del suicidio gira en torno a la autonomía del sujeto trata al suicidio como lesión de un deber contra sí mismo en el ámbito moral... fundamenta la lesión del deber moral como sigue: “anular el sujeto de la moralidad en la propia persona significa tanto como negar la moralidad misma de su existencia, tanto como eliminar del mundo lo que es un fin en sí mismo”.<sup>425</sup>

En palabras de Juanetey Dorado:

Lo que para Kant hace que el suicidio sea una conducta absolutamente ilícita es el principio de dignidad y de libertad humana... “El hombre no puede enajenar su personalidad mientras haya deberes, por consiguiente, mientras viva; y es contradictorio estar autorizado a sustraerse a toda obligación, es decir, a obrar libremente como si no se necesitara ninguna autorización para esta acción...”...<sup>426</sup>

Nietzsche entendió que:

El enfermo es un parásito de la sociedad. En un determinado estado resulta indecente seguir con vida. Debiera sentir la sociedad un desprecio profundo por quien arrastra una existencia precaria en cobarde dependencia de médicos y practicantes, una vez perdido el sentido de la vida, el derecho a la vida. Los médicos, por su parte, debieran ser los agentes de este desprecio, procurando en vez de recetas una renovada dosis de asco a su paciente...<sup>427</sup>

Y en lo que hace puntualmente a la muerte, se decanta por:

---

<sup>424</sup> Conforme Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 365. Recogido también por Gutiérrez, Pedro, op. cit., pág. 57.

<sup>425</sup> Jakobs, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 33.

<sup>426</sup> Juanetey Dorado, Carmen, op. cit., pág. 137.

<sup>427</sup> Nietzsche, Friedrich, *Cómo se filosofa a martillazos*, Aguilar, Montevideo, 2010, pág. 160.

...Morir de una muerte orgullosa, cuando ya no es posible vivir una vida orgullosa. Optar por la muerte espontánea y oportuna, consumada con claridad y alegría, rodeado de hijos y testigos...en oposición a la miserable y pavorosa farsa en que el cristianismo ha convertido la hora postrera... corresponde establecer, ante todo, la apreciación correcta, esto es, fisiológica, de la llamada muerte natural, que a su vez no es, en definitiva, sino una muerte "antinatural", un suicidio. Nadie muere por culpa ajena, sino únicamente por culpa propia. Sólo que ella es la muerte que se produce en las circunstancias más despreciables: una muerte impuesta, a destiempo, una muerte cobarde. Por amor a la vida se debiera procurar una muerte diferente: libre, consciente, sin contingencia ni coerción... Quien se elimina realiza algo respetable; quien hace esto, casi merece vivir... <sup>428</sup>

Y en el mismo sentido, en otra obra:

Muchos mueren demasiado tarde, y algunos mueren demasiado pronto. Todavía suena extraña esta doctrina: "¡Muere a tiempo!". Morir a tiempo, eso es lo que Zaratustra enseña... (...)

Yo os elogio mi muerte, la muerte libre, que viene a por mí cuando yo quiero... <sup>429</sup>

Karl Marx señala que:

...Se nos habla de deberes para con la sociedad, sin que nuestros derechos para con la sociedad estén claramente definidos y establecidos: se exalta el mérito de aguantar el dolor, y se dice que sería mil veces mayor que el sucumbir ante el dolor: es tanto un triste mérito como una triste perspectiva. En suma, se hace del suicidio un acto de cobardía, un crimen contra las leyes, la sociedad y la honra. <sup>430</sup>

Pero pese a lo anterior, existen personas que se suicidan. Esta es la explicación del autor:

En definitiva los vínculos entre los intereses y los corazones, las verdaderas relaciones entre los individuos, tienen que recrearse entre nosotros desde los cimientos, y el suicidio no es más que uno de entre mil síntomas de la lucha social general, la que podemos percibir en frescos datos históricos, la lucha de la que tantos combatientes e retiran. O porque están cansados de engrosar las filas de las

---

<sup>428</sup> *Ibidem.*

<sup>429</sup> Nietzsche, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2003, pág. 59.

<sup>430</sup> Marx, Karl, *Acerca del suicidio*, Las cuarenta, Buenos Aires, 1980, pág. 69.

víctimas, o porque se rebelan contra la idea de ocupar un sitio de honor entre los verdugos...<sup>431</sup>

Comenta Engelhardt:

Ya en 1873 aparece en la revista *Popular Science Monthly* el artículo *Euthanasia* del ensayista Samuel D. Williams. Se trata de un informe para la eutanasia activa y voluntaria para hombres enfermos sin esperanza: “en todos los casos de enfermedad sin cura y dolorosa, se debería reconocer la tarea del médico tratante si así lo hubiera manifestado el paciente, de administrar cloroformo u otro anestésico que sobrepasara al cloroformo, de manera de destruir la conciencia de una vez y llevar al enfermo a una muerte rápida y sin dolor”...<sup>432</sup>

Luego

En Italia propuso Nobel al ministro Crispi, en 1902, la fundación a sus expensas de dos establecimientos, uno en Roma y otro en Milán, donde serían asfixiados sin dolor, por medio de un gas de su invención, los enfermos que mostraran deseos de morir. Cada establecimiento tendría un médico encargado de hacer el pronóstico de los pacientes. Nobel se encargaba de procurar a los que deseasen un excelente almuerzo, regado con vino, después del cual entrarían en el “fumoir” para ser asfixiados... esta idea no fue aceptada, y “L’Osservatore Romano” protestó en los términos más enérgicos contra este ensayo de legalizar la eutanasia, método “pseudo-filantropico” y pseudo-científico”.<sup>433</sup>

En 1906 se vota por primera vez en un congreso legislativo, en el Estado de Ohio (E.U.A.) una propuesta para legalizar algunos tipos de eutanasia. Fue rechazada.

La escasez económica y la amenaza en tiempos de guerra fortalecen los argumentos para la eutanasia como eliminación activa de la vida limitada. El naturalista y monista Ernst Haeckel lo ve según esta perspectiva en su estudio *Eternidad*, de 1915. Los pensamientos de la guerra mundial sobre la vida y la muerte, religión y teoría de la evolución sustentan la matanza de lisiados y enfermos mentales.<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> Marx, Karl, op. cit., pág. 72.

<sup>432</sup> Engelhardt, Dietrich, op. cit., pág. 210.

<sup>433</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 368.

<sup>434</sup> *Ibidem*.

En 1920, se publica el libro *El permiso para destruir la vida indigna*, de Alfred Hoche y Karl Binding. Allí expresan la idea de que matar a otras personas, cuando eso podría salvar otras vidas, o cuando esas vidas no tienen valor para la sociedad ni para sí mismos, debería estar permitido.

En relación a lo que nosotros llamaríamos muerte por piedad a individuos con enfermedad dolorosa y terminal, comenta Levene:

En Rusia, en 1922, fueron fusilados por orden del gobierno ciento diecisiete niños atacados de terribles dolores y condenados a muerte segura por haber comido carne putrefacta.<sup>435</sup>

En 1935, se fundó en Inglaterra la Sociedad para la Eutanasia. A partir de allí, diferentes movimientos con el mismo ideario se han ido esparciendo en el mundo, instando el reconocimiento del derecho a morir, ante los legisladores y a ante los jueces.

La Segunda Guerra Mundial mostró al mundo el genocidio del régimen Nacional-Socialista. La “eutanasia”, aquí, fue asociada a la muerte sin dolor –generalmente por medio de una inyección letal- pero claramente no voluntaria, y muy difícilmente por sincera piedad.

El régimen promovió la eugenesia: el mejoramiento de la raza, eliminando a todas las personas con deficiencias congénitas que podían degenerarla. Pero también – bajo la misma denominación- impulsó la eliminación de aquellas personas que, sin presentar una “desviación” física o mental originaria, hubiesen sufrido una disminución que les restara o les privara de la utilidad que el régimen consideraba relevante. Por ejemplo: inválidos, locos, o simplemente ancianos. Aquí, el interés para aplicar la muerte sin dolor era el evitar mantener a personas que –siempre desde el punto de vista nazi-, no tenían mayor razón de existir.<sup>436</sup> Si bien la

---

<sup>435</sup> Levene, Rodolfo (h), op. cit., pág. 140.

<sup>436</sup> Jiménez de Asúa señala que Binding entiende que dentro de los individuos desprovisto de valor vital se encuentran: los que irremediablemente van a morir a consecuencia de alguna enfermedad o herida; los idiotas y dementes incurables, ya sea de nacimiento o por una desgracia sobreviniente; y los inconscientes que de salir de esa situación, quedarían en un estado médico muy malo. – Conforme Jiménez de Asúa, Luis, op. cit., pág. 410.

propaganda nazi trató de incluir entre los motivos de la eutanasia, el privar a la persona de su vida denigrante –muerte por piedad-; el motivo fundamental era económico: que el Estado no debiera hacerse cargo de personas improductivas. De allí el concepto nazi de *unnutze esser* (“bocas inútiles”)

El proceso de eliminación incluyó también a quienes tenían conductas consideradas como no convenientes: homosexuales, vagos, y también delincuentes. Aunque la eliminación se diera sin dolor –eutanasia-, el motivo era fundamentalmente el mantenimiento del orden social y moral que se consideraba correcto.

Lo central en todas ellas era la idea de *vida indigna de ser vivida -Lebensunwertes Leben-*.

...la organización creada tal fin tenía su sede en Berlín, en Tiergartenstrasse 4, y recibía el nombre convencional de T-4... Se crearon otros términos inofensivos y de apariencia totalmente anodina para enmascarar los centros de eutanasia y los servicios que dependían de ellos.... Las oficinas del T-4 prepararon un cuestionario que fue enviado a todos los centros psiquiátricos de Alemania. Una comisión de tres expertos, elegidos entre los médicos más destacados del T-4, debería emitir su veredicto en base a los cuestionarios que, en general, sólo registraban los datos del estado civil del enfermo y el nombre de la enfermedad. Si el diagnóstico a distancia era favorable para el enfermo, se le enviaba a una “estación de observación” donde permanecía unas semanas. Entonces, salvo opinión contraria del director de la “estación de observación” (lo cual... no sucedía más que en el cuatro o seis por ciento de los casos), era trasladado al instituto de eutanasia propiamente dicho. Por considerar que la eutanasia era un asunto de Estado, las decisiones se tomaban sin el conocimiento de las víctimas o de sus familiares.

Los posteriores traslados impedían seguir el rastro del enfermo y con ello se facilitaba su desaparición silenciosa.

El primer centro de eutanasia se creó en Brandemburgo (Prusia), en 1939..

(...) Desde enero de 1940 a agosto de 1941, en que se suspendió el programa de eutanasia, se exterminaron 70.273 enfermos mentales...<sup>437</sup>

Originalmente, se eliminaba a los enfermos con un disparo en la nuca. El sistema definitivo fue el de asfixia por óxido de carbono.

---

<sup>437</sup> Del Pozo, Mariano (Director de la edición), *Crónica militar y política de la Segunda Guerra Mundial*, Volumen VII: *El ajuste de cuentas*, SARPE, Madrid, 1980, pág. 249.

Desde 1940 el T-4 se contactó con los campos de concentración, para aplicar eutanasia a quienes parecían deficientes física o mentalmente. Luego dejó de ser una cuestión puramente médica y la eutanasia se utilizó por criterios raciales o de pensamiento político.<sup>438</sup>

Señala Pazos Crocitto:

Detrás de las pretendidas bases científicas de este planteamiento, se encontraba un problema social que también era presupuestario y puramente económico. Alemania atravesaba duramente la época del gobierno nacionalsocialista, un momento de crisis económica y social, los años treinta. Después de la primera gran guerra, interesaba sobre todo reducir el presupuesto estatal en gasto social, para dedicarlo a otras tareas según los planes del régimen eran más importantes...

La cuestión, entonces, iba más allá de la lucha contra la criminalidad y la retórica de la pureza racial.<sup>439</sup>

En el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, también se incluyeron en los planes de “eutanasia”, a soldados alemanes gravemente heridos.<sup>440</sup>

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, realizada por las Naciones Unidas, no incluyó el derecho a morir, pese a que hubo varias propuestas en tal sentido.

Jiménez de Asúa cita distintos ejemplos puntuales contemporáneos de eutanasia: la muerte dada por piedad a personas atacadas de rabia, enfermas de cáncer, hemiplejia u otras dolencias –terminales o no-; rodeadas irremediamente por llamas; malheridas en intentos de suicidio. También aquejadas por sufrimientos morales, o por idiotez.<sup>441</sup>

---

<sup>438</sup> Conforme Del Pozo, Mariano (Director de la edición), op. cit., pág. 250.

El programa de eutanasia consiguió un apoyo considerable en el sector médico, pero nunca pudo ser aceptado por la sociedad en general. Sobre todo, contó con la oposición de los sectores religiosos –católicos y protestantes-, y de los familiares de las personas que iban a ser eliminadas y que pudieron percatarse de ello.

<sup>439</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 68.

<sup>440</sup> En la operación conocida como “14 f 13”.

<sup>441</sup> Conforme Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 365 y ss.

En 1973 el Real Colegio de Médicos de Holanda, admitió que en algunos supuestos la práctica de la muerte a petición no debía ser considerada delito. En la práctica, desde 1984 la conducta no se penó.<sup>442</sup>

En 2002 los Países Bajos fueron el primer estado en reglamentar y legalizar la muerte a petición, en individuos enfermos.

### **11.3- Argumentaciones**

Aquí, expondremos qué se ha alegado, tanto en defensa como en contra de la regulación legal de la *muerte pía* como una figura penal diferente del homicidio o de la ayuda al suicidio; atenuando su pena o despenalizando la actuación. Referiremos en qué consiste cada argumento, y qué propuesta o propuestas para la *muerte pía* sirve para sostener.

Como se verá, muchos de los argumentos están íntimamente vinculados entre sí, de modo tal que incluso podrían haber sido fusionados. Sin embargo, para una exposición más clara, preferimos arriesgarnos a ser redundantes e hicimos una separación puntillosa de los distintos criterios.

En primer lugar, nos referiremos a los argumentos a favor, y en segundo lugar a los argumentos en contra de la mencionada regulación independiente de la *muerte pía*. Para los argumentos a favor y en contra de que la *muerte pía* sea realizada por un médico, nos remitimos al desarrollo ya hecho al referirnos a las clasificaciones de la *muerte pía*.

#### **11.3.1 - Argumentación a favor**

##### **11.3.1.1- Falta de sufrimiento en la muerte**

Este argumento enfatiza que el desvalor del acto homicidio o ayuda al suicidio, se reduce o desaparece al ser la muerte provocada sin dolor. Es decir, según nuestra terminología: *muerte eutanásica*. Para este razonamiento entonces, el provocar una muerte sin dolor, tiene un reproche menor a la provocación de otro tipo de muerte, a punto tal de merecer un tipo penal autónomo, o bien no es un acto reprochable de modo que no le corresponde pena alguna.

---

<sup>442</sup> Conforme Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, 1997, pág. 148 y 149.

Al analizar la *muerte eutanásica*, como clasificación de la muerte según su connotación física, indicamos que consideramos evidente que no corresponde atenuar ni eximir de pena a la provocación de la muerte, sólo por ser ésta eutanásica. Pues el bien jurídico vida está siendo vulnerado. A lo sumo –como ya dijimos también- no se está agravando por la causación de dolor. Esto, debe ser tenido en cuenta para la fijación de la pena concreta, pero no basta para la configuración de un tipo penal diferente.

Sin embargo, el argumento de la falta de sufrimiento en la muerte, puede utilizarse para defender modelos de regulación especial de *muerte pía eutanásica y por piedad*, y *eutanásica y consentida*.

En el primer caso, la ausencia de dolor exigida en la muerte, sirve como manifestación de la piedad que quien causa la muerte tenía para con el individuo que va a morir. Y fortalece el argumento que veremos a continuación: intención benévola.

En el segundo caso, la ausencia de dolor que se exige que tenga la muerte sirve a modo de justificación del consentimiento dado por quien va a morir. Es decir: a los argumentos que sostienen la disponibilidad de la vida, se le suma este otro. Sin embargo, lejos de fortalecerlos, los desvirtúa. Pues implica que la vida es disponible, pero sólo si se termina con ella sin dolor.

Una defensa plena de la disponibilidad de la vida –como ya vimos, y como veremos luego en profundidad-, no puede limitar el modo de muerte a una muerte eutanásica. Pues esto implicaría disponibilidad sobre la vida, y no sobre el cuerpo.

### **11.3.1.2 Intención benévola**

Este argumento entiende que el desvalor de la provocación de la muerte o de la ayuda al suicidio, se reduce o desaparece cuando la intención de quien actúa, es benévola. Es decir: cuando se da una muerte *por piedad*. En la muerte por piedad, como vimos oportunamente, una persona mata a otra, porque estima que ésta estará mejor muerta que viva. Quien actúa, lo hace movido por un sentimiento caritativo para con quien va a morir. Quien mata juzga la conveniencia.

Como ya indicamos también, elemento *muerte por piedad* no parece dar por sí mismo un argumento para la eximición de pena. Pues a cada individuo, y no a otro, le corresponde decidir sobre su vida. No podría permitirse un homicidio impune sólo porque el homicida entiende que es lo mejor para quien mata. A lo sumo – reiteramos- se necesitará un consentimiento presunto.

Sin embargo, entendemos también que la muerte por piedad puede ser un atenuante del delito, como un tipo penal diferente. Esto consideró la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia ya analizada, al decir que es constitucional la atenuación de la pena para el homicidio por piedad en un individuo enfermo:

Quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los intensos sufrimientos que padece, obra con un claro sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado al legislador a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de homicidio simple o agravado. Tal decisión no desconoce el derecho fundamental a la vida...

El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia.<sup>443</sup>

E indudablemente la piedad debe ser un elemento a considerar para la graduación específica de la pena. Esto se basa, precisamente, en la consideración que debe hacerse de los motivos que llevaron al reo a delinquir. Y la benevolencia en la intención es un motivo noble y altruista, que efectivamente reduce el desvalor del hecho.

Puede pretenderse también, un modelo de regulación de la *muerte pía por piedad y eutanásica*, y *por piedad y consentida*.

Como ya indicamos, en el primer caso, la muerte sin dolor servirá para probar la piedad. Aunque no es imprescindible que esté presente para ello.

En el segundo caso, al argumento de disponibilidad de la vida –que funda a la muerte consentida- se le agrega la benevolencia de quien mata. Estos dos criterios pueden ser difíciles de conciliar, pues se permitiría a una persona disponer de su vida pidiéndole a otro la muerte, pero sólo si éste último está de acuerdo con la decisión de quien va a morir. El argumento de la disponibilidad de la vida se ve

---

<sup>443</sup> C 239 de 1997 II B.

limitado, pues se necesita la evaluación de la decisión y la conformidad de pensamiento de parte de aquel que hará efectiva esa disposición.

También puede hablarse de intención benévola en casos especiales: cuando una persona no puede decidir sobre sí misma –por ser menor o incapaz-, y se entiende que corresponde a otro decidir, según sus propias convicciones, lo que es mejor para aquél primero. Además de en respeto de la voluntad presunta de quien no puede expedirse.

Se parte de la base de que se pretende el bien para aquél por el cuál se decide.

Este argumento, entonces, sirve para defender la atenuación de la pena o incluso la despenalización de la muerte *por piedad y consentida* -con consentimiento presunto- realizada por o con autorización de sus padres o tutores, en individuos incapaces de decidir, que estén en una situación que haga verosímil tal decisión en su interés y con consentimiento presunto. V.g.: en individuos enfermos con enfermedades terminales o dolorosas.

Cabe señalar también, que esta idea de paternalismo no es incompatible con el argumento de autonomía de la voluntad, que expondremos a continuación. Pues este paternalismo es excepcional: sólo actúa cuando no puede atenderse a la voluntad del individuo por no poder este objetivamente decidir, y no en sí por el contenido de su decisión. Estaríamos pues, ante lo que oportunamente denominamos papel supletorio de la familia o terceros, y no ante la familia o terceros en un papel decisor.

En palabras de Farrell:

Es correcto que un padre se comporte paternalmente con sus hijos y que los ayude, aconseje y guíe mientras son menores de edad. Pero es incorrecto que una persona pretenda dar órdenes a otra –mayor de edad y sin vínculo de parentesco- como si ésta fuera su hijo. Mill rechaza este tipo de paternalismo, pero no pretende que los padres se desentiendan de sus hijos.<sup>444</sup>

### 11.3.1.3 Autonomía de la voluntad

---

<sup>444</sup> Martín Diego Farrell, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pag. 117.

Este argumento se centra en el derecho que tiene cada individuo a decidir los distintos aspectos que hacen a su vida siempre que no perjudique a otros. Entre esas cuestiones que se someten a su albedrío está el hecho mismo de seguir viviendo o no.

Dworkin señala que se puede pretender justificar la autonomía de la voluntad porque en general las personas saben qué es lo mejor para ellas mismas. Pero considera que éste no es el mejor argumento dado que muchas veces las personas entienden que algo es malo para ellas pero igualmente lo hacen por falta de voluntad y esto se les permite. Por ejemplo el fumar.

...la alternativa más plausible enfatiza la integridad en vez del bienestar del agente con capacidad de elección; de acuerdo a esta idea, el valor de la autonomía deriva de la capacidad que protege: la capacidad para expresar el carácter personal en la vida que uno lleva, esto es, valores, compromisos, convicciones e intereses... El reconocimiento de un derecho individual de autonomía hace posible la autocreación. Permite a cada uno de nosotros hacernos responsables para conformar nuestras vidas de acuerdo a nuestra propia personalidad, coherente o incoherente, pero, en cualquier caso, distintiva...<sup>445</sup>

La autonomía de la voluntad es el argumento que esgrime la defensa de la atenuación o la despenalización de la muerte consentida. El desvalor de esa muerte se reduce o desaparece por haber el sujeto que va a morir, en ejercicio su libre voluntad, consentido la muerte. Y más, si no sólo la ha consentido, sino que, específicamente, la ha solicitado. Si el bien jurídico protegido es la vida, aquí hubo una renuncia de esa protección, por su titular.

Quien mata, entonces, cumple el deseo de quien así se lo solicitó. Le ayuda a satisfacer su plan de vida –comparta su decisión o no-. Y no afecta con ello a terceros.

La autonomía de la voluntad, que se utiliza sin reparos –pese a que el consentimiento del titular del bien jurídico no está regulado en la mayoría de los textos legales, incluyendo el argentino- en las cuestiones patrimoniales y en muchos derechos inherentes a la persona; se pretende extensiva a absolutamente todos los bienes jurídicos. No encuentra razón para que se atienda a dicha

---

<sup>445</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 292.

autonomía en relación a algunas cuestiones y no a otras, cuando todas conciernen en exclusiva a su titular y a ningún otro sujeto.

En este sentido, por ejemplo, Pazos Crocitto, al hablar de bienes jurídicos:

...los objetos sólo alcanzan su calidad de bienes a través de su relación específica - *relacionalidad*- con una persona, que los valora positivamente y que con ellos se autorrealiza activamente. Dicha relación se termina cuando el sujeto *derelictiona* al objeto, lo que equivale al consentimiento prestado sin vicios.

A pesar que esto pareciera ser un concepto claro, se ha pretendido excluir algunos bienes basados en criterios puramente paternalistas –caso que acontece en nuestro Derecho- la limitación se funda en que dentro de determinado marco parece necesario proteger al individuo en su posición de bien jurídicos, en cuando base de un nivel mínimo de libertad, en contra del uso momentáneo de la libertad por parte del mismo. En dichos casos se tutela al individuo, aunque claro es resaltar, está fundamentación no parece convincente, pues al responder en concreto a la cuestión acerca de dónde está el interés del ofendido, que bien entendido cabe proteger a pesar de él.

Esta construcción responde a ideas poco liberales, aun cuando se diga que pretende ampararse a la “dignidad humana”, concepto abstracto –en la especie- que nada aporta.

El bien jurídico no puede fragmentarse, no pueden existir casos para los cuales el consentimiento sea viable, en tanto que para otros entren a tallar cuestiones paternalistas estatales que obstan a lo dicho.<sup>446</sup>

Y Farrell:

Decidir el destino de una persona adulta y con inteligencia normal, es un acto que solamente corresponde a esa misma persona. Como expresa John Stuart Mill en *Sobre la libertad*, el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. La única finalidad por la cual el poder puede con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque en opinión de los demás hacerlo sería más acertado o más justo. Y,

---

<sup>446</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, *Análisis estructural de la “Teoría del Conflicto” y el Derecho Penal*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2007, pág. 271.

como dice Wozzley, si terminar con la propia vida puede no ser dañoso, entonces terminar con la vida de otra persona puede no ser dañoso, por ejemplo en aquellas circunstancias en las actuales la terminación de la vida del otro por él mismo no sería dañoso. La solución contraria implicaría una actitud paternalista hacia esa persona (“Yo sé mejor que usted lo que le conviene”) Si bien el paternalismo puede ser aceptado sin dificultad en el caso de los niños o de los deficientes mentales, carece de toda justificación en los casos restantes...<sup>447</sup>

Y más adelante, el mismo autor:

También el principio de Rawls acerca del derecho del individuo a disfrutar de la más amplia libertad posible, en tanto sea compatible con una libertad idéntica para los demás, puede servir como fundamento a la eutanasia. Vale la pena destacar, de paso, que dos teorías antagónicas –como lo son el utilitarismo y a concepción de Rawls –conducirían en este caso particular al mismo resultado, lo cual de por sí importa un argumento adicional.<sup>448</sup>

Citamos finalmente a Sampedro, quien, pese a no ser jurista, plantea un enfoque por demás interesante:

¿Qué clase de libertad es aquella en la que la persona no puede actuar de acuerdo con sus ideas, mientras éstas no afecten a nadie más que a sí mismo? ...Si el ser humano vive racionalmente, también debe morir racionalmente... El derecho, entonces, no protege la vida sino la ética médica y las voluntades de todos aquellos interesados en que esa ley y esa norma represora se mantengan en vigor.<sup>449</sup>

El argumento es más firme cuando estamos frente a un consentimiento expreso actual. Pues aquí la voluntad del individuo de morir está clara, y desarma cualquier presupuesto en contrario. Su fuerza es menor en el consentimiento anticipado, y merma más aún en el consentimiento presunto. Porque la voluntad del individuo, en estos casos, no es tan clara.

---

<sup>447</sup> Farrell, Martín D., op. cit., pag. 109.

<sup>448</sup> Farrell, Martín D., op. cit., pág. 110.

<sup>449</sup> Sampedro, Ramón, *Cartas desde el infierno*, consultado online:  
<http://www.scribd.com/doc/7807992/Sampedro-Ramon-Cartas-Desde-El-Infierno>  
 Pág. 69.

Como ya hemos comentado, el argumento de la autonomía de la voluntad no puede conciliarse perfectamente con el de la muerte sin dolor y el de la muerte por piedad. Pues en ambos casos, del cruce de argumentos se obtiene una autonomía de la voluntad limitada. Limitada no ya en razón de la materia –vida-, sino en razón de la justificación de la disposición que se hace de ella. Pues se podría disponer de la vida, pero sólo de manera indolora, o sólo despertando piedad en un tercero.

Del mismo modo, el argumento de la autonomía de la voluntad no puede ser completamente complementado por el de finalización de sufrimiento, por el de dignidad humana, por el de calidad de vida, o por el de utilidad social. Pues todos ellos implican también un límite a dicha autonomía. En el primer caso, se podría disponer de la vida, sólo para poner fin a un sufrimiento. En el segundo, para resguardar la dignidad intrínseca del individuo. En el tercero, sólo si su vida ha perdido “calidad”. Y en el cuarto, sólo si beneficia –o al menos no perjudica-, intereses de utilidad social.

Para poder sumarse a algunos de los otros argumentos citados, la autonomía de la voluntad debería aceptar recortarse, hacer una concesión: pretendiendo imperar no en todas las situaciones, sino sólo frente a muerte sin dolor, muerte por piedad, o determinadas enfermedades.

Este criterio, sin embargo, no impide que la decisión particular del individuo pueda ser o pueda ser orientada o aconsejada por sus allegados. En palabras de Blustein:

...la autoridad decisional debería seguir siendo el paciente individual, pero también sostengo que los miembros e la familia, en virtud de su proximidad y conocimiento íntimo de aquél, están a menudo en inmejorables condiciones para apuntalar su vulnerable autonomía y asistirlo en el ejercicio de una toma de decisión independiente. En otras palabras, las familias pueden ser un recurso importante para los pacientes en tanto los ayuden a tomar mejores decisiones con respecto a su atención...<sup>450</sup>

---

<sup>450</sup> Blustein, Jeffrey, *La familia y la toma de decisiones médicas*, en, “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F. (Compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 161.

La autonomía de la voluntad, por otro lado, permite también que cada individuo acceda o no a matar –dentro del marco de la ley-, sin que el Estado deba evaluar si ese acto es bueno o no para quien mata.

#### **11.3.1.4 Límite a la intervención estatal**

Este argumento, es la contrapartida del ya mencionado fundamento de autonomía de la voluntad. Dice Stuart Mill:

¿Dónde se halla, pues, el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí sino? ¿Dónde comienza la autoridad de la sociedad? ¿Qué parte de la vida humana debe ser atribuida a la individualidad y qué parte a la sociedad? La distribución será la adecuada cuando cada una de ellas reciba lo que le interesa de un modo más articular. La individualidad debe gobernar aquella parte de la vida que interesa principalmente al individuo y la sociedad la parte que interesa principalmente a la sociedad.<sup>451</sup>

Si el individuo tiene derecho a disponer de su existencia, el Estado no puede limitarlo materialmente en relación a sobre qué ámbitos de su existencia disponer, incluida su vida; ni condicionar dicha disposición –ambas cuestiones, siempre cuando no perjudique a terceros-; ni pretender adaptar al individuo al parecer mayoritario –que puede ser identificado con la *moral social*-.

El Estado pues, debe limitarse a proteger los bienes jurídicos de las personas cuando para éstas personas –y no para otras personas, o para el Estado mismo, o para la mayoría- esa protección sea relevante. Así pues, debe reprimir el homicidio, pero no la muerte consentida.

Puede, sin lugar a dudas, asegurarse que ciertamente quien muera, lo haga por deseo propio. Pues el límite a la intervención estatal no es incompatible con presunciones estatales tendientes a establecer que en principio todo ser humano desea seguir existiendo. Pero una vez renunciado el derecho y la intención a la vida por parte de su dueño, el Estado no tiene ya papel que cumplir, pues no hay víctima en la muerte subsiguiente. El Estado –y la sociedad como tal-, no pueden sentirse atacados por el cumplimiento de un deseo de morir, manifestado libremente y efectuado por una persona.

---

<sup>451</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Folio, Barcelona, 2007, pág. 121.

En este sentido, Pazos Crocitto, al hablar de la fundamentación teórica-política del derecho penal en el liberalismo; de manera congruente con su idea antes expuesta:

...concluimos rechazando en forma definitiva y como ya venimos afirmándolo a lo largo de la exposición, la concepción organicista, especialmente de ascendencia hegeliana, que plasma como misión de las normas jurídicas la institucionalización de los valores que dan identidad a la comunidad, y que erige un Derecho configurador de costumbres, que por ende forma las conciencias individuales en torno a los valores superiores de un organismo abstracto como es el Estado...

El Derecho Penal, y en especial, la norma penal, debe conformarse como protector de bienes jurídicos, sin bucear en el fomento de especiales compromisos de los individuos para con el espíritu legal. Se divide así el Derecho de la Moral adecuadamente.<sup>452</sup>

Y el mismo autor, en otra obra:

La vida puede considerarse un imperativo categórico, un deber moral, pero dicho deber moral no puede implicar una "obligación de vivir", mucho menos, un deber jurídico al que el Estado pueda conminar.<sup>453</sup>

También, Gutiérrez:

El rol del estado, en definitiva, aparece circunscripto al de garante del derecho a la vida, y protector de la misma, ante las agresiones que puedan generarse por parte de terceros, mas no opacando el carácter personal y disponible de su titular, que sobre su bien posee pleno señorío, resultando incompatible, en esencia, que éste pueda actuar de modo directo en la cuestión.<sup>454</sup>

En relación específica a los intereses sociales, el argumento del límite a la intervención estatal implica que no son razón suficiente para limitar al individuo en la disposición de su vida.

Dice Stuart Mill:

---

<sup>452</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, op. cit, pág. 205.

<sup>453</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 8.

<sup>454</sup> Gutiérrez, Pedro Alejandro, *El homicidio piadoso*, Fabian J. Di Placido, Buenos Aires, 2006, pág. 125.

Con respecto al daño simplemente contingente... que una persona puede causar a la sociedad, sin violar ningún deber preciso hacia el público ni perjudicar específicamente a ningún otro individuo más que a sí mismo, la sociedad puede y debe soportar este inconveniente por amor a ese bien superior que es la libertad humana...<sup>455</sup>

Y, en el mismo sentido, Enrique Ferri, citado por Licea González:

... la sociedad, mientras el hombre vive y permanece en ella, y bajo su protección, tiene derecho de exigirle respeto de los derechos sociales, como aquella tiene el deber de respetar los derechos individuales, en el límite recíproco de la necesidad; pero la sociedad no tiene derecho de imponer al hombre la obligación jurídica de existir o permanecer en ella.<sup>456</sup>

Y Sampedro:

...Si cada persona es un universo –un fin en sí misma- es irracional juzgar sus actos desde conceptos éticos y morales absolutos de carácter religioso, político o profesional. Lo único que tienen que juzgar aquellos que le niegan a la persona el derecho a ser dueña y soberana absoluta de su propio cuerpo, de su vida y de su muerte, es si el acto de terminar su vida, libre y voluntariamente, atenta contra algún derecho o libertad de otra persona.<sup>457</sup>

### 11.3.1.5 Finalización del sufrimiento

Este criterio postula que debe despenalizarse o atenuarse la *muerte pía*, cuando ésta sirve para poner fin al sufrimiento de una persona. En su sentido más amplio, debería atenderse tanto al sufrimiento físico –el que padece un individuo enfermo-, como al sufrimiento espiritual.

El argumento de la finalización del sufrimiento, entonces, se enfoca en el individuo que va a morir y que está sufriendo.

---

<sup>455</sup> Stuart Mill, John, op. cit., pág. 132.

<sup>456</sup> Licea González, Benigno, *el delito de auxilio e inducción en el suicidio; homicidio con consentimiento de la víctima. Eutanasia, análisis jurídico*, consultado online: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/21.pdf>

<sup>457</sup> Sampedro, Ramón, op. cit., pág. 128.

A diferencia del argumento de la autonomía de la voluntad, no es quien va a morir quien decide qué es lo mejor para sí mismo, sino que se determina según el criterio habitual, que la finalización del sufrimiento es buena. Se establece una presunción tendiente a determinar que es deseable que el individuo deje de sufrir.

A diferencia del argumento de la muerte sin dolor, no hace referencia al hecho de la muerte en sí, sino al beneficio que implicaría para quien muere, el dejar de padecer en vida. Y diferencia del argumento de la intención benévola, aquí no se analiza cual fue el móvil de quien mata, sino el resultado objetivo de la finalización del sufrimiento en el individuo quien va a morir, y se considera esto como valioso.

El criterio de la finalización de sufrimiento, puede ser utilizado para defender la *muerte por piedad*, y la *muerte a petición* cuando el fundamento de dicha petición es precisamente el padecimiento.

En el primer caso, la finalización del sufrimiento es la que motiva siempre la piedad. El que exista un sufrimiento objetivamente cierto hace a la prueba del móvil piadoso. En este sentido, los argumentos pueden sumarse, y entender que debe atenuarse o eximirse de pena a quien mata por piedad, en atención a su intención benévola y al bien que efectivamente realiza. El problema de este argumento es que la finalización del sufrimiento conlleva la finalización de la vida. Y, como ya vimos, no parece lógico dejar que un tercero decida por quien muere. Por lo tanto –como ya señalamos-, la atenuación de la pena parece ser aceptable, pero no así la despenalización. El “bien” que se hace al matar –finalizar el sufrimiento-, no puede tener una valoración positiva tal que desvirtúe el derecho a la vida. Del mismo modo que no puede tenerla la intención benévola.

Eventualmente sí, podría aceptarse la muerte dada con un consentimiento presunto, siendo la finalización del sufrimiento un elemento para presumir la intención de muerte que quien va a morir no puede expresar ni expresó.

En el segundo caso, -muerte por piedad y a petición- la finalización del sufrimiento, debe armonizar con la autonomía de la voluntad. Se pretende así que el individuo decida sobre su vida, pero sólo podrá decidir ponerle fin, si, para balancear esa pérdida, cuenta con el elemento positivo de terminación de sufrimiento. En otras palabras: sólo podrá disponer de su vida el individuo sufriente. Esto, lejos de fortalecer la autonomía de la voluntad, la debilita. Pues el

individuo debe demostrar a la sociedad que su muerte consigue algo que ella considera bueno. Debe justificarse ante ella.

Es decir: el argumento del sufrimiento sólo puede sumarse a una autonomía de la voluntad relativa, no a una absoluta. Pues si se suma a una absoluta, la vuelve relativa.

Esta exigencia de justificación o fundamento, es más fácil de justificar cuando no existe un consentimiento expreso y se pretende conformar uno presunto. Aquí sí hay que explicitar por que se le imputa determinada voluntad al individuo. Y el deseo presunto de dejar de sufrir –muriendo-, sirve a tal fin.

En relación al sufrimiento, podemos aquí permitirnos una licencia y transcribir una vez más parte del pensamiento del repetidamente ya nombrado gallego tetraplético Ramón Sampedro. Él pedía su muerte, en función de cuanto estaba padeciendo. No reclamaba una autonomía individual absoluta, sino que aceptaba justificar su pedido:

...Se podría decir que soy el espíritu parlante de un muerto.

Si hubiese sido un animal, habría recibido un trato acorde con los sentimientos humanos más nobles. Me habrían rematado por que les habría parecido inhumano dejarme en este estado para el resto de mi vida. ¡A veces es mala suerte ser un mono degenerado!

Dicen los técnicos de la medicina y se lo confirman políticos, jueces, juristas y demás castas asociadas para formar el inhumano estado de derecho y bienestar –sería más coherente llamarle del revés y malestar- que un tetraplético es un enfermo crónico.

Si se utilizase el lenguaje con precisión, sería menos engañoso afirmar que un tetraplético es un muerto crónico.

¡No me gusta hacer el papel de muerto crónico en esta comedia del vivir para sobrevivir en función de la picaresca del lenguaje técnico!

Considero que un tetraplético es un muerto crónico que tiene su residencia en el infierno...<sup>458</sup>

Y más adelante:

Creo que uno de los graves errores del cristianismo es no sabe, o no querer, darle otro sentido a la muerte a la que nos referimos todos los que hablamos de eutanasia

---

<sup>458</sup> Sampedro, Ramón, op. cit., pág. 5.

considerada como un bien, la que tiene como único fin liberar a la vida del dolor sin sentido racional.<sup>459</sup>

Y también:

Si por defender el bien o el interés colectivo, se justifica la muerte, del mismo modo se puede justificar la muerte personal. ...Las razones filosóficas –éticas- para sacrificar la propia vida en defensa del interés personal me parecen igualmente de nobles –si no más- que las esgrimidas para defender la patria colectiva. Con la muerte personal no se atenta contra la vida humana como concepto sino contra unas dudosas creencias sobre la propiedad de ésta, y el cómo y cuando la vida puede terminarse, o en qué circunstancias la dignidad tiene más valor que la vida.<sup>460</sup>

Calsamiglia, en relación al del dolor y la posibilidad de, en esos casos, ejercer la autonomía de la voluntad:

... Para muchos enfermos terminales, el daño es continuar sufriendo. Para otros el daño es sobrevivir como un vegetal y ellos quieren decidir por sí mismos qué dignidad están dispuestos a soportar. Aquellos que exigen el respeto a la vida y tratan de imponer coactivamente el castigo a la eutanasia pueden ser acusados de crueles. No resulta tan evidente que en estos casos la muerte sea peor que la crueldad de obligar a vivir con dolor o con indignidad ¿Por qué no dejar la elección de continuar viviendo o morir en manos del destinatario?<sup>461</sup>

Por otra parte, la afectación a la dignidad humana y la pérdida de calidad de vida –argumentos que veremos seguidamente-, pueden implicar –y de hecho, raramente no implican- sufrimiento en quien la padece.

### 11.3.1.6 Dignidad humana

Este argumento se centra en el reconocimiento al derecho de dignidad que tiene todo ser humano. En razón de él, en algunos casos, el principio de conservación de

---

<sup>459</sup> Sampedro, Ramón, op. cit., pág. 11.

<sup>460</sup> Sampedro, Ramón, op. cit., pág. 95.

<sup>461</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert, *Sobre la eutanasia*, consultado online: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_17.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf)

la vida debe ceder. Implica pues, que este principio de conservación de vida no es absoluto.

Es un criterio que se usa fundamentalmente ante la *muerte pía* en individuos enfermos, cuando puede llegar a entenderse que la enfermedad les quita dignidad.

Nuevamente recurrimos a Sampedro para mostrar la visión realista y terrible – aunque poética- de un enfermo tetrapléjico:

Embadurnado de excremento, babas y locura  
Al que con asco y saña, impertinentes, siguen limpiando.  
Y pide liberarse, el cadáver, de entre los vivos locos,  
Pero éstos no entienden los silenciosos gritos de los muertos.<sup>462</sup>

Dice Pazos Crocitto entiende que *la vida no puede hallarse como un bien jurídico huero de toda conexión, precisa de una interpretación conjunta con el principio de dignidad de la persona.*<sup>463</sup>

Y señala:

El argumento de la dignidad de la persona suele utilizarse de forma bifronte, ya sea para sostener a ultranza el sostenimiento de la vida –aun contra la voluntad de su titular-, o para admitir la autodeterminación del agente. Dicho de otra forma, el argumento de la dignidad es una herramienta tan flexible, que es utilizada tanto por los detractores como por los partidarios de la eutanasia. Lo cierto es que es una figura axiológicamente abierta que se halla en permanente proceso de construcción, su progresividad epistémica, entendemos, debe coronar en el reconocimiento a la total autodeterminación, y no a la inversa. Las únicas restricciones que pueden derivarse de este principio son respeto de las injerencias –no deseadas- de los terceros hacia el agente (v.g. torturas, trato indigno, vejaciones, *et sit cetera*).<sup>464</sup>

Parecería que otras situaciones que no impliquen enfermedad, reducen al absurdo el sentido del fundamento. Por ejemplo: al menos en nuestra cultura, no se refiere a “dignidad humana” la idea de matar a alguien que está pasando vergüenza pública

---

<sup>462</sup> Sampedro, Ramón, op. cit., pág. 10.

<sup>463</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, op. cit., pág. 8.

<sup>464</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, op. cit., pág. 108.

Concuerda con la primera idea Rey Martínez al decir que *el argumento de la dignidad es muy utilizado en el debate sobre eutanasia, ... por todos los bandos en presencia.* - Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 163. - También Dworkin, op. cit., pág. 305.

por algún hecho puntual. Tampoco a quien padece una situación de excesiva pobreza.

El argumento de dignidad humana, puede ser utilizado para defender tanto la *muerte por piedad*, como la *muerte consentida*.

En el primer caso, se entiende que la muerte dada por piedad, disminuye o pierde totalmente su valor negativo, si quien mata actúa para conservar la dignidad de quien va a morir; haya éste pedido la muerte o no. Pues la muerte dada restituye la dignidad perdida. De esta forma, se postula la disminución o la eximición de pena.

La dignidad puede ser vista como un elemento necesario para que exista la piedad –O sea: sólo se dirá que hay piedad si se mata a un individuo pretendiendo proteger su dignidad-; o como un elemento que sirve simplemente para acreditar la piedad.

Como ya dijimos en reiteradas ocasiones, la despenalización de la muerte por piedad no parece ser aceptable, pues pondría en manos de un tercero la decisión de terminar con una vida ajena. Como ya indicamos también, eventualmente podría aceptarse la muerte con consentimiento presunto, actuando la dignidad humana a conservar, como un elemento para presumir la intención de muerte que quien va a morir no puede expresar ni expresó.

En el segundo caso, la idea de respeto a dignidad humana permitiría atender a la autodeterminación del individuo que admite o desea su propia muerte. O, dicho de otro modo: se permitiría la muerte de un individuo, consentida por éste, sólo si su situación se considera indigna de un ser humano.

Como ya vimos, si se pretende sumar el argumento de la dignidad humana al de la autodeterminación, este último se debilita, pues quien va a morir debe justificar necesariamente su decisión en una cuestión de dignidad, y no ya en su exclusiva voluntad.

Sin embargo, como ya vimos también, la idea de dignidad es útil para presumir con razones ciertas, cuál sería la voluntad de aquel que ya no puede expresarse, en relación a su propia vida, y aceptar así la muerte con consentimiento presunto. Pues en este caso, siendo que no hay una voluntad manifiesta, se debe justificar por qué se le adjudica presuntamente determinada voluntad a ese individuo.

Así como debe presuponerse salvo prueba en contrario que el individuo quiere seguir viviendo, debe presuponerse también de manera genérica que el individuo

quiere seguir manteniendo dignidad. Y este principio se contrapesa en alguna medida con aquel primero.

La dignidad humana sirve también, para desvirtuar el argumento que indica que quien nada está sufriendo –por ejemplo, por estar en coma-, en nada le molesta seguir viviendo. Por lo tanto corresponde mantenerle con vida por la posibilidad que salga de su estado, o por respeto a la vida misma.

Esta cuestión es explicada por Dworkin:

Si las únicas cosas por las que la gente se preocupara o quisiera evitar fueran el dolor y otras experiencias físicas desagradables, desde luego les resultaría indiferente, en caso de entrar en un coma permanente, que sus cuerpos siguieran viviendo o no. Pero también les importan muchas otras cosas. Les preocupa su dignidad e integridad y la visión que otras personas tienen de ellas, cómo se las concibe y recuerda...<sup>465</sup>

Y concuerda Pazos Crocitto al decir:

Quien, carente de consciencia y sensibilidad alguna, desarrolla una existencia puramente biológica que carece de sentido y utilidad para el propio afectado, no puede sostenerse que se lo tutela o instrumentaliza en su dignidad si se le da un fin a su transcurrir terrenal, precisamente, por el contrario, su dignidad se ve menoscabada con la decisión de automatizarla y reducirla a un puro factor biológico.<sup>466</sup>

Este es el sentido que entendemos tiene también la inscripción en la tumba de Nancy Cruzán, quien estuvo 7 años mantenida con vida por medios artificiales, hasta que sus padres ganaron la batalla legal que permitió su desconexión. En la grabación consta: “...Nació... 1957. Murió... 1983. En paz...1990.”<sup>467</sup>

La idea de dignidad, en la amplitud que ya señalamos, permite que algunos autores deriven de ella más conclusiones. Méndez Baiges, por ejemplo, señala que por derecho a morir con dignidad pueden desprenderse una o más de las siguientes cuestiones: *Derecho a rechazar toda decisión ajena que lleve a una muerte no*

<sup>465</sup> Dworkin, Ronald, *El derecho a la muerte*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada.”, F. Luna y A.L.F. Salles (Compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 287.

<sup>466</sup> Pazos Crocitto, Guillermo, op. cit., pág. 109.

<sup>467</sup> Conforme Liese, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, Pág. 72.

*deseada; derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico; derecho a rechazar cualquier tratamiento médico, aun en el caso de que ese rechazo conduzca la muerte; derecho a tener un tratamiento paliativo del dolor durante el proceso de morir; derecho a manifestar voluntades anticipadas sobre el proceso de morir con carácter vinculante para terceros; e incluso derecho a determinar el momento de la propia muerte.*<sup>468</sup>

### **11.3.1.7 Concepción de la vida como *calidad de vida***

Este criterio se basa en entender que la vida, como tal, -con los consiguientes derechos que corresponden para su protección,- no debe ser entendida desde un punto de vista estrictamente biológico -vida como *existencia*-, sino desde un punto de vista que implique una existencia susceptible de ser útil para la realización del individuo como entidad material, intelectual y espiritual. Es decir: la protección jurídica a la vida debe ser plena, cuando la vida del individuo tiene una *calidad* objetivamente aceptable. En cambio cuando no la tiene -y éste es el caso puntual de algunos individuos con enfermedades dolorosas e incurables- su protección debe ser menor.

Dice Rey Martínez:

...el postulado de la "calidad" de la vida, de carácter empirista, no opera a priori si no a posteriori de la experiencia.... La realidad descubre en la vida humana "procesos biológicos, fases diferenciales, segmentos existenciales", con "peculiaridades biológicas divergentes, susceptibles de consideración ética y jurídica diferenciada". La vida humana tendría "nivel de calidad diverso en la juventud y en la vejez, en la salud y en la enfermedad"; ello podría dar lugar a "regulaciones jurídicas diferenciadas"...

<sup>469</sup>

Y apunta Calsamiglia:

Tenemos que decidir si cuando hablamos del valor de la vida nos referimos sólo a un hecho natural biológico o bien a algo más que depende de nosotros, de nuestra voluntad, y que podemos denominar artificial. Quisiera argumentar que lo que

<sup>468</sup> Conforme Méndez Baiges, Víctor, *Sobre morir*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 54.

<sup>469</sup> Rey Martínez, Fernando, op. cit., pág. 136.

valoramos más de la vida no es que seamos seres vivos, que tengamos características naturales, sino la conducta y los objetivos que hemos alcanzado en ella...<sup>470</sup>

Este argumento sirve para defender la atenuación de pena o la despenalización de la muerte *por piedad* y de la muerte *consentida*.

En el primer caso, la calidad de vida reducida de un individuo, permite que la muerte por piedad que se le dé, vea reducido o desaparecido su injusto. La calidad de vida puede verse como un elemento necesario de la piedad -es decir: sólo habrá piedad si se actúa frente a un individuo con una pobre calidad de vida-, o bien como un elemento para probar dicha piedad.

Repetimos una vez más que la despenalización de la muerte por piedad no nos parece aceptable. Pero entendemos que, al igual que en el argumento de dignidad humana, la calidad de vida es un elemento para presumir la voluntad de quien ya no puede expedirse y no se expidió, en relación a su vida y a su muerte. Esto es: para establecer su consentimiento presunto.

En relación a la muerte consentida, como ya dijimos también, entendemos que el argumento de la calidad de vida se contrapone en parte al de la autonomía de la voluntad. Pues el atenuar la pena o despenalizar la muerte de quien mata a quien consiente, sólo si quien muere tenía calidad de vida reducida; restringe notoriamente la autodeterminación. Y exige la estrecha calidad de vida, a modo de justificación de la decisión de muerte ante el Estado o la sociedad. Justificación que es más fácilmente exigible, cuando no hay un consentimiento expreso, sino presunto.

Una postura que conjuga los argumentos de autodeterminación –autonomía de la voluntad- y de calidad de vida, adoptó, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, en la ya citada sentencia que despenalizó la muerte a petición en individuos con enfermedad incurable:

Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir

---

<sup>470</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert, op. cit.

cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo... En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior<sup>471</sup>

Resta agregar que, como ya vimos, también puede entenderse que aunque se lo niegue, la idea de calidad de vida se utiliza en la actualidad para determinar qué elementos de conservación de la vida son ordinarios y cuales extraordinarios, y en consecuencia permitir que no se utilicen o cesen los segundos.

Según Singer –en una idea que ya recogimos- cada vez que se etiqueta a un medio o tratamiento como “ordinario” o “extraordinario”, se está haciendo un juicio sobre la calidad de vida del paciente.<sup>472</sup>

### **11.3.1.8 Igualdad de oportunidades de disposición de la vida**

Este argumento resalta la desigualdad existente entre un individuo –sano o enfermo- que quiere quitarse la vida, y otro, enfermo, que quiere quitarse la vida y no puede, pues está impedido de suicidarse por su propia enfermedad. Siendo que el suicidio es un acto impune –y por lo tanto, sostiene, permitido por la ley-, entiende que corresponde al Estado, al menos en los casos donde una persona objetivamente por cuestiones físicas no puede suicidarse, permitir que otro la asista en el acto del suicidio. Este es el caso ya mencionado, por ejemplo, del español tetraplégico Ramón Sampedro.

Si el Estado no permite esa asistencia, -avanza el argumento- despenalizando la ayuda al suicidio en individuos enfermos que no pueden suicidarse, está privándolos de un derecho y maximizando los efectos negativos de su enfermedad.

<sup>471</sup> Sentencia C 239/97, punto II C 1.

<sup>472</sup> Conforme Singer, Peter. *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 80.

De esta forma, está plasmando como aceptable su minusvalía, y mostrando hacia ellos discriminación manifiesta.

Creemos correcto aquí repetir la cita ya hecha –al analizar la ayuda al suicidio- del catedrático Josep Miquel Prats, quien en este sentido, cuestiona la regulación de su país:

...la regulación actual (*española*) hace peor el derecho a unos sujetos, sujetos especialmente desvalidos, que al resto de los ciudadanos. Tal y como hemos señalado, las conductas de suicidio, por las razones que sean, entre las cuales sin duda se encuentra las de enfermedad, no son punibles, por lo tanto quienes tienen la capacidad de ejecutar por sí mismo una drástica decisión queda fuera del Derecho penal, por el contrario quien carece de capacidad física para procurarse la muerte no puede auxiliarse de un tercero ya que este comportamiento se tiene criminalizado. En definitiva, que reconocemos una facultad, o si se prefiere no criminalizamos un comportamiento, si uno mismo es capaz de ejecutarlo y por el contrario negamos dicha facultad, criminalizamos el comportamiento de quien carece de capacidad física para ejecutarlo, lo cual parece poco respetuoso con el principio de igualdad<sup>473</sup>

Posturas más extremas, incluso reclaman que el Estado debe, en función del principio de igualdad, proporcionar asistencia de ayuda al suicidio para aquellos que físicamente no puedan cometerlo por sí mismos y así lo deseen, y no quieran o no puedan encontrar a un allegado que los ayude en su finalidad. Pero este reclamo entra ya en el campo del derecho a la muerte, que analizaremos posteriormente.

El argumento de igualdad de oportunidades, por otro lado, cuestiona también que la temática de la “eutanasia” pretenda ser solucionada simplemente legalizando la ayuda al suicidio. Pues, en muchos casos, el individuo enfermo no puede siquiera suicidarse con ayuda, y ha expresado, de manera genérica o incluso específica, que esa es su voluntad.

En este sentido, transcribimos una parte de las palabras ya citadas de Alonso Álamo:

---

<sup>473</sup> De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 141 y 142.

Imaginemos el supuesto de dos enfermos que se encontraran en la misma fase terminal con el mismo pronóstico de muerte inminente, con los mismos dolores insoportables, y que hubieran igualmente solicitado de forma válida ayuda a morir, pero sólo uno de ellos estuviera en condiciones de poder administrarse por sí mismo la medicación letal. Imaginemos cómo acercamos a ambos la medicación solicitada, después de cumplir ¡por supuesto! con todas las formalidades y garantías legales. Y observemos cómo uno, el que puede, la toma, y como el otro asiste inmóvil e impotente a la burla de la que, al menos aparentemente, estaría siendo objeto.<sup>474</sup>

### **11.3.1.9 Derecho a morir sin dolor**

En un sentido similar al argumento anterior, éste se basa también en la impunidad del suicidio. Quien quiera poner por sí fin a su vida, actúa dentro de la ley. Pero a su vez la ley lo restringe a actuar según sus medios limitados, como individuo profano en la ciencia de la medicina.

Quien quiera poner fin a su vida, y no sea médico, debe hacerlo de una manera rústica y brutal, y en la mayoría de los casos por demás desagradable, o bien dolorosa o lenta: disparo con armas de fuego, cortadura de venas, etc. Salvo que el individuo sea médico, no sabrá qué pastillas tomar para morir, o en qué dosis –para alcanzar con la medida justa el efecto deseado, y a su vez evitar el vómito-, o dónde conseguirla. O no sabrá cómo inyectarse veneno por vía endovenosa, ni tampoco cuál es la cantidad correcta, ni menos aún, cómo hacerse con él.

De esta forma, la ley permite el hecho, pero restringe cruelmente en modo. Por eso este criterio postula la despenalización de la ayuda al suicidio.

En su versión más moderada, tiende a la despenalización de la ayuda al suicidio en individuos enfermos – aceptando el deber de justificar así el deseo de muerte, y como límite a la autonomía de la voluntad-.

En su versión más extrema, pide que el Estado prevea a quien quiere morir de los medios para hacerlo de manera indolora y serena.

En cualquier caso, la muerte que se busca defender, es la *eutanásica*.

### **11.3.1.10 Protección a quien no quiere morir**

---

<sup>474</sup> Alonso Álamo, Mercedes. *Sobre “Eutanasia y Derechos Fundamentales”*. *Recensión del libro de Fernando Rey Martínez*, consultado online: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r3.pdf>

La vida humana está protegida por ley, fundamentalmente, por la figura penal del homicidio. Sin embargo, en el ambiente hospitalario, en algunas ocasiones es difícil determinar si la muerte se produjo de manera natural, o fue producto de una omisión voluntaria o incluso de alguna acción intencional de un médico u otro profesional de la salud. En ciertos casos, estas personas actúan haciendo lo que creen que es mejor para su paciente, y que no pueden hacer públicamente ni indagar en público, porque la ley lo prohíbe.

En razón de este hecho –confirmado por estudios serios–, este argumento indica que corresponde que las personas puedan elegir si desean vivir o no, al menos cuando están enfermas, para asegurarse que su médico no tome por él la decisión que cree mejor pero que no concuerda con su voluntad. Es decir, pretende evitar homicidios *por piedad sin consentimiento*, en circunstancias en que verosímilmente pueden darse y serían casi indetectables.

Alega pues, por la despenalización de la muerte consentida, y puntualmente la muerte a petición en individuos enfermos. Pero no para garantizar los derechos de quienes quieren morir, sino de quienes quieren vivir.

En relación a esto, dice Singer:

Si no queremos que los médicos precipiten las muertes de sus pacientes cuando no haya petición explícita ¿por qué no nos preocupa esto tanto cuando es el resultado de una supresión del tratamiento como cuando es el resultado de una inyección? Es bastante probable que permitir la eutanasia activa voluntaria reduzca el número de pacientes a los que los médicos permitan morir suprimiendo el tratamiento sin que lo hayan pedido explícitamente. Acabar con la prohibición legal y el tabú social sobre la eutanasia activa voluntaria ha contribuido a que haya un clima mucho más abierto sobre estas cuestiones. De ahí que resulte verosímil que en Holanda los médicos tomen menos decisiones de acortar la vida sin el consentimiento de sus pacientes que en otros lugares. No sabemos si es éste el caso: todo lo que podemos decir es que no hay pruebas de lo contrario.<sup>475</sup>

Como comentamos anteriormente, quienes no critican tan duramente los resultados del *informe Remmelink* en los Países Bajos, alegan, entre otras cuestiones, que sin la ley de “eutanasia” las muertes indebidas posiblemente hubiesen sido mayores.

---

<sup>475</sup> Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 158.

### 11.3.1.11 Consideraciones de utilidad social

Este argumento implica que debe atenuarse o eximirse de pena la *muerte pía*, cuando su realización implique una ventaja para la sociedad.

Este argumento puede utilizarse tanto para la *muerte eutanásica*, como para la *muerte por piedad*, como para la *muerte consentida*. Pero entendemos que sólo puede ser atendido en relación a esta última.

En la *muerte eutanásica*, el menor desvalor de la conducta se pretende en atención a la ausencia de dolor de quien muere. Es decir: se centra en la persona que va a morir. Pretender que la atenuación o eximición corresponden por la obtención de ventajas sociales, desvirtúa la protección al individuo. Del mismo modo, en la *muerte por piedad*, el menor desvalor proviene de la intención benévola de quien mata –que puede estar fundada, por ejemplo, en la dignidad humana o en la calidad de vida que se consideran que ha perdido-. Y esa intención benévola está dirigida al individuo que muere, no a la satisfacción de un presunto fin de utilidad social. Entenderlo así, quitaría protección al individuo.

Para los dos casos anteriores, cabe recordar que la muerte eutanásica por motivos de utilidad social –y alegando también motivos de piedad- fue una práctica llevada a cabo por el régimen nacional-socialista alemán, comentada oportunamente. Puntualmente, la conducta de III Reich promovió la eutanasia eugenésica –eutanasia a quienes padecían una deficiencia que “atentara contra la pureza y el bienestar de la raza”-, así como también la muerte eutanásica de otros individuos considerados “indeseables”.

En cambio, en la muerte consentida, el criterio de utilidad social puede no resultar contrapuesto a derecho alguno. Máxime en su variante de muerte a petición. Pues la persona es la que decidió renunciar a su derecho a la vida.

Si se entiende que cada individuo puede disponer libremente de su vida, y que esto debe ser reconocido –además- porque en muchos casos la muerte puede resultar beneficiosa desde un punto de vista de utilidad; entonces los argumentos se suman. Por ejemplo: cuando muere un enfermo terminal, anticipadamente, el Estado ahorra recursos en tratamientos, que pueden ser utilizados para otros pacientes.

Sin embargo, si se entiende que el individuo puede disponer de su vida solamente si beneficia al interés social, si bien no se está vulnerando el derecho a la vida –

pues se lo renunció-, el derecho a la autodeterminación queda trunco. Pues se supedita a un criterio de utilidad.

Las ideas de utilidad social pueden ser varias y de diversa índole. Algunas, – v.g.: reducción de gastos médicos, por ejemplo, en individuos terminales-, pueden ser aceptadas, siempre que no vulneren el derecho a la vida. Es decir: siempre que se sumen a la decisión voluntaria de morir, basada en la autonomía individual.

Otras ideas, en cambio, como la muerte de un criminal, de un adicto, de un vago, o de un minusválido o deficiente hereditario –eugenesia-, son ampliamente cuestionables, y cabe debatir si el Estado puede tenerlas en cuenta, incluso de manera anexa autonomía individual. Pues parece que la sola referencia a ellas implica un acto discriminatorio injustificado e inaceptable por parte del poder público.

### **11.3.1.12 Derecho a la muerte**

Este criterio se funda en la mencionada idea de la autonomía de la voluntad. Pero va más allá de allí, y revierte la idea que el Estado debe, paternalmente, velar por la vida de sus ciudadanos; para declarar que el Estado debe procurar la satisfacción de sus ciudadanos, en razón de la mencionada autonomía, en la medida de sus posibilidades económicas, y cualquiera sea su deseo.

En este sentido, así como el Estado debe brindar educación, seguridad y servicios básicos a la población, procurando asimismo brindarles el mayor bienestar posible –v.g.: salud- ; debe también asistir en su deseo de muerte a quien así lo solicite.

Esta postura, deja ya de ser totalmente liberal, pues considera que el individuo tiene libertad para elegir vivir o no, pero que el Estado, no sólo no debe intervenir en esto, sino que debe asistirlo.

Puede fundarse en el derecho del individuo a morir sin dolor.

Dice Peter Singer:

...el aspecto más importante de tener derecho a la vida es que nos brinda el derecho a la vida sólo cuando queremos seguir viviendo. Nadie puede temer que le maten si lo pide de forma persistente, informada y autónoma. Al contrario, los hechos demuestran que muchas personas que se acercan al final de sus vidas

temen mucho más el sufrimiento que la propia muerte. De ahí el argumento que tan firmemente defiende el reconocimiento y la protección del derecho de toda persona a la vida también defiende el derecho a asistencia médica para morir cuando una persona lo pide de forma persistente, informada y autónoma.<sup>476</sup>

En su versión más moderada, el criterio exige sólo la asistencia del Estado en caso de individuos enfermos, más moderado aún, en el de individuos que padezcan enfermedades que le priven de la posibilidad del suicidio.

Al derecho a la muerte, pero dejando de lado la intervención del Estado, nos hemos referido, implícitamente, al hacer referencia a la autonomía de la voluntad. Es decir: el derecho de una persona a matarse o a solicitar a otro individuo que le mate. Al derecho a la muerte como un derecho a disponer de la vida.

### ***11.3.2 – Argumentos en contra de la legalización o la atenuación de la muerte pía***

#### ***11.3.2.1 – Presunción del deseo de vivir***

Este argumento destaca que debe entenderse que toda persona desea seguir viviendo. Por lo tanto se debe penar cualquier ataque a la vida.

Sin embargo, este criterio no implica en sí, la posibilidad de evaluar distintos situaciones dispares, y atenuar algunas penas en caso de *muerte pía*.

La presunción puede entenderse admitiendo prueba en contrario. Es decir: presunción *iuris tantum*. En este caso, si bien el argumento de presunción de deseo de vivir sirve para rechazar la muerte *eutanásica* y la muerte *por piedad*; debe ceder ante la muerte consentida, sobre todo cuando hay petición. Al menos, debe ceder ante la petición de muerte formulada de manera expresa. Y, según la fuerza que se le otorgue a esa presunción *iuris tantum*, puede ceder también frente a un pedido anticipado, o incluso a un consentimiento presunto que esté correctamente fundado.

La presunción puede entenderse también *iure et de iure*. Es decir: sin admitir prueba en contrario. Aquí, siquiera el deseo expreso de la persona tendiente a su

---

<sup>476</sup> Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 214.

propia muerte puede desvirtuar la idea establecida de que la persona desea vivir. Esto sólo puede sostenerse, entendiéndose que quien pretende su propia muerte, en verdad no está en pleno uso de sus facultades mentales. Pues ningún individuo sano querría eso para sí.

Más allá de ese fundamento, la presunción *iure et de iure* sólo podría subsistir basada en otras ideas, tales como la santidad de la vida, o la idea de que el consentimiento de la persona no es totalmente libre. En el primer caso, se entiende que el deseo de la persona es morir, pero no se lo atiende. En el segundo, se duda de que la manifestación tendiente a la muerte sea la expresión de su voluntad íntima elaborada sin ningún tipo de presión externa.

### **11.3.2.2 Santidad de la vida**

Este argumento, entiende que la vida tiene un valor sagrado, indiscutible y absoluto, y que por lo tanto no corresponde que nadie sea privado de ella.

La idea de la vida como elemento *sacro* hace que se ponga fuera de la disponibilidad del hombre. Vinculado a ello la idea de *indiscutible*, lleva a que el hombre no pueda alegar contra la vida. Y, siempre en el mismo sentido, la idea de *absoluto* implica que no puede oponerse ningún elemento válidamente contra la vida: ni la dignidad humana, ni la ausencia de sufrimiento, ni la calidad de vida, ni el libre albedrío humano.

En palabras de Singer:

Expuesto de forma simple, esta doctrina sostiene que nunca es correcto poner fin intencionadamente a una vida humana inocente. Cuando se ha expuesto más detalladamente, con el fin de subrayar su aplicación en el contexto de la medicina, se ha expresado de este modo: “Está absolutamente prohibido matar intencionadamente a un paciente, o dejar que un paciente muera intencionadamente, y basar las decisiones relacionadas con la prolongación o acortamiento de la vida humana en consideraciones sobre su calidad o clase”.

Para quienes suscriben la doctrina de la santidad de la vida humana, es una prohibición absoluta. No es un principio que se pueda sopesar frente a consideraciones opuestas. Cuando quienes defienden la santidad de la vida humana

dicen que nunca está bien poner fin intencionadamente a una vida humana, quieren decir nunca.<sup>477</sup>

#### Concuerda Rey Martínez:

...La idea de la “santidad” o “intangibilidad” de la vida se funda en la convicción, de naturaleza idealista, de que la vida humana “no consiste ni se agota en sus manifestaciones biológicas”; que “desde su iniciación hasta la muerte la vida posee un sentido único y es constitutivamente intangible”; que la vida humana es un bien jurídico absoluto...<sup>478</sup>

#### Aporta Casamiglia:

...Muchas veces esta creencia se funda en ideas religiosas y quienes están en contra de la eutanasia no creen que sea posible negociar con creencias fundamentales. Desde esta posición, no sólo creen que la eutanasia es incorrecta desde el punto de vista religioso y moral, sino que también creen que debe castigarse jurídicamente. El paradigma contra la eutanasia afirma que la vida es sagrada y que la vida viene de Dios y los hombres no tienen competencia para interferir en este asunto.<sup>479</sup>

#### Y Núñez Paz:

En nuestra cultura, la implantación religiosa del carácter sagrado de la vida humana tiene su origen en el Pueblo de Israel basado en la doctrina de la creación del hombre por Dios y, por consiguiente, una ética de raíz teológica (judía, cristiana, musulmana) que evoca el origen trascendente de la vida en cuanto que ésta ha sido dada por Dios al hombre –quien no es su verdadero titular – son tan sólo depositario. Se excluye toda consideración sobre la calidad de vida, que tiene carácter absoluto y escapa a los designios humanos porque pertenece a la divinidad...<sup>480</sup>

---

<sup>477</sup> Singer, Peter. *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, 1997, pág. 82

<sup>478</sup> Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 136.

<sup>479</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert, *Sobre la eutanasia*, consultado online:

[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_17.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf)

<sup>480</sup> Núñez Paz, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 174.

En un sentido similar Dworkin al decir: “...la apelación a la santidad de la vida utiliza la imagen de la propiedad: la vida de una persona no le pertenece sino que constituye una propiedad de Dios...” - Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 280.

En la concepción de la vida como elemento sagrado o santo, ésta se entiende fundamentalmente con un criterio biológico. Mientras haya existencia, habrá vida. Generalmente, tiene un fundamento que tiende a lo dogmático, ya sea en cuanto a fe, a concepción moral o a costumbre. A los argumentos puntuales de algunos credos, -en especial a la doctrina de la Santa Iglesia<sup>481</sup>- haremos referencia posteriormente. Como ejemplo de doctrina: *La vida del hombre proviene de Dios, es su don, su imagen e impronta, participación de su sopro vital. Por tanto, Dios es el único señor de esta vida: el hombre no puede disponer de ella.*<sup>482</sup>

En su versión laica aunque cernida a la idea de moral, la santidad de la vida puede basarse simplemente en escritos –claros o interpretados de alguna forma peculiar-, de autores de renombre en cuestiones morales. V.g., Aristóteles, o Kant.

En su versión laica de índole jurídica, la santidad de la vida se funda en que la vida es el presupuesto básico para el ejercicio de los demás derechos. Por lo tanto, quien no tiene vida, no puede gozar de las demás garantías estatales, incluida la libertad.

La vida no puede renunciarse, porque su renuncia implica renunciar a la libertad. Y si se valora la libertad, por esa valoración, no puede permitirse su destrucción. Siquiera alegando el ejercicio de la libertad.

El argumento es explicado por luna:

...No es posible justificar la muerte de una persona sobre la base de que es su elección, mientras se suprime, a la vez, a la persona misma, la cual constituye la condición de posibilidad de cualquier elección....<sup>483</sup>

Dice Rivera:

...Ninguna persona tiene la potestad de extinguir su propia vida. Ésta es el bien supremo. Y el derecho a la vida es el primero entre los demás derechos, no sólo por

<sup>481</sup> Aunque, como expresamos en su momento y volveremos a hacerlo oportunamente, la Iglesia rechaza –además de la *eutanasia*- la *distanasia* y se inclina siempre hacia la *ortotanasia*.

<sup>482</sup> Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, núm. 39.

<sup>483</sup> Luna, Florencia, *Problemas al final de la vida: el suicidio asistido*, en “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Luna, Florencia y Salles Arleen L. F. (Compiladoras) , Fondo cultural Económico, Buenos Aires, 2008, pág. 202.

la magnitud del valor que protege, sino porque para ser titular de éstos es condición indispensable tener vida.<sup>484</sup>

Dice Sambrizzi, en contra de la muerte a petición:

...Los partidarios de la eutanasia fundamentan ese pretendido derecho a morir que esgrimen, en la autonomía y en la libertad de las personas, lo que es erróneo, pues tal como se ha dicho, si ello fuera así, una mínima coherencia exigiría reconocer como un derecho general, el derecho a la muerte de todos los seres humanos – incluidas las personas sanas y los jóvenes- más allá de los enfermo terminales o con graves padecimientos. Y tal derecho podría ejercerse no sólo por la propia mano del suicida sino, también, en modo absolutamente lícito, por mano ajena, bastando el simple consentimiento del sujeto para que cualquier persona, médico o no, pudiera matar impunemente y sin límites a sus congéneres, enfermos o sanos, viejos o jóvenes...<sup>485</sup>

Y, el mismo autor, contra la muerte por piedad:

...La eutanasia no puede ser considerada como una actitud piadosa, sino exactamente lo contrario, puesto que al ser practicada se va contra las reglas de la naturaleza y por tanto, contra la ley natural. La misma constituye, en realidad, una hipocresía y una falsa conmiseración, al buscar el camino más cómodo, fácil y egoísta para resolver los problemas del enfermo, puesto que en lugar de sacrificarse con éste y arle los cuidados necesarios, dedicándole tiempo, afecto y contención, se lo elimina, muchas veces por comodidad o para evitar el sufrimiento propio. La verdadera piedad y compasión no es la que quita la vida, sino la que la cuida hasta que sobreviene su final natural...<sup>486</sup>

La santidad de la vida se opone a cualquier tipo de *muerte pía*: eutanásica, por piedad, o consentida.

Posiciones más moderadas sobre la vida, podrían llegar a admitir que en casos extremos se pueda disponer de ella. De esta forma, dejaría abierta la puerta para *muerte pía* en individuos con enfermedades dolorosas.

---

<sup>484</sup> Rivera, Julio César. *Instituciones del Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 40.

<sup>485</sup> Sambrizzi, Eduardo A. *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 3.

<sup>486</sup> *Ibidem*.

### 11.3.2.3 – Igualdad en la valoración de la vida

Este argumento, entiende que la vida de cualquier ser humano, en cualquier situación que éste se encuentre, es igualmente valiosa y merece ser protegida en igual medida.

Se opone fundamentalmente a la atenuación o la despenalización de la muerte por piedad. Pues, en estos casos, la vida del individuo que por alguna circunstancia suscita piedad, se protege en menor medida que la vida del resto de los individuos.

También se opone a que la ley haga distinciones sobre individuos sanos o enfermos – y en este último caso, en relación a sus enfermedades-, pues todos los individuos tienen los mismos derechos. En este sentido, veremos luego, cómo la Iglesia Católica, por ejemplo, critica las tendencias modernas que tienden al hedonismo y a la valorización sólo de lo que es útil:

...Cuando prevalece la tendencia a apreciar la vida sólo en la medida en que da placer y bienestar, el sufrimiento aparece como una amenaza insoportable, de la que es preciso librarse a toda costa. La muerte, considerada « absurda » cuando interrumpe por sorpresa una vida todavía abierta a un futuro rico de posibles experiencias interesantes, se convierte por el contrario en una « liberación reivindicada » cuando se considera que la existencia carece ya de sentido por estar sumergida en el dolor e inexorablemente condenada a un sufrimiento posterior más agudo.<sup>487</sup>

Siguiendo este argumento –y otros- se demandó en Colombia, ante el Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del artículo del código penal que daba una pena reducida a quien matara por piedad a un individuo enfermo; como ya vimos.

Sin embargo, por sí mismo, no se opone a la atenuación de pena ni a la despenalización de la muerte consentida o eutanásica, siempre que no se hagan distinciones en razón de los caracteres del individuo que muere.

Basado en el argumento de la igualdad del valor de la vida, unido al de la santidad del valor de la vida, dice Sambrizzi que resulta inadmisibles negar la inviolabilidad

---

<sup>487</sup> Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, núm. 64.

de la vida distinguiendo entre vidas dignas e indignas, y negar así el derecho inalienable de la vida a discapacitados, enfermos, improductivos o inútiles.

Se opone firmemente a lo que dice se ha denominado *la ética de la calidad de vida*.<sup>488</sup>

#### **11.3.2.4 – Límite a la autodeterminación**

Este argumento entiende que los individuos tienen el derecho de dirigir sus actos y su conducta, pero que este derecho tiene límites. Por un lado –y en esto el consenso es amplio-: no deben perjudicar ilegítimamente a otros. Pero además –entiende esta postura-, aunque no perjudiquen ilegítimamente a terceros, tampoco pueden actuar de forma tal de agredir valores supremos de la sociedad, tales como el respeto a la vida humana –incluida la propia.- En este aspecto puntual –vida-, este criterio puede basarse en el ya mencionado de santidad de la vida. Puede también, basarse –de manera no excluyente- en la idea de daño a terceros, o daño a quien mata.

De esta forma, se opone fundamentalmente a la despenalización de la muerte a consentida. Pues el individuo no tiene derecho a consentir –admitir ni pedir- su muerte, y quien le mata –aunque sea para cumplir su voluntad-, comete un crimen que debe ser castigado.

En principio, por sí sólo, este principio no se opone a la atenuación de la pena. Pues puede reconocerse que el reproche a quien mata con anuencia es menor que a quien mata sin consentimiento de quien va a morir. Pero siempre dejando claro que la vida no es disponible siquiera por su titular, y que matar a quien lo solicita no es correcto ni está justificado.

#### **11.3.2.5 – Deber del Estado de evitar conductas inapropiadas**

Es la contrapartida del criterio antes señalado. Implica que el Estado debe velar por que los individuos no actúen de forma incorrecta, independientemente de sus móviles.

Lo correcto de la actuación no está dictado por el respeto a la libre autodeterminación, sino por el respeto a sus mencionados límites: la salvaguarda de los principios que se consideran fundamentales e indiscutibles en una sociedad.

---

<sup>488</sup> Sambrizzi, Eduardo A., op. cit., pág. 3.

El Estado pues, debe marcar y hacer respetar las pautas sociales y morales que tradicionalmente, dogmáticamente o mayoritariamente se consideran necesarias y buenas.

Este argumento se opone entonces, a la despenalización de cualquier tipo de *muerte pía*. Y fundamentalmente refiere a la muerte por piedad –el Estado no puede permitir que el individuo mate, aunque sus intenciones sean buenas-, y a la muerte consentida –el Estado no puede permitir que un individuo mate y que otro muera, aunque sea voluntad de este último-.

Al igual que el argumento del límite a la autodeterminación, éste en principio no se opone a la atenuación de penas. Siempre que quede firmemente establecido que la conducta realizada –*muerte pía*- es incorrecta y que el Estado es el garante del respeto a esa disposición.

Como ejemplo de la doctrina de la Santa Iglesia, que luego detallaremos, podemos citar, como réplica a la autonomía de la voluntad y el límite a en la intervención estatal:

La raíz común de todas estas tendencias es el *relativismo ético* que caracteriza muchos aspectos de la cultura contemporánea. No falta quien considera este relativismo como una condición de la democracia, ya que sólo él garantizaría la tolerancia, el respeto recíproco entre las personas y la adhesión a las decisiones de la mayoría, mientras que las normas morales, consideradas objetivas y vinculantes, llevarían al autoritarismo y a la intolerancia.

El valor de la democracia se mantiene o cae con los valores que encarna y promueve: fundamentales e imprescindibles son ciertamente la dignidad de cada persona humana, el respeto de sus derechos inviolables e inalienables, así como considerar el « bien común » como fin y criterio regulador de la vida política.

En la base de estos valores no pueden estar provisionales y volubles « mayorías » de opinión, sino sólo el reconocimiento de una ley moral objetiva que, en cuanto « ley natural » inscrita en el corazón del hombre, es punto de referencia normativa de la misma ley civil. Si, por una trágica ofuscación de la conciencia colectiva, el escepticismo llegara a poner en duda hasta los principios fundamentales de la ley moral, el mismo ordenamiento democrático se tambalearía en sus fundamentos, reduciéndose a un puro mecanismo de regulación empírica de intereses diversos y contrapuestos<sup>489</sup>

---

<sup>489</sup> Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, núm 70.

### 11.3.2.6 - Apertura a abusos

Este argumento destaca que, la atenuación o la despenalización de algunos tipos de *muerte pía*, pueden llevar –o llevarán- a cometer distintos abusos en perjuicio de la ley y de los individuos.

De la atenuación de las penas puede pasarse a la sencilla despenalización, atacando así los motivos fundamentales por los que se pena la muerte dada a un tercero.

De la *muerte eutanásica* puede pasarse a casos de muerte no especialmente dolorosa.

De la *muerte por piedad* puede pasarse a casos de piedad presunta o piedad dudosa.

De la muerte *a petición*, a la muerte *meramente consentida*.

De la *muerte con consentimiento expreso actual* puede pasarse a muerte con consentimiento *actual* o *anticipado*. Y de allí a muerte con consentimiento *presunto*. A su vez, de la muerte con un consentimiento presunto bien fundado, puede pasarse a un consentimiento presunto presupuesto salvo prueba en contrario.

De la muerte con consentimiento libre y voluntario puede pasarse a admitir consentimientos impulsados abierta e intencionalmente por presiones familiares u otras consideraciones externas.

De la muerte en individuos enfermos con enfermedad terminal puede pasarse a otros con enfermedad incurable pero no terminal.

De la muerte en individuos con enfermedades claramente dolorosas puede pasarse a la muerte de otros con enfermedades menores.

De la muerte en individuos con enfermedades incurables puede pasarse a la muerte de individuos con enfermedades de curación lenta.

De la muerte en individuos enfermos –en general- puede pasarse a la muerte de individuos sanos.

De la muerte provocada por omisión o sustracción de elementos vitales –muerte pasiva-, puede pasarse a la muerte activa.

De la muerte realizada por un profesional médico, puede pasarse a simple muerte en un hospital, o causada por quien tiene algún conocimiento en medicina.

Dice Singer:

La objeción más firme a la legislación sobre la eutanasia voluntaria o el suicidio asistido por un médico es que una vez que empecemos a permitir que unas personas maten a otras, nos encontraremos deslizándonos por una resbaladiza pendiente que conduce a un tipo de muertes que nadie quiere. Quizás empecemos estableciendo estrictos controles concebidos para asegurar que solamente se practiquen la eutanasia después que un paciente en un estado insoportable la haya pedido repetidamente, pero así, dice el argumento, pasaremos a la eutanasia para personas que no pueden pedirla o para personas que no estén sufriendo de forma insoportable, sino que el que sigan viviendo supone una carga para sus familias. Entonces, quizás, pasemos a la eutanasia para aquellos que no la han pedido, pero cuyo tratamiento consume recursos sanitarios que podrían ser más eficaces si se emplearan en otros campos. Al final, dicen algunos de los que se oponen a su legalización, acabaremos teniendo un Estado que, como la Alemania nazi, mate a todos aquellos que considere que no merecen vivir.<sup>490</sup>

En el mismo sentido, Arce Acuña:

...primero será el testamento en vida, luego se sustituirá la voluntad del paciente por la de los familiares y, posteriormente, serán los médicos quienes decidirán si la persona vive o no...<sup>491</sup>

También Sambrizzi:

...Cuando se abre una puerta a este tipo de situaciones, resulta imposible mantener esa puerta *un poco abierta* y sólo para algunos supuestos especiales. Se ha dicho al respecto que una vez dado el paso fundamental, los demás vienen como consecuencia, y lo que pretendió ser una reivindicación más de la autonomía humana termina convirtiéndose, lisa y llanamente, en la legitimación descarnada del asesinato de los más débiles...<sup>492</sup>

Y Méndez Baigues:

...se cree que la proclamación de un derecho a morir podría llevar a considerar la provocación de la muerte de personas que no quieren morir pero cuya vida se

---

<sup>490</sup> Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Buenos Aires, pág. 152.

<sup>491</sup> Arce Acuña, Angie Andrea, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*, consultado online: [www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

<sup>492</sup> Sambrizzi, Eduardo A., op. cit., pág. 3.

considerase por alguna razón que no merece la pena de ser vivida. Los grupos más vulnerables de la sociedad, los enfermos, los viejos, los solitarios, los pobres, los discapacitados, serán los que correrían un mayor peligro tras la excepción al principio de no matar que el derecho a morir habría sentado.<sup>493</sup>

La posibilidad de apertura a abusos es el argumento utilizó la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo “Pretty”, al determinar que no corresponde permitir la ayuda al suicidio de aquellas personas que no pueden suicidarse, pues la distinción entre quien puede suicidarse y quien no, es muy fina, y puede pasarse de un lado al otro fácilmente, atacando así el derecho a la vida.<sup>494</sup>

Todos estos pasajes señalados pueden darse por vía legal, o bien por vía de práctica jurisprudencial permisiva.

Este argumento, en sí, no se opone a la *muerte pía* por lo que ésta implica o representa, sino por lo que puede implicar o representar a futuro en caso de aceptarse.

Puede también esgrimirse en sentido moderado: poniendo un límite inflanqueable que no se pueda atravesar, más allá que existen situaciones en las que quizás fuese bueno que se cruzase dicha barrera.

En esta línea de pensamiento, por ejemplo, Silvestroni, se opone a la aceptación del consentimiento presunto:

Considero peligroso asimilar el consentimiento presunto al consentimiento real. Por esencia, el libre ejercicio de un derecho se encuentra sujeto a la suprema voluntad del individuo. Considerar que esa voluntad puede presumirse implica objetivarla, socializarla, racionalizarla y éste puede ser el primer paso para su supresión: si existen criterios objetivos que por su racionalidad permiten presumir la voluntad humana, entonces alguien podría preguntarse por qué no hacerlos prevalecer en los casos en los que el consentimiento real es contrario a tan sabios criterios objetivos...<sup>495</sup>

---

<sup>493</sup> Méndez Baiges, Víctor, *Sobre morir*, Trotta, Madrid, 2002, pág. 87.

<sup>494</sup> Conforme Donna, Edgardo A. *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 80.

<sup>495</sup> Silvestroni, Mariano H., *Eutanasia y muerte piadosa*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, número 9, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 572.

### 11.3.2.7 Imposibilidad de un consentimiento objetivo

Este argumento enfatiza la imposibilidad de que exista un consentimiento libre de presiones externas, que lleve a pedir la propia muerte. O al menos, la falta de certeza que el consentimiento para tal efecto ha sido dado con absoluta libertad y como verdadera expresión de voluntad íntima.

Dice Sambrizzi, con total claridad:

...La aceptación social y legal de la eutanasia generaría en los hechos una presión moral sobre los ancianos y discapacitados, y sobre todos aquellos que por una u otra razón pudieran sentirse una carga para su familia o para la sociedad...<sup>496</sup>

Este criterio se opone pues, a la *muerte consentida*. Fundamentalmente a la muerte consentida en individuos enfermos.

Aquí, no se teme que el medio externo presione al individuo para que pida su muerte, sino que el individuo mismo evalúe que para el medio externo –y no para él- es mejor morir. Por lo tanto –concluye-, no se debe aceptar el pedido propio de muerte. Porque éste no se correspondería –o no hay certeza de que se corresponda- con un deseo relativo al bienestar de su propio ser.

En principio, no se opone a la atenuación de la muerte consentida, al no obstar que el reproche a quien mata en esta condición, es menor a aquél que corresponde a quien mata sin aquiescencia de quien muere.

### 11.3.2.8 Daño a terceros

Este criterio postula que toda muerte –aunque sea *pía* en relación a quien se mata, ya sea por el modo, o por el motivo-, afecta a terceros. –v.g.: familia, amigos...-, produciéndole un daño sentimental o incluso patrimonial. Por lo tanto, no debe permitirse.

En relación puntual a la muerte *por piedad*, entiende que si bien la muerte puede resultarle beneficiosa a quien la recibe –más allá que un tercero evalúa esto-, dicha muerte posiblemente perjudique a las personas que rodean al difunto. Quien

---

<sup>496</sup> Sambrizzi, Eduardo A., op. cit., pág. 3..

pretende ser piadoso, no puede circunscribir su piedad a quien muere, sino que debe evaluar a todo su grupo cercano.

En referencia a la *muerte consentida*, considera que si bien quien mata está atendiendo al permiso de quien muere, tanto uno como otro están desconociendo los pareceres y los intereses del grupo de allegados de este último. Quien muere no puede desentenderse de sus deberes para con su grupo cercano. En este sentido, es un límite a la autodeterminación.

En palabras de Salles, al exponer esta cuestión:

...este paradigma (*el de la autonomía de la voluntad*) está siendo seriamente cuestionado. Éste, se argumenta, da “poder y fomenta los derechos del individuo, pero sigue siendo una perspectiva que se centra sólo en el paciente y parte de supuestos acrílicos sobre la relación entre el rol del paciente y otros roles en la vida de una persona.” Sus críticos censuran el concepto de autonomía en el cual se basa el paradigma, puesto que se deriva de una noción de persona concebida como socialmente aislada y desencarnada. El énfasis en el paciente y su autodeterminación, argumentan, es plausible únicamente si se supone que las decisiones terapéuticas lo afectarán únicamente a él. Pero esto no es así, puesto que la familia y sus intereses son esenciales...<sup>497</sup>

Y comenta Levene:

Se argumenta asimismo que el individuo no puede por sí y ante sí disponer de su vida, porque además del interés de este individuo, hay un derecho de su familia sobre la vida del sujeto, derecho de la familia que éste no debe olvidar por todas las consecuencias de orden moral y material que puede causar su actitud.<sup>498</sup>

En consecuencia: no debe permitirse la muerte, ni por piedad ni consentida.

Podría entenderse como excepción, el caso puntual de aquel individuo que va a morir y que no tiene allegados en el mundo –v.g.: un ermitaño-. O bien, aquél caso en el cual la muerte por piedad se decide de común acuerdo entre todos los cercanos a quien va a morir –una suerte de “conspiración piadosa”- ; o bien cuando el pedido de muerte propia está respaldado por todos los allegados directos a quien

---

<sup>497</sup> Luna, Florencia y Salles, A.L.F., *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, pág. 124.

<sup>498</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 116.

lo solicita –una especie de consentimiento aprobado-. Esto último implicaría lo que oportunamente denominamos papel complementador de parte de la familia en la toma de la decisión.

En principio, tampoco se opone a la atenuación de la *muerte pía*, sino sólo a su despenalización.

### **11.3.2.9 Daño a quien mata**

Este argumento considera que quien produce una *muerte pía*, se está causando un mal a sí mismo, pues está cometiendo asesinato. Su persona y su moral quedarían afectadas por ese acto, aunque la muerte haya sido sin dolor, o por piedad, o consentida. Si la ley le permitiera matar, le estaría permitiendo ser un homicida; y aunque sería un homicida legal, esto no es aceptable.

Se vincula claramente con el criterio de deber del Estado de evitar conductas inapropiadas, aunque no dañen a otros.

También puede entenderse, que quien mató una vez por *muerte pía*, puede luego hacer extensiva su conducta y cometer muertes *no pías*, o bien *muertes pías* pero fuera de los casos que la ley específicamente permite, o bajo las condiciones que la ley manda. No es necesario imaginar como ejemplo el caso extremo de un sujeto piadoso que se vuelve un homicida serial, sino que basta en pensar en un médico que excede los límites de la ley en su aplicación de *muerte pía*, aunque la ley en sí no se haya modificado en su letra o en su aplicación en los tribunales.

En este sentido, el permitir la *muerte pía* estaría afectando a quien mata, no por permitirle matar dentro de la ley, sino tentándolo a ser un delincuente.

Este criterio, tampoco se opone a la atenuación de la *muerte pía*.

### **11.3.2.11 Abuso del derecho**

Quienes sostienen este criterio, entienden que el Estado garantiza el derecho a la vida, y al desenvolvimiento racional del ser humano en función de ella. Sin embargo, no ampara ni puede amparar que la persona intencionalmente trate de destruir esa vida, porque esto implicaría un *abuso del derecho*.

Explicado desde la óptica del abuso del derecho en la República Argentina<sup>499</sup>: en la *muerte pía* habría abuso de derecho porque el derecho a la vida y a la libertad individual no fueron instaurados por el legislador con miras a permitir que las personas pongan fin arbitrariamente a sus vidas; y porque el hacerlo es contrario a la moral y a las buenas costumbres.

Este argumento se opone a la muerte consentida. Fundamentalmente, a la del individuo sano.

### **11.3.2.12 Posibilidad de error en el diagnóstico de enfermedades**

Este criterio destaca que, si se pretende que las personas con una enfermedad incurable dolorosa y/o terminal puedan solicitar poner fin a sus vidas –muerte consentida en individuos enfermos-, la comprobación del requisito de la enfermedad podría no ser indubitable. Y por lo tanto, se correría el riesgo de permitir la muerte o dar muerte a individuos curables.

El error en el diagnóstico puede ser un error en el sentido estricto: una equivocación de los médicos. O bien: una falta de previsión –salvable o no- de los avances tecnológicos que podrían curar las enfermedades que actualmente son incurables.

Dice Jiménez de Asúa:

La incurabilidad es uno de los conceptos más dudosos. De una parte, enfermedades que un tiempo fueron incurables, se han vencido hoy, y no podemos afirmar que las que reputamos como tales en el presente no podrán ser un día dominadas. Además, ocurre con frecuencia que el médico, ante un enfermo positivamente incurable, aquejado de cáncer en un período avanzado, practica una intervención quirúrgica a sabiendas de que no le salva, pero sí de que le prolonga la vida varios meses y aun años...<sup>500</sup>

---

<sup>499</sup> Art. 1071 segundo párrafo del Código Civil Argentino: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

<sup>500</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 415.

En conclusión: este argumento se opone a la despenalización de la *muerte pía* en individuos enfermos incurables –puntualmente, a la muerte consentida-, por miedo a que en verdad sean actual o potencialmente curables. Salvo que se defienda una versión extrema de este criterio, éste no se opone a atenuar la pena para quien mata a un individuo con una enfermedad que, aparentemente, es terminal.

### 11.3.2.13 Consideraciones de utilidad social

Este argumento entiende que no debe permitirse la *muerte pía*, pues su realización puede afectar –o afecta- a la sociedad.

Puede afectarla si ésta se ve privada de individuos especialmente valiosos – profesionales, o personas con cualidades especiales-. Y ciertamente la afecta cuando la priva de individuos que jugaban un papel relevante, en lo económico o en lo afectivo, para otras personas, lo que se da en la mayor parte de los casos. En esta última hipótesis, el ya mencionado daño a terceros, se percibe como un daño a todo el conjunto social.

Así, se ha hablado en un sentido abstracto, de *intereses sociales de otro orden*.<sup>501</sup> O de *interés ético-religioso*.<sup>502</sup>

Y, en un orden de ideas más concreto, por ejemplo, de razones de *comunidad y orden*.<sup>503</sup> De un *interés demográfico*.<sup>504</sup> De creaciones de *tabúes sociales sobre muertes de terceros no justificadas por legítima defensa*.<sup>505</sup>

También, la permisión de algunas variantes de *muerte pía*, puede erosionar el compromiso de la sociedad para brindar un cuidado médico óptimo a personas enfermas.<sup>506</sup>

<sup>501</sup> Conforme Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 6 y 311.

<sup>502</sup> Maggiore, citado por Levene, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 123.

<sup>503</sup> Conforme, Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 270.

<sup>504</sup> Conforme Vannini, citado por Levene, Ricardo (h), op. cit., pág. 123.

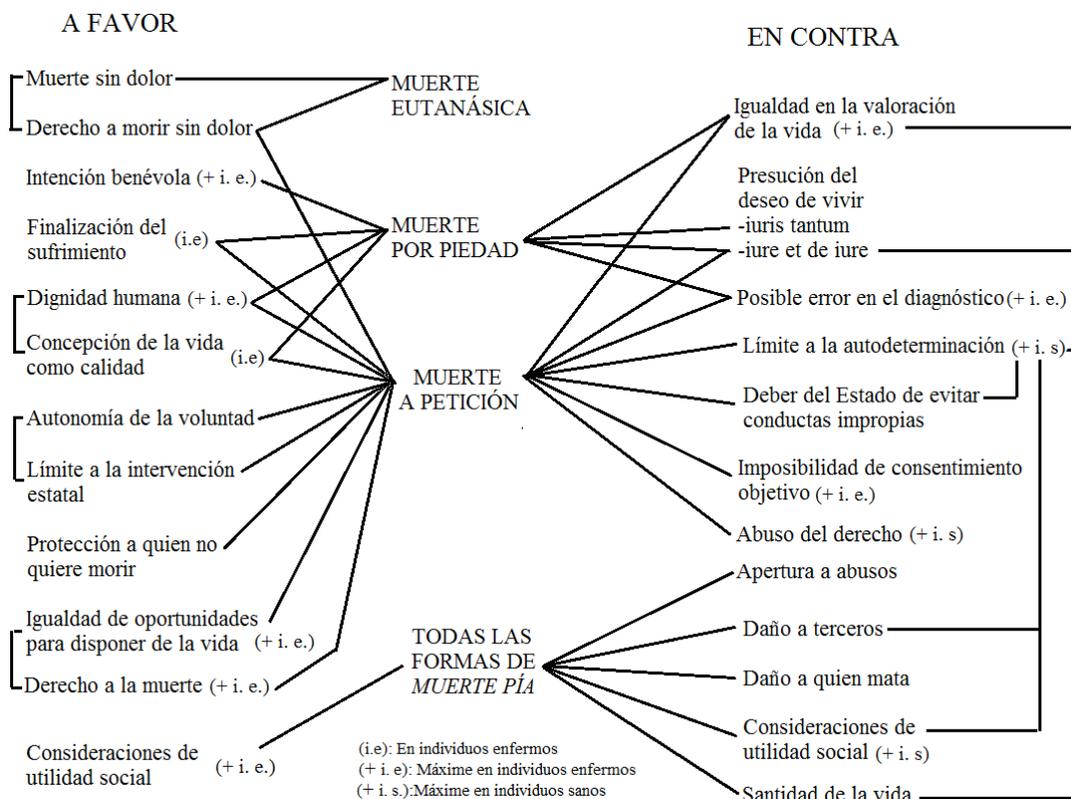
<sup>505</sup> Conforme Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 529.

<sup>506</sup> Conforme Luna, Florencia, *Problemas al final de la vida: el suicidio asistido*, en “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Luna, Florencia y Salles Arleen L. F. (Compiladoras), Fondo cultural Económico, Buenos Aires, 2008, pág. 212. – La autora entiende que los países que permitan el suicidio médico asistido tienen la obligación de *mejorar el acceso a los cuidados paliativos antes de –o durante- la aplicación de esta política*.

En especial, este criterio se opone a la muerte en individuos sanos, pues éstos son los que resultan económicamente más útiles a la sociedad. Pero se opone también a la muerte de todos aquellos enfermos que puedan seguir cumpliendo un rol social, en especial un rol que requiera caracteres o capacitación especial. Y, en general, se opone a cualquier muerte que pueda ocasionar un perjuicio económico o emocional a otros, como ya hicimos referencia.

No se opone, sin embargo, a la eventual atenuación de la *muerte pía*.

### 11.3.3- Esquema de los principales vínculos entre los argumentos antes mencionados y las diferentes formas de muerte pía, y de los argumentos entre sí



## 11.4- La muerte pía y la fe

### 11.4.1 Postura de la Santa Iglesia Católica Apostólica Romana

Tradicionalmente la Iglesia se manifestó contraria a toda muerte dada a una vida inocente. En este sentido fue –y sigue siendo- firme opositora de la eutanasia y también del aborto.

Frente a la eutanasia, la posición de la Iglesia ha sido muy clara: “...nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad” <sup>507</sup>

Es decir: la Iglesia se opone a todo tipo de *muerte pía* en un inocente. Incluso a la muerte a petición en un individuo enfermo.

Y se opone a que los Estado permitan esta opción.

... Pío XII, haciendo referencia a la práctica nazi: “No es lícito matar directamente, por orden de la autoridad pública, a aquellos que, sin haber cometido delito ninguno que merezca la muerte, por el hecho de que no estén en condiciones, a causa de sus deficiencias físicas o psíquicas, de ser útiles a la nación y son considerados más bien como carga y obstáculo para su progreso y desarrollo.” <sup>508</sup>

Sus argumentos se basan en la santidad de la vida, el límite a la autodeterminación, y el deber del Estado en no permitir nada que exceda los dos presupuestos señalados.

Además, rechaza las diferenciaciones basadas en la calidad de vida, atacando lo que entiende como corriente eficientista y hedonista.

En su declaración del 12 de setiembre de 1947 el mismo papa señaló como falsa piedad *la que pretende justificar la eutanasia y sustraer al hombre de sufrimiento purificador y meritorio, no por medio de un consuelo laudable y caritativo, sino con la muerte, como se hace con un animal sin razón y sin inmortalidad.*

Siguiendo la síntesis que hace Ortiz Lozada en su obra citada, en relación a las reflexiones del cardenal Ratzinger (actualmente S.S. Benedicto XVI), sobre por qué triunfa la “oposición a la vida” —en alusión a la eutanasia-, podemos resaltar: la

---

<sup>507</sup> Ortiz Lozada, Leónidas, *Aborto y eutanasia: desafíos a la cultura de la vida*, en Blomeier, Hans (Director), “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005, pág. 122. Citando la Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración sobre Eutanasia*, 1980.

<sup>508</sup> *Ibidem*.

*separación entre las convicciones éticas personales y el ámbito político, la concepción moral que tiene una visión individualista de la libertad, y la pérdida del sentido de Dios.*<sup>509</sup>

Sin embargo, debemos resaltar una vez más, que la Iglesia es contraria también al encarnizamiento terapéutico o distanasia, para apoyar la ortotanasia. Es decir: no utilizar medios extraordinarios que sólo produzcan dolor al paciente, cuando su vida ya no puede salvarse.

En este sentido, el párrafo ya transcrito de la encíclica *Evangelium Vitae*:

Se da ciertamente la obligación moral de curarse y de hacerse curar, pero tal obligación debe confrontarse con las situaciones concretas; es necesario valorar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejora. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; más bien expresa la aceptación de la condición humana ante la muerte.<sup>510</sup>

También se acepta la utilización de medios para paliar el dolor, aunque puedan dar como resultado el acortamiento de la vida:

...si puede ser digno de elogio quien acepta voluntariamente sufrir renunciando a tratamientos contra el dolor para conservar la plena lucidez y participar, si es creyente, de manera consciente en la pasión del Señor, tal comportamiento « heroico » no debe considerarse obligatorio para todos.<sup>511</sup>

Y, tiempo atrás, S.S. Pío XII, ya referido, señaló:

“...Si... la administración de narcóticos produjese por sí misma dos efectos distintos, por una parte, el alivio de los dolores y, por otra, la abreviación de la vida, entonces es lícita.”... Este criterio fue confirmado por la declaración de la Congregación para la Doctrina de la Fe de 1980...<sup>512</sup>

Gofu sintetiza la mencionada Declaración en los siguientes puntos:

<sup>509</sup> Conforme Ortiz Lozada, Leónidas, op. cit., pág. 125.

<sup>510</sup> Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, núm. 65.

<sup>511</sup> *Ibidem*.

<sup>512</sup> Rivera López, Eduardo, *Aspectos éticos de la eutanasia*, en *Análisis Filosófico*, volumen XVII, nº 2: Bioética, Florencia Luna (Comp.), Sadaf, Buenos Aires, 1998, pág. 194.

1. *Condena de la eutanasia activa directa.... No se acepta la eutanasia "con el fin de eliminar los últimos sufrimientos..." "Nadie, además, puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo".*
2. *Subraya el valor cristiano del dolor y la posibilidad de que el creyente pueda sumirlo voluntariamente. Pero añade, "no sería, sin embargo, prudente imponer como norma general un comportamiento heroico determinado..." Se vuelve a repetir la doctrina clásica eclesial de la legitimidad del uso de calmante que pudiesen abreviar indirectamente la vida...*
3. *La Declaración condena el encarnizamiento terapéutico...*
4. *Acepta el derecho a morir que la Declaración lo entiende como "el derecho de morir con toda serenidad, con dignidad humana y cristiana"...*
5. *La declaración supera la terminología de medios ordinarios/extraordinarios y utiliza, en su lugar, una nueva pareja de términos... medios proporcionados/desproporcionados. Considera que este cambio debe realizarse "tanto por la imprecisión del término (ordinario) como pro los rápidos progresos de la terapia"...*
6. *Como consecuencia de lo anterior, el documento vaticano significa un claro sí a lo que bastantes calificamos como ortotanasia...*
7. *Se afirma claramente la legitimidad del dejar morir en paz:... El no recurrir a una terapia costosa o arriesgada no equivale al suicidio"...*
8. *..."las súplicas de los enfermos muy graves que alguna vez invocan la muerte no deben ser entendidas como expresión de una verdadera voluntad de eutanasia; éstas, en efecto, son casi siempre peticiones angustiadas de asistencia y de afecto..."*<sup>513</sup>

La postura de la Iglesia, se ve plasmada con total lucidez en esta encíclica, que data del 23 de marzo de 1985, y lleva la firma de S.S. Juan Pablo II (*Ioannes Paulus PP. II*)

El texto íntegro, es fundamental para la comprensión de las razones de la oposición a la *eutanasia*. Sin embargo, aquí nos limitamos a reproducir un resumen, de nuestra elaboración:

(...) 3. ...Ya el Concilio Vaticano II, en una página de dramática actualidad, denunció con fuerza los numerosos delitos y atentados contra la vida humana. A treinta años de distancia, haciendo mías las palabras de la asamblea conciliar, una vez más y con

---

<sup>513</sup> Gofó, Javier, *La eutanasia y la Iglesia Católica*, en "La eutanasia y el arte de morir", Javier Gafó (Editor), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990, pág. 117.

idéntica firmeza los deploro en nombre de la Iglesia entera, con la certeza de interpretar el sentimiento auténtico de cada conciencia recta: « Todo lo que se opone a la vida, como los homicidios de cualquier género, los genocidios, el aborto, la eutanasia y el mismo suicidio voluntario; todo lo que viola la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, las torturas corporales y mentales, incluso los intentos de coacción psicológica; todo lo que ofende a la dignidad humana, como las condiciones infrahumanas de vida, los encarcelamientos arbitrarios, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, la trata de blancas y de jóvenes; también las condiciones ignominiosas de trabajo en las que los obreros son tratados como meros instrumentos de lucro, no como personas libres y responsables; todas estas cosas y otras semejantes son ciertamente oprobios que, al corromper la civilización humana, deshonran más a quienes los practican que a quienes padecen la injusticia y son totalmente contrarios al honor debido al Creador ».

4. Por desgracia, este alarmante panorama, en vez de disminuir, se va más bien agrandando. Con las nuevas perspectivas abiertas por el progreso científico y tecnológico surgen nuevas formas de agresión contra la dignidad del ser humano, a la vez que se va delineando y consolidando una nueva situación cultural, que confiere a los atentados contra la vida un *aspecto inédito y —podría decirse— aún más inicuo* ocasionando ulteriores y graves preocupaciones: amplios sectores de la opinión pública justifican algunos atentados contra la vida en nombre de los derechos de la libertad individual, y sobre este presupuesto pretenden no sólo la impunidad, sino incluso la autorización por parte del Estado, con el fin de practicarlos con absoluta libertad y además con la intervención gratuita de las estructuras sanitarias.

En la actualidad, todo esto provoca un cambio profundo en el modo de entender la vida y las relaciones entre los hombres. El hecho de que las legislaciones de muchos países, alejándose tal vez de los mismos principios fundamentales de sus Constituciones, hayan consentido no penar o incluso reconocer la plena legitimidad de estas prácticas contra la vida es, al mismo tiempo, un síntoma preocupante y causa no marginal de un grave deterioro moral. Opciones, antes consideradas unánimemente como delictivas y rechazadas por el común sentido moral, llegan a ser poco a poco socialmente respetables. La misma medicina, que por su vocación está ordenada a la defensa y cuidado de la vida humana, se presta cada vez más en algunos de sus sectores a realizar estos actos contra la persona, deformando así su rostro, contradiciéndose a sí misma y degradando la dignidad de quienes la ejercen... (...)

15. Amenazas no menos graves afectan también a los *enfermos incurables* y a los *terminales*, en un contexto social y cultural que, haciendo más difícil afrontar y soportar el sufrimiento, agudiza la *tentación de resolver el problema del sufrimiento eliminándolo en su raíz*, anticipando la muerte al momento considerado como más oportuno.

En una decisión así confluyen con frecuencia elementos diversos, lamentablemente convergentes en este terrible final. Puede ser decisivo, en el enfermo, el sentimiento de

angustia, exasperación, e incluso desesperación, provocado por una experiencia de dolor intenso y prolongado. Esto supone una dura prueba para el equilibrio a veces ya inestable de la vida familiar y personal, de modo que, por una parte, el enfermo —no obstante la ayuda cada vez más eficaz de la asistencia médica y social—, corre el riesgo de sentirse abatido por la propia fragilidad; por otra, en las personas vinculadas afectivamente con el enfermo, puede surgir un sentimiento de comprensible aunque equivocada piedad. Todo esto se ve agravado por un ambiente cultural que no ve en el sufrimiento ningún significado o valor, es más, lo considera el mal por excelencia, que debe eliminar a toda costa. Esto acontece especialmente cuando no se tiene una visión religiosa que ayude a comprender positivamente el misterio del dolor.

Además, en el conjunto del horizonte cultural no deja de influir también una especie de actitud prometeica del hombre que, de este modo, se cree señor de la vida y de la muerte porque decide sobre ellas, cuando en realidad es derrotado y aplastado por una muerte cerrada irremediabilmente a toda perspectiva de sentido y esperanza. Encontramos una trágica expresión de todo esto en la difusión de la *eutanasia*, encubierta y subrepticia, practicada abiertamente o incluso legalizada. Esta, más que por una presunta piedad ante el dolor del paciente, es justificada a veces por razones utilitarias, de cara a evitar gastos innecesarios demasiado costosos para la sociedad. Se propone así la eliminación de los recién nacidos malformados, de los minusválidos graves, de los impedidos, de los ancianos, sobre todo si no son autosuficientes, y de los enfermos terminales. No nos es lícito callar ante otras formas más engañosas, pero no menos graves o reales, de eutanasia. Estas podrían producirse cuando, por ejemplo, para aumentar la disponibilidad de órganos para trasplante, se procede a la extracción de los órganos sin respetar los criterios objetivos y adecuados que certifican la muerte del donante. (...)

18. ...De este modo se produce un cambio de trágicas consecuencias en el largo proceso histórico, que después de descubrir la idea de los « derechos humanos » —como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados— incurre hoy en una *sorprendente contradicción*: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte...

19. A otro nivel, el origen de la contradicción entre la solemne afirmación de los derechos del hombre y su trágica negación en la práctica, está en un *concepto de libertad* que exalta de modo absoluto al individuo, y no lo dispone a la solidaridad, a la plena acogida y al servicio del otro. Si es cierto que, a veces, la eliminación de la vida naciente o terminal se enmascara también bajo una forma malentendida de altruismo y piedad humana, no se puede negar que semejante cultura de muerte, en su conjunto, manifiesta una visión de la

libertad muy individualista, que acaba por ser la libertad de los « más fuertes » contra los débiles destinados a sucumbir.

Precisamente en este sentido se puede interpretar la respuesta de Caín a la pregunta del Señor « ¿Dónde está tu hermano Abel? »: « No sé. *¿Soy yo acaso el guarda de mi hermano?* » (Gn 4, 9). Sí, cada hombre es « guarda de su hermano », porque Dios confía el hombre al hombre. Y es también en vista de este encargo que Dios da a cada hombre la libertad, que posee una *esencial dimensión relacional*. Es un gran don del Creador, puesta al servicio de la persona y de su realización mediante el don de sí misma y la acogida del otro. Sin embargo, cuando la libertad es absolutizada en clave individualista, se vacía de su contenido original y se contradice en su misma vocación y dignidad.

Hay un aspecto aún más profundo que acentuar: la libertad reniega de sí misma, se autodestruye y se dispone a la eliminación del otro cuando no reconoce ni respeta su *vínculo constitutivo con la verdad*. Cada vez que la libertad, queriendo emanciparse de cualquier tradición y autoridad, se cierra a las evidencias primarias de una verdad objetiva y común, fundamento de la vida personal y social, la persona acaba por asumir como única e indiscutible referencia para sus propias decisiones no ya la verdad sobre el bien o el mal, sino sólo su opinión subjetiva y mudable o, incluso, su interés egoísta y su capricho.

20. Con esta concepción de la libertad, *la convivencia social se deteriora profundamente*. Si la promoción del propio yo se entiende en términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro, considerado como enemigo de quien defenderse. De este modo la sociedad se convierte en un conjunto de individuos colocados unos junto a otros, pero sin vínculos recíprocos: cada cual quiere afirmarse independientemente de los demás, incluso haciendo prevalecer sus intereses. Sin embargo, frente a los intereses análogos de los otros, se ve obligado a buscar cualquier forma de compromiso, si se quiere garantizar a cada uno el máximo posible de libertad en la sociedad. Así, desaparece toda referencia a valores comunes y a una verdad absoluta para todos; la vida social se adentra en las arenas movedizas de un relativismo absoluto. Entonces *todo es pactable, todo es negociable*: incluso el primero de los derechos fundamentales, el de la vida...

Reivindicar el derecho al aborto, al infanticidio, a la eutanasia, y reconocerlo legalmente, significa atribuir a la libertad humana un *significado perverso e inicuo*: el de un *poder absoluto sobre los demás y contra los demás*. Pero ésta es la muerte de la verdadera libertad: « En verdad, en verdad os digo: todo el que comete pecado es un esclavo » (Jn 8, 34). (...)

39. La vida del hombre proviene de Dios, es su don, su imagen e impronta, participación de su soplo vital. Por tanto, *Dios es el único señor de esta vida*: el hombre no puede disponer de ella. Dios mismo lo afirma a Noé después del diluvio: « Os prometo reclamar

vuestra propia sangre: la reclamaré a todo animal y al hombre: a todos y a cada uno reclamaré el alma humana » (Gn 9, 5). El texto bíblico se preocupa de subrayar cómo la sacralidad de la vida tiene su fundamento en Dios y en su acción creadora: « Porque a imagen de Dios hizo El al hombre » (Gn 9, 6).

La vida y la muerte del hombre están, pues, en las manos de Dios, en su poder: « El, que tiene en su mano el alma de todo ser viviente y el soplo de toda carne de hombre », exclama Job (12, 10). « El Señor da muerte y vida, hace bajar al Sol y retornar » (1 S 2, 6). Sólo Él puede decir: « Yo doy la muerte y doy la vida » (Dt 32, 39). (...)

47. Sin embargo, ningún hombre puede decidir arbitrariamente entre vivir o morir. En efecto, sólo es dueño absoluto de esta decisión el Creador, en quien « vivimos, nos movemos y existimos » (Hch 17, 28). (...)

57 ...La decisión deliberada de privar a un ser humano inocente de su vida es siempre mala desde el punto de vista moral y nunca puede ser lícita ni como fin, ni como medio para un fin bueno. En efecto, es una desobediencia grave a la ley moral, más aún, a Dios mismo, su autor y garante; y contradice las virtudes fundamentales de la justicia y de la caridad. « Nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo... (...)»

64. En el otro extremo de la existencia, el hombre se encuentra ante el misterio de la muerte. Hoy, debido a los progresos de la medicina y en un contexto cultural con frecuencia cerrado a la trascendencia, la experiencia de la muerte se presenta con algunas características nuevas. En efecto, cuando prevalece la tendencia a apreciar la vida sólo en la medida en que da placer y bienestar, el sufrimiento aparece como una amenaza insostenible, de la que es preciso librarse a toda costa. La muerte, considerada « absurda » cuando interrumpe por sorpresa una vida todavía abierta a un futuro rico de posibles experiencias interesantes, se convierte por el contrario en una « liberación reivindicada » cuando se considera que la existencia carece ya de sentido por estar sumergida en el dolor e inexorablemente condenada a un sufrimiento posterior más agudo...

En semejante contexto es cada vez más fuerte la tentación de la *eutanasia*, esto es, *adueñarse de la muerte, procurándola de modo anticipado* y poniendo así fin « dulcemente » a la propia vida o a la de otros. En realidad, lo que podría parecer lógico y humano, al considerarlo en profundidad se presenta *absurdo e inhumano*. Estamos aquí ante uno de los síntomas más alarmantes de la « cultura de la muerte », que avanza sobre todo en las sociedades del bienestar, caracterizadas por una mentalidad eficientista

que presenta el creciente número de personas ancianas y debilitadas como algo demasiado gravoso e insoportable.

65. Para un correcto juicio moral sobre la eutanasia, es necesario ante todo definirla con claridad. Por *eutanasia en sentido verdadero y propio* se debe entender una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor...

De ella debe distinguirse la decisión de renunciar al llamado « *ensañamiento terapéutico* », o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia « renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares ». Ciertamente existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar según las situaciones concretas; es decir, hay que examinar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejoría. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte.

En la medicina moderna van teniendo auge los llamados « *cuidados paliativos* », destinados a hacer más soportable el sufrimiento en la fase final de la enfermedad y, al mismo tiempo, asegurar al paciente un acompañamiento humano adecuado. En este contexto aparece, entre otros, el problema de la licitud del recurso a los diversos tipos de analgésicos y sedantes para aliviar el dolor del enfermo, cuando esto comporta el riesgo de acortarle la vida. En efecto, si puede ser digno de elogio quien acepta voluntariamente sufrir renunciando a tratamientos contra el dolor para conservar la plena lucidez y participar, si es creyente, de manera consciente en la pasión del Señor, tal comportamiento « heroico » no debe considerarse obligatorio para todos. Ya Pío XII afirmó que es lícito suprimir el dolor por medio de narcóticos, a pesar de tener como consecuencia limitar la conciencia y abreviar la vida, « si no hay otros medios y si, en tales circunstancias, ello no impide el cumplimiento de otros deberes religiosos y morales ». En efecto, en este caso no se quiere ni se busca la muerte, aunque por motivos razonables se corra ese riesgo. Simplemente se pretende mitigar el dolor de manera eficaz, recurriendo a los analgésicos puestos a disposición por la medicina. Sin embargo, « no es lícito privar al moribundo de la conciencia propia sin grave motivo »: acercándose a la muerte, los hombres deben estar en condiciones de poder cumplir sus obligaciones morales y familiares y, sobre todo, deben poderse preparar con plena conciencia al encuentro definitivo con Dios.

Hechas estas distinciones, de acuerdo con el Magisterio de mis Predecesores y en comunión con los Obispos de la Iglesia católica, *confirmando que la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios*, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable

de una persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y en la Palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal.

Semejante práctica conlleva, según las circunstancias, la malicia propia del suicidio o del homicidio.

66. ...Compartir la intención suicida de otro y ayudarle a realizarla mediante el llamado « suicidio asistido » significa hacerse colaborador, y algunas veces autor en primera persona, de una injusticia que nunca tiene justificación, ni siquiera cuando es solicitada. « No es lícito —escribe con sorprendente actualidad san Agustín— matar a otro, aunque éste lo pida y lo quiera y no pueda ya vivir... para librar, con un golpe, el alma de aquellos dolores, que luchaba con las ligaduras del cuerpo y quería desasirse ». La eutanasia, aunque no esté motivada por el rechazo egoísta de hacerse cargo de la existencia del que sufre, debe considerarse como una *falsa piedad*, más aún, como una preocupante « perversión » de la misma. En efecto, la verdadera « compasión » hace solidarios con el dolor de los demás, y no elimina a la persona cuyo sufrimiento no se puede soportar. El gesto de la eutanasia aparece aún más perverso si es realizado por quienes —como los familiares— deberían asistir con paciencia y amor a su allegado, o por cuantos —como los médicos—, por su profesión específica, deberían cuidar al enfermo incluso en las condiciones terminales más penosas.

La opción de la eutanasia es más grave cuando se configura como un *homicidio* que otros practican en una persona que no la pidió de ningún modo y que nunca dio su consentimiento. (...)

68. Una de las características propias de los atentados actuales contra la vida humana — como ya se ha dicho— consiste en la tendencia a exigir su *legitimación jurídica*, como si fuesen derechos que el Estado, al menos en ciertas condiciones, debe reconocer a los ciudadanos y, por consiguiente, la tendencia a pretender su realización con la asistencia segura y gratuita de médicos y agentes sanitarios.

No pocas veces se considera que la vida de quien aún no ha nacido o está gravemente debilitado es un bien sólo relativo: según una lógica proporcionalista o de puro cálculo, deberá ser cotejada y sopesada con otros bienes. Y se piensa también que solamente quien se encuentra en esa situación concreta y está personalmente afectado puede hacer una ponderación justa de los bienes en juego; en consecuencia, sólo él podría juzgar la moralidad de su decisión. El Estado, por tanto, en interés de la convivencia civil y de la armonía social, debería respetar esta decisión, llegando incluso a admitir el aborto y la eutanasia.

Otras veces se cree que la ley civil no puede exigir que todos los ciudadanos vivan de acuerdo con un nivel de moralidad más elevado que el que ellos mismos aceptan y comparten. Por esto, la ley debería siempre manifestar la opinión y la voluntad de la

mayoría de los ciudadanos y reconocerles también, al menos en ciertos casos extremos, el derecho al aborto y a la eutanasia. Por otra parte, la prohibición y el castigo del aborto y de la eutanasia en estos casos llevaría inevitablemente —así se dice— a un aumento de prácticas ilegales, que, sin embargo, no estarían sujetas al necesario control social y se efectuarían sin la debida seguridad médica. Se plantea, además, si sostener una ley no aplicable concretamente no significaría, al final, minar también la autoridad de las demás leyes.

Finalmente, las opiniones más radicales llegan a sostener que, en una sociedad moderna y pluralista, se debería reconocer a cada persona una plena autonomía para disponer de su propia vida y de la vida de quien aún no ha nacido. En efecto, no correspondería a la ley elegir entre las diversas opciones morales y, menos aún, pretender imponer una opción particular en detrimento de las demás.

69. De todos modos, en la cultura democrática de nuestro tiempo se ha difundido ampliamente la opinión de que el ordenamiento jurídico de una sociedad debería limitarse a percibir y asumir las convicciones de la mayoría y, por tanto, basarse sólo sobre lo que la mayoría misma reconoce y vive como moral. Si además se considera incluso que una verdad común y objetiva es inaccesible de hecho, el respeto de la libertad de los ciudadanos —que en un régimen democrático son considerados como los verdaderos soberanos— exigiría que, a nivel legislativo, se reconozca la autonomía de cada conciencia individual y que, por tanto, al establecer las normas que en cada caso son necesarias para la convivencia social, éstas se adecuen exclusivamente a la voluntad de la mayoría, cualquiera que sea. De este modo, todo político, en su actividad, debería distinguir netamente entre el ámbito de la conciencia privada y el del comportamiento público.

Por consiguiente, se perciben dos tendencias diametralmente opuestas en apariencia. Por un lado, los individuos reivindican para sí la autonomía moral más completa de elección y piden que el Estado no asuma ni imponga ninguna concepción ética, sino que trate de garantizar el espacio más amplio posible para la libertad de cada uno, con el único límite externo de no restringir el espacio de autonomía al que los demás ciudadanos también tienen derecho. Por otro lado, se considera que, en el ejercicio de las funciones públicas y profesionales, el respeto de la libertad de elección de los demás obliga a cada uno a prescindir de sus propias convicciones para ponerse al servicio de cualquier petición de los ciudadanos, que las leyes reconocen y tutelan, aceptando como único criterio moral para el ejercicio de las propias funciones lo establecido por las mismas leyes. De este modo, la responsabilidad de la persona se delega a la ley civil, abdicando de la propia conciencia moral al menos en el ámbito de la acción pública.

70. La raíz común de todas estas tendencias es el *relativismo ético* que caracteriza muchos aspectos de la cultura contemporánea. No falta quien considera este relativismo

como una condición de la democracia, ya que sólo él garantizaría la tolerancia, el respeto recíproco entre las personas y la adhesión a las decisiones de la mayoría, mientras que las normas morales, consideradas objetivas y vinculantes, llevarían al autoritarismo y a la intolerancia...

El valor de la democracia se mantiene o cae con los valores que encarna y promueve: fundamentales e imprescindibles son ciertamente la dignidad de cada persona humana, el respeto de sus derechos inviolables e inalienables, así como considerar el « bien común » como fin y criterio regulador de la vida política.

En la base de estos valores no pueden estar provisionales y volubles « mayorías » de opinión, sino sólo el reconocimiento de una ley moral objetiva que, en cuanto « ley natural » inscrita en el corazón del hombre, es punto de referencia normativa de la misma ley civil. Si, por una trágica ofuscación de la conciencia colectiva, el escepticismo llegara a poner en duda hasta los principios fundamentales de la ley moral, el mismo ordenamiento democrático se tambalearía en sus fundamentos, reduciéndose a un puro mecanismo de regulación empírica de intereses diversos y contrapuestos...

71...la ley civil debe asegurar a todos los miembros de la sociedad el respeto de algunos derechos fundamentales, que pertenecen originariamente a la persona y que toda ley positiva debe reconocer y garantizar. Entre ellos el primero y fundamental es el derecho inviolable de cada ser humano inocente a la vida. Si la autoridad pública puede, a veces, renunciar a reprimir aquello que provocaría, de estar prohibido, un daño más grave, sin embargo, nunca puede aceptar legitimar, como derecho de los individuos —aunque éstos fueran la mayoría de los miembros de la sociedad—, la ofensa infligida a otras personas mediante la negación de un derecho suyo tan fundamental como el de la vida. La tolerancia legal del aborto o de la eutanasia no puede de ningún modo invocar el respeto de la conciencia de los demás, precisamente porque la sociedad tiene el derecho y el deber de protegerse de los abusos que se pueden dar en nombre de la conciencia y bajo el pretexto de la libertad. Las leyes que, como el aborto y la eutanasia, legitiman la eliminación directa de seres humanos inocentes están en total e insuperable contradicción con el derecho inviolable a la vida inherente a todos los hombres, y niegan, por tanto, la igualdad de todos ante la ley. Se podría objetar que éste no es el caso de la eutanasia, cuando es pedida por el sujeto interesado con plena conciencia. Pero un Estado que legitimase una petición de este tipo y autorizase a llevarla a cabo, estaría legalizando un caso de suicidio-homicidio, contra los principios fundamentales de que no se puede disponer de la vida y de la tutela de toda vida inocente. De este modo se favorece una disminución del respeto a la vida y se abre camino a comportamientos destructivos de la confianza en las relaciones sociales... (...)

74 ...El rechazo a participar en la ejecución de una injusticia no sólo es un deber moral, sino también un derecho humano fundamental. Si no fuera así, se obligaría a la persona

humana a realizar una acción intrínsecamente incompatible con su dignidad y, de este modo, su misma libertad, cuyo sentido y fin auténticos residen en su orientación a la verdad y al bien, quedaría radicalmente comprometida. Se trata, por tanto, de un derecho esencial que, como tal, debería estar previsto y protegido por la misma ley civil. En este sentido, la posibilidad de rechazar la participación en la fase consultiva, preparatoria y ejecutiva de semejantes actos contra la vida debería asegurarse a los médicos, a los agentes sanitarios y a los responsables de las instituciones hospitalarias, de las clínicas y casas de salud. Quien recurre a la objeción de conciencia debe estar a salvo no sólo de sanciones penales, sino también de cualquier daño en el plano legal, disciplinar, económico y profesional.

Podemos agregar, finalmente, que la Iglesia es coherente y congruente en su posición en defensa de la vida, al condenar también el suicidio; como ya hemos comentado.

## **11.4.2 Otras concepciones religiosas**

### **11.4.2.1 Otras comunidades Cristianas**

En general, la posición del cristianismo no difiere demasiado de la mencionada posición de la Santa Iglesia de Roma.

Especialmente crítica con la práctica de la “eutanasia”, ha sido la Iglesia Ortodoxa. La equiparación de la muerte a petición –incluso en individuos enfermos- con el suicidio, es completa.

También muchas ramas del protestantismo se muestran inflexibles, y conforman poderosos grupos de presión en defensa de sus concepciones. Son minoritarias las corrientes protestantes que autorizan la *muerte pía*, y quienes lo hacen se limitan a la muerte a petición de individuos enfermos –v.g.: Iglesia Valdense y Metodista de Italia-.

Todas estas congregaciones se oponen también al encarnizamiento terapéutico. Sin embargo, como el protestantismo no tiene dogmas ni postulados “oficiales”, es muy complejo ahondar en el parecer particular de cada una de sus ramificaciones.

Los Testigos de Jehová, por su parte, rechazan la eutanasia activa. Pero aceptan la no prolongación de la vida cuando se deba recurrir a medios extraordinarios –según su propio criterio-, lo cual incluye, por ejemplo, las donaciones de sangre.

### 11.4.2.2 Judaísmo

El judaísmo, en principio, rechaza la *muerte pía*. Su posición pues, no difiere demasiado de la cristiana. Es por esto que, en diferentes ámbitos, incluido el de la bioética, puede hablarse de una tradición o corriente judeocristiana.

Muchas de las citas transcriptas en *Evangelium Vitae*, remiten a textos sagrados compartidos por el Judaísmo tanto como por el Cristianismo. V.g.: el Génesis. De más está decir que es el Cristianismo quien hace suya parte de la elaboración judaica preexistente, pero que cada religión continúa –luego del nacimiento de N.S. Jesucristo–, su propia elaboración de criterios.

La práctica de eutanasia –sea pasiva o activa– es contraria a las enseñanzas del judaísmo. Todo esfuerzo activo destinado a apresurar la muerte del paciente es equiparado al asesinato en la Ley Judía, incluso si solo ésta es adelantada por algunos momentos. No importa cuán loables sean las intenciones de la persona que realiza un acto de asesinato-por-piedad, su acción constituye un acto de homicidio. ...La eutanasia, impulsada por el deseo de poner fin a un sufrimiento insoportable, no nace del odio y el rencor sino de la preocupación y la compasión. Y es precisamente aquel quitar la vida, bajo circunstancias en las que resulta obvio y manifiesto que el perpetrador actúa motivado por sentimientos de amor y misericordia fraternal, el que la Torá encuentra menester tildar de asesinato, lisa y llanamente. A pesar de la intención noble que impulsa tal actitud, la muerte por misericordia está proscrita como una intervención no garantida en un área que debe ser regida tan solo por el Ser Supremo. La vida del hombre puede ser reclamada solo por el Dador de la Vida. Mientras al hombre le sea concedida la Chispa de la Vida—como se define en la eterna ley de Dios— el hombre no puede asumir el rol de apresurar la muerte, no importa cuán desesperanzada y carente de sentido puede resultar la prolongación de la existencia a los ojos de la sensibilidad del mortal.<sup>514</sup>

Herbs escribe, mostrando una postura contraria a la muerte a petición, incluso en individuos enfermos:

En caso de un enfermo terminal que está vivenciando un terrible sufrimiento y está sintiendo dolores insoportables y ruega conscientemente que lo ayudemos a terminar su vida (puede ser ayudándolo a suicidarse o matándolo nosotros) ya que

<sup>514</sup> Consultado online: <http://www.jabad.org.ar/biblioteca/interes-general/ciencia-y-tora/eutanasia-la-perspectiva-judia/>

no puede aguantar más ese sufrimiento, está totalmente prohibido, desde una perspectiva judía, acceder a su pedido. Ayudar a que se suicide o matarlo para aliviar su sufrimiento y dolor es considerado judaicamente como un asesinato, ya que no hay diferencia entre la vida de una persona sana y la de un enfermo. No interesa la edad de la persona ni la relación que tenemos con la misma, ni el tiempo que lleva enferma...<sup>515</sup>

Pero, el mismo autor enfatiza que está permitido evitar prácticas que solamente alarguen al paciente desahuciado el dolor y el sufrimiento. Se puede por lo tanto, en estos casos, permitir el curso natural de muerte.

...pero bajo ningún punto de vista podemos evitar la realización de tratamientos que cubren las necesidades básicas del paciente, como ser alimentado, hidratarlo, oxigenarlo (sin hacerlo depender de una máquina que realice el trabajo pulmonar por él, como ser, conectarlo a un respirado artificial),etc.<sup>516</sup>

El autor entiende también, que la cuestión es más compleja en la muerte por sustracción de elementos vitales (lo que él denomina “eutanasia-activa-pasiva”). Aquí, un tribunal rabínico debería evaluar el caso. Eventualmente, se podría proceder a la desconexión, siempre que no implique una privación de alimento, hidratación, o respiración autónoma.<sup>517</sup>

Como tradiciones puntuales referidas a esta temática, mencionada por Herbst y por otros autores, destacaremos dos citas:

Y toda la fuerza del combate vino a descargar sobre Saúl, a quien alcanzaron los flecheros e hirieron gravemente. Dijo entonces Saúl a su escudero: “Desenvaina tu espada y quítame la vida, porque no lleguen estos incircuncisos y me maten, burlándose de mí.” Mas su escudero no quiso hacerlo, sobrecogido de sumo terror. Con esto Saúl desenvainó su espada y se arrojó sobre ella...<sup>518</sup>

Posteriormente un joven fue llamado por Saúl. Cuenta:

<sup>515</sup> Herbst, Adrián, *El aborto y la eutanasia en la tradición judía*, en “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Blomeier, Hans (Director), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005, pág. 107.

<sup>516</sup> Herbst, Adrián, op. cit., pág. 109.

<sup>517</sup> Herbst, Adrián, op. cit., pág. 110.

<sup>518</sup> 1 Samuel, 3.1.

“...viéndome, me llamó. Y habiéndole respondido yo: estoy a tu mandar. “Ponte sobre mí, dijo él, y márame; porque estoy ya en la agonía y no acaba de salir mi alma”. Por lo que, poniéndome sobre él, le acabé de matar...”.<sup>519</sup>

David condenó a ese joven a muerte. Se discute, sin embargo, si lo condenó por haber accedido a dar muerte a una persona, o si lo condenó porque esa persona en particular era el Ungido del Señor.

La otra historia que resaltaremos es la del rabino Janina ben Teradión. Al ser quemado vivo por los romanos, por mantenerse fiel a su fe, no quiso abrir la boca para acelerar la muerte. Sin embargo, permitió que le retiraran las esponjas húmedas que sus verdugos le habían puesto para prolongar su agonía. De allí puede seguirse que se debe hacer todo lo posible para que conservar la vida, pero no aumentar inútilmente los dolores.<sup>520</sup>

### 11.4.2.3 Islam

El Islam, en principio, prohíbe la “eutanasia” así como prohíbe el suicidio y el homicidio que no está justificado.

Dice Lewis:

...Los libros jurídicos islámicos son muy claros sobre el tema del suicidio. Es un pecado capital y se castiga con la perdición eterna en forma de la repetición incesante del acto por el que el suicida se quitó la vida. Los pasajes que siguen, extraídos de las tradiciones del Profeta, lo explican gráficamente.

“Dijo el Profeta: ‘Aquél que se mate con una hoja será atormentado por esa hoja en las llamas del Infierno.’

Dijo también el Profeta: ‘Aquél que se estrangule se estrangulará en el Infierno, y aquel que se apuñale se apuñalará en el Infierno. (...) Aquél que se tire de una montaña y se mate se arrojará a las llamas del Infierno por siempre jamás. Aquél que ingiera veneno y se mate llevará su veneno en la mano y lo ingerirá en el Infierno por siempre jamás. (...) Quienquiera que se mate de cualquier modo será atormentado de ese modo en el Infierno (...) Quienquiera que se mate de cualquier forma en este mundo será atormentado así el día de la resurrección.’”

<sup>519</sup> 2 Samuel, 1.

<sup>520</sup> Conforme Herbst, Adrián, op. cit., pág. 104.

Las autoridades primitivas efectúan una clara distinción entre afrontar una muerte segura a manos del enemigo y morir por la propia mano. Una tradición muy antigua de este tipo, denominada *hadiz qudsi*, que denota una declaración del Profeta citando al propio Dios, brinda un ejemplo contundente. El Profeta se hallaba presente cuando un hombre mortalmente herido en la guerra santa se mató para abreviar su dolor. Después de lo cual Dios dijo: “Mi sirviente se me ha adelantado quitándose la vida con su propia mano; en consecuencia no será admitido en el paraíso”. Según otra tradición antigua, el Profeta se negó a rezar sobre el cuerpo de un hombre que se había matado.<sup>521</sup>

En la misma línea, señalaba ya Durkheim:

Las sociedades mahometanas no prohíben menos enérgicamente el suicidio.... Nada, en efecto, es más contrario que el suicidio al espíritu general de la civilización mahometana ; porque la virtud que se coloca por encima de todas las demás es la sumisión absoluta a la voluntad divina, la resignación dócil “que hace soportarlo todo con paciencia”. Acto de insubordinación y de rebeldía, el suicidio no puede ser considerado si no como una falta grave al deber fundamental.<sup>522</sup>

El Islam entiende que la vida es sagrada:

*No tomes la vida, que Alá haya prohibido, excepto en el curso de la justicia.*  
(Corán 17:33)

*Y quien mate a un creyente premeditadamente, tendrá la gehena como retribución, eternamente. Alá se irritará con él, le maldecirá y le preparará un castigo terrible.*  
(Corán 4:93).

Sólo Dios (Alá, *Allah*) dispone de la vida: *...cuando vence su plazo* (el de los humanos), *no pueden retrasarlo ni adelantarlo ni una hora.* (Corán 16:61). *Nadie puede morir sino con permiso De Alá y en el plazo fijado ...* (Corán 3:145)

De lo antes dicho surge que los atentados suicidas cometidos por musulmanes, aun en el marco de lo que se sostenga es una guerra santa (*yihad*), puede ser considerado –y lo es por muchos estudiosos- contrario a la ley islámica (*shari'a*). Sin embargo otros doctrinarios diferencian suicidio de martirio, haciendo hincapié en la intención. En el suicidio se busca morir, como finalidad. En el martirio la

<sup>521</sup> Lewis, Bernard, *La crisis del Islam*, Ediciones B, Barcelona, 2003, pág. 167.

<sup>522</sup> Durkheim, Emile, *El suicidio*, Madrid, 1928, pág. 363.

muerte propia es un medio que se acepta para otra finalidad, cuando el cuerpo es la única arma disponible.<sup>523</sup>

Este es un fragmento de la *fatwa* (doctrina) decretada por el destacado erudito musulmán jeque Al-Qaradawi en alusión puntual a la *eutanasia*:

...es un acto de matar, y matar es un pecado grave y por lo tanto prohibida en el Islam, la religión de la misericordia pura.

En cuanto a la suspensión del tratamiento médico cuando se piensa que es inútil, esto es admisible y, a veces incluso es recomendable.. Por lo tanto, el médico puede hacer esto por el bien de la comodidad del paciente y el alivio de su familia. No hay nada malo en esto, *Insha 'Allah* (si Alá quiere).

Es muy importante subrayar aquí que el tratamiento médico es considerado no obligatorio por la mayoría de los eruditos musulmanes y los fundadores de las famosas escuelas de jurisprudencia islámica. Más bien, para ellos, es admisible. Sólo un escaso número de eruditos musulmanes mantienen que es obligatorio, según lo dicho por algunos seguidores de Imam Ahmad y Ash-Shafi'i. Otros sostienen que la aplicación de un tratamiento médico es encomiable y preferible.

...Pero en los casos cuando la enfermedad se sale de control, y la recuperación es estar atado a milagro, además de dolor cada vez mayor, nadie puede decir a continuación es una condición para el tratamiento o incluso se recomienda. Así, el acto del médico de suspender la medicación que pasa a ser de ninguna utilidad, en este caso puede estar justificada, ya que ayuda a mitigar algunos efectos negativos de los medicamentos, y mejora la muerte. Pero es diferente de la polémica "Muerte Misericordiosa", ya que no implica una acción positiva por parte del médico, sino que es una especie de dejar lo que no es obligatorio o recomendado, y por lo tanto no implica ninguna responsabilidad. El médico puede practicar esto en aras de la comodidad del paciente y el alivio de su familia. No hay nada malo en esto, *Insha 'Allah*.

Si un paciente está médicamente por muerto a través de lo que se conoce como la muerte cerebral, en el sentido de que ya no tiene sentimientos, apagar el apoyo de la vida puede ser admisible, con la debida consulta y atención, especialmente cuando está claro que la máquina de soporte vital se convierte en inútil para el paciente ya estaba muerto.<sup>524</sup>

---

<sup>523</sup> Conforme Davis, Joyce M., *Mi cuerpo es un arma*, Ediciones B, Barcelona, 2003, págs.. 192 y ss.

<sup>524</sup> Consultado online: [http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?pagename=IslamOnline-English-Ask\\_Scholar/FatwaE/FatwaE&cid=1119503544774](http://www.islamonline.net/servlet/Satellite?pagename=IslamOnline-English-Ask_Scholar/FatwaE/FatwaE&cid=1119503544774)

El Consejo Europeo para la Fatwa y la Investigación (islámica), reunido en Estocolmo en el año 2003, se pronunció en relación a la eutanasia:

...el Consejo también manifestó que la eutanasia "activa" y "pasiva", al igual que el suicidio están prohibidas en el Islam.

Está prohibido para un paciente matarse a sí mismo o bien matar a otros a pesar de contar con el consentimiento del paciente. El primero caso no es más que un caso de suicidio, mientras que el segundo es arrebatar la vida de alguien," afirmó el Consejo.

La eutanasia "activa" se refiere a darle una inyección mortal al paciente, y en cuanto a la eutanasia "pasiva" tiene que ver con una actitud negativa adoptada con el objetivo de acelerar la muerte para el paciente; esto último puede ser realizado a través de la interrupción al paciente de agua, alimento, medicamentos u otros procedimientos quirúrgicos.

Igualmente el Consejo señaló que se considera prohibido matar a un paciente para prevenir la propagación de una infección, aun tratándose de enfermedades incurables tales como el SIDA o la Neumonía Atípica, pues tales pacientes en todo caso pueden ser sometidos a cuarentena. "Después de todo, todos estos pacientes son seres humanos y se les debe proveer alimentación y medicina hasta su último aliento," afirmó el Consejo.

No obstante, el Consejo, manifestó la licitud de desconectar las máquinas que sostienen la vida de un paciente en caso de muerte clínica del mismo. "Estas máquinas ayudan a los pacientes a respirar y a mantener el riego sanguíneo, pero si están muertos clínicamente y han perdido todos sus sentidos debido a un daño cerebral, no tiene sentido mantener el soporte de estas máquinas, debido además al alto coste que ellas suponen y al beneficio que pudiera tener para otros pacientes," señaló el Consejo. Igualmente reiteró que la clonación humana está prohibida y es ilícita completamente.<sup>525</sup>

#### ***11.4.2.4 – Hinduismo y Budismo***

Sobre muchos temas puntuales, tanto el Hinduismo como el Budismo no tienen una postura firmemente definida.

En Budismo presenta posiciones a favor y en contra de la "eutanasia". Generalmente no se recomienda producir la muerte de una persona, pero tampoco

---

<sup>525</sup> Consultado online: [www.musulmanesandaluces.org.htm](http://www.musulmanesandaluces.org.htm)

alargar su vida cuando ésta es dolorosa.<sup>526</sup> . En un sentido muy similar, el Hinduismo.

Estas religiones promueve el respeto por la vida, pero por sobre todo, la compasión. En este sentido, en relación a la muerte por piedad, se encuentra con la misma paradoja que el resto de la humanidad.

Como particularidad, podemos destacar que para ambas religiones el momento de la muerte juega un papel importante para la reencarnación venidera. Y, a criterio de algunos, esta puede ser afectada si al momento de morir la persona sufre un dolor intenso, y también si está inconsciente.

### ***11.4.3 – Breves consideraciones en cuanto al argumento religioso como base para la aceptación o negación de la muerte pía***

Cerraremos este apartado recogiendo algunas ideas en lo que hace a la fe en nuestra temática, en parte ya mencionadas y que se ampliarán luego; pero de manera dispersa.

- En un Estado liberal de corte laico la posición de la religión mayoritaria en cuanto a la *muerte pía* –así como a otras cuestiones- debe un valor limitado y no vulnerar nunca la libertad individual si su ejercicio no afecta a terceros.
- No corresponde entender que una conducta individual es aceptable sólo si está basada en motivos religiosos. Como lo ha entendido, según vimos, alguna jurisprudencia en relación a la negación de tratamiento médico. En un Estado liberal debe ser suficiente la no afectación de terceros y la justificación de la aptitud mental.
- Vinculado a lo antes dicho: las convicciones personales que no estén basadas en el dogma de un imperativo impuesto por una deidad o en otro elemento que se entienda constitutivo de una religión; son tan atendibles como las que se encuentran basadas en una creencia metafísica compartida.

Nos recuerda Dworkin:

...Un ateo puede tener convicciones sobre la importancia o significado de la vida humana que son tan generalizadas y fundamentales para su personalidad moral como las de un devoto católico, un judío, un musulmán, un hindú o un budistas. El

---

<sup>526</sup> Consultado online: <http://www.bibliomed.com/biblioteca/paho/derechos/i.pdf>

sistema de creencias de un ateo puede ocupar, en palabras de una famosa declaración de la Corte Suprema (de los Estados Unidos): “un lugar en la vida de su poseedor que es paralelo al ocupado por la ortodoxa creencia en Dios”...<sup>527</sup>

---

<sup>527</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 203.



## **12- LA MUERTE PÍA EN EL MARCO DE UN SISTEMA JURÍDICO LIBERAL**

### ***12.1- Introducción y planteo de la temática***

En este apartado daremos nuestra valoración sobre los argumentos antes mencionados en relación a la *muerte pía*. Nos expediremos sobre los costos y los beneficios que implicaría el no regularla como figura distinta del homicidio, el regular algunos casos como atenuaciones, o como figuras atípicas. E, incluso, regular el derecho a morir.

Pero ya no lo haremos en abstracto, basándonos sólo en consideraciones generalmente aceptadas como básicas, tales como el establecer –al menos- algún grado de valor a la vida, a la seguridad, a la dignidad, y a la autodeterminación. Sino que analizaremos las variantes de la *muerte pía* en consonancia con las pautas que establece el sistema jurídico liberal impuesto por la Constitución Argentina, y por otras cartas fundamentales análogas.

### ***12.2- El error en el interrogante***

Tal como adelantamos, el preguntarse cómo se valoran los distintos argumentos a favor y en contra de la *muerte pía*, y el intentar contrarrestarlos o sopesarlos, no basta de por sí para llegar a una solución legal que pueda entenderse como correcta o al menos, como aceptable.

En otras palabras: el interrogante no debe ser simplemente si es aconsejable o deseable regular la *muerte pía* en uno u otro sentido de los antes enumerados: como homicidio simple, como homicidio atenuado, como acto no punible, o como derecho del individuo. Sino: si es aconsejable o deseable regular la *muerte pía* en uno u otro sentido dentro del marco que otorga el sistema jurídico y el espíritu de la Constitución Nacional.

Si regulásemos para sociedades abstractas cuyos principios concretos desconocemos –más allá de los aspectos básicos generalmente aceptados por las sociedades civilizadas, que antes enunciamos-; o si las leyes fuesen hechas de manera dispersa cada cual en simple consideración de la voluntad mayoritaria, no tendríamos limitación alguna. Sin embargo, nuestro sistema jurídico es jerárquico, y se basa tanto en reglas como en principios. Y busca además ser consistente y coherente.

Decimos que nuestro sistema jurídico es jerárquico, porque cada norma debe adaptarse a otras que tienen mayor relevancia que ella. De este modo, una regla inferior no puede contrariar una superior. Si alguna regla sí lo hiciera, sería considerada o declarada *inválida*<sup>528</sup>. O, de una manera más simple, diríamos que *está equivocada* o que *no corresponde*.

Como ya señalamos, las regulaciones -tanto las legales como las constitucionales- se dan mediante *reglas* y mediante *principios*. Por lo tanto se deben seguir, para las leyes, no sólo las reglas que da la Constitución, sino también los principios que establece<sup>529</sup>.

A su vez, se busca que el sistema sea *consistente*. Esto quiere decir: que no exista contradicción entre las diferentes normas. Y, si existiera contradicción, esta tiende a solucionarse aplicando los principios de ley particular prima sobre ley general, ley posterior prima sobre ley anterior, y ley superior prima sobre ley inferior -el principio jerárquico antes mencionado-.

El sistema busca también ser *coherente*. Esto implica que de las diferentes regulaciones puedan extraerse pautas o criterios generales de valoración que señalen una línea de pensamiento.

En atención a todo esto, las opciones legislativas se ven drásticamente reducidas. Nótese, por ejemplo, que en la sección primera de este trabajo, indicamos que algunas soluciones legales no eran aceptables y debían quedar fuera de todo debate o consideración, atendiendo simplemente a principios básicos que en la actualidad son universales. En este sentido, entendimos que no se puede despenalizar la *muerte meramente eutanásica* -sin dolor-, ni la *muerte meramente por piedad*. Pues esto iría en contra del derecho de autodeterminación, pues un tercero decidiría qué hacer con nuestras vidas. Y vería atacado también nuestro derecho a ejercer la prerrogativa de vida, o, más concretamente, nuestro derecho a la vida. Lo cual es inaceptable.

---

<sup>528</sup> Nos limitamos a utilizar esta palabra atendiendo a su significado intuitivo, sin hacer ningún tipo de apreciación sobre las divergencias teóricas -y prácticas- en relación a su contenido.

<sup>529</sup> Sin querer puntualizar lo que entendemos por cada concepto, nos limitamos a seguir en esto a Juan Carlos Bayón. *Principio*, entendido como técnica legislativa distinta de las reglas. Caracterizado por aplicarse a un número indeterminado de situaciones, y por orientar la solución en vez de indicarla puntualmente. Conforme Bayón, Juan Carlos, *Principios y reglas, la legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*. Consultado online: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174677>.

Pero estos principios rectores, protectores de los bienes jurídicos y de los ideales constitucionales de cada Estado en particular, hacen que el tamiz sea aún más fino. Tanto en impidiendo que se realicen determinadas conductas que vulneran dichos bienes, como impidiendo que algunas conductas sean punibles.

### **12.3- El sistema liberal.**

La Constitución Nacional Argentina actualmente vigente, suscribe al llamado sistema liberal. Esta concepción de sociedad implica que en principio los individuos son libres para actuar según su voluntad, sus intereses y sus convicciones.

El Estado considera que los ciudadanos son capaces de razonar y valorar por sí mismos, y libres de pretender conseguir su bienestar en función de sus propias concepciones, sus propias ideas y sus propios proyectos.

El Estado puede limitarlos, obviamente, pero siempre justificando su conducta en el interés de otros individuos. O, incluso en intereses abstractos que repercuta de manera indirecta pero tangible en otros individuos –v.g.; medio ambiente-, pero siempre que esto no desdibuje la idea de libertad e individualidad.

Aquí se plasma la ya mencionada idea de Mill: el único fundamento válido para cohesionar a un individuo, es evitar que dañe a los demás. Y la de Rawls: corresponde que los individuos tengan la máxima libertad posible, compatible con la misma libertad en los demás.

También puede limitar el poder de decisión de algunos sujetos en particular, cuando objetivamente puede entenderse que no tienen las aptitudes psicológicas necesarias para razonar y decidir por sí mismos. En este caso, la limitación es en su propio beneficio. Pero estos casos están limitados a minusvalías claras en la capacidad intelectual del sujeto, y se circunscribe sólo a: menores, dementes, e incapaces en general. Como ya dijimos también, esto no contradice la idea de Mill.

Carlos Nino, vincula directamente la autonomía de la voluntad con la limitación del Estado. Al hablar de la filosofía liberal, dice:

...Este principio (*el de la autonomía de la persona humana*) prescribe que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes e vida individuales e ideas de

excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas par facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque perfeccionista, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales e excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana. De ahí la conocida postura liberal... de que el derecho debe sólo ocuparse de reprimir acciones que perjudiquen a terceros. John Stuart Mill decía al respecto:

*"...Tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de una persona afecta en forma perjudicial los intereses de otros, la sociedad tienen jurisdicción sobre ella, y la cuestión de cuándo el bienestar general será o no promovido interfiriendo con esa conducta queda abierta a discusión. Pero no hay lugar para considerar ninguna cuestión de ese tipo cuando la conducta de la persona no afecta los intereses de nadie aparte de ella misma, o no los afectaría si ellos no lo quisieran (siendo todas las personas afectadas de edad madura y entendimiento normal). En estos casos debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias" (en On Liberty).*<sup>530</sup>

Esas ideas del estado y del derecho liberal se reflejan ya en la Declaración de los Derecho del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional –Francesa-, de 1789<sup>531</sup>:

*Art. 4: La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otros: por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límite que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.*

*Art. 5: La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena.*

Del sistema liberal, se desprende a su vez cantidad de principios, considerados marco para nuestra regulación legal.

<sup>530</sup> Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 420.

<sup>531</sup> Adoptada por la Asamblea Constituyente del 20 al 26 de septiembre de 1789. Aceptada por el Rey –Luis XVI- el 5 de octubre de 1789.

Surge, por ejemplo la idea de derecho penal como *ultima ratio*: la verdadera necesidad de una norma penal, y la ausencia de otras soluciones posibles, para que esta pueda tener lugar.

Pero el principio sobre el que nos centraremos aquí, es el de *lesividad*, que se basa en la idea de *bien jurídico protegido* como necesaria para la existencia de una norma penal, como su fundamento. O, para citar a Zaffaroni, según el principio de lesividad:

...ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo.<sup>532</sup>

No pretendemos aquí, al hablar sobre los límites a la facultad punitiva del Estado, extendernos sobre este punto más de lo que consideramos necesario para nuestra exposición sobre *muerte pía*. Por lo tanto, nos restringiremos a citar el pensamiento de algunos autores.

Zaffaroni:

El primer párrafo del art. 19 de la CN consagra el más importante de los límites materiales que impone esa Carta ...: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*. Sus principales consecuencias pueden sintetizarse en que: (a) el estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral; (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.

...Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. Conforme a esta decisión por el estado moral (y al consiguiente rechazo del estado paternalista inmoral), no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse (ser lo que elija ser conforme a su conciencia)

Se ha dicho que *según la doctrina argentina el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos*. Con ello se consagra el concepto *personalista* del derecho, es

---

<sup>532</sup> Zaffaroni, Eugenio R., et. al., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 128.

decir, que éste debe servir a la persona y no a cualquier mito que la trascienda. Aunque no está probado que los proteja mediante el poder punitivo, no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no sólo está lesionando el derecho del penado sino también el del resto de los habitantes, al transformar el modelo de estado, pues una ley o una sentencia que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o peligra un derecho ajeno, es ilícita, y su antijuridicidad afecta a todos los que se benefician o pueden beneficiarse del respeto al ámbito de autonomía moral que establece la CN. Se trataría de un acto que lesiona el modelo de estado de derecho por el que opta la CN, que importa, sin duda, un derecho de todos los habitantes.<sup>533</sup>

Maier, en relación a la desincriminación de los comportamientos sociales desviados:

*(En ese rubro)* se inscribe la limitación de la reacción penal para el menosprecio de bienes jurídicos objetivamente reconocidos por un consenso general, la limitación de la utilización del poder penal del Estado sólo a ciertas formas muy claras de menosprecio la necesidad de afectar o poner en peligro concretamente ese bien jurídico, la exclusión de los hechos que no trascienden el ámbito privado del agente y el reconocimiento de algún ámbito ético propio para las persona humana, que le impide cumplir con ciertos deberes (objetivos de conciencia), aun cuando ellos estén reconocidos por el consenso general.<sup>534</sup>

Nuevamente citamos a Zaffaroni:

...para preservar el principio del *alterum non laedere* de Aristóteles y Ulpiano, sea necesario precisar –quizás un poco exageradamente– que bienes jurídicos son sólo aquellos cuya lesión se concreta en ataques lesivos a una persona de carne y hueso. Todo programa liberal de limitación del poder punitivo trató siempre de asentarse en la lesividad. No distan mucho los límites señalados por esta vía a lo largo de doscientos años. Humbolt escribía en 1792: *el estado, para garantizar la seguridad de los ciudadanos, debe prohibir o restringir todas aquellas acciones que se refieran de manera inmediata sólo a quien las realiza, de las que se derive una lesión de los derechos de los otros, esto es, que mermen su libertad o su propiedad sin su consentimiento o contra él, o de las que haya que temerlo probablemente;... Cualquiera*

<sup>533</sup> Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 126.

<sup>534</sup> Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 375.

*restricción de la libertad privada que vaya más allá o que se imponga por otros motivos distintos se sale de los límites de la acción del estado.*<sup>535</sup>

Asimismo, este autor, en otra obra:

El derecho puede ser *personalista* o *transpersonalista*. El primero es un instrumento o herramienta al servicio de la persona, entendida como ente que, por ser humano, está dotado de conciencia moral (ente autodeterminado capaz de decidir acerca de lo bueno y lo malo). El segundo está al servicio de un ente que está más allá de la persona (estado, dictadura del proletariado, seguridad nacional, raza superior, cuerpo social), de modo que la persona se sacrifica a este ídolo; es un derecho que niega a la persona.

Por ser el derecho argentino personalista, debe respetar ya garantizar al ámbito moral de todas las personas, lo que implica que no puede imponer una moral sino garantizar el espacio para el mérito moral. El derecho personalista garantiza un espacio de libertad para que la persona elija comportarse conforme o contra lo que su conciencia le indica y, con ello, actúe con mérito o demérito moral, virtuosa o pecaminosamente. El derecho transpersonalista pretende imponer una moral...<sup>536</sup>

Y Pazos Crocitto:

Nos apartamos de la soluciones transpersonalistas que visualizan a los bienes protegidos por el ordenamiento como bienes interpersonales, sociales; concibiendo en

<sup>535</sup> Zaffaroni, Eugenio, op. cit., pág. 129.

Al referir al consentimiento, Zaffaroni continúa en la misma línea de pensamiento:

“*Volenti non fit injuria*: frente al que lo acepta no tiene lugar ningún injusto. Fue la máxima que en el derecho romano negaba la inexistencia de entuerto cuando intervenía la propia voluntad del afectado. No obstante, este principio se oponía a otro del derecho público que proclamaba la voluntad imperial como fuente de la ley y que constituía la consigna de degradación del derecho republicano, que se fue resolviendo por la confiscación del derecho de la víctima y por la extensión absurda del *crimen majestatis*. La expropiación del conflicto en los siglos XIII y XIV retomó el principio imperial en contra de la víctima, lo que sólo en el siglo XVIII fue atemperado con el principio de ofensividad. Sin embargo, la posterior tarea de demolición del derecho penal liberal volvió a la carga con el principio imperial, argumentando que el interés público no podía quedar sometido a la voluntad de un particular, lo que llevó a rechazar la relevancia eximente de la aquiescencia. Esta reacción antiliberal implicaba la confiscación o estatización de todos los bienes jurídicos, es decir, que todos tendrían un único titular que sería el estado que, a su vez, se proclamaba titular de un pretendido derecho subjetivo o *jus puniendi* y, en último análisis, el mentado *jus puniendi* se erigiría en único bien jurídico. Esta pretensión es inadmisibles e incluso el concepto de *jus puniendi* no pasa de ser una racionalización legitimante de la *potentia puniendi*, que es lo único que existe en el mundo real. Lo contrario es claro paternalismo autoritario...” – Op. cit., pág. 498.

Analizaremos seguidamente la posición de este autor en relación al consentimiento para la propia muerte, que plantea una excepción a lo antes citado.

<sup>536</sup> Zaffaroni, Eugenio, et. al, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 250.

definitiva esto como la “lesión a un deber”. No es otra cosa que la protección de paradigmas morales socialmente aceptados, pero alejados de los intereses materiales individuales...

El reemplazo de la idea de bien jurídico, por el de violación del deber se produjo en las ideaciones de la ciencia penal nacionalsocialista.<sup>537</sup>

Dicen Castex y Soberano:

El principio de lesividad tiene la función de contener la *irracionalidad* del sistema penal, exigiendo la efectiva afectación de un derecho o interés de un tercero (bien jurídico), para habilitar la imposición una pena. Su violación tiene como consecuencia directa la “moralización” del derecho penal...<sup>538</sup>

Y Creus:

El *derecho penal liberal*, sin necesidad de ser estrictamente individualista, acentúa la protección del individuo frente a los excesos del *ius puniendi*, con grandes esferas de libertad inmarcesibles (principio de reserva) para el mismo legislador, que dejan fuera del alcance de la punibilidad los aspectos morales socialmente intrascendentes.<sup>539</sup>

El sistema liberal que adopta la Constitución Nacional, pues, conlleva una serie de pautas que no pueden ser desconocidas, bajo pena de incurrir en inconsistencias o incoherencias, y de modificar “desde abajo” el sistema de valores plasmados en la Carta Magna.

Dice Rey Martínez, según comenta Alonzo Álamo: *El problema penal de la eutanasia puede y debe ser abordado desde la Constitución*<sup>540</sup>

Si bien, en su caso, hace referencia al sistema jurídico español y la Constitución Española; lo mismo ocurre con el sistema argentino y la Constitución Argentina.

---

<sup>537</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio. *Análisis estructural de la “Teoría del Conflicto” y el Derecho Penal*, Fabián J. Di Plácido, Bs. As, 2007, pág. 265.

<sup>538</sup> Castex, Francisco y Soberano, Marina, *Un análisis de la afectación al principio de reserva a través de los delitos asociativos*, en “Las garantías penales y procesales”, Hendler Edmundo S. (Compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pág. 302.

<sup>539</sup> Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 15.

<sup>540</sup> Alonzo Álamo, Mercedes, *Sobre “Eutanasia y Derechos Fundamentales”*. *Recensión del libro de Fernando Rey Martínez*, consultado online: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r3.pdf>

### **12.4- El suicidio en el sistema liberal**

Desde la Edad Media –y, como ya vimos, en algunas civilizaciones, incluso desde antes-, el suicidio fue un delito. Según Durkheim:

La legislación civil se inspiró en el Derecho canónico, añadiendo penas materiales a las religiosas. Un capítulo de las ordenanzas de San Luis regula especialmente la materia: se hacía un proceso al cadáver del suicida ante las autoridades que hubiesen sido competentes para en el caso de homicidio de otro; los bienes del fallecido se sustraían a los herederos ordinarios e iban a parar al varón. Un gran número de costumbres no se contentaban con la confiscación, sino que prescribían, además, diferentes suplicios. “En Burdeos, el cadáver era suspendido por los pies; en Abbeville, se le arrastraba por las calles sobre unas andas; en Lille, si era un hombre, el cadáver, arrastrado de mala manera, era colgado; si era mujer, quemado”. Ni aun la locura se consideraba siempre como causa bastante. La Ordenanza criminal publicada por Luis XIV en 1670, codificó estos usos, sin atenuarlos mucho. Se pronunciaba una condena regular *ad perpetuam rei memoriam*; el cuerpo, arrastrado sobre unas andas, cara a tierra, por las calles y encrucijadas, era luego colgado o echado al muladar. Los bienes eran confiscados. Los nobles incurrían en degradación y eran declarados plebeyos. Se talaban sus bosques, se demolía su castillo, se rompían sus escudos. Poseemos todavía un decreto del Parlamento de París, acordado en 31 de enero de 1749, en conformidad con esta legislación.

Por una brusca reacción, la revolución de 1789 abolió todas esas medidas represivas y suprimió el suicidio de la lista de los crímenes legales.<sup>541</sup>

Actualmente, hay consenso general en que el suicidio, o su tentativa, no deben ser penados por el Estado.

No hay duda en que las razones para la impunidad son terminantes. Pueden resumirse así: a) si se ha consumado, falta el sujeto de la pena. Frente a un muerto, el derecho criminal carece de sujeto sobre quien descargar el castigo. Todas las medidas que pudieran tomarse sobre el cadáver (horca, mutilación, algún tipo de sepultura vergonzosa, exhibición y abandono, etc.), acusan un primitivismo que desconcierta; b) resulta imposible un delito contra sí mismo. En el suicidio, aún en grado de tentativa, se confunden el sujeto activo y el pasivo; en consecuencia, la figura delictiva adolece de una estructura arbitraria y afuera de toda lógica; c) el sentido y fin del derecho penal pretende evitar ciertos actos. Se

---

<sup>541</sup> Durkheim, Emile, *El suicidio*, Madrid, 1928, pág. 360.

sanciona para corregir y para desalentar. Quien consume su propia muerte ha hecho lo más grave, lo máximo inventado en orden a los castigos. Es remotamente previsible que por temor o miedo a la sanción penal no se suicide... En cambio, si se tratara de una tentativa, o sea, frente a la incriminación del intento, ello influiría en que se procurara perfeccionar los medios para evitar la frustración. Todo lo contrario de lo que se busca. El fracaso estaría castigado... d) las consecuencias sobre el patrimonio, los testamentos, etc., no harían más que hacer pagar a justos por pecadores. Los parientes y herederos se verían perjudicados por un acto que no les es imputable. Podría ser una manera de desheredar a quien no se quiere y destruir la legítima.<sup>542</sup>

Sin embargo, todas estas razones tan bien enumeradas por Cifuentes, son subsidiarias. O al menos, en un estado liberal, deben serlo. Un sistema legal que quisiera penar el suicidio podría establecer, por ejemplo, penas para el suicidio frustrado, consistentes en internamiento del individuo –nos referimos al individuo suicida pero no demente- en lugares especiales donde todo intento de suicidio sea detenido. Así, se lograría evitar un nuevo intento de suicidio, -medida penal como protección y rehabilitación-. Si se busca además un castigo: aquí el encierro parece incluso más duro que la muerte.<sup>543</sup>

Las penas patrimoniales, por otro lado, bien pueden desalentar el suicidio. Del mismo modo como los juicios civiles pueden continuar cuando el demandado muere, en vistas a cobrarse sobre la herencia; el Estado puede pretender cobrarse así la falta cometida. Y, en atención a la ley civil vigente, si alguien quiere suicidarse y desheredar, no necesita que la ley contra el suicidio le ayude: bien puede provocar un daño importante a la propiedad, confesar el hecho, y suicidarse. Y, en última instancia, el que la pena, como medida, no sea del todo eficaz –o incluso nada eficaz- para detener el suicidio, es simplemente una razón que puede llevar a dejarla de lado; pero jamás podría implicar una obligación del Estado para

---

<sup>542</sup> Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 266.

<sup>543</sup> Parece interesante aquí hacer una breve referencia al Código Penal de Honduras, que establece, en su art. 124, para quien intentó suicidarse una *medida de seguridad consistente en un adecuado tratamiento psiquiátrico*. Si la persona efectivamente padece una enfermedad mental, la medida tiende a su curación y protección, y es conforme derecho. Pero si la persona no tiene padece enfermedad alguna, obligarla a realizar un tratamiento psiquiátrico o cualquier otra medida contra ella, es una violación flagrante de sus derechos individuales en el marco del Estado liberal. Aunque pueda servir para evitar su suicidio posterior y también como un castigo ejemplificativo, que llame a otras personas a no internar atentar contra su propia vida –o al menos, a no fallar en su intento-.

dejar de aplicarla. Pues, como bien resalta Bouvier<sup>544</sup>, el que una norma no sea un medio adecuado en razón a sus fines subyacentes, no es una condición necesaria ni suficiente para que entienda que no corresponde que la norma exista.

La verdadera razón angular por la que no se pena el suicidio, -o al menos, por la que no debe pensarse-, es no existe vulneración a ningún bien jurídico protegido. Quien se suicida, renuncia a la protección de la ley. De este modo, el suicidio a nadie está afectando. Y en el marco de un sistema liberal, no puede haber pena sin afeción.

Cifuentes –que en su obra mencionada entiende que el suicidio está desvalorado por el sistema jurídico-, se ve obligado a reconocer que resulta imposible un delito contra sí mismo. Pero esto no es así por una mera identificación de sujeto activo y pasivo. El elemento clave allí es el consentimiento que acompaña al acto, que hace que la conducta ya no pueda ser punida. Incluso Zaffaroni, -contrario a la despenalización de la muerte a petición-, en su texto antes transcripto, reconoce que ese consentimiento –el dado por el individuo a sí mismo, para disponer de su vida-, es válido; pues el individuo es el titular del bien jurídico, y no la sociedad o el Estado.

Dice Ferri, citado por Levene:

... una vez que el individuo sale de la sociedad y decide quitarse la vida, aquella ya no puede imponerle ninguna obligación y deja de tener derechos sobre su persona; el sujeto escapa a esta mutua prestación de derechos y deberes. Nadie puede impedirle su separación, como nadie puede impedirle su muerte.<sup>545</sup>

En relación a la no intervención de frente al suicidio, Roxin, comenta el caso de una paciente que intenta suicidarse, y deja por escrito su pedido tendiente a que no se intente salvar su vida. Su médico llega a ella cuando todavía está viva, pero, en atención a su pedido, no interviene. Es acusado, pero es absuelto. Aunque la

---

<sup>544</sup> Bouvier, Hernán G. *Tenencia, consumo y ostentación de estupefacientes. Acerca del fallo "Arriola" de la C.S.J.N.* La Ley, Año LXXXIII, nro 229, 1/12/2009, Tomo: 2009-F. ISSN 0024-1636. pp. 4-6.

<sup>545</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 117.

sentencia se funda en que de haber sido salvada, la paciente hubiera quedado gravemente dañada.

Dice el maestro alemán:

La fundamentación de la sentencia ha encontrado, con razón, un amplio rechazo de la doctrina. Cuando el Tribunal Supremo Federal advierte que a menudo los suicidas no son responsables y que en el caso de que se les salve en buen estado rara vez se arrepienten de ello, sencillamente debe afirmarse, cuando sea reconocible una anomalía psíquica, un deber de tratar y socorrer al paciente. Pero éste no es el supuesto o, por lo menos, debe ser descartada con seguridad su similitud con el nuestro, dado que no hay motivo racional alguno que impida respetar la decisión autónoma del paciente también para el caso de suicidio. La desaprobación moral, la mayoría de las veces deducida por motivos religiosos, de una muerte libre que condujo inicialmente al Tribunal Supremo Federal al rechazo de toda decisión de suicidio, no puede asumirse en un Ordenamiento jurídico que no conoce en modo alguno de obligaciones morales o religiosas ...Existen indicios que permiten afirmar que, con el tiempo, también la Jurisprudencia se sumará a este planteamiento.<sup>546</sup>

En el mismo sentido, comentando el caso anterior, Donna, citando a Albin Eser, entiende que si no hay duda razonable en relación a la libertad y responsabilidad del suicida, debe respetarse su voluntad.<sup>547</sup>

Y, puntualmente, Muñoz Conde:

...parece... excesivo considerar que todo suicidio es producto de una enfermedad mental que anula la libertad y autonomía del suicida hasta el punto de convertirlo en un inimputable fácilmente manipulable por un tercero. El suicidio es, ciertamente, la consecuencia de una situación psíquica conflictiva, pero también una forma racional de respuesta a los problemas de la vida, un acto supremo de libertad.<sup>548</sup>

Y Jakobs, con una metáfora:

---

<sup>546</sup> Roxin, Claus, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. Consultado online: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)

<sup>547</sup> Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 61.

<sup>548</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*, *Doctrina Penal*, nº 38, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 257.

...quien estando en Inglaterra debe comportarse como persona de buenos modales, no por ese solo hecho deberá vivir siempre en Inglaterra. Por lo tanto, si es racional ser como persona, no por ello ha de ser también racional vivir o seguir viviendo.<sup>549</sup>

Está claro que aquí, no sólo no hay un delito por parte de quien se suicida, sino tampoco por parte de quien respeta esa decisión autónoma.

Un pensamiento equivalente realiza Garzón Valdez. Este autor dice que el razonamiento justificante del paternalismo, tiene que surgir de dos premisas: una incompetencia por parte del individuo a quien se intentará proteger –lo que él llama “incompetencia básica”, para distinguirla de otra “incompetencia relativa”: la que tienen los individuos sólo si se los compara con determinados sujetos que son más competentes para determinadas actividades (ejemplo: resolver problemas de matemática)-; y la otra: que el déficit causado por la “incompetencia básica” debe ser superado.

Si se admite esto, habrá que concluir que no está éticamente justificable interferir en los siguientes casos:

- a) cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación. Es el caso de quienes toman conciencia de su propia culpa y se convierten en jueces de ellos mismos como en los ejemplos de Edipo, Judas o Rascolnicov. La segunda alternativa es el caso de Werther o de Séneca cuando decía “En contra de todas las ofensas de la vida tengo siempre el refugio de la muerte”.
- b) cuando alguien que posee competencia básica prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad...
- c) cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás...<sup>550</sup>

<sup>549</sup> Jakobs, Günter, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 17.

<sup>550</sup> Garzón Valdés, Ernesto. *¿Es éticamente justificable el paternalismo?* – Doxa, n° 5, consultado online: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf)

Garzón Valdés considera que, por el contrario, son justificables obligaciones tales como la de utilizar cinturón de seguridad. Porque aquí, la persona presuntamente quiere vivir, y sin embargo no actúa razonablemente para eso.

No es nuestra intención entrar en esta polémica, pero consideramos que la distinción es arbitraria. Pues si bien esta situación no encaja en el supuesto “a”, bien puede hacerlo en el supuesto “b” que da el autor. La persona puede sentir placer en manejar sin cinturón de seguridad, -o gran molestia

En conclusión: en el Estado liberal, la no punición del suicidio no puede ser entendida como una simple cuestión de *política criminal* o *principio de oportunidad*.<sup>551</sup> Hay un mandato constitucional a respetar, que prohíbe al Estado penar esa conducta, y es razonable que así sea.

Morales Prats, comenta la tesis de Cobo/Carbonell en relación al suicidio:

...Para estos autores, lo que realmente está en juego en la polémica sobre la legitimidad o no del suicidio son las relaciones individuo-sociedad. Esto es, entender al individuo como un mero instrumento social, someter los derechos individuales a los colectivos, o bien asumir la máxima liberal kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo y que, por tanto "...bajo ningún concepto es susceptible de instrumentalización de clase alguna". Apuestan por lo segundo, e invocando la preeminencia del derecho a la libertad, solicitan el más absoluto de los respetos al principio de la autonomía de la voluntad. Con ello, se asienta un postulado de primer orden "... situar la libertad en la cúspide de los valores, asumir el criterio liberal de que todo ciudadano tiene derecho a hacer cuanto quiera, incluso a morir, sin mayores limitaciones que las derivadas de la libertad ajena, y por encima de prejuicios culturales o ético-sociales de cualquier índole".<sup>552</sup>

En la misma línea de pensamiento Jakobs, ligando las ideas de no imposición de ética por parte del Estado y prohibición de obstaculizar un suicidio:

---

en utilizarlo- y valorar ese placer por sobre el riesgo que eso implica para su vida. O, dicho de otro modo, puede valorar su vida, pero no tanto como para soportar la molestia del cinturón para prevenir el mínimo riesgo de muerte que eso le ocasiona.

Entendemos, que por el contrario, la única justificación que tiene la obligación de utilizar el cinturón de seguridad, es evitar el desperdicio de recursos públicos –médicos-, atendiendo lesiones que son prevenibles. Solamente desde este punto de vista la obligación es compatible con el sistema que sostiene la Constitución Argentina.

<sup>551</sup> Como, según Donna, sostienen, por ejemplo Cerezo Mir, Mir Puig y Romeo Casabona. - Conforme Donna, Edgardo A., op. cit., pág. 200.

<sup>552</sup> Morales Prats, Fermín, *Del homicidio y sus formas*, en "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Gonzalo Quintero Olivares (Editor), Pamplona, 1996, pág. 55.

En el derecho español, Cobo y Carbonell defienden que "el suicidio debería aparecer como un fenómeno normal, como una decisión a la que todo hombre tiene derecho". La libertad debe situarse en la cúspide de los valores. La vida no deseada por su titular es no tiene relevancia constitucional. De allí que sostengan la inconstitucionalidad de la punición de la ayuda al suicidio. - Conforme Juanetey Dorado, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pág. 346.

...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 eticidad.

De este modo, queda claro que el estado ya no dispone del material con base en el cual puede enjuiciarse un suicidio. No puede enjuiciar si un suicidio es racional o irracional...

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 un deber de construir un mundo en común...<sup>553</sup>

Donna manifiesta que el legislador argentino entendió que de acuerdo al art. 19 de la Constitución Nacional, no puede ser delito el quitarse la vida ni su tentativa.<sup>554</sup>

Y dice Silvestroni:

Queda claro que el suicidio es, desde la óptica de la moral institucional, una conducta moralmente admisible. Por eso la punición de su tentativa, o la sanción de su consumación, sería una prohibición ilegítima. Este criterio moral ha sido receptado por nuestro ordenamiento penal...<sup>555</sup>

En el mismo sentido, de manera sintética y clara, Cortázar:

El Código Penal no castiga el suicidio ya que de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional, se trata de un ámbito en el cual el Estado no debe ingresar, pues la decisión de vivir o no es un acto propio de la conciencia humana.<sup>556</sup>

## **12.5- El homicidio pío en el Estado liberal**

<sup>553</sup> Jakobs, Günter, op. cit., pág. 19.

Al hacer referir a la constitución, la autora remite a la Constitución Colombiana.

<sup>554</sup> Donna, Edgardo A., op. cit., pág. 200.

<sup>555</sup> Silvestroni, Mariano H., *Eutanasia y muerte piadosa*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, número 9, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 565.

<sup>556</sup> Cortázar, Graciela, *Los delitos contra las personas*, Ediuns, Bahía Blanca, 2008, pág. 21.

En relación al *homicidio pío* –es decir: la *muerte pía* que una persona da a otra- el sistema liberal, bien entendido, da también pautas muy claras.

Como ya hemos repetido, en primer lugar, indica que es necesario penar de alguna forma todas las muertes dadas a otros sin su consentimiento. Pues esto va en contra de la libertad de quien muere. Por lo tanto no podría tener cabida la despenalización de la muerte meramente eutanásica o meramente por piedad.

Sin embargo no ocurre lo mismo en relación a la muerte *a consentida*, especialmente en su variante *a petición*. Aquí valen los mismos argumentos que para el suicidio. En el sistema liberal cada individuo decide qué hacer con su vida siempre que no afecte a otros. Y esta gama de posibilidades implican el decidir abandonar la vida.

Tal como habíamos dicho el único objetivo válido para limitar a un sujeto es el derecho de otro sujeto. De allí que no sean aceptables las acciones coercitivas tendientes a lograr lo que el Estado o la sociedad entienda beneficioso para una persona más allá de su propia valoración, o la imposición de una moral determinada.

Si el sujeto a quien se pretende proteger, en el pleno uso de sus facultades, renuncia a esta protección –y puede renunciarla sin ningún inconveniente, pues está ejerciendo su libertad sin dañar a nadie- ; nada tiene que hacer allí el Estado.

Todos los bienes jurídicos individuales son renunciables por su titular. Decir lo contrario, implica afirmar que en verdad el individuo no es el titular del bien, y que el titular es el Estado o la sociedad. El Estado o la sociedad son titulares de algunos bienes jurídicos –fe pública, salud pública, seguridad pública, el tráfico probatorio,...-, y en razón de ellos, por ejemplo, no pueden consentirse delitos tales como la falsificación de documento o la usurpación de estado.<sup>557</sup> Pero, como ya hemos visto, la titularidad pública no es aceptable en relación a la vida individual, en nuestro sistema. Porque la afectación de ese bien se concentra en el individuo y no en terceros.

El Código Penal, es muy claro al establecer, en el Título I de su Libro Segundo; que el homicidio – delito contra la vida, según el Capítulo I-, así como otros tantos

---

<sup>557</sup> Véase, por ejemplo, Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 527.

delitos, son *Delitos contra las Personas*. No “*contra el Estado*”, ni “*contra la sociedad*”, ni “*contra la moral*”, “*...la religión*”, “*...las costumbres*”, etc.

Sobre esta cuestión volveremos, al expedirnos puntualmente sobre la postura que la Constitución Nacional manda a adoptar en relación a la *muerte consentida*.

Al hablar del consentimiento –que no es sino la renuncia a la protección jurídica-, Zaffaroni reconoce que las “garantías legales” –que hacen que algunos bienes no puedan ser disponibles por su titular-, son verdaderas limitaciones. Pero, sorprendentemente, entiende que la Constitución ampara esta actitud, con el fundamento que determinados actos son incomprensibles y por ser incomprensibles deben entenderse como no válidos:

Es claro que el sujeto de la aquiescencia debe ser el titular del bien jurídico y, en caso de bienes de sujeto plural, quien la otorga sólo podrá hacerlo en la medida en que con ello no impida la disponibilidad de otro titular. Uno de los problemas más complejos se plantea en el tipo de homicidio. Dado que se trata de casos de disposición radicalmente extremos del bien jurídico, la ley rodea la disposición de garantías que en el fondo son limitaciones, pero cuya validez constitucional no es cuestionable: tratándose de situaciones en que normalmente es incomprensible la conducta del sujeto, la ley opta por excluir la validez del consentimiento respecto de cualquier otro que no sea el titular del bien jurídico. De allí que no resulte contradictoria la tipificación de la instigación y ayuda al suicidio. Esto no excluye que, en algunos casos, la conducta no resulte tan incomprensible y, por ende, el consentimiento opere como atenuante.<sup>558</sup>

Como resulta evidente, la sociedad – la moral pública-, determinan qué es comprensible y qué no. Es decir: se somete al individuo adulto a un paternalismo estatal, que reduce su libertad y le convierte en un perpetuo infante obligado a fundamentar y justificar sus decisiones ante un tribunal público, aunque ellas a nadie dañen.

Nada más alejado de la letra y del espíritu de la Constitución Nacional.

---

<sup>558</sup> Zaffaroni, Eugenio R., et. al., *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 502.

Solamente –reconoce Zaffaroni- se permite que el mismo individuo, y no un tercero, disponga del bien jurídico propio.<sup>559</sup> Lejos de no ser una contradicción, esa posibilidad que brinda la ley actual es una concesión que enmascara el absurdo antes mencionado.

Y la contradicción se hace por demás evidente al llevarse al extremo la idea de “bien disponible pero sólo en manos de su titular” y penar la ayuda al suicidio, con lo cual –como ya vimos- se tiene una participación punible en un hecho atípico.

Cifuentes, quien, como vimos, entiende que el suicidio no es un derecho sino sólo una libertad fáctica, señala:

Es inaceptable ese criterio que crea la paradoja de un derecho al ser y al no ser. El de vivir, personalísimo, es indisponible. Altas razones de moral, comunidad y orden se oponen a que la persona tenga la potestad de destruir su vida.<sup>560</sup>

Entendemos que su error es manifiesto: Por un lado, el derecho, entendido como *derecho subjetivo*, es una facultad. Esto implica que, conforme él, está permitido hacer, y está permitido también no hacer. Si estuviese permitido hacer y prohibido no hacer – permitido vivir y no permitido no vivir-, la vida, para el sujeto, no sería ya solamente un *derecho*, sino una también una *obligación*.

Y la vida es un derecho, no una obligación. La única obligación es la contrapartida de ese derecho y es para los terceros: la obligación de respetar ese ejercicio del derecho –vivir- mientras su titular quiera ejercerlo. Deseo que se presume salvo prueba en contrario.

Dice López Díaz:

La vida es un derecho, nadie puede privarme de él legítimamente contra mi voluntad pero yo puedo libremente elegir entre la vida o la muerte, de la misma manera como puedo optar por quedarme quieto como una manera de ejercer mi libertad de locomoción. Si alguien cree, en virtud de la religión o filosofía que profesa, que vivir es una obligación, cualesquiera que sean las condiciones en que se vida transcurra, es sin duda alguna una creencia legítima, pero no es razón para que el Estado se la

<sup>559</sup> En el mismo sentido, Donna menciona la opinión de Bustos Ramirez y Queralt Jiménez. “La idea básica es que (la vida) es un bien disponible para el titular, pero para terceros el Estado tiene obligación de hacerla respetar.” – Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 200.

<sup>560</sup> Cifuentes, Santos. op. cit., pág. 270.

imponga coercitivamente a quienes no la profesan. Cada persona le puede reclamar al estado un ámbito de libertad para vivir su vida moral plena, pero no le puede exigir que le imponga a todos los demás como deber jurídico lo que ella vive como obligación moral. Como la vida constitucionalmente está consagrada como un derecho y no un deber, su titular puede legítimamente seguir viviendo o disponer que cese su curso vital...<sup>561</sup>

Por otro lado: las ideas de *comunidad* y *orden*, así expresadas por Cifuentes, son ambiguas. Y corresponde aclarar que no se están refiriendo a cuestiones que hagan a la conservación o a la seguridad de la sociedad, o que repercutan directamente en las personas que la componen. Sino que las ideas de comunidad y orden, en ese contexto se vinculan a la imposición de una ética o moral pública por vía de la fuerza.

No hay una verdadera amenaza a la sociedad.

Sin querer entrar en profundidad en este tema, nos limitaremos a hacer referencia al análisis de H. Hart<sup>562</sup>, en palabras de Nino: Lord Patrick Devlin, entendía que la moralidad de una sociedad constituía un aspecto esencial de su estructura y que en consecuencia la sociedad está autorizada a defenderse contra los actos que ataquen esa moral social.

...Hart sostiene fundamentalmente: a) que si bien puede definirse "sociedad" de tal modo que ella deba tener una moral, no hay por qué identificar a la sociedad con cierta moral: la moral de la sociedad puede cambiar sin que esta se destruya; b) que Lord Devlin no presenta prueba empírica alguna de que las modificaciones en los hábitos morales de la gente haya conducido a la desintegración de alguna sociedad; c) que este tipo de posiciones encubren una confusión entre democracia y "populismo moral", o sea la doctrina que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar sino cómo los demás deben vivir.<sup>563</sup>

En lo que hace a la *moral pública*, ésta no puede ser afectada cuando no se dañen bienes de terceros. Pues mientras esto no ocurra la acción permanece en el ámbito de lo privado.

---

<sup>561</sup> López Díaz, Claudia, *Acciones a propio riesgo*, Revista Cenipec, 25.2006, consultado online: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23558/2/articulo5.pdf>

<sup>562</sup> Citamos por nuestra parte: Hart, H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, Dykinson, Madrid, 2006.

<sup>563</sup> Nino, Carlos S. *Introducción al estudio del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 426.

...no es la moral pública la que debe delimitar el concepto de acción privada sino que, por el contrario, es el concepto de acción privada el que debe precisar los alcances de la moral pública...<sup>564</sup>

En cuanto a la moral, dice este autor:

Si bien la moral no puede ser un bien jurídico penalmente tutelado, sí puede serlo el sentimiento moral de un sujeto, por lo que puede prohibirse penalmente la afectación de dicho sentimiento contra su voluntad.

Esto presenta un interesante problema: imaginemos que un sujeto "A" alegue que una acción privada de otro "B" (consistente en, por ejemplo, quitarse su propia vida- la de "B"-) afecta su sentimiento moral. Imaginemos que "B" también alegue que el sentimiento moral de "A" –consistente en sentirse afectado por la acción de "B"- afecta su propio sentimiento moral.

Se genera una paradoja en razón de que dos sentimientos morales en principio dignos de tutela, son incompatibles entre sí. La protección de uno afecta al otro y viceversa. La única solución adecuada (en un marco de respeto a la privacidad y para no desnaturalizar la garantía que implica la concepción de bien jurídico como límite al poder) es que ambos sentimientos morales se neutralicen.<sup>565</sup>

Núñez y Soler entienden que el consentimiento para disponer de la propia vida no es válido, dado que la tutela penal obedece a un *interés general*.<sup>566</sup> Pero no explican en qué consiste ese interés general, más allá del mero cumplimiento de la letra de la ley. Ni por qué tiene una entidad tal que lo hace –a su criterio- primar sobre la voluntad del dueño del bien jurídico supeditando la misma existencia de éste a un fin social.

Creus, entiende que la vida no puede ser un bien disponible porque su afección trasciende el bien jurídico individual y afecta *intereses sociales de otro orden*<sup>567</sup>. Ante esto replicamos que en una sociedad cualquier decisión de una persona en relación a un bien o un derecho propio afecta a terceros: desde la iniciativa de un hombre de promover su divorcio, o renunciar a su trabajo, hasta la opción de

<sup>564</sup> Silvestroni, Mariano, op. cit., pág. 564.

<sup>565</sup> Silvestroni, Mariano, op. cit., pág. 563.

<sup>566</sup> Conforme Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1961, pág. 420. Y Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 375.

<sup>567</sup> Conforme Creus, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 6 y 311.

vender su auto o donar todos sus bienes. Por lo tanto el hecho de que la disposición tenga repercusión en terceros no puede ser un argumento válido para impedirla.

En cuanto a los *intereses sociales de otro orden*, son asimilables a las *altas razones de moral, comunidad y orden* que menciona Cifuentes. Tienen la misma vaguedad, y conllevan la misma referencia implícita a valores morales que parte de la sociedad intenta imponer por vía del derecho.

Dona, por su parte, considera que *el límite de esta libertad, de esta autonomía de la voluntad, reside en las reglas sociales*. Siguiendo a Jescheck, señala que en algunos casos la acción típica no se dirige contra la voluntad del sujeto, *sino que el objeto de la acción previsto en el tipo tiene además un menoscabo, ya que el hecho también tiene un significado social*.<sup>568</sup>

Su posición implica consagrar la idea de que el bien jurídico vida tiene otro titular distinto del individuo: una entidad transpersonalista: sociedad, Estado, o deidad.

En este sentido, Levene, comenta que para Vannini, en la muerte consentida, no se lesiona un interés individual sino uno estatal, público o demográfico. Para Maggiore, se lesiona un *interés ético-religioso*. En ambos casos, el sujeto pasivo de la acción es el Estado.<sup>569</sup>

En esta línea de pensamiento –que sigue también la idea de *derecho al ser y derecho al no ser* de Cifuentes-; se ha pretendido distinguir el *derecho a la vida*, del derecho *sobre la vida* y decir con esto que la persona tiene un derecho a vivir y a que su vida sea respetada, pero no a disponer de ella.<sup>570</sup>

Esta distinción artificial, si bien resalta la idea correcta de que la persona tiene el derecho de vivir, encubre sutilmente la idea de que la vida individual de la persona no es en verdad suya, sino que tiene otro dueño en función del cual la persona tiene el deber de conservar su vida y de seguir viviendo.

La situación análoga es contemplada por el derecho civil en relación a los tenedores de una cosa de la que no son propietarios. Estos pueden defender la cosa –por la legítima defensa, y por algunas vías que les da la ley cuando son desamparados-, pero no disponer de ella. En cambio, el verdadero dueño de la

---

<sup>568</sup> Conforme Donna, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 174.

<sup>569</sup> Levene, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 123.

<sup>570</sup> Conforme Rivera, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 40.

cosa, puede defenderla –lo que se llamaría en esta metáfora derecho *a mantener la cosa-*, y también disponer de ella –*derecho sobre la cosa-*.

En una concepción religiosa del derecho, es aceptable concebir que dueño de la vida humana es Dios, y que la persona es sólo un tenedor, que derecho a defenderla en nombre de Aquél, pero no a hacer disposición de ella. En una concepción totalitaria del derecho, se puede receptar la idea que el dueño de la vida de cada individuos es el Estado o la sociedad. Pero en un derecho moderno, liberal, personalista y respetuoso de los derechos particulares, el único dueño de la vida es el individuo mismo, que tiene el derecho a vivirla y defenderla pero también derecho a disponer de ella siempre que, como ya vimos, no afecte a terceros.

Precisamente porque la vida es un *derecho*, es puede ser ejercido o no.

Roxin entiende que:

...la creación de tabúes respecto de cualquier muerte de un tercero no justificada por legítima defensa consolida el respeto por la vida humana y sin duda alguna contribuye con ello a la protección de este supremo bien jurídico.<sup>571</sup>

Mas incluso aceptando la veracidad del enunciado, no se desprende de él que la creación de dicho tabú sea de una relevancia tal que justifique con ello el atropello a la libertad individual.<sup>572</sup>

Jakobs, por su parte, apunta que quienes se valen de este argumento no explican por qué, por ejemplo, el tabú no puede ser referido sólo al homicidio propiamente dicho.<sup>573</sup>

Ramón Sampedro, -tetrapléjico crónico- sin ser jurista ni político, acusa –con el enfado propio de su situación- de autoritarismo al sistema que no le permite conseguir su muerte:

---

<sup>571</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 529.

<sup>572</sup> Se podría debatir incluso hasta qué punto la creación de tabúes es beneficioso para la sociedad. Máxime, en una sociedad democrática. Y en relación a cuestiones ineludibles y cotidianas, consustanciales al ser humano, tales como la muerte.

<sup>573</sup> Conforme Jakobs, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 49.

Dejando a un lado el origen y la génesis de la especie (*humana*), mi vida pertenece a esa especie, pero antes me pertenece a mí como individuo celular de ese grupo. El grupo dominante de esa especie puede negarme la libertad de mi muerte voluntaria si con mi acto pongo en peligro a la especie misma, o a la vida y la libertad de algunos de sus individuos. Pero yo no atento contra ninguno de estos dos principios con la acción de poner término a mi vida.

¿Entiendes por qué se me niega ese acto de libertad, de respeto y amor por mí mismo...? La respuesta es obvia: por mantener el principio de autoridad, no por amor y respeto a la vida, a la especie o al individuo.

De este modo nunca me han respetado. Mi raciocinio y mi conciencia pasarán de la vida a la muerte siendo esclavos de otras conciencias. Habré padecido la más atroz e inmoral de las esclavitudes sólo porque a mis amos les habrá convenido políticamente. En su momento abolieron la esclavitud de los cuerpos, pero, al parecer, le tienen mucho más miedo a la libertad de conciencia.<sup>574</sup>

Y Dworkin:

Insistimos en la libertad porque valoramos la dignidad y ubicamos en su centro el derecho a ejercer la libertad de conciencia, de forma que un gobierno que la niega es totalitario, sin importar cuál sea el grado de libertad que nos deje en elecciones menos importantes. Porque honramos la dignidad, reclamamos democracia, a la que definimos de tal modo que entendemos que una constitución que permita que la mayoría restrinja la libertad de conciencia es enemiga de la democracia y no su manifestación. Cualquiera que sea la opinión que adoptemos en relación (a)... la eutanasia reivindicamos el derecho de decidir por nosotros mismos y, por consiguiente, debemos estar dispuestos a insistir en que cualquier constitución honorable, cualquier constitución genuina que se sustenten en principios garantizará ese derecho para todos.<sup>575</sup>

Lo que parece generalmente entendido en doctrina, en relación al suicidio, ha resultado misteriosa e inexplicablemente turbio en relación a la muerte *a petición*. Y es evidente que no hay diferencia substancial alguna entre el suicidio y la muerte a petición –y mucho menos entre el suicidio sin ayuda y el suicidio asistido-. Pues en todos los casos quien va a morir es quien dispone de la acción. Quien va a morir maneja los hechos. Quien va a morir renuncia a la protección de la ley en relación a su propia vida. Renuncia al derecho que tiene a vivir. Y a nadie afecta: ni a los

<sup>574</sup> Sampedro, Ramón. *Cartas desde el infierno*, consultado online: <http://www.scribd.com/doc/7807992/Sampedro-Ramon-Cartas-Desde-El-Infierno>

<sup>575</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 313.

otros individuos de manera directa, ni de manera indirecta por medio de daño a la sociedad.

Silvestroni plantea una diferencia entre el suicidio –al que reconoce como moralmente admisible y no susceptible de ser prohibido legítimamente-; y la muerte a petición.

Entiende que:

...la moralidad institucional del suicidio no impide rodearlo de garantías, a los efectos de asegurarse de la seriedad y existencia del consentimiento.

Una forma... es requerir de quien decide suicidarse que lo haga por propia mano en todos sus aspectos, prohibiendo penalmente la ayuda al suicidio y negando eficacia eximente al consentimiento de la propia muerte. Ello por cuanto la exteriorización de la voluntad de realización de una conducta, es la manifestación más acabada de la intención de llevarla a cabo. Estamos más seguros de que un sujeto quiere realmente matarse cuando lo hace por sí mismo que cuando lo encomienda a otro.<sup>576</sup>

Similar es el parecer de Jakobs. Para este autor el homicidio a petición no es un delito contra la persona. Su punición radica en intentos de evitar apresuramientos en el tratamiento de la propia vida.<sup>577</sup> *Es un delito de peligro abstracto.*<sup>578</sup>

Pero este autor es más moderado al aceptar que la protección paternalista tendiente a evitar el apresuramiento en la decisión sobre vida *pierde su justificación, a más tardar, cuando de la situación objetiva se deriva que la voluntad de morir tiene fundamentos que son, cuando menos, aceptables.*<sup>579</sup>

No compartimos la apreciación de Silvestroni ni la regla general de Jakobs.

---

<sup>576</sup> Silvestroni, Mariano H., op. cit., pág. 566.

Una visión análoga tiene Rey Martínez en cuanto entiende que *en orden a garantizar con la mayor intensidad posible el libre consentimiento del enfermo, es claramente preferible la solución del suicidio asistido que la de la eutanasia.* – Conforme Rey Martínez, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 78.

<sup>577</sup> Conforme Jakobs, Günter, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 24.

<sup>578</sup> Conforme Jakobs, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 53.

<sup>579</sup> Conforme Jakobs, Günter, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 29. También Jakobs, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 67.

No es correcto entender que quien realiza por sí mismo un hecho, lo hace siempre más convencido de su decisión que aquél que manda a realizarlo por medio de un tercero.

Un suicidio bien puede llevarse a cabo en un arrebato de ira. En cambio, si se exige para la muerte a petición determinada formalidad solemne en el otorgamiento del consentimiento –tal como entendemos que corresponde exigir, según veremos luego-; el mero cumplimiento de ese requisito obligará que la decisión de quien quiere morir sea tanto o más meditada.

Por otra parte, es cierto que en algunos casos el impulso suicida se agota por retomar el individuo la calma y la muerte no se concreta por no haber contado con elementos materiales para su realización. Pero no es menos cierto que el cumplimiento de los requisitos citados para el consentimiento –sumados al dar con un individuo dispuesto a materializar la muerte-, impliquen una complejidad menor que aquélla que tiene el suicida en procurarse los medios para su muerte.

En razón de lo dicho, no puede el Estado pretender defender el derecho a la vida renunciado, ni en nombre de quien lo renunció –pues lo contrario importaría un menosprecio a la libre renuncia y un paternalismo manifiesto-, ni en nombre propio o de la sociedad en general –porque, como ya vimos, los bienes jurídicos son individuales y no concernientes al Estado o a toda la sociedad-.

La presunción del deseo de vivir, entendida *iure et de iure* –tal y como la defiende Zaffaroni-, que hace nula esa renuncia – a modo de concesión a la razón: a menos que el individuo mismo ejecute su muerte-, es una muestra clara de paternalismo.

En palabras de Cobo del Rosal:

... ni desde una ética ni desde un derecho que antepongan la libertad a todo lo demás debe negarse el derecho al suicidio. Una vez aceptado este derecho, habrá de hacerse extensivo a las diferentes formas de participación: auxilio, inducción y ejecución del suicidio ajeno. Sólo así habremos afirmado la no instrumentalización de la persona; sólo así habremos dado su verdadero e íntimo sentido al término *libertad*, y sólo así estaremos otorgando al ser humano toda la dimensión que su dignidad como persona merece.<sup>580</sup>

---

<sup>580</sup> Cobo del Rosal, M. y Carbonell, Mateu J., *Delito contra las personas. Auxilio e inducción al suicidio*, en “Derecho Penal Parte Especial”, Vives Antón (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 555.

Sambrizzi considera que

La eutanasia conlleva anexa una concepción utilitarista del hombre, al que considera como una especie de hombre-cosa, al que se puede instrumentalizar para el logro de fines extrapersonales, lo que es contrapuesto a la concepción personalista de la persona humana, que le confiere al hombre un valor por sí mismo, en razón de la dignidad ínsita a todo ser humano por ser tal...<sup>581</sup>

Entendemos exactamente todo lo contrario. La penalización de la muerte *a petición* –como variante de la muerte consentida que plasma con más fuerza la voluntad-, es la expresión legal que se condice con una visión utilitaria del hombre: el hombre que tiene un deber de existir, pues se lo impone la sociedad o el Estado, siendo indiferentes sus propios pensamientos, sus propios deseos, sus propios valores, sus propios sentimientos. El hombre que tiene un deber de mantenerse en este mundo, para servir a fines exteriores a sí mismo, que le obligan a ello y que no tienen respeto alguno por su condición de ser racional y libre. El hombre que debe vivir para servir a propósitos sociales en los que no quiere participar; fundamentalmente, en ayudar a perpetuar una concepción moral que no comparte.

Si bien la muerte de un hombre a manos de otro hombre, en el sentido material, indudablemente siempre es un homicidio –muerte dada a un hombre-; cuando la muerte se dio con consentimiento del occiso, el derecho debe dejar de asociar ese homicidio con un crimen. Del mismo modo que siempre que se quita una cosa de la esfera de custodia de su dueño, en el sentido material estamos frente a un desapoderamiento; pero no todo desapoderamiento es delito. Sólo cuando esa quita fue sin consentimiento decimos que debe intervenir el derecho penal porque ha habido un hurto o un robo.

En consecuencia: para respetar la jerarquía y la congruencia del sistema jurídico, la muerte a petición debe entenderse como no punible. En función del argumento de la autonomía de la voluntad y de la limitación a la intervención estatal. Los dos argumentos, de por sí, podrían ser discutidos. Pero lo que está claro es que son

---

<sup>581</sup> Sambrizzi, Eduardo A., *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 3.

impuestos por el sistema liberal y el sistema liberal es el marco de nuestro sistema jurídico.<sup>582</sup>

Obviamente podríamos cambiar el sistema liberal y construir un sistema semi-liberal, un sistema paternalista, o un sistema directamente autoritario. Entre las últimas dos variantes cabe, por ejemplo, un sistema teocrático.

El hacer este cambio crearía obviamente un orden jurídico diferente. No analizaremos aquí si sería un sistema mejor o peor, o si cabe hacer un juicio absoluto sobre ello. Nos limitamos a decir que es una opción, y que entendemos que, como la mayoría de las opciones, tiene sus ventajas y sus desventajas. Pero por lo pronto, nuestro sistema jurídico es liberal, y corresponde legislar conforme ello o bien modificar la Carta Magna por las vías que ella misma instaura a tal efecto.

Como ampliaremos luego, no corresponde distinción alguna entre individuo enfermo o sano, entre muerte por suicidio y por mano de un tercero, entre muerte eutanásica y no eutanásica, entre muerte por piedad y no por piedad. Sólo se debe tener la certeza de la capacidad mental de la persona que pide su muerte, y de la veracidad y seriedad de su pedido. El Estado sólo puede regular para garantizar que se den esas dos condiciones en las muertes impunes.

Como ya hemos adelantado al hablar del consentimiento como elemento de justificación de la conducta típica de homicidio, mientras que el Estado no regule de manera especial algún modo de acreditación del consentimiento dado para la muerte propia; el consentimiento prestado, acreditado conforme el modo ordinario

---

<sup>582</sup> Si bien la posición de Pazos Crocitto es que la eutanasia debe representar un espacio de libertad, una *adiaphoria* (i.e. un espacio no regulado jurídicamente) –conforme Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 107-; podemos recoger sus palabras en relación al consentimiento referido al homicidio: “...no es posible soslayar la relevancia constitucional que posee el problema que nos ocupa. Así, el apoyo constitucional fluye del art. 19, donde se concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar y de su propio cuerpo, la convivencia humana organizada por nuestra Carta Magna es la de atribuir al individuo un señorío sujeto a su voluntad y dicha facultad impone la de reaccionar contra los impedimentos que conlleva la de oponerse a todo propósito por torcer aquélla. ...El artículo 19 de la Constitución Nacional protege jurídicamente un ámbito de autonomía de la voluntad constituida por los sentimientos, hábitos, costumbres, etcétera, reservadas al propio individuo y donde el Estado no puede interferir en tanto la decisión personal no viole derechos de terceros. Se impone de este marco conceptual el derecho a ser dejado a solas que sirve de fundamento a lo antedicho.” - Pazos Crocitto, José I. (Director), *Código Penal de la República Argentina, Parte Especial*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2009.

de prueba, debe bastar para que el juez, a la luz de la Constitución, entienda que la acción típica “homicidio” no es antijurídica.

El juez es el encargado de velar por los derechos de las minorías, en atención a las garantías que les brinda la Constitución, contra el avasallamiento proveniente de una mayoría. Por ejemplo, de una mayoría en el ámbito moral. Y si esas mayorías regulan contrariando la Constitución y tipificando conductas que ésta les impide tipificar; el juez es el poder público encargado de declarar esas normas penales inválidas.<sup>583</sup>

### **12.6- La regulación del Estado como límite a la potestad para pedir la muerte**

Alonso Álamo recoge cuatro modelos constitucionales en relación a la “eutanasia” –entendida fundamentalmente como nuestra “muerte a petición”-; elaborados por Fernando Rey Martínez.<sup>584</sup>

El primer modelo es la “eutanasia” constitucionalmente prohibida, que protege la vida de forma absoluta y se vincula a la ideología conservadora.

El segundo es el de la “eutanasia” como derecho fundamental, que entiende que el existe un derecho del titular de la vida a disponer de ella. Se opone radicalmente al modelo anterior.

El tercero refiere a la “eutanasia” como una libertad constitucional que es legislativamente limitable. En principio existe libertad para disponer de la propia vida. Pero el legislador, tiene la facultad de permitirla legalmente, o no hacerlo en intención a intereses públicos, como por ejemplo, el evitar abusos.

En el cuarto modelo, no existe una libertad constitucional a disponer de la propia vida, pero en atención a otros bienes jurídicos constitucionales –ejemplo: la dignidad-, el legislador podría despenalizar la “eutanasia” para algunos casos puntuales.

Este último modelo es el que defiende Rey Martínez en atención a la Constitución de España.

---

<sup>583</sup> Como se lo hizo, por ejemplo, en el conocido y reciente fallo Arriola de la C.S.J.N, en relación a algunos tipos de tenencia de estupefaciente para consumo.

<sup>584</sup> Alonso Álamo, Mercedes. *Sobre “Eutanasia y Derechos Fundamentales”*. *Recensión del libro de Fernando Rey Martínez*. Consultado online: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r3.pdf>

No avanzaremos sobre la constitucionalidad de la *muerte a petición* en aquél Reino, pero sí diremos que la posición del autor nos parece por demás discutible.<sup>585</sup>

Por otro lado, como ya vimos, entendemos que en la Argentina corresponde la aplicación del “tercer modelo”, agregando en él, una puntualización que seguidamente ampliaremos: las limitaciones de los derechos constitucionales no pueden desvirtuarlos. Es decir: se podría hacer todo lo necesario para evitar abusos, pero no prohibir sin más la muerte a petición.

Obviamente, el Estado podrá regular disposiciones específicas para aplicarse a la muerte a petición. Pues, como bien dispone la primera parte del art. 14 de la Constitución Nacional Argentina, los derechos se ejercen *conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio*. De allí que no sean absolutos.

En este sentido, el Estado puede –y en principio debe-, tomar todos los recaudos necesarios para que la posibilidad de solicitar a otro la muerte no devenga en homicidios impunes, menoscabando así el derecho a la vida de los ciudadanos.

Esta regulación, como dijimos, estaría dentro de las restricciones permitidas, siempre que fuera razonable. Del mismo modo que, por ejemplo, el Estado permite –y debe permitir- la venta de bienes inmuebles, en función al derecho a disponer de la propiedad; pero exige una forma especial para hacerlo en atención a la necesaria seguridad jurídica.

Lo que no podría hacer el Estado es regular la posibilidad de forma tal de hacerla en la práctica casi imposible. En el ejemplo civil: regular la transmisión de inmuebles de manera tan compleja, engorrosa u onerosa, que haga que los sujetos no puedan disponer de ellos. En nuestro caso: hacer que los requisitos del consentimiento sean de naturaleza tal que de hecho toda muerte consentida se considere un homicidio contra la voluntad del difunto.

---

<sup>585</sup> Entre la doctrina española contraria a Rey Martínez es destacable la posición de Cobo del Rosal y Carbonell. Sintetizada por Muñagorri Laguía: *todos* los derechos fundamentales son emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 15 de la Constitución Española –que recoge el derecho a la vida-, bajo esta luz, obliga a considerar que sólo la vida libremente elegida por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido.

A su vez, parte importante de la doctrina enfatiza que el artículo 1.1 de la Constitución Española menciona como valores supremos: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La vida, como derecho fundamental, debe ser caracterizada por la libertad: la vida debe entenderse como vida libre. – Conforme Muñagorri Laguía, Ignacio, *Eutanasia y Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, págs. 43 y 47.

Contra esta posibilidad previene el art. 28 de la Constitución Nacional, que reza: *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.* Si el art. 14 indica que los derechos no son absolutos, marcando así de alguna forma un techo; este artículo explicita que tampoco pueden ser desvirtuados por las leyes. Es decir: señala un piso.

### ***12.6.1- Limitaciones en cuanto al sujeto que pide su muerte***

El Estado podrá limitar –y corresponde que así sea-, las condiciones de quienes pidan su propia muerte, a fin de garantizar que quienes así actúen estén en pleno uso de sus facultades. De esta forma, podría negar –y entendemos también que corresponde que niegue- la despenalización de la muerte a petición, solicitada por un menor u otro incapaz.

Esta solución se desprende de la teoría misma del consentimiento: quien no tiene aptitud para dirigir sus conductas, no puede válidamente renunciar a sus derechos. Incluso puede disponer como presunción iure et de iure la inmadurez del menor para una decisión de tal envergadura. En este sentido, la muerte consentida de un incapaz, debe ser asimilada a la muerte sin consentimiento.

Nótese que esta solución es equiparable a la que da actualmente el código penal italiano: atenúa la pena del homicidio a petición, excepto cuando el consentimiento ***haya sido dado por un menor de 18 años, o una persona con afecciones mentales, o*** bajo la influencia del alcohol o estupefacientes.<sup>586</sup>

Las legislaciones positivas del derecho comparado que antes analizamos, y que permiten algún tipo de muerte a petición, se encargan, en su mayoría, de asegurar que quien pide su muerte esté en pleno uso de sus facultades mentales.

### ***12.6.2 - Limitaciones en cuanto al consentimiento:***

Como vimos, el Estado puede hacer restricciones en cuanto refiere a la persona que da el consentimiento, para asegurarse que tenga capacidad de entender aquello que decide. En este sentido, puede requerir que quien pide su muerte demuestre que no es incapaz: es decir: demuestre su mayoría de edad y certifique su salud mental. Pese a que, por regla general, la capacidad de las personas adultas se presume.

---

<sup>586</sup> Código Penal Italiano, art. 579.

Asimismo, el Estado puede reglar cuanto considere conveniente, para asegurarse que quien pide su propia muerte lo haga de manera sincera, libre, voluntaria, y bien meditada.

Debe dar una regulación rígida en cuanto al engaño, el error, y las amenazas. Cualquiera de estos elementos vinculado al consentimiento, debe conllevar la nulidad de aquél. Aunque no sea de una entidad tal que objetivamente analizada diera muestras de hacer peligrar su libertad de decisión.<sup>587</sup>

Además, debe existir la obligación por parte de quien va a llevar a cabo la muerte, de pedir aclaraciones sobre cualquier punto obscuro en la declaración de voluntad en tal sentido.

Ante la posibilidad que la persona pida su muerte pensando que tiene una enfermedad, puede exigir también que la persona reciba previamente, información médica sobre su cuadro de salud en general. Para, de tener su pedido ese fundamento, tomar una decisión informada. Aunque, como ya hemos dicho, la no existencia de enfermedad no puede ser un argumento que le impida disponer de su vida.

Puede pedir también que el pedido se haga por escrito, y/o ante un funcionario público, y/o ante testigos.

Puede requerir también que se especifique una persona determinada, cuando esto sea posible, encargada de cumplir el pedido.

Puede exigir además, que transcurra un tiempo entre el pedido de muerte y su efectivización, a fin que la persona pueda reflexionar, y, eventualmente, retractarse.

Está facultado también para imponer que, más allá de ese tiempo, la muerte deba llevarse a cabo dentro de un periodo determinado, bajo pena de caducar el pedido.

Y, en esta misma línea de pensamiento, todo otro requisito que sirva para que se dé fe que el pedido de muerte es claro y sincero. Es decir: que cuando el Estado no

---

<sup>587</sup> Podemos recordar aquí, que, siguiendo a Roxin, hemos dicho que para ser determinante, el equívoco debe recaer sobre el bien jurídico: sobre el modo, dimensión o peligrosidad de la renuncia. Y que, en general, se entiende que no hay vicio si Roxin el engaño o error recae sobre contraprestaciones eventuales del consentimiento. En cuanto al error, éste provoca un vicio que afecta al consentimiento cuando el receptor de la manifestación tiene el deber jurídico de eliminar posibles representaciones equivocadas del titular del bien jurídico. Y en lo que hace a las amenazas, para ser relevantes, éstas deben incidir sobre la libertad de quien consiente.— Conforme Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pág. 545, 550 y 551.

sancione esa muerte, su conducta será para satisfacer la libertad, y no para restringirla.

Creemos que, de regularse de esta forma, en la práctica la muerte a petición sería utilizada, en general, solamente por quienes están impedidos físicamente de poder suicidarse. En los demás casos, quienes quieran morir posiblemente opten por matarse a sí mismos antes que seguir la tramitación legal.

Todo lo antes dicho, es fácilmente entendible en cuanto refiere al consentimiento actual. Nos resta decir unas palabras en cuanto al consentimiento anticipado.

Como ya vimos, el consentimiento anticipado es el que se da para una situación futura en la que se cumplan condiciones prefijadas. Por ejemplo: pedir muerte en caso de padecer demencia total e irrecuperable.

Es un consentimiento al que se le han puesto objeciones. Haciendo una síntesis de lo que ya mencionamos, se ha dicho:

- Que existe la posibilidad que la persona cambie de parecer, pero se le dé muerte, o su tratamiento se vea limitado por no haber tenido tiempo de revocar su manifestación de voluntad.

- Que nunca podrá ser dado con conocimiento pleno de todas las circunstancias que puedan llegar a acontecer. Por lo tanto, el consentimiento no sería verdaderamente meditado.

Ambas objeciones son válidas. Reiteramos aquí, sin embargo, las morigeraciones que hemos ya alegado:

En relación a la primera objeción, entendemos que hay otras instituciones que corren riesgos semejantes –testamento, manifestación de donación de órganos-, y sin embargo en la mayoría de los casos funcionan correctamente y cumplen su finalidad.

En relación a la segunda, entendemos que basta con que el testamento vital sea dado teniendo la persona información general. Dando la persona indicaciones generales en función de la información, se puede proceder respetando su voluntad, sin importar algunas variantes no especificadas. Si la persona no ha hecho distinciones o salvedades, se debe entender que no las ha considerado relevantes.

Agregamos a lo dicho, que, ante un hipotético evento que restrinja su capacidad de decisión, el individuo no tiene otra opción para asegurarse que su voluntad sea cumplida, que plasmarla de forma anticipada.

Si el Estado niega la posibilidad de decidir anticipadamente; está limitando de forma inaceptable la libertad individual. Procede a una restricción de derechos, por medio de una regulación que los desvirtúa.

Obviamente, para tratar de reducir las dos grandes objeciones antes planteadas y los cuestionamientos relativos a la veracidad del consentimiento; podrá, por ejemplo:

- Exigir que la voluntad anticipada conste por escrito. Algunos Estados, como ya vimos, han incluso adoptado un registro obligatorio, para llevar control de ellas.
- Indicar que debe ser firmado ante oficial público y/o testigos.<sup>588</sup>
- Requerir que deba complementarse con un certificado de aptitud mental.
- Darle a los testamentos vitales un tiempo de validez, pasado el cual deban ser renovados. Esto obligará a las personas a, periódicamente, replantearse sus decisiones. Esta es la solución que adoptaron, por ejemplo, Bélgica y Luxemburgo, donde la *petición anticipada* debe ser renovada cada 5 años.
- Dictar modelos de testamento vital, que sean lo más específicos posible, e imponer que deban ser completados con la información complementaria de un médico. Para, de esta forma, tratar que las circunstancias que en el documento se detallarán, sean lo más precisas posible –para en un futuro actuar conforme dicha voluntad-; y que la persona entienda perfectamente que es lo que está pidiendo.

### ***12.6.3- Limitaciones en cuanto al sujeto que da muerte***

El Estado también podría limitar al sujeto que da muerte, impidiendo que determinados sujetos sean autores del acto.

Como ya vimos, uno de los argumentos en contra de la *muerte pía*, es la protección del quien mata: la necesidad de preservarlo del hecho y de la responsabilidad moral que esto implica. Pero, como analizamos y volveremos a ver luego, del sistema liberal surge claramente que el Estado no puede imponerle a individuos adultos la prohibición de actuar cuando a nadie perjudican.

---

<sup>588</sup> En este sentido, por ejemplo, el art. 11 de la ley argentina 26.529 modificada por la ley 26.742, reza: *La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos.*

Por lo tanto, lo único que podría hacer el Estado es impedir que quienes efectivicen el pedido de muerte, sean menores o incapaces. Ellos –y sólo ellos- sí pueden ser “preservados” por una idea paternalista.

Por otro lado, no parece tener mucho sentido la idea de sancionar al menor o al incapaz que practique la muerte. Pero la restricción puede implementarse sancionando a quien solicite a un menor que le de muerte –obviamente, antes que el hecho se consume-, o a quien lo avale.

Fuera de este caso, el Estado puede determinar sujetos que necesariamente deban intervenir en la petición de muerte, solamente para garantizar las dos cuestiones antes mencionadas: la certeza del consentimiento y la capacidad mental de quien lo da.

En este sentido, resaltamos uno de los argumentos por el cual se defendía el hecho que la muerte a petición debiera ser hecha por un médico: para dar fe que quien solicitó su muerte, lo hizo de manera cierta y meditada, y está en pleno uso de sus facultades mentales. Sin embargo, esto se vincula a las formas especiales que deba tener el consentimiento –ejemplo: certificado de un médico donde conste la petición y la salud mental de quien la solicita-, y no a un sujeto que realiza la muerte. Teniéndose certeza de la voluntad y la lucidez del individuo, la muerte puede ser realizada por cualquiera<sup>589</sup>.

Como veremos luego, no es correcto tampoco exigir que quien de muerte sea un médico, para asegurar que la muerte sea eutanásica. Porque no se corresponde con la autonomía individual el requerir determinado tipo de muerte.

En cuanto a la certificación de la voluntad expresada, ésta también podría ser hecha por un funcionario público.

#### ***12.6.4- Limitación en cuanto a espacio***

El Estado podrá también limitar de algún modo el ámbito en el que se desarrolle la muerte. En esta línea argumentativa: podrá prohibir, por ejemplo, que se lleve a cabo en público. Pero esto no se vincula ya con la protección de la vida de quien

---

<sup>589</sup> Como ya hemos visto, la ley argentina de *muerte digna* -26.742, modificatoria de la ley 26.529-, en su artículo 11 bis exime de responsabilidad civil, penal y administrativa, a los *profesionales* intervinientes en el cumplimiento de dicha ley –dentro de las limitaciones que la misma establece-.

muere, ni de la moral del tercero que mata, sino de la sensibilidad de otros terceros, que no tienen por qué soportar presenciar una muerte.

***12.7- Limitaciones indebidas a la autodeterminación: enfermedad, indignidad, mala calidad de vida, muerte eutanásica y muerte por piedad***

Como ya hemos visto, en el sistema liberal imperante, corresponde la despenalización de la muerte a petición basada en la autonomía de la voluntad y en su contracara: la limitación a la intervención estatal. Como hemos visto también al analizar los argumentos a favor de la muerte a petición; muchos de los otros argumentos a favor de la *muerte pía*, en verdad, al pretender querer reforzar la idea de libertad individual plena, la debilitan.

En este sentido: todos los argumentos que exigen que el sujeto tenga determinadas características para poder pedir su muerte: el argumento de la finalización del sufrimiento –que exige que el sujeto esté sufriendo-, el de dignidad humana –que exige que tenga una vida indigna-, y el de calidad de vida –que exige que tenga una calidad de vida mala-.

Si alguno de estos criterios se une al de la libertad individual, la libertad individual queda restringida al deber circunscribirse a la existencia de esos criterios. Y en el sistema liberal, la libertad individual vale *per se*. Las personas no deben rendir cuentas de sus actos ante la sociedad ni ante el Estado. No deben, por lo tanto, justificar por qué deciden hacer lo que hacen, siempre cuando actúen en uso de sus facultades racionales y a nadie estén afectando.

Si se dijera que en función de la libertad individual, el individuo que sufre dolor, indignidad o mala calidad de vida, -y sólo él- puede pedir su muerte; se le está diciendo que sólo se considerará su voluntad si actúa dentro de los parámetros que la sociedad o el Estado entiende como “normales”. Es decir: que sólo aceptarán que alguien pueda querer morir, si sufre físicamente, o se ve indigno o imposibilitado de vivir con calidad.

Los Estados que hemos tomado como referencia para dar cuenta de su legislación en cuanto a muerte a petición, a lo sumo, han despenalizado la muerte dada a individuos enfermos. Esto no es sino un liberalismo atenuado, tímido, restringido.

Se está aceptando que las personas pueden decidir sobre su vida, pero sólo si están enfermas. Toda otra petición se entiende como irracional y se desecha.

Para que el argumento de autonomía de la voluntad pueda ser sumado al de finalización de sufrimiento, dignidad humana o calidad de vida; esa autonomía de la voluntad debe ser entendida como relativa, como trunca.

Es nuestro parecer que, de acuerdo al sistema liberal imperante, no debe limitarse la despenalización de la muerte a petición a individuos con enfermedades ni afecciones de ningún tipo.

Sambrizzi, como citamos al hacer referencia al argumento de la santidad de la vida, entiende que existe un derecho a la muerte en cabeza de los individuos enfermos, pues si lo hubiera,

...una mínima coherencia exigiría reconocer como un derecho general, el derecho a la muerte de todos los seres humanos –incluidas las personas sanas y los jóvenes– más allá de los enfermos terminales o con graves padecimientos. Y tal derecho podría ejercerse no sólo por la propia mano del suicida sino por mano ajena, bastando el simple consentimiento del sujeto para que cualquier persona, médico o no, pudiera matar...<sup>590</sup>

Como queda claro, entiende que no corresponde hacer distinción entre individuos enfermos y sanos, y entre suicidio y muerte dada por un tercero.

Por nuestra parte, como vimos, coincidimos en lo absurdo de esas distinciones. Y en base a ello afirmamos el derecho de cada quien a decidir sobre su propia vida, siempre que no afecte a terceros, y –como vimos también– debiendo el Estado tomar las medidas necesarias para evitar abusos.

En cuestiones personales, cada quien –parafraseando el ideal de Franco<sup>591</sup>– rinde cuentas, *solamente ante Dios y ante la Historia*.

La misma idea se repite en lo que hace a *muerte eutanásica*:

Las legislaciones vigentes que permiten la muerte a petición, como ya vimos, exigen, de manera expresa o tácita, que la muerte sea eutanásica: sin dolor. Sin

---

<sup>590</sup> Sambrizzi, Eduardo A. *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.), pág. 3.

<sup>591</sup> La frase es del Boletín Oficial Español datado en Burgos, el 7 de agosto de 1937.

embargo, esta exigencia limita la libertad individual, sin mayor razón. Si se reconoce que una persona puede escoger si desea morir o no, es razonable entender que puede también elegir el tipo de muerte que quiere para sí, sea esta eutanásica o no. Si escoge una muerte no eutanásica –piénsese por ejemplo, en un militar o ex militar, que no quiere morir por una inyección sino que prefiere abandonar el mundo por un disparo de su arma-; además de renunciar a la vida, está renunciando también a su integridad corporal. Es evidente que, quien puede lo primero, puede también lo segundo.

Como adelantamos ya desde el inicio de este trabajo tampoco corresponde exigir que quien mate lo haga *por piedad*. Es decir: que entienda que la persona que va a morir estaría mejor muerta que viva. Pues si esto se exigiera se estaría limitando la libertad individual de manera tal que para ejercer la opción de muerte, el individuo no sólo debería encontrar a alguien que estuviese dispuesto a cumplir su voluntad, sino que este tercero además debería avalar su decisión por un motivo de humanidad.

Como veremos, las ideas de finalización del sufrimiento, dignidad de la vida, vida digna, y derecho a una muerte sin dolor; pueden ser argumentos válidos cuando lo que se le pide al Estado es, no que no interfiera en cuestiones que sólo refieren al individuo; sino que intervenga, pero satisfaciendo el deseo de muerte del individuo. Esto es: cuando se pide el derecho a la muerte, con fundamentos socialmente aceptables.

Obviamente, también son válidos en los Estados “semi-liberales” que permiten al individuo disponer de su vida en determinados casos; pues son la justificación ante el Estado o la sociedad de la decisión de poner fin a la vida.

Sobre lo improcedente de la restricción concerniente a que sólo un médico pueda proceder a la muerte, ya nos hemos expedido.

De los argumentos a favor de la *muerte pía*, oportunamente expuestos, destacamos que el que puede sumarse al criterio de autodeterminación, sin restringirlo, es el que entiende que permitiendo la muerte de aquellos que la piden, se logra evitar, al menos en cierto grado, que se dé muerte subrepticamente a quien no quiere ser

muerto. El que denominamos sintéticamente argumento de *protección a quien no quiere morir*.

### ***12.8- Los argumentos contra la muerte a petición a la luz del sistema liberal***

Hemos ya analizado los principales argumentos que se oponen a la despenalización de la muerte a petición. Corresponde ahora que veamos cómo estos argumentos pueden o no tener cabida dentro de nuestro sistema liberal.

En relación al criterio de presunción de deseo de vivir, la *muerte a petición* –y fundamentalmente con consentimiento expreso–, no lo afecta. El que la mayoría de las personas deseen vivir, es un hecho innegable. En palabras de Hart, incluso:

...no se trata simplemente de que la abrumadora mayoría de los hombres realmente desean vivir, aun al precio de una terrible miseria, sino que esto se refleja en estructuras enteras del pensamiento y del lenguaje que usamos para describir el mundo y los otros seres humanos. No podríamos sustraer el deseo general de vivir sin alterar conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y cura; porque éstas son a la vez manera de describir y de apreciar cosas por referencia a la contribución que ellas hacen a la supervivencia, que es adoptada como objetivo.<sup>592</sup>

En razón de ese hecho indiscutido en la sociedad en general, bien puede presumirse –y se presume– el deseo de vivir de cada uno de sus individuos. Y es por eso que se penaliza el homicidio.

Pero la muerte a petición no va contra el hecho ni contra la legislación protectora que es su consecuencia. Pues la presunción del deseo de vivir sólo cede ante una renuncia de su titular a su derecho a la vida.

La muerte a petición sólo contraría la presunción de vivir como *iure et de iure*: sin admitir prueba en contrario. Es decir: subordinando al individuo a la tendencia que, aunque sin dudas es mayoritaria, no es la suya propia, e impidiéndole actuar conforme su propio criterio y en función a sus propios objetivos, cuando a nadie lesiona con ello.

---

<sup>592</sup> Hart, Herbert L. A. *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 238.

Como vimos, la presunción *iure et de iure*, es una manifestación de la idea de *santidad de la vida*.

Las personas que quieren seguir viviendo y que presuntamente querrían seguir viviendo incluso frente a circunstancias de vida desfavorables, nada tienen que temer de la legalización de la muerte a petición. Incluso en sustento de este pensamiento, nos parecen por demás convincentes las palabras de Miguel Sánchez González:

...preferiría que hubiera una ley despenalizadora de la eutanasia para no aplicarla nunca; simplemente para sentir que no estoy obligado a vivir, que la vida no es una obligación. Y para poder sentir y para poder desarrollar ese ideal de vida en el que yo también creo: el ideal de sobrellevar la vida y dar un sentido al sufrimiento en cualquier circunstancia. Es decir, para poder sobrellevar todo esto como un ideal, y no como una obligación impuesta. Es por lo que querría que hubiera una ley despenalizadora de la eutanasia, aunque yo no la aplicase nunca y aunque yo objetase de conciencia, como médico, para aplicarla.<sup>593</sup>

En cuanto a la apertura a abusos, como ya vimos, el Estado puede regular todo cuanto considere necesario para evitar que en los hechos queden impunes homicidios no consentidos; siempre que no desvirtúe el derecho individual de elección.

En lo que refiere a posibilidad de futuras legislaciones, que inspiradas en el derecho de las personas a elegir poner fin a su vida, permitan luego también poner fin a la vida de otros sin su consentimiento; diremos que en cada momento las sociedades regulan legislativamente como creen correcto, y no corresponde no regular de acuerdo al sistema jurídico porque eventualmente en un futuro podría hacerse otra ley que excediera los marcos del sistema.

Dice Calsamiglia:

...Mucha gente teme que aceptar la justificación de la eutanasia suponga iniciar argumentos resbaladizos. Si aceptamos la eutanasia acabaremos aceptando cualquier cosa, desde la eugenesia hasta la selección de raza. El argumento es débil porque siempre pueden establecerse distinciones, límites, fronteras y excepciones.<sup>594</sup>

---

<sup>593</sup>De la Mata Barranco, Isabel (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 182.

<sup>594</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert, *Sobre la eutanasia*, consultado online:

No puede tampoco entenderse que el pedir la muerte es un *abuso del derecho* a la vida. La simple renuncia a un derecho, no es un abuso a su ejercicio. Cuando se renuncia a un derecho, no debe explicarse el por qué, si a nadie se perjudica. Si se pretende invalidar la mera renuncia, entonces estamos frente a una *obligación*.

Obviamente en algunos casos podemos tener ejemplos de *abuso del derecho* por renuncia al derecho a la vida. V.g.: el piloto de avión que quiere suicidarse en pleno vuelo, cuando nadie puede suplirlo en el pilotaje. O quien quiere suicidarse en la vía pública. Pero en todas estas ocasiones hay un interés trascendental a proteger, dejando de lado la propia vida.

El argumento de la imposibilidad de un consentimiento objetivo, tampoco puede sostenerse. Por un lado: la ley debe encargarse de asegurar que las personas que quieran morir den para ello un consentimiento real y bien meditado, libre de presiones externas. Más allá de eso, el riesgo de que el consentimiento esté viciado, no sería nunca mayor al que afecta a todos los actos jurídicos de las personas. Entender que no se tendrá certeza absoluta de ningún consentimiento, es condenar a la inactividad a todos los individuos.

Dice Jakobs:

...toda libertad puede ser usada, sin duda, para maldades, más aún, conforme a la experiencia, toda libertad se usa para maldades. Pero ni siquiera esto es una razón para no admitir la libertad, cuando, con toda probabilidad, se tenga la impresión general de que se va a hacer un uso correcto de la misma...<sup>595</sup>

Y por otro lado, se ha cuestionado también el consentimiento, diciendo que es muy posible que el individuo mismo evalúe que para el medio externo –y no para él- es mejor morir; y que por eso pida su muerte. Sin embargo, aquí no habría un consentimiento viciado. El Estado liberal debe asegurarse solamente que el consentimiento sea libre, sin ponerse a analizar por qué se tomó la decisión. Si el individuo quiere morir, pensando sobre todo en el bienestar –v.g.: económico-, de

su familia y no en el suyo propio –conducta altruista-; su razonamiento no puede ser impugnado.

No puede esgrimirse tampoco la idea de daño a terceros. Si bien con cualquier muerte hay cantidad de allegados afligidos, e incluso afectados económicamente; esta afección es indirecta y no puede ser sobrevalorada. En cualquier decisión humana, hay consecuencias para terceros. Si un padre de familia renuncia a un trabajo, toda la familia sufre el impacto económico de esa renuncia. Si un miembro de la familia decide radicarse en el extranjero, toda la familia se resiente por su ausencia. Si el matrimonio se divorcia, cambia a la vez la situación económica y emocional del grupo familiar. Y no por eso las personas no pueden renunciar a sus empleos, alejarse de sus familias o divorciarse.

Parece absurdo entender que para poder disponer de su vida, primero el individuo debería romper sus vínculos sociales: divorciarse, distanciarse de sus hijos y de sus amigos, renunciar a su trabajo, quizás retirarse a vivir como ermitaño.... y sólo entonces, podrá decidir vivir o no.

El único caso de daño a terceros que puede considerarse seriamente, es el de aquel que tras la muerte, dejará sin protección económica –sin bienes suficientes, y sin pensión o subsidio- a sus hijos menores o incapaces. La penalización resultante de este hecho sería un tipo penal muy complejo, pero entendemos que permitido por el sistema jurídico: el penar a quien mate a otro, a petición, sabiendo que éste dejará hijos menores o incapaces sin ningún sustento material. En cualquier caso el sujeto pasivo de este hipotético y retorcido delito sería quien queda desamparado, no quien muere.

Tampoco parece aceptable el argumento de daño a la sociedad. Es decir: incluir a la sociedad como un tercero. Como ya vimos y retomaremos, no pude entenderse el daño a la sociedad en un sentido de daño ético o religioso. Tampoco parece aceptable en un sistema liberal la idea de daño por afectación en la demografía.<sup>596</sup>

Ni la idea de pérdida del respeto a la vida, rompiendo los tabúes que existen sobre ella. Pues, como ya vimos también, la vida en un sentido más amplio es respetada cuando se la concibe vinculada a los fines y a la voluntad de su titular, y, por otro

---

<sup>596</sup> Máxime cuando el problema de la mayoría de las sociedades actuales –excepto las de Europa Occidental- es la sobrepoblación y no la subpoblación.

lado, se protege más la vida de quien no quiere morir, sí el pedido de quien sí quiere morir puede manifestarse y atenderse libremente. Porque cuando cada individuo puede manifestar su deseo, no existe la posibilidad de malos entendidos sin mala intención. El argumento de *protección a quien no quiere morir*, y que, como señalamos, sí es adicionable al argumento de la libertad individual sin perjudicar a ésta.

Como hemos visto anteriormente, hay bienes que son propios de toda la comunidad –seguridad pública, salud pública, fe pública,...-, y ellos no podrían ser disponibles siquiera por un sujeto que circunstancialmente se ve relacionado con ellos. Por ejemplo: el cónyuge no podría consentir la bigamia, pues con este tipo penal se protege el sistema probatorio y otra serie de relaciones jurídicas que exceden al individuo. Pero esto no es así con la vida.

Como ya vimos también, en este sentido, el Código Penal caracteriza el homicidio como un *delito contra las personas*, y no *contra la sociedad, el Estado, la religión, o la moral*.

Tal como apuntamos: así como no puede argumentarse el daño a terceros, tampoco el daño a quien mata. Cada quien es libre y responsable de sus obras, y el Estado no puede protegerle de realizar los actos que la moral social considera incorrectos o inmorales. Si el individuo escoge cumplir la voluntad cierta de un tercero que quiere morir, nadie puede pretender prohibir la muerte protegiendo a aquél.

Como ya vimos, sólo los menores o incapaces pueden ser preservados de realizar estos actos, pues razonablemente se entiende que no están en completo uso de sus facultades mentales. Para protegerlos, podría sancionarse la conducta de aquél que les solicita que le den muerte. Sin embargo, debe destacarse que esta conducta no es típica en el sistema argentino actual.

Finalmente, el argumento de *santidad de la vida* tampoco puede ser atendido.

En su versión laica: es un contrasentido que para respetar la libertad que presupone el tener vida, se restrinja la libertad en la vida. Continuamente las decisiones que tomamos, en función de nuestra libertad, van limitando nuestras posibilidades. Así: quien contrae matrimonio, no puede ya volver a hacerlo, sin divorciarse primero o incurrir en bigamia. Quien renuncia a su trabajo ya no podrá libremente adquirir libremente bienes y servicios con su remuneración, pues no dispondrá más de ésta.

Para garantizar el máximo de libertad posible, puede establecerse que las personas puedan retractarse de algunas decisiones, siempre que sea materialmente posible. En este sentido: el pedido de muerte para sí mismo, hecho por una persona, debe ser válido, pero retractable hasta el momento mismo de la consumación.

Desde el punto de vista moral o religioso, la vida puede ser santa. Pero hemos visto ya que la doctrina concuerda que no corresponde al Estado imponer una moral o una fe.

Dice Roxin:

La exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho Penal no significa que tampoco se puedan proteger penalmente en su caso “sentimientos” y similares. El que denigra públicamente la confesión ideológica de otro, o sustrae restos cadavéricos, o realiza acciones sexuales en público, por la indignación que con ello provoca en el afectado o en la comunidad, perturba la paz pública, sin la que tampoco puede existir un sistema social liberal. En cambio, precisamente, eso es lo que falta en las inmoralidades realizadas de común acuerdo y no en público.<sup>597</sup>

Aunque la idea de santidad de la vida esté perfectamente justificada –por ejemplo, en la Santa Biblia, o en la doctrina de la Iglesia-, no corresponde imponerla a individuos libres y racionales que son reconocidos como tales.

Cuando la encíclica *Evangelium Vitae*<sup>598</sup> –con una lucidez admirable- reproduce la interrogante de Caín: “¿Soy yo acaso el guardián de mi hermano?”, responde seguidamente que sí. Pero el sistema liberal pone límites a este derecho de guarda. Por un lado: somos guardianes de nuestros *hermanos* que no han llegado o no tienen plena capacidad mental: los menores u otros incapaces. Y por otro: podemos ser guardianes de todos nuestros *hermanos*, pero sólo en el plano espiritual. Es decir: conforme a nuestras creencias y nuestros valores, podemos alentarlos, guiarlos, incentivarlos, hacerlos reflexionar, orientarlos,... Pero si nuestro *hermano* es un ser maduro, no podemos obligarlo a creer o sentir lo que nosotros creemos o sentimos.

En virtud de la guarda de nuestros *hermanos*, son dignas de todo elogio las asociaciones o los individuos particulares que buscan, por ejemplo, evitar los

<sup>597</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 57.

<sup>598</sup> Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, núm 19. Citando a Gn. 4,9.

suicidios. Ellos, con sus consejos, su atención, y su esperanza, pretenden hacer que los individuos alejen de sí esos pensamientos. Pero si los individuos son adultos y no tienen deficiencias intelectuales, como veremos, las intervenciones posibles tienen un límite.

Dice Stuart Mill:

Los hombres deben ayudarse, los unos a los otros, a distinguir lo mejor de lo peor, y a prestarse apoyo mutuo para elegir lo primero y evitar lo segundo. Ellos deberían estimularse mutua y permanentemente en un creciente ejercicio de sus más notables facultades, a una dirección creciente de sus sentimientos y propósitos hacia la prudencia en vez de hacia la necedad, elevando objetos y contemplaciones, no degradándolos. Pero ni una persona ni cierto número de personas tienen derecho para decir a un hombre de edad madura que no conduzca su vida, en beneficio propio, como a él le convenga. Él es la persona más interesada en su propio bienestar...<sup>599</sup>

En este sentido se pronuncia Garzón Valdés, cuando dice que el paternalismo no es justificable ante personas capaces –con “competencia básica”–, que quieren poner fin a sus vidas o correr riesgos extraordinarios:

...Lo único que aquí cabe es, si se considera oportuno, utilizar el consejo o el llamado a reflexión. Sólo si se acepta una concepción metafísico-religiosa del valor de la vida, como la que sostenían, por ejemplo Locke, o William Blackstone cuando afirmaba que el mero acto del suicidio es prueba evidente de locura” ...es posible justificar la prohibición del suicidio o de las actividades que ponen en grave peligro la vida.<sup>600</sup>

Del este modo, todos podemos, conforme nuestra fe o nuestra moral, tratar de evitar que haya personas que pidan su muerte, o que haya personas dispuestas a cumplir tales mandatos. Pero así como no podemos penalizar a quienes eligen pedir su muerte, tampoco podemos penalizar a quienes los satisfacen; en respeto de la autonomía de quienes muere y de quienes matan. Como ya dijimos, no hay un

---

<sup>599</sup> Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Folio, Barcelona, 2007, pág. 123.

<sup>600</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *¿Es éticamente justificable el paternalismo?* – Doxa, nº 5, consultado online:  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf)

bien jurídico protegido si su titular renuncia a él, y sin bien jurídicamente protegido no puede tener cabida el derecho penal.

Tal como ya mencionamos: en una concepción religiosa del derecho, es lógico entender que el verdadero dueño de la vida es Dios, y que la persona es sólo un tenedor, con derecho a defenderla pero no a disponer de ella. En una concepción totalitaria del derecho, se puede pretender que el dueño verdadero de la vida es el Estado o la sociedad. Pero en un derecho moderno, liberal, personalista y respetuoso de los derechos individuales, -como el que garantiza la Constitución Argentina-, el único dueño de la vida es el individuo, que tiene el derecho a vivir y defenderla -derecho *a la vida*-, pero también derecho a disponer de ella -derecho *sobre la vida*-, siempre que, como ya vimos, no afecte a terceros.

No corresponde en el derecho liberal hacer valer las creencias -siquiera las mayoritarias- con la fuerza del Estado.

Podrá el Estado sí, negarle validez a algunas relaciones jurídicas: por ejemplo, un *contrato para dar muerte al solicitante*. Del mismo modo que niega validez al *contrato de prostitución*. Pero así como no pena la prostitución libremente pactada, tampoco puede penar la muerte dada cuando se solicitó con libertad. Sobre esta cuestión, retomaremos luego.

## ***12.9- Situaciones especiales que entendemos corresponde regular***

### ***12.9.1- Consideraciones generales***

Primeramente, diremos que es nuestro parecer que en cuestiones tan complejas y tan trascendentes como la regulación relativa a la vida y la muerte, no debe temerse que las disposiciones normativas sean abundantes. Pues es correcto que traten de forma diversa situaciones diversas.

La múltiple regulación de una temática podemos encontrarla, por ejemplo, en la regulación de los Países Bajos. Allí, -como ya vimos-, se despenaliza la muerte a petición que tenga otros requisitos: practicada por un médico, eutanásica, en individuo enfermo,... Pero además, se atenúa toda muerte a petición. Es decir: si la muerte a petición cumple con las disposiciones para la eximición de pena - algunas de cuyas exigencias, como vimos también, entendemos indebidas-, habrá eximición. Y si no, habrá atenuación.

En un sentido similar, Colombia. Aunque aquí se atenúa toda muerte por piedad en individuo con enfermedad dolorosa y terminal, y se despenaliza la muerte si se dan otras condiciones: petición e intervención de un médico.

Como ya dijimos, entendemos que corresponde la despenalización de la muerte dada a petición que satisfaga todos los requisitos legales puestos al solo efecto de garantizar el libre consentimiento. Pero entendemos también, que es aconsejable regular expresamente otros dos comportamientos:

### **12.9.2- Quien no cumple los requisitos formales, pudiendo cumplirlos**

Este es el caso de aquél que da muerte a otro, por pedido suyo, estando ese pedido completamente probado, pero sin cumplir con las exigencias razonables que la ley determine para asegurarse que el consentimiento haya sido completamente voluntario. Por ejemplo: si la ley previera un periodo de espera entre el pedido de muerte y su efectivización para dar tiempo a una eventual retractación, y éste no hubiese aún transcurrido.

Para esta situación, no correspondería la despenalización de la conducta. Pero puede entenderse que hay argumentos para pretender que exista una atenuación, puesto que quien mató, lo hizo por petición de quien murió. Y si bien se puede decir que quien mató pasó de cierto modo sobre la voluntad del muerto –pues, como se dijo, no se cumplieron los requisitos que daban plena fe de esa voluntad-, también es cierto que cumplió con una manifestación de voluntad probada, lo cual importa un injusto menor.

### **12.9.3- Quien no cumple los requisitos formales no pudiendo cumplirlos**

Distinta es la situación de quien mata a petición, con una petición también probada, aunque no cumpliendo con los mencionados eventuales requisitos legales que aseguren el consentimiento voluntario; pero no teniendo posibilidad de cumplir con estos requisitos.

Obviamente, la imposibilidad de cumplir con los requisitos será siempre relativa, puesto que la ley no puede imponer requisitos imposibles de cumplir, bajo riesgo de caer en una reglamentación de derechos que los desvirtúen y hagan imposibles.

Y la relatividad de la imposibilidad existirá siempre en relación a los motivos para solicitar la muerte, y siempre que estos motivos no puedan ser atendidos si se actúan cumpliendo los requisitos legales.

El caso puntual que traeremos a colación, es el del ya mencionado cadete chileno. Luego de un accidente ferroviario, yacía tendido en un área deshabitada, sufriendo heridas, mutilaciones y quemaduras incurables y por demás dolorosas. Si el cadete solicitaba su muerte en ese momento, era para poner fin a esa agonía. Y si un tercero quería cumplir su voluntad –no sólo su voluntad inmediata: muerte, sino también la mediata: fin del sufrimiento-, no podía cumplir ningún tipo de requisito formal. Sería impensable, por ejemplo, que fuera al lugar más cercano a consultar a un psicólogo sobre el estado mental del yaciente, o que le hubiese pedido a éste un escrito donde conste su deseo de morir, o esperado un tiempo entre el pedido y la muerte.

Hay motivos fuertes para entender que en estos casos la ley debe, al menos, atenuar la pena de quien mata, o incluso dejar impune su conducta. Existió una voluntad, que sólo podía ser satisfecha incumpliendo los requisitos de la ley.

Aquí, sí es lógico que el Estado pueda analizar los motivos puntuales del pedido de muerte, permitiendo exceptuar de los requisitos legales sólo a aquellos que parezcan razonables. Por ejemplo: parece razonable el objetivo de poner fin a un sufrimiento físico extremo, imposible de ser paliado en un tiempo prudencial. Todos los demás motivos no contemplados, deberían necesariamente seguir la constatación completa de voluntad para terminar en muerte. Aunque tuviesen también una connotación temporal. Por ejemplo: no sería aceptable la excepción a los requisitos legales de aquel que quiere ser muerto al enterarse que su ex novia se casará en una hora, y no quiere estar vivo en ese momento.

La posibilidad de eximir de los requisitos legales, también puede quedar en manos de un juez. Es decir: que la ley regule una posible eximición de pena si hubo petición pero no con los requisitos necesarios. Esto, obviamente, disminuirá la seguridad jurídica. Pero podrá analizarse puntualmente caso por caso.

Como ya vimos, la posibilidad que el juez exima de pena a algunos tipos de *muerte pía*, está prevista, por ejemplo, en las legislaciones de Uruguay, Bolivia y Costa Rica.

### ***12.10- La asistencia al suicidio***

Lo que hemos dicho para la muerte en forma de homicidio, vale también para el suicidio con asistencia. Es decir: si se entiende que matar a otra persona, a petición de ésta, en principio no debe ser un delito; tampoco deberá serlo el asistir a otra persona para que esta misma ponga fin a su vida.

Incluso, en estos casos, donde quien va a morir es quien materialmente maneja los hechos, no se justifica siquiera una regulación legal que exija requisitos especiales para acreditar que quien muere lo hizo por propia voluntad.

Esta solución, tendría la ventaja de hacer que las personas que quieran suicidarse, pero que físicamente no puedan hacerlo –v.g.: los tetrapléjicos-, no se vean aún más disminuidos en relación a las personas sanas.

Además, haría que las personas ignorantes en las artes médicas, que quisieran suicidarse, no debieran necesariamente recurrir a actos brutales o dolorosos. Pues podrían ser asistidas por una persona capacitada, en su muerte.

Sin embargo, no desprendemos de esto, que la instigación al suicidio deba ser también despenalizada. Creemos que es un desvalor relevante, el influir a otro para que ponga fin a su vida.

Sobre este punto no nos explayaremos, pero entendemos que es necesario que se distinga, por un lado: la instigación al suicidio, como influencia maliciosa y reiterativa, tendiente a confundir, a atemorizar o a desesperanzar a una persona –acto que creemos debe ser punible-; de la simple mención y fundamentación del suicidio como opción cuando quien actúa está convencido que la muerte es lo mejor para su interlocutor.

Y, por otro lado, distinguir esa influencia maliciosa, de la simple asistencia al suicidio que fue una decisión libremente tomada.

Dice Morales Prats, en relación a la participación en el suicidio:

...no quisiera dejar de pronunciarme de forma crítica frente a la intervención penal en ámbito tan íntimo del libre desarrollo de la personalidad del ser humano. Tan sólo la inducción, en el sentido que se genera una decisión de carácter irreversible contra un bien jurídico de primera magnitud, pudiera presentar indicios de merecimiento y

necesidad de pena. Contrariamente, las conductas de cooperación en un acto lícito libremente asumido por el titular de la vida no deseada no deberían merecer reproche penal. Presentes todas las garantías, cautelas y requisitos precisos para asegurar la auténtica naturaleza suicida de la decisión, la opción por la criminalización o es más que una burla a la efectiva vigencia y trascendencia de derechos constitucionales del más alto rango. En efecto, de poco sirve reconocer el derecho a la disponibilidad de la propia vida si, posteriormente, se cercena su libre ejercicio e, incluso, en la hipótesis de que se considere admisible las modalidades omisivas, se imponen deberes penales de actuación contra la ejecución de la propia muerte.<sup>601</sup>

Debemos aclarar también, que para este autor, cuando se realiza un homicidio a petición y quien solicita su muerte mantiene hasta el último momento el dominio de los hechos y puede arrepentirse y abortar el acto; estamos también ante una cooperación para el suicidio. Puntualmente, frente a lo que denomina “cooperación-ejecutiva”. Postura doctrinaria que oportunamente analizamos y descartamos.

De aquí que su oposición a la punición de la cooperación para el suicidio abarque incluso a lo que nosotros llamamos muerte a petición con consentimiento expreso, actual y revocable.

### ***12.11- Algunas implicancias del sistema liberal en relación a cuestiones primordialmente civiles***

Fuera de lo que concierne estrictamente al derecho penal, los principios de un sistema liberal tienen consecuencias también en relación a la *muerte a petición*, en el ámbito del derecho civil. Puntualmente, haremos referencia a dos consecuencias:

a) Limitada intervención frente a un intento de suicidio.

En respeto a la autonomía de la voluntad en todo cuanto no dañe a terceros, los terceros deben abstenerse de intervenir cuando personas mentalmente capaces intentan poner fin a su propia vida. Quien así no lo hiciere, incurre en una

---

<sup>601</sup> Morales Prats, Fermín, *Del homicidio y sus formas*, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Gonzalo Quintero Olivares (Editor), Pamplona, 1996, pág. 59.

injerencia indebida en la intimidad de otro, sino directamente en un delito penal – privación ilegítima de la libertad, etc.-

Obviamente la reacción espontánea frente a cualquier intento de suicidio es un intento de detenerlo. Jurídicamente, esto puede justificarse alegando que quien intervino presupuso que quien iba a suicidarse había perdido la razón, o estaba bajo el efecto del alcohol o alguna droga; y que el intento de suicidio es elemento suficiente para tal supuesto. Y, posiblemente esta justificación sea en principio atendible. Sin embargo, cuando claramente quien va a matarse es una persona mayor y ha demostrado estar en pleno uso de sus facultades, tal justificativo no tiene cabida.

Puede discutirse aquí, sin embargo, en qué punto un estado depresivo constituye una alteración de facultades digna de tener efectos jurídicos.

Otra razón que justifica la detención de un intento de suicidio cuando hay riesgo que la persona muera sin haberse decidido a ello. Es decir: que se mate por accidente y no por voluntad.

Finalmente, entendemos que también es lícito intervenir en un intento de suicidio para evitar que la muerte pueda afectar emocionalmente a terceros ajenos al suceso, o crear pánico o alboroto. Por ejemplo: evitar que una persona se dispare a sí misma en plena calle.

Así, en el conocido caso de los bomberos que intentan atajar a quien quiere lanzarse de un edificio, éstos pueden alegar que posiblemente quien quiera arrojarse al vacío, no sea mentalmente capaz. También pueden alegar que tratan de evitar que el individuo muera, no si él se arroja, sino si accidentalmente cae, cuando todavía dudaba si se suicidaba o no, o cuando había decidido seguir viviendo. Y, finalmente, pueden argüir que tratan de evitar que los transeúntes vean la imagen de un cuerpo que se precipita al vacío y se estrella contra el pavimento y con eso se daña de manera concreta su sensibilidad. Es decir: poner en duda la capacidad del individuo, la voluntariedad y la convicción en la decisión, y proteger a terceros de efectos de la muerte que no están obligados a soportar.

Fuera de estos casos puntuales, -y de otros argumentos muy específicos que puedan agregarse-, consideramos que no corresponde intervenir en el acto de un tercero capaz que dispone de su propia vida. Muchas legislaciones estatales,

correctamente interpretadas en armonía con la Constitución, pueden dar claramente esta solución.<sup>602</sup>

Más allá de todo esto, como ya comentamos, entendemos que es indiscutiblemente lícito –e incluso loable–, los intentos de convencer a los suicidas para que depongan su actitud, o para que acepten tratamientos tendientes a superar esa tendencia.

#### b) Respeto a la negativa a la atención médica

Es una derivación de lo antes dicho. En consideración también a la autonomía de la voluntad individual en todo cuanto no daña a terceros, corresponde el respeto absoluto a las decisiones de todo paciente mentalmente capaz, tendientes a no iniciar o hacer cesar un tratamiento. No es relevante si esta decisión posiblemente cause o ciertamente causará la muerte de la persona. No es relevante tampoco si la persona busca con esa omisión su muerte, o no; o cuál es el motivo de su negativa. Tampoco corresponde evaluar –como lo hace, por ejemplo, parte de la doctrina argentina–, cuál sería la expectativa o el nivel de vida del paciente en caso de someterse al tratamiento, o cuantas molestias en sí provocaría el tratamiento al paciente.

Ante la negativa expresa y formal del paciente, el médico ya no tiene el deber de ejercer en él su ciencia. Más aún: tiene el deber de no intervenir. Si lo hiciera contra la voluntad manifiesta del paciente, entendemos que, llegado el caso, el médico puede incurrir en un delito de lesiones o privación ilegítima de la libertad.

En muchos Estados, sostenemos, la legislación vigente en este aspecto, puede –y debe– ser interpretada de modo tal de ajustarse a mandatos constitucionales, que implican aceptar todo lo antes dicho.

Para ilustrar en lo referente a la Argentina, citaremos a Germán J. Bidart Campos. Este autor entiende que el art. 19 de la Constitución, resguarda conductas autorreferente:

Ejemplos de conductas autorreferentes resguardadas en la intimidad

A título enunciativo citamos las siguientes:

---

<sup>602</sup> Como ya vimos, entendemos que así debe interpretarse el art. 912 del Código Civil. “*Quien por la ley o por comisión del Estado, tiene el derecho de dirigir las acciones de otro, puede impedirle por la fuerza que se dañe a sí mismo*”. A contrario sensu: quien no tiene esta dirección, no puede lícitamente hacerlo.

- a) La elección del plan personal de vida autorreferente, y su realización;...
- h) la negativa de las personas con discernimiento para someterse a terapias contras las cuales formulen objeciones de conciencia..., o a intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos que se rechazan por diversidad de razones personales: ello siempre que con esa negativa no se comprometa la salud de terceros o la salud pública.
- i) la elección del tipo de medicina, terapia y medicación...<sup>603</sup>

Hemos ya citado a Claus Roxin, quien comenta el caso de una mujer que intenta suicidarse y a su vez pide no ser tratada médicamente si es encontrada antes de morir. El maestro alemán entiende que esa decisión –que implica el no intervenir en el suicidio y a su vez el respetar su negativa a atención médica-, debe ser respetada.<sup>604</sup>

Así, la legislación argentina que consagra el derecho a negarse a tratamientos extraordinarios o desproporcionados –ley 26.529 modificada por la ley 26.742-, contraría la Constitución Nacional, en su letra y en su espíritu, si se interpreta como una prohibición al paciente de rechazar otro tipo de tratamiento que no tenga estas características, aunque ello implique su muerte.

### ***12.12- El consentimiento presunto***

Hemos dicho ya que entendemos que el Estado liberal debe permitir que libremente la persona capaz decida sobre su vida, dando un consentimiento sobre su muerte, que sea específico, o bien genérico cuando es la única forma de asegurarse el cumplimiento de su voluntad.

Sin embargo, creemos que no está implícito en el Estado liberal, el permitir la muerte de los individuos teniendo un consentimiento presunto de su parte.

Entendemos que aquí deben ser valorados algunos de los criterios antes señalados. Fundamentalmente la presunción del deseo de vivir que tienen todas las personas. Y que la vida es la condición necesaria para el ejercicio de las demás libertades.

---

<sup>603</sup> Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Ediar, Buenos Aires, 1996, Tomo I, pág. 523.

<sup>604</sup> Roxin, Claus, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. Consultado online: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)

Mas no se podrá alegar la santidad de la vida, como un valor moral o religioso por parte de la sociedad.

Como para que exista un consentimiento presunto, la persona en cuestión no debe poder expedirse, estaremos siempre ante un individuo enfermo. Entonces, a favor de la finalización de la vida, podrá alegarse: la vida entendida como calidad, la dignidad humana, y la finalización del sufrimiento. Las últimas dos cuestiones, basadas esencialmente en fundamentos genéricos: se entiende que toda persona en principio quiere dejar de sufrir, y quiere conservar su dignidad. Además, los tres criterios podrían sustentarse en los fundamentos específicos que se tengan para justificar que la persona en cuestión hubiese deseado la muerte - basados en los principios, los ideales, los valores y los objetivos de ese individuo en concreto- . El argumento de la autonomía de la voluntad, estará presente pero de forma secundaria: precisamente porque debe presuponerse cuál sería el deseo de la persona.

Ante este panorama, cada Estado, cada sociedad, debe optar entre establecer la continuidad de la vida, o permitir su cese. Y en este último caso, qué condiciones y qué procedimiento específico debe darse previamente.

En el sistema liberal, como dijimos, el Estado puede permitir la muerte con consentimiento presunto. Pero no está comprometido necesariamente con ello. Y si la acepta, será en función de principios de piedad y de humanidad, pero no directamente por principios de liberalismo.

Particularmente, creemos que los argumentos a favor del final de la vida son fuertes, y que sería bueno que se permitiese la finalización de la vida en los enfermos incurables –terminales o no-, que ya no pueden decidir por sí mismos; cuando su nivel de conciencia y su calidad de vida es nula –v.g.: cuando existe estado de vida vegetal-. Máxime cuando hay fundamentos concordantes y serios para creer que hubiese sido la voluntad de la persona.

Creemos también, que el principio de deseo de vida debe primar cuando la disminución de la calidad de vida no llega a ese extremo –v.g.: distintos tipos de demencia o alienación-.

Y, nunca debe proceder la muerte, si hay presunciones que indican que una persona hubiese querido seguir viviendo, incluso en el estado en que se encuentra.

Pues allí no habría un consentimiento presunto, sino, por el contrario, una disconformidad presunta.

Empero, señalamos una vez más, esta es una opinión valorativa discutible, que no es mandato de norma o principio superior alguno.

Creemos que concordamos en buena medida con la posición de Calsamiglia:

Una posible respuesta (*en el caso en que la voluntad no pueda expresarse*) sería la siguiente. Se podría practicar la eutanasia si se dieran las siguientes circunstancias: 1. Enfermedad en estado terminal sin expectativas de curación; 2. el paciente no es capaz de expresar su voluntad; 3. existe un procedimiento fiable que prueba que el paciente estaría de acuerdo en practicar la eutanasia; 4. el valor de la vida –en esta situación precisa- debe evaluarse en relación con el daño y la indignidad de la situación.<sup>605</sup>

Debemos resaltar, que este autor entiende que una enfermedad es *terminal* cuando la persona ya no puede gozar de sus derechos, por no tener autonomía. Por lo tanto, según su postura, podría caber la “eutanasia” para personas en vida vegetal.

Este autor, también rechaza, en su obra citada, la “eutanasia” para dementes y enfermos seniles, alegando que no son enfermos terminales –en su terminología-.

Con ambas apreciaciones, como ya vimos, coincidimos.

Pazos Crocitto señala que la voluntad presunta

...precisa, para su determinación, de diversos baremos: a) sus eventuales manifestaciones anteriores, b) el grado de proximidad de la muerte, c) la probabilidad de acaecimiento del hecho fatal, d) la medida en que se acorta la vida, y e) la mayor o menor fortaleza para soportar el dolor. Como es dable observar, no se trata de pautas a predicar en abstracto sino que precisan su valoración en concreto.<sup>606</sup>

Donna, se pregunta hasta qué punto se debe prolongar la vida, más allá de la voluntad del paciente. Entiende, siguiendo en buena parte a Albin Eser, que:

---

<sup>605</sup> Calsamiglia Blancafort, Albert, *Sobre la eutanasia*, consultado online: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_17.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf)

<sup>606</sup> Pazos Crocitto, José Ignacio, *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010, pág. 24.

...el deber de mantener la vida humana encontrará su límite allí donde el ser humano se vea impedido de toda posibilidad de autopercepción y autodesarrollo a causa de la pérdida irreversible de toda capacidad de reacción y comunicación, lo cual no se debe hacer depender lógicamente de la incapacidad de expresarse, sino de la falta de alguna posibilidad de comunicación que tenga sentido. Esto tendría que aceptarse, sin ir más lejos, en la pérdida irreversible del conocimiento. Por tanto, a partir de ese momento, debería permitirse el dejar morir al enfermo, aun cuando el médico no estuviera seguro del consentimiento presunto del afectado

Lo mismo rige en los casos en que las medidas de prolongación de la vida van en contra de la dignidad humana.

Lo que queda en duda es si debe interrumpirse el tratamiento cuando existe una desproporción entre los gastos y el resultado potencial.<sup>607</sup>

En cualquier caso, está claro que si se acepta una muerte a petición con consentimiento presunto, debe regularse alguna suerte de sistema de autorizaciones legales para la constatación de ese consentimiento, en el cual los allegados de la persona que va a morir puedan aportar las pruebas que crean tener para probar su presunta voluntad.

No sería razonable obligar a quien pretenda la muerte de otro con consentimiento presunto, a actuar y luego probar la voluntad presunta del occiso en un juicio por homicidio en su contra.

### ***12.13- Solicitud de muerte en menores***

El caso de los menores es especial por dos cuestiones que ya oportunamente hemos referido:

Por un lado, son incapaces que no han podido desarrollar plenamente su personalidad, y no caben, en relación a ellos, hacer análisis específicos sobre sus valores y preferencias. Sólo caben para ellos las presunciones genéricas: las aplicables a todo ser humano.

Por otro lado: Ya desde temprana edad tienen un nivel de desarrollo intelectual y emocional que debe ser tenido en cuenta.<sup>608</sup> La situación de un menor no es

---

<sup>607</sup> Donna, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, pág. 65.

comparable totalmente a la de un demente –cuyas expresiones no reflejan voluntad seria-, o a la de un enfermo que siquiera puede expedirse.

Entendemos entonces que los deseos del menor con discernimiento, debe equipararse a una voluntad presunta específica. Y más fuerte será esa presunción, entre mayor sea la edad del menor.

En este sentido: creemos que la minoridad no debe ser un obstáculo para terminar con la vida de una persona, si hay presunciones genéricas en relación a la finalización del sufrimiento, la dignidad humana y la calidad de vida que marcan ese camino, junto a la voluntad del menor. El hecho de ser menor no puede implicarle de por sí a una persona el sufrimiento o la humillación que en otros sujetos, igualmente incapaces legalmente, no sería tolerada. Si se entiende que corresponde la muerte para un demente que tiene una enfermedad dolorosa y terminal, y que presuntamente hubiese querido eso para sí mismos; lo mismo debe entenderse para un menor con una enfermedad dolorosa y terminal, que dentro de sus limitaciones cognoscitivas pide para sí la muerte.

La protección que da el derecho a una persona no puede mantenerse activa si claramente en el caso concreto juega en su contra.

A la familia puede asignársele un papel complementador.

En contrapartida, entendemos que jamás debe permitirse la muerte de un menor si éste, con algún grado de madurez, se muestra contrario a ella. Es decir: no nos parece correcto el papel supletor de la familia, salvo en casos de menores totalmente incapaces de expedirse.

En cualquier caso, tal como señalamos en su momento, entendemos que corresponde al Estado supervisar que los derechos del menor sean respetados.

## ***12.14- El derecho a la muerte***

### ***12.14.1 – En la generalidad de los casos***

---

<sup>608</sup> Ya hemos reseñado las disposiciones que en este sentido contienen la Convención Internacional de los Derechos del Niño –art. 12- y la ley –argentina- 26.061 –art. 24-; en la sección dedicada al papel *complementador* de la familia y los allegados en la prestación de consentimiento.

Como ya habíamos referido, el argumento del derecho a la muerte postula que no sólo la persona puede disponer de su vida por sí mismo, o pedirle a un tercero que acabe con ella; sino que el Estado debe satisfacer ese deseo, y darle medios expeditivos para la muerte a toda persona que lo solicite.

Entendemos que el Estado liberal no está obligado a satisfacer estas demandas.

Si bien debe respetar la autonomía de la voluntad, no tiene el deber de satisfacer él todas las pretensiones de los ciudadanos. Más aún: el Estado liberal, en principio, se encarga simplemente de las cuestiones que necesariamente requieren una organización social, o que se consideran básicas: defensa, justicia, educación,...

Del mismo modo, el Estado permite que las personas contraigan matrimonio, pero nadie puede exigir al Estado que le consiga una pareja. El Estado permite que las personas viajen, pero nadie puede exigirle al Estado que le proporcione turismo.

Más allá de las cuestiones elementales, el Estado puede, en función de sus necesidades económicas y de las prioridades socialmente establecidas, tratar de satisfacer otros intereses de los individuos.<sup>609</sup> Por ejemplo, los Estados que tienen a un sistema de “bienestar”, posiblemente sí se preocupen por dar a sus ciudadanos todo el “bienestar” posible. Pero esto es ya una política propia de cada Estado, conforme las mayorías que determinan su gobierno.

En relación a la muerte, el Estado no sólo no está obligado a darla, sino que, al ser socialmente mal valorada, posiblemente, con toda razón, tampoco gaste sus recursos en brindarla a quienes la quieren. Al menos, a quienes la quieren sin tener un motivo que socialmente se considere atendible para justificar tal intervención.

Es nuestro parecer que el Estado no debe derrochar sus recursos satisfaciendo meros caprichos. Quien quiera poner fin a su vida, sin tener un motivo socialmente atendible, puede hacerlo, pero por sus propios medios –suicidio-, o buscando a quien quiera colaborar con él –muerte a petición-.

Por insignificantes que sean los gastos tendientes a dar muerte a todo quien la pida, al ser la muerte un desvalor social claro –al menos, cuando no hay motivos socialmente aceptados para pedirla-; la sociedad no debe cargar con ellos.

#### ***12.14.2- En casos excepcionales***

---

<sup>609</sup> Tal como en la Argentina se debatió y se debate, sobre fertilidad asistida.

Los casos que consideramos excepcionales, son aquellos en que el pedido de muerte está fundado en alguna causa socialmente atendible. Puntualmente: en el caso de personas enfermas incurables, con enfermedad dolorosa. Terminal, o no.

Entendemos que aquí también es política y facultad del Estado, el atender a sus pedidos de muerte o no. Y esta política del Estado dependerá de cual sea la valoración social del pedido de muerte ante una causa comprensible. Aquí sí es importante el criterio social, porque será la sociedad, a través del sistema de salud del Estado, quien intervenga directamente en esa muerte a petición.

En estas situaciones, el Estado puede también establecer el tipo de muerte: *muerte eutanásica*. Pues está satisfaciendo lo que cree que es un pedido fundado en la intención de dejar de sufrir, y puede limitarse a satisfacerlo de la forma en que crea que cumple mejor ese propósito. Y bien puede presumirse que la persona pretende una muerte sin dolor.

Cuando la sociedad pueda aceptar esta intervención estatal en determinados casos, creemos que el deber del Estado de proporcionar la muerte, será parte de su política sanitaria, y debe ser coherente con su nivel de asistencia general.

Los argumentos para que el estado preste el “servicio” de muerte, son análogas a los que bregan por que preste servicios médicos: la idea de que es deseable que el Estado actúe para poner fin al sufrimiento de las personas, para que éstas mantengan su dignidad, y para que el proceso de muerte ocurra sin dolor; cuando ya no existe esperanza de curación. O, si se limita a enfermos terminales, cuando ya no existe esperanza de escape de la muerte. Obviamente, siempre respetando la decisión individual de cada persona.

En contra: la idea que, si bien puede ser bueno que el Estado actúe para garantizar la salud de las personas, nunca –siquiera en casos excepcionales- es bueno que actúe para poner fin a sus vidas. Este razonamiento se basa fundamentalmente en el argumento de la santidad de la vida.

Personalmente, creemos que las razones a favor deben ser atendidas, y que la sanidad pública, en la medida de sus posibilidades, debe invertir recursos en cumplir la voluntad de las personas tendientes a poner fin a su vida, cuando padecen una enfermedad incurable y dolorosa. Sea terminal o no. Siempre constatando que la voluntad del paciente sea cierta y se haya manifestado libremente.

Entendemos que los gastos que implica esta satisfacción de deseos, que no son un mero capricho, sino que socialmente pueden ser fundamentados y justificados; son poco relevantes. Y no atender el pedido de estas personas configura un servicio sanitario deficiente, e injustificadamente discriminatorio. Y, por otro lado, sobredimensionaría la idea de la santidad de la vida, que socialmente ya no es siempre aceptada como un valor absoluto.

Los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo,... han optado por permitir que las personas, en determinadas circunstancias, pidan a los servicios sanitarios públicos - y también privados-, que se les dé muerte. En este sentido han plasmado un derecho de las personas a pedir su muerte, y la obligación médica de cumplir con ello. Más allá de que el médico en particular, pueda excusarse de hacerlo, y deba derivar el caso a otro médico.

No correspondía que necesariamente dieran a los individuos enfermos ese derecho de ser atendidos en su pedido –aunque hay buenas razones para que así lo hagan-; y sí correspondía que permitieran, a cualquier persona –enferma o no-, renunciar a su derecho a vivir en manos de cualquier tercero, una vez constatada su voluntad. Es decir: estos Estados tomaron una iniciativa polémica que, aunque respetable y defendible –hemos dicho que la compartimos-, no estaban obligados a tomar; y siguen negando una manifestación de la libertad humana: la despenalización de la simple muerte a petición o la ayuda al suicidio.

### ***12.15- El derecho a negarse a dar muerte***

Está claro que un Estado respetuoso de las libertades individuales, debe permitir a los ciudadanos el negarse a dar muerte a quien se lo solicita, del mismo modo en que les permite negarse a cualquier otro pedido de un tercero que no tenga base en la ley o contrato.

Sin embargo, dijimos ya que entendemos que puede llegar a concebirse a la muerte como un derecho a reclamar frente al Estado o a médicos privados, cuando se dan determinadas condiciones –v.g.: enfermedad dolorosa e incurable-, que hacen que ese “servicio” sea análogo a la asistencia sanitaria.

La posibilidad de los médicos, entonces, de negarse a dar muerte, en esos casos excepcionales, será determinada por la redefinición del juramento hipocrático –

ante citado-. Un juramento como el actual, entendido rígidamente, como ya vimos, parece restringir la posibilidad que el médico, como profesional, participara de la causación de muerte. Un juramento más flexible, adaptado a esa eventual ampliación de la idea de “servicio sanitario”, permitiría la participación de los médicos, voluntaria, según sus propias convicciones.

Esta última es que han adoptado, por ejemplo, como ya mencionamos: Los Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, el estado de Oregón, el territorio de Australia del Norte... La ley de Bélgica, por ejemplo, es muy explícita al establecer que no obliga a ningún médico ni a *ninguna otra persona*. La ley de Oregón y la ley de Australia del Norte, son también amplias al eximir de obligación, no a los médicos, sino a los *operadores del sistema de salud*, en general.

Sin embargo, creemos que una reformulación completa de la idea de medicina, que conciba a la muerte sin dolor, en circunstancias extremas, como un derecho humano asociado indefectiblemente al ejercicio de la medicina; en un futuro podría obligar a los médicos a practicar la muerte en esos casos. Siendo que pasaría a ser parte de su profesión, no podrían ampararse en su libertad de conciencia, u objeción moral, del mismo modo que quien ya ingresó a las Fuerzas Armadas no puede ampararse en ello para no batir al enemigo.

Repetimos en este sentido la cita a Gevers, a quien ya mencionamos al hablar del papel especial del médico:

...La medicina es demasiado compleja como para ser orientada hacia un solo objetivo fundamental. Creemos que la mayoría de las prácticas médicas legítimas, si no todas, se pueden abarcar en tres objetivos: curación, promoción de la salud, y ayuda a los pacientes para lograr una muerte pacífica y digna.<sup>610</sup>

Más allá de eso, creemos que nunca llegaremos a tal extremo. Por un lado, porque la oposición a la causación de la muerte, es y seguirá siendo fuerte. Muy difícilmente el juramento hipocrático se modificará, en el punto que nos interesa, hasta decir exactamente lo opuesto a lo que actualmente dice. Y por otro lado, porque la negativa de un médico a causar muerte, puede fácilmente remediarse

---

<sup>610</sup>Gevers, J.K.M, *El suicidio médicamente asistido y la justicia holandesa*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, F., y Salles, A.L.F (compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires. 1998, pág. 313.

dando participación a otro profesional. Esto es lo que establecen muchas legislaciones, entre ellas, la de la provincia argentina de Río Negro.

El único problema, como ya se refirió, se dará si ningún profesional accede a practicar la muerte.

### ***12.16- La muerte a petición en un Estado que no es completamente liberal***

Dijimos anteriormente que corresponde a un Estado liberal no limitar las libertades de sus individuos en más de lo que es estrictamente necesario para resguardar los derechos de terceros. Cuando un Estado excede este marco, debe reconocerse que ya no es un Estado liberal.

El modelo cabalmente opuesto al Estado liberal, es el Estado autoritario: aquel que marca restricciones que vulneraran la libertad de los individuos.<sup>611</sup>

Existen además, obviamente, diversos matices de modelos intermedios. Es decir: el que no alcanza a ser liberal, pero tampoco es totalmente autoritario.

Un Estado que no es completamente liberal puede a su vez, ser tal de diferente formas. Puede intervenir, pero moderadamente, en todos los aspectos de la vida de sus ciudadanos. Puede también, intervenir profundamente en la vida de sus ciudadanos, pero sólo en algunos aspectos. Y puede, finalmente, intervenir moderadamente en algunos aspectos.

Creemos que actualmente los Estados que no son totalmente liberales por restringir la facultad de disponer de la propia vida cuando a nadie se daña con ello; responden al tercer modelo.

En relación puntual a la muerte *a petición*, un Estado que no es completamente liberal que intervenga fuertemente en el aspecto “existencia” de sus ciudadanos, y que considere que la vida debe preservarse ante todo, sin importar la opinión de su titular; no permitirá jamás que el consentimiento para morir exima a quien mata del delito de homicidio, y menos aún entender que los ciudadanos tienen derecho a

---

<sup>611</sup> Puede distinguirse Estado *autoritario* de *totalitario*. El primero, entre otras cuestiones, se caracteriza por restringir libertades individuales y darse por satisfecho con el control de los actos de los individuos. El segundo elimina libertades individuales y busca el control de los cuerpos y las mentes a través de su marcada ideología, e interviene en todos los aspectos de la vida privada. En sentido estricto parece más correcto hablar de Estado autoritario –y no totalitario- en relación a aquél que no acepta que la persona es dueña de su propia vida. Aunque a veces, fuera del ámbito de las ciencias políticas, los dos términos se utilizan sin la debida propiedad.

pedir su propia muerte; siquiera en situaciones extremas de enfermedad dolorosa y terminal. Esta postura se basa sobre todo en la idea de la santidad de la vida. Este Estado será, en relación a la “existencia”, un Estado autoritario. Aunque no será autoritario en otros aspectos y no pueda decirse, por lo tanto, que es un Estado autoritario en general.

Esta regulación autoritaria es la que actualmente tiene, por ejemplo, la República Argentina, donde no es lícito jamás dar una muerte activa –introduciendo una causa de muerte-, por pedido de una persona, siquiera en una situación extrema como las antes mencionadas.

Sin embargo, podemos resaltar, siguiendo a Peter Singer<sup>612</sup> que aún en estas regulaciones autoritarias la idea de santidad de la vida se ve resquebrajada. En primer lugar, siempre que se reconoce a un paciente su derecho a negarse a un tratamiento médico. Pues se presta atención aquí a su voluntad, más allá de las implicancias que ésta pueda tener para la vida.

También, -como ya vimos- desde que se entiende que “muerte” es “muerte cerebral”, aunque exista respiración y circulación asistida.

A su vez, cuando se distingue entre medios “ordinarios” y “extraordinarios” para preservar la vida, se está haciendo una valoración en relación a la calidad de vida, permitiéndose dejar de luchar por la vida que se entiende ya no merece la pena. Y, finalmente, cuando se permite la aplicación de medios paliativos del dolor que “como efecto secundario y no querido” provocan la muerte del paciente; se está reconociendo el derecho de las personas de morir sin dolor.

Al igual que la cosmología anterior a Copérnico, la doctrina tradicional de la santidad de la vida humana es hoy en día un profundo problema. Quienes la defienden han respondido, de forma bastante natural, intentando remendar fallos que siguen apareciendo en ella. Han redefinido la muerte para poder extraer corazones que latén de cuerpos calientes que respira y dárselos a otros con mejores perspectivas de futuro, mientras se dicen a sí mismos que solamente están extrayendo órganos de un cadáver. Han hecho una distinción entre medios “ordinarios” y “extraordinarios” de tratamiento, que les permite convencerse a sí mismos de que su decisión de retirar el respirador a una persona en coma irreversible no tienen nada que ver con la mala calidad de vida del paciente. Suministran a los pacientes con enfermedades terminales enormes dosis de

---

<sup>612</sup> Ver Singer, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós Ediciones, Buenos Aires, 1997, pág. 150.

morfina que saben que acortarán sus vidas, pero dicen que esto no es eutanasia porque su intención manifiesta es aliviar el dolor...<sup>613</sup>

Por su parte, un Estado no totalmente liberal que intervenga moderadamente en el aspecto “existencia”, en principio entenderá que la vida es indisponible para su titular. Sin embargo, estará dispuesto a, frente a algunas razones –justificaciones-, permitir que el titular pida su muerte.

En este Estado no totalmente liberal, los argumentos a favor y en contra de la *muerte pía* –y especialmente de la *muerte a petición*- deben sopesarse. Y el argumento de la autonomía de la voluntad – autonomía limitada pero atendible si se dan las condiciones aceptadas por el Estado-, unido a algunos otros –que conformarán el marco que valida la autonomía de la voluntad en relación a la vida-; en algunos casos hará posible que la persona disponga de su vida. Por ejemplo: la autonomía de la voluntad que tienda a poner fin a la vida, en defensa de la dignidad humana, la finalización del dolor, de la vida entendida como calidad de vida y el derecho a morir sin dolor.

Este es el sistema de los Países Bajos y de Bélgica, de Luxemburgo, de Colombia, y de Oregón. Si bien no tienen regulaciones liberales, el autoritarismo de sus legislaciones es moderado. El Estado, en determinados casos, presta atención a lo que quiere el interesado. Si la persona justifica, según el criterio de la sociedad y el Estado, que su decisión de poner fin a su vida tiene sentido; entonces puede actuar. Ya sea permitiendo que un tercero, impunemente, dé muerte; o incluso permitiendo que el individuo reclame al sistema sanitario su muerte –lo que nosotros *derecho a morir*, utilizando el sentido restringido del término-.

### ***12.17- Algunas distinciones finales***

Haremos mención en este apartado, de algunas diferenciaciones que hemos plasmado a lo largo de esta investigación, pero que entendemos corresponde reafirmar y puntualizar.

#### ***12.17.1- Distinción entre consentir el acto y perdonar el acto***

---

<sup>613</sup> Singer, Peter, op. cit., pág. 186.

Se ha dicho que no corresponde atender al consentimiento que da una persona para que se ataque un bien jurídico que a ella pertenece, pues es el Estado y no el particular quien tiene en sus manos la acción penal.

En este sentido, por ejemplo, Levene:

...al consentir la víctima su propia muerte está reemplazando a la sociedad o al Estado, ya que con ello evita, o perdona si se quiere, la represión, que en caso contrario, habría correspondido al acto cometido por un tercero, si no hubiese existido el consentimiento. La facultad de reprimir pertenece al Estado y no a los particulares, contrariamente a lo que ocurrió en los orígenes del derecho penal, cuyas primeras etapas están señaladas por la venganza privada. Al aceptarse que el consentimiento borra la ilicitud del acto, se le priva al Estado la facultad de la represión; lo sustituimos por la voluntad individual, y eso no es admisible, pues aquél no puede delegar ni admitir que el particular por sí y ante sí se arroge el derecho de represión o el perdón...<sup>614</sup>

Creemos que este autor confunde el consentir un acto, con el perdonarlo. Sin embargo, la diferencia es clara.<sup>615</sup>

En el primer caso, el individuo renuncia a la protección de su bien. En el segundo, el individuo que vio afectado su bien sin haberlo querido él así, luego, pretende que el agresor no sea castigado.

Dejando de lado la tendencia actual a que la víctima de un delito tenga participación en el proceso penal seguido contra el delincuente<sup>616</sup>; lo cierto es que cuando hay un consentimiento para el acto lesivo, no hay delito. Y por lo tanto, no hay ninguna represión posible por parte del Estado de la que el particular pueda disponer con su perdón. Pues no corresponde castigo ni perdón alguno, pues no ha habido ofensa.

Como ya hemos referido al hablar de consentimiento, éste, para ser tal, debe ser previo al acto y no posterior.

---

<sup>614</sup> Levene, Rodolfo (h), *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970, pág. 122.

<sup>615</sup> También, por ejemplo, Jiménez de Asúa parece incurrir en este error al decir: *...Lo que constituye la esencia del delito es ser un acto antisocial e importar un ataque al orden jurídico... Así pues, la voluntad privada, incluso la del ofendido, no puede tener el valor de borrar la criminalidad del acto, excluyendo toda pena.* - Jiménez de Asúa, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 427.

<sup>616</sup> Tendencia sobre la cual no nos expediremos. Se puede estar a favor o en contra de ella, y a su vez reconocer que el consentimiento de la víctima –previo al acto-, impide la configuración del delito.

***12.17.2 – Diferencia del bien jurídico “vida” con otros bienes jurídicos que puede entenderse tienen efectiva relevancia colectiva incluso en un sistema liberal***

Hemos defendido aquí, que el bien jurídico “vida” es un bien individual, del que su titular puede disponer libremente si es mayor y capaz. Esto no implica que no existan bienes que sean colectivos –seguridad pública, fe pública, etc.-, o que sean en principio individuales pero tengan una fuerte incidencia colectiva cierta y por lo tanto sean también irrenunciables.

En este último caso, puede encontrarse, por ejemplo, el derecho laboral. El salario mínimo de un trabajador, es irrenunciable. Es decir: el trabajador, aunque sea mayor y capaz, no puede pactar un salario menor. Incluso aunque justifique que actúa con libertad –por ejemplo, una persona muy rica, que, por puro placer, quiere determinado trabajo, y acepta ser contratada por un sueldo que está bajo el mínimo legal-.

Entendemos que la situación aquí es muy diferente a la que se da frente al bien jurídico “vida”. Sin bien parece lógico que este último bien tiene mayor relevancia que un derecho patrimonial como el salario, lo cierto es que el salario mínimo tiene una relevancia colectiva que la vida no posee. Pues si se permitiera que una persona sea contratada por cualquier salario, el juego libre de la oferta y la demanda haría que el salario de los contratos disminuya y perjudique así a todos los trabajadores –actuales o potenciales-, y distorsione con eso distintos factores de la economía y a la sociedad en su conjunto.

Por lo tanto, sostenemos que aunque la vida puede ser el bien que jurídicamente tenga más relevancia, su carácter de bien eminentemente individual hace que sea renunciable. En cambio, pueden existir otros bienes que se catalogarían como menos relevantes, pero cuya incidencia social cierta y manifiesta hace que su irrenunciabilidad no sea repugnante al sistema liberal imperante.

***12.17.3- Distinción entre no penar una conducta y hacerla susceptible de contratación***

La idea que hemos sostenido de que el Estado no puede penar conductas que afecten a la vida de un sujeto cuando éste las ha consentido, no implica de por sí

que el Estado deba reconocer validez jurídica a los contratos que pactan sobre la vida y la muerte de una persona.

En este sentido, el art. 953 del código civil reza:

*El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.*<sup>617</sup>

Y no creemos que el artículo sea contrario a la Constitución Nacional. Por lo tanto, a partir de este artículo y de los que con él concuerden, no podrá pedirse ante los tribunales indemnización por no ejecución de un “contrato de muerte”. Pues puede entenderse como contrario a las buenas costumbres, al menos cuando el individuo que pide la muerte no es un individuo enfermo. Del mismo modo que no puede pedirse ante los tribunales indemnización por el no cumplimiento de un “contrato de prostitución”.

Pero, así como no se castiga penalmente la prostitución libremente pactada –y sí la violación, la corrupción de menores, las exhibiciones obscenas y la rufianería-, sostenemos no debe castigarse penalmente la muerte a petición, pues esta difiere totalmente del simple homicidio.

La libertad para pedir la propia muerte, se ha asimilado a veces a la libertad para venderse como esclavo. Pues –se dice-, ambas implican una renuncia permanente a la libertad.

---

<sup>617</sup> Por su parte, el art. 1004 del proyecto de Código Civil de Lorenzetti, Higton de Norlasco y Kemelmajer de Carlucci, establece: *No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean.*

*Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplican los artículos 17 y 56.*  
Sobre algunos puntos centrales de los artículos a los que se hace remisión, ya nos hemos expedido.

El análisis, sin embargo, debe ser más profundo. La ley no reconoce, ni debe reconocer, el contrato de esclavitud. Sin embargo, si una persona desea actuar como esclavo<sup>618</sup>, el Estado no puede intervenir en esa relación, mientras las partes estén de acuerdo. Salvo que se dé una situación en la que la libertad de la persona para decidir está anulada o manipulada; como en los casos de trata de personas para el ejercicio de prostitución.

La ley, entonces, se limita a no consagrar en el tiempo la renuncia a la libertad, pero no puede inmiscuirse en las relaciones consensuadas. Siempre se protege el derecho individual a retractarse y abandonar el estado de enajenación de libertad en cualquier momento, de inmediato, y sin ninguna consecuencia.

En la disposición de la vida también se garantiza esa posibilidad de retractación. El límite de aquélla es una situación de hecho: la producción de la muerte.

### ***12.18 – La muerte eutanásica y la muerte por piedad***

Las restricciones a las posibles regulaciones legales referidas a *muerte eutanásica* y *muerte por piedad*, que ya desde el inicio de esta investigación señalamos; obviamente se mantienen como tales en el marco del Estado liberal.

#### ***12.18.1- Muerte eutanásica***

En el sistema liberal, respetuoso de la voluntad de cada individuo en relación a sus bienes jurídicos, no puede despenalizarse la conducta de aquél que mata, por el mero hecho de que la muerte se produzca sin dolor.

Tal como ya comentáramos en más de una oportunidad, entendemos que tampoco corresponde una atenuación de pena a partir de un tipo penal propio, sino, sólo una consideración a favor del homicida al momento de graduar la pena.

#### ***12.18.2- Muerte por piedad***

Como ya adelantamos, en un sistema donde los derechos y las libertades individuales sean protegidos, no puede despenalizarse la muerte dada a otra persona, sólo porque ésta última tuvo por móvil la piedad. Pues no corresponde a

---

<sup>618</sup> Por ejemplo, en el marco de una parafilia sadomasoquista.

ningún tercero juzgar qué vida ajena es mejor continuar y qué vida ajena es mejor cesar.

Sin embargo, como ya apuntamos también, creemos que hay buenas razones para pensar que la muerte por piedad merece una atenuación legal específica. Fundamentalmente, porque la intención fue benéfica.

La atenuación de la pena en la muerte por piedad, no contradice ni la idea de santidad de la vida, ni la de presunción del deseo de vivir.

Creemos que tampoco se opone a la idea de igualdad de valor de la vida. Pues –tal como sostuvo la Corte Constitucional de Colombia, a la cual citamos ya repetidamente–, que la diferencia de penalidad la determinará, no la diferencia de bien jurídico afectado, sino la diferencia de intención y motivo en el criminal.

Si se limita a la atenuación a la muerte por piedad dada a individuos enfermos, –es decir: se establece que quien muere debió haber estado enfermo, actuando la enfermedad como disparador de la piedad– se corre el riesgo de un mal diagnóstico de la enfermedad. Sin embargo, aquí lo relevante no será la situación médica específica del individuo, sino la exteriorización de su estado, que dio cabida al sentimiento humanitario.

En este punto diremos: en primer lugar, que entendemos que no existe imperativo constitucional o impedimento constitucional para regular atenuando o no la muerte *por piedad*, por lo cual es libre política del legislador hacerlo o no.

En segundo lugar: que por el principio de coherencia, la regulación de la muerte *por piedad* no puede ser independiente de la regulación de la muerte *a petición*. En este sentido creemos que debe distinguirse si el Estado asimila al homicidio, atenúa, o despenaliza la muerte consentida. Pues la evaluación que un tercero hace de la vida de otro, no puede ser más importante que la evaluación que la persona hace de su propia vida. Es decir: entendemos que no puede ser más grave una muerte consentida que una muerte por piedad. Siquiera de mediar en la segunda, una enfermedad.

### 13.- CONCLUSIONES

Al iniciar este trabajo, hemos propuesto un modelo conceptual para diferenciar distintos aspectos de lo que vulgarmente se conoce como “eutanasia”: la *muerte eutanásica*, la *muerte por piedad*, y la *muerte consentida*. Siendo que dichos aspectos pueden concurrir o no, entendimos que cuando está presente al menos uno de ellos, podemos hablar de *muerte pía*. Pero la distinción es crucial, pues para las diferentes situaciones que pueden presentarse existen en buena medida distintos argumentos a favor y en contra de su despenalización o de su atenuación como delito.

A su vez, hemos visto que esta distinción básica entre los distintos tipos de *muerte pía*, se complementa con otras diferenciaciones relevantes para el estudio del tema: el tipo de consentimiento en la muerte consentida, la situación de salud de aquél que va a morir, la forma en la que se realiza la muerte, y el sujeto que la realiza.

Creemos que sólo una exposición ordenada de estos aspectos, posibilita un análisis y una discusión ordenados, circunscriptos y enfocados, sobre el derecho vigente y el derecho deseable en relación a esta temática.

Así, hemos podemos establecer el ámbito de la discusión, conforme principios generales de aceptaciones universal. Fundamentalmente, el respeto a la vida.

Entre otros diversos puntos, sostuvimos que:

- La *muerte eutanásica* es un elemento que puede considerarse necesario pero no suficiente para una despenalización o atenuación de la muerte con un tipo penal especial. Dado que el modo de comisión del acto no es suficiente para enmendar o reducir de manera drástica su desvalor. Puede ser entendido sí, como un factor para la graduación de pena.

- La *piedad* como motivación del acto de dar muerte es un elemento que puede dar lugar a atenuación de pena, pero, por sí solo, no a despenalización. Porque no puede dejarse la decisión sobre vida o muerte de una persona, en cabeza de un tercero, aunque sus intenciones sean benéficas.

La piedad puede requerirse o no como elemento necesario, junto con otros, para despenalización o atenuación.

- El dar muerte cuando existe consentimiento de parte de aquél que va a morir, es un elemento necesario para una eventual despenalización de la acción. Puede ser incluso un elemento suficiente, para dicha despenalización o para una atenuación.

El consentimiento debe ser serio, voluntario, y revocable.

Para la atenuación de la pena o la despenalización de la muerte, la forma de consentimiento más aceptada es la expresa: pues allí se sabe ciertamente la voluntad del individuo. Quienes defienden la legalización de la muerte consentida, pueden esgrimir la totalidad de sus argumentos en la muerte con este tipo de consentimiento.

Dentro del consentimiento expreso, obviamente el más aceptado es el actual, dado que el individuo puede decidir teniendo presentes todos los detalles de su situación, y conserva su poder de retractación hasta el momento mismo de la muerte.

En lo que hace al consentimiento anticipado éste es más aceptado cuanto mejor documentado esté, siendo el mejor documento un testamento vital.

En cuanto al consentimiento presunto, su aceptación es mayor si se cuenta con mejores fundamentos de la hipotética decisión del individuo en caso de haber estado en facultad de decidir sobre su vida o muerte. Y sobre todo, si se tiene un fundamento específico basado en sus creencias, sus valores y su personalidad.

- En relación a la situación del individuo que va a morir, en la *muerte eutanásica*, el hecho que esté sano o enfermo, no hace mayor aporte a la discusión.

En la *muerte por piedad*, la enfermedad del individuo es un posible elemento para acreditar el sentimiento benévolo. Pero puede que no se exija como único motivo aceptable de piedad.

En la muerte *consentida*, es más aceptada la atenuación de la pena o la despenalización de la muerte, si el individuo sufre enfermedad.

En general, dentro de las enfermedades, la más atendible es la a su vez es dolorosa y terminal.

En cuanto a los enfermos de padecimientos psicológicos, es claro que quienes presentan enajenación, no pueden dar un consentimiento válido para la muerte.

- En relación al modo en que se practica la muerte, el más cuestionado es la muerte como provocación directa. Ello en tanto, como se dijo, el factor desencadenante de la muerte será el introducido por el sujeto actor, y no uno previamente existente. Más allá de ello, la muerte activa puede ser la única salida para individuos con enfermedades dolorosas que sean incurables pero no terminales.

Si la muerte es una consecuencia no querida de la un tratamiento contra el dolor, la calificación correspondiente de la acción deberá depender de la certeza o no en la producción de la muerte, y del acortamiento que se cause a la vida.

La muerte pasiva, provocada por un padecimiento preexistente y no por un nuevo factor introducido, presenta mayor rechazo. Pues juega un mayor papel la voluntad del paciente en relación a su propia enfermedad.

Entendemos que no debe existir mayor diferencia entre la omisión de un tratamiento y la conducta activa de sustracción de un elemento de soporte vital impeditivo de la muerte.

-El suicidio es un acto impune, en la mayoría de los Estados, no sólo por imposibilidad fáctica de penar a quien ya murió, sino por impedimentos derivados del sistema jurídico. El fuerte debate existe en el ámbito de la ayuda al suicidio y del homicidio a petición, máxime en este último.

En consecuencia, sostenemos que si se opta por legalizar algunos tipos de *muerte pía* o atenuar sus penas, la opción lógica es legalizar o atenuar siempre la colaboración *pía* al suicidio, de manera equivalente.

En los países donde es un delito la colaboración al suicidio y también el homicidio *pío*, cabe preguntarse si no corresponde hacer algún tipo de excepción para aquellos casos donde se colabora con una persona incapacitada para cometer su propio suicidio o incluso también para quienes no puedan realizarlo de manera indolora, serena y rápida.

Con respecto al individuo que actúa, el limitarlo a un médico tiene ventajas y desventajas. La gran controversia parece pasar por cuál es el papel de dicho profesional en la sociedad contemporánea.

En atención a este modelo complejo al que hemos hecho referencia; hemos analizado diferentes regulaciones del Derecho comparado. Éstos, plantean diferentes tipos de *muerte pía* –y algunos, más de un supuesto-, a los cuales dan

diversas soluciones: no distinción, atenuación, posibilidad de atenuación, posibilidad de perdón judicial, despenalización, y despenalización y derecho del individuo frente al Estado.

Ninguno de los Estados analizados despenaliza la *muerte por piedad* o la muerte eutanásica. Así como tampoco la *muerte a petición* en individuo sano ni la *muerte a petición* dada por un individuo que no es médico.

Posteriormente, nos hemos centrado en el derecho argentino. Aquí, como ya comentamos, existe una regulación para la *muerte pía*: la regulación del simple homicidio –o, en determinados casos, del homicidio agravado-. No existe entonces una laguna jurídica, sino que puede haber una laguna axiológica: el considerar que el legislador debió haber hecho distinciones que no hizo.

En relación al derecho argentino, analizamos los artículos del código penal en los que recae la conducta de *muerte pía*. También, posibles soluciones forzadas para tratar de, en el marco de la ley vigente, apartarse de la anterior solución; y diversos proyectos legislativos que resolvían de otro modo. Seguidamente, atendimos a algunas disposiciones civiles que guardan relación estrecha con el tema, y a algunas resoluciones jurisprudenciales.

La ley 26.529 modificada por la ley 26.742 –la llamada *ley de muerte digna*- sólo aborda la *muerte pía* de manera tangencial. Se limita a dejar en claro los derechos del paciente a rechazar tratamientos extraordinarios o desproporcionados.

Creemos que para la descripción del derecho positivo imperante a nivel nacional e internacional nuestro modelo logró ser una herramienta de clasificación útil.

En este trabajo comentamos también distintos y variados argumentos a favor y en contra de la despenalización o atenuación de la *muerte pía*. Y vimos también diferentes posturas de índole religiosa.

Para este análisis también, nuestro modelo de *muerte pía* ha sido fructífero, a los efectos de encauzar los argumentos y sus réplicas. Pues no todo argumento –como ya vimos- refiere a todo tipo de *muerte pía*.

En la última parte de la investigación hemos hecho referencia a la muerte pía insertada de manera coherente y consistente en un sistema jurídico ya establecido que tiene principios que deben ser respetados.

El sistema imperante en el cual se debate la regulación referente a la *muerte pía* es el sistema político-jurídico liberal. En él el Estado –como encarnación de la voluntad mayoritaria de la sociedad- puede limitar las conductas de los individuos, e incluso punirlos legítimamente cuando transgreden dichas prohibiciones y el hecho se corrobora mediante un debido proceso. Sin embargo, no puede inmiscuirse en cuestiones que no perjudiquen de manera concreta a otros individuos. No puede pretender imponer *manu militari* la moral mayoritaria. Sólo puede intervenir cuando haya una concreta afectación a bienes jurídicos de terceros.

La Constitución Argentina es muy clara en este punto, en su art. 19, al establecer el famoso *principio de reserva*, que da origen al *principio de lesividad* del derecho penal contemporáneo.

Un lesividad a bienes jurídicos, producen, innegablemente, la *muerte meramente eutanásica* y la *muerte meramente por piedad*. Hay buenas razones para atenuar la pena del homicidio, cuando se da la segunda.

Claramente, no corresponde despenalizar dichas conductas, so pena de permitir una agresión impune al bien jurídico vida. Pero no ocurre lo mismo en relación a la *muerte consentida*, máxime en su variante *muerte a petición*.

Todos los bienes jurídicos individuales, son propiedad de su titular. El Código Penal, por ejemplo, es muy claro al señalar que el homicidio y otros delitos, son delitos *contra las personas*, y no *contra el Estado*, *contra la sociedad*, o *contra la moral*.

El titular de los bienes jurídicos –el sujeto-, como verdadero dueño de ellos, tiene un derecho a mantenerlos, pero no un deber de hacerlo. Puede, por lo tanto, renunciarlos.

Esta cuestión, fue correctamente entendida en relación al suicidio, y actualmente casi no se discute que el Estado no pune esa conducta, no sólo por una cuestión de política criminal o de absurdo práctico, sino porque no está facultado a hacerlo.

Si no se puede punir la afectación de un bien jurídico que ha sido renunciado, cuando lo agrede el mismo renunciante; no es coherente punirlo cuando lo agrede un tercero, en atención a esta renuncia. El permitir lo primero y no lo segundo, es una forma de encubrir una imposición moral.

Para respetar la jerarquía constitucional, la *muerte a petición* no puede ser un delito. Y corresponde a los jueces, como garantes de la Constitución, dejar en claro esto, mientras el legislador no lo haga.

En la línea argumental, tampoco son constitucionalmente válidas las limitaciones que surgen de la ley nacional de *muerte digna* –y de otras disposiciones de índole civil-, desde que coartan notoriamente la facultad de los ciudadanos de decidir sobre su cuerpo y su vida.

Obviamente, podríamos cambiar el sistema, y pasar a un sistema paternalista o autoritario. Y tendríamos con esto ventajas y desventajas. Pero en la actualidad corresponde legislar para el sistema personalista y liberal que está en vigencia.

El Estado no puede exigir que los individuos justifiquen el porqué de sus acciones cuando éstas a nadie más afectan. No puede entonces, limitar la no punición de la muerte a petición para casos de individuos enfermos.

Si se reconoce la capacidad de las personas, no se puede obligar a éstas a dar razón de sus actos, ante un tribunal social mayoritario, que definirá si son o no razonables o morales.

Obviamente, el Estado puede limitar los derechos individuales, pues estos no son absolutos. Pero no puede limitarlos a punto tal de desvirtuarlos.

En este orden de idea, el Estado sólo puede implementar los mecanismos necesarios para asegurarse que la decisión de solicitar la muerte sea cierta, y esté dada por una persona capaz que libremente asume las consecuencias de sus actos. Incluso corresponde que lo haga, para proteger en bien jurídico vida en aquellos individuos que quieren mantenerlo, que son la inmensa mayoría.

En cuanto al consentimiento anticipado, creemos que, ante un hipotético evento que restrinja su capacidad de decisión, el individuo no tiene otra opción para asegurarse que su voluntad sea cumplida, que habiéndola plasmado de aquélla forma. Si el Estado niega la posibilidad de decidir anticipadamente; está limitando de forma inaceptable la libertad individual. Procede a una restricción de derechos,

por medio de una regulación que los desvirtúa. Obviamente, puede reglar la formalización de este consentimiento, para asegurarse se sea dado voluntariamente y contando quien lo otorga con la máxima información posible.

Sin embargo, no creemos que el Estado liberal esté obligado a permitir la muerte con consentimiento presunto. Siquiera con un consentimiento presunto bien fundado. Queda pues, sometido al arbitrio de cada sociedad liberal, el decidir sobre ello –conforme los argumentos que hemos reseñado-; pues el sistema no da por sí mismo una solución clara.

Consideramos que el Estado liberal no está obligado a reconocer el derecho a la muerte, entendido éste como la facultad de reclamar a las instituciones del Estado, que den muerte a quien así lo solicite. Sin embargo, en casos excepcionales de enfermedad, la muerte podría ser asimilada a un tratamiento, según la concepción que de ella tenga cada sociedad.

En este último caso, sí es entendible la justificación del deseo de muerte, pues se pretende que los recursos públicos se pongan a disposición de esa pretensión.

En cualquier caso, siempre que se establezca el derecho a la muerte, parece corresponder al médico el derecho a negarse a darla. Al menos, mientras no se redefina radicalmente la práctica de la medicina. El problema se dará, si ningún profesional desea brindar esta asistencia.

Los argumentos en contra de la permisión de la muerte a petición no tienen validez en el marco del sistema liberal. El argumento principal, la idea de santidad de la vida, ya no puede esgrimirse. La vida propia tiene el valor que cada quien le asigne, y no un valor dado por la moral social, por el interés estatal, o por la religión mayoritaria.

La presunción del deseo de vivir es una presunción *iuris tantum* que la voluntad manifiesta de su titular puede desvirtuar.

La gran mayoría social, que valora la vida propia, puede, a partir de sus concepciones morales y religiosas, intentar que otros adhieran a esta valoración. Y es loable que así lo hagan, pretendiendo evitar suicidios y otras muertes innecesarias. Pero no pueden sustentar sus ideales en el *ius puniendi* estatal imponiendo así a personas capaces y adultas una obligación de vivir.

Se acerca tanto a la doctrina de un régimen autoritario –por ejemplo del régimen nacional-socialista-, la política estatal que priva de la vida a aquel que quiere vivir como aquella que impone la vida a aquel que quiere morir.

De lo antes dicho queda claro que la facultad de una persona para impedir el suicidio de otra es limitada. Y que cualquier persona puede reusar cualquier tipo de tratamiento médico sobre sí misma, aunque su decisión le cause la muerte; pudiendo resultar necesario que acredite su estado mental pero no que funde su decisión.

Del mencionado hecho de que la inmensa mayoría de las personas desea seguir viviendo su vida, y que la inmensa mayoría de la gente que muere desearía no hacerlo; se sigue que se haya garantizado el *derecho* a la vida.

Pero del hecho antes comentado no puede desprenderse una obligación jurídica de seguir los deseos de la mayoría en lo que al propio individuo refiere. En nuestro modelo de derecho, donde el individuo vale por sí mismo, con sus ideales, sus razones y su libertad, la vida no puede ser un deber jurídico.

La idea de que toda vida debe ser vivida, es absurda. Cada quien, según su voluntad, sus sentimientos, su esperanza, su moral y su fe, es el propio árbitro de su destino. Cada quien tiene el *derecho* a vivir... mientras él quiera.

Nadie tiene la autoridad para juzgar vidas ajenas y determinar que son preferibles a la muerte. No es una verdad universal que cualquier vida sea para cualquier sujeto preferible al misterio de la muerte. Máxime, a ojos de una sociedad que –como la argentina-, mayoritariamente cree en una vida ultraterrena.

No podemos de ninguna forma ofendernos o violentarnos cuando alguien, sin alboroto ni agresión a otro, simplemente quiere dejar el juego de la vida. No podemos obligar a nadie a permanecer en él, alegando actuar en su defensa, por el riesgo que corre de luego aburrirse por no encontrar otro juego o quedarse sin ninguno. No podemos, sin considerarnos superiores y sin insultar su libertad y su inteligencia, pretender determinar lo que es mejor para él. No podemos tampoco, entonces, sancionar a quien, a pedido suyo, le ayuda a abandonar el juego, dado que no puede o no quiere hacerlo solo.

Cada quien ya tiene bastante tratando de adivinar lo que es mejor para sí mismo en su particular situación como para osar guiar con rigor férreo a los demás tras la

misma ruta. Para el llamamiento a seguir por el camino de vida sólo es aceptable el consejo, mas no la fuerza.

En este sentido haríamos bien en recordar las sabias palabras que Sócrates pronunciara antes de su muerte según recoge el texto de Platón:

...temer la muerte no es otra cosa que creer ser sabio sin serlo, pues es creer que uno sabe lo que no sabe. Pues nadie conoce la muerte, ni siquiera si es, precisamente, el mayor de todos los bienes para el hombre; pero la temen como si supieran con certeza que es el mayor de los males... <sup>619</sup>

---

<sup>619</sup> Platón, *Apología de Sócrates*, en “Diálogos Socráticos”, Raigal, Buenos Aires, 1956, pág. 205.



**BIBLIOGRAFÍA**

- 1- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1998
- 2- ALIGHIERI, Dante, *La Divina Comedia*, Millenium, Madrid, 1999
- 3- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Barcelona, 1993
- 4- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999
- 5- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1996
- 6- BLOMEIER, Hans (Director), *Diálogo Político. Aborto y eutanasia*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005
- 7- BLUSTEIN, Jeffrey, *La familia y la toma de decisiones médicas*, en, “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F. (Compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998
- 8-BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004
- 9- BUCHANAN, Allen, y BROCK Dan W., *Decidir por otros*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F. (Compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998
- 10- BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Mave, Buenos Aires, 2000
- 11- BUOMPADRE, Jorge, *Estudio sobre el aborto*, Dirección de Impresiones de la U.N.N.E, Resistencia (Chaco), 1989
- 12- CASTEX, Francisco y SOBERANO, Marina, *Un análisis de la afectación al principio de reserva a través de los delitos asociativos*, en “Las garantías penales y procesales”, Hendler Edmundo S. (Compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001
- 13- CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995

- 14- COBO DEL ROSAL, M. y CARBONELL, Mateu J., *Delito contra las personas. Auxilio e inducción al suicidio*, en “Derecho Penal Parte Especial”, Vives Antón (Coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 1990
- 15- CORÁN
- 16 - CORTÁZAR, María Graciela, *Los delitos contra las personas. Título I del Libro Segundo del Código Penal*, Ediuns, Bahía Blanca, 2008.
- 17- CREUS, Carlos, *Derecho Penal Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- 18- DEL POZO, Mariano (Director de la edición), *Crónica militar y política de la Segunda Guerra Mundial, Volumen VII: El ajuste de cuentas*, SARPE, Madrid, 1980
- 19- DE LA MATA BARRANCO, (coordinadora), *Decisiones al final de la vida*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1998
- 20- DAVIS, Joyce M., *Mi cuerpo es un arma*, Ediciones B, Barcelona, 2003
- 21- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003
- 22- DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1995
- 23- DRANE, Jams F., *El cuidado del enfermo terminal*, Organización Panamericana de la Salud, Washington, 1999
- 24- DWORKIN, Ronald, *El derecho a la muerte*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, Florencia y Salles, A.L. F. (Compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998
- 25- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994
- 26- DURKHEIM, Emil, *El Suicidio*, Reus, Madrid, 1928
- 27- ENGELHARDT, Dietrich, *La eutanasia entre el acortamiento de la vida y el apoyo a morir: experiencias del pasado, retos del presente*, en “Bioética y humanidades médicas”, Dietrich Englehardt y otros, Biblos, Buenos Aires, 2004
- 28- FARREL, Martín Diego, *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993
- 29- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente pro su titular*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- 30- GEVERS, J.K.M, *El suicidio médicamente asistido y la justicia holandesa*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”,

- Luna, F., y Salles, A.L.F (compiladoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998
- 31- GOFO, Javier, *La eutanasia y la Iglesia Católica*, en “La eutanasia y el arte de morir”, Javier Gafo (Editor), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1990
- 32- GUTIERREZ, Pedro Alejandro, *El homicidio piadoso*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2006.
- 33- HART, Herbert L. A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, Dykinson, Madrid, 2006
- 34- HART, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010
- 35- HERBST, Adrián, *El aborto y la eutanasia en la tradición judía*, en “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Blomeier, Hans (Director), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005
- 36- HUME, David, *Sobre el suicidio y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 1998
- 37- JAKOBS, Günter, *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996
- 38- JAKOBS, Günter, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- 39- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Depalma, Buenos Aires, 1992
- 40- JUANETÉY DORADO, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994
- 41- LEVENE, Ricardo (h), *El delito de Homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1970
- 42- LEWIS, Bernard, *La crisis del Islam*, Ediciones B, Barcelona, 2003
- 43- LIESE, Peter, *Apoyo y acompañamiento en lugar de muerte asistida*, en “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Blomeir Hans (Director), Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005
- 44- LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, 1990
- 45- LÓPEZ CAMELO, Raúl Guillermo y JARQUE, Gabriel Darío, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Ediuns, Bahía Blanca, 2004
- 46- LUNA, Florencia, *Problemas al final de la vida: el suicidio asistido*, en “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Luna, Florencia y Salles Arleen L. F. (Compiladoras) , Fondo cultural Económico, Buenos Aires, 2008

- 47- LUNA, Florencia y SALLES, Arleen L. F. (Compiladoras), *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998
- 48- MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004
- 49- MARX, Karl, *Acerca del suicidio*, Las cuarenta, Buenos Aires, 1980
- 50- MÉNDEZ BAIGES, Víctor, *Sobre morir*, Trotta, Madrid, 2002
- 51- MILLER, Franklin G. y BRODY, Howard, *Integridad profesional y muerte asistida por el médico*, en “Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada”, Luna, F. y Salles, A.L.F. (coordinadoras), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998
- 52- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004
- 53- MORALES PRATS, Fermín, *Del homicidio y sus formas*, en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, Gonzalo Quintero Olivares (Editor), Pamplona, 1996
- 54- MUÑAGORRI LAGUIA, Ignacio, *Eutanasia y Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994
- 55- NIETZCHE, Friedrich, *Así habló Zaratustra*, Centro Editor de Cultura, Buenos Aires, 2003
- 56- NIETZCHE, Friedrich, *Cómo se filosofa a martillazos*, Aguilar, Montevideo, 2010
- 57- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al estudio del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995
- 58- NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomos I, II y III, Omeba, Buenos Aires, 1961
- 59- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999
- 60- ORTIZ LOZADA, Leónidas. *Aborto y eutanasia: desafíos a la cultura de la vida*, en Blomeier, Hans (Director), “Diálogo Político. Aborto y eutanasia”, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2005
- 61- PAREJO GUZMÁN, María José, *La eutanasia ¿un Derecho?*, Aranzadi, Pamplona, 2005

- 62- PAZOS CROCITTO, José I. *Análisis estructural de “la teoría del conflicto”*. Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, 2007
- 63- PAZOS CROCITTO, José I. (Director), *Código Penal de la República Argentina, Parte Especial*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2009
- 64- PAZOS CROCITO, José I.; *En los límites de la emoción violenta: complejidad de análisis de una antigua diminuyente del reproche*, en Gómez Urso, Juan Facundo (Comp.), Fallos de la Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Tomo IV, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2002
- 65- PAZOS CROCITTO, José I., *Eutanasia*, Induvio Editora, Bahía Blanca, 2010
- 66- PAZOS CROCITTO, José I., *Eutanasia. Aproximación a un análisis jurídico de la cuestión*, Ediuns, Bahía Blanca, 2012
- 67- PLATÓN, *Apología de Sócrates*, en “Diálogos Socráticos”, Raigal, Buenos Aires, 1956
- 68- PLATÓN, *Fedón o Del alma*, Planeta, Buenos Aires, 1990
- 69- PLATÓN, *La República*, Edicomunicación, Barcelona, 1994
- 70- REY MARTÍNEZ, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008
- 71- RIVERA, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil, Parte General, Tomo II*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004
- 72- ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1997
- 73- SANCINETTI, Marcelo A., *La relación entre el delito de “abandono de personas” y “homicidio por omisión”*, en Ziffer, Patricia (dir); “Jurisprudencia de Casación Penal. Análisis de Fallos”, Volumen I, Hammurabi, Buenos Aires, 2009
- 74 - SANTA BIBLIA
- 75-SÉNECA, *Epístolas morales a Lucilio*, Tomo I, Gredos, Madrid, 1986
- 76- SIERRA, Hugo Mario, y CANTARO, Alejandro, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Ediuns, Bahía Blanca, 2005
- 77- SINGER, Peter, *Repensar la vida y la muerte*, Paidós, Barcelona, 1997
- 78- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tomo I*, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951
- 79- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, Folio, Barcelona, 2007
- 80- TOMÁS DE AQUINO, STO., *Suma Teológica*, Tomo VIII, Madrid, 1956
- 81- VARELA, Bernardo C., *Homicidio simple*, Lerner, Buenos Aires, 1969

82 - ZAFFARONI, Eugenio R. et al., *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002

83- ZAFFARONI, Eugenio R., et. al, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005

#### ARTÍCULOS DE REVISTAS

1- BIDART CAMPOS, Germán, *Autorización judicial solicitada para abortar*, nota a fallo publicada en ED 114-114

2- BOUVIER, Hernán G., *Tenencia, consumo y ostentación de estupefacientes. Acerca del fallo "Arriola" de la C.S.J.N.* La Ley, Año LXXXIII, nro 229, 1/12/2009, Tomo: 2009-F. ISSN 0024-1636. pp. 4-6

3- DIAZ-ARANDA, Enrique, *Eutanasia, Propuesta de solución jurídica en México*, en "Revista de Derecho Penal", Donna, Edgardo A. (Dir.), n° 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003

4- JARQUE, Gabriel D., *Autorización judicial y eutanasia*

5- SILVESTRONI, Mariano H., *Eutanasia y muerte piadosa*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año V, número 9, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999

6- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*, Doctrina Penal, n° 38, Depalma, Buenos Aires, 1987

7- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, *Aspectos éticos de la eutanasia*, en Análisis Filosófico, volumen XVII, n° 2: Bioética, Florencia Luna (Comp.), Sadaf, Buenos Aires, 1998

8- SAMBRIZZI, Eduardo A. *La Eutanasia de Eluana Englaro*, La Ley, 25 de febrero de 2009, Jorge H. Alterini (Dir.)

#### OBRAS CONSULTADAS ON LINE

1- AGUSTÍN DE HIPONA, SAN, *Ciudad de Dios*

[http://www.iglesiareformada.com/Agustin\\_Ciudad\\_1.html](http://www.iglesiareformada.com/Agustin_Ciudad_1.html)

2- ALDONEY RAMÍREZ, Ramiro, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia.*

*Alemania.* [www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

3- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Sobre "Eutanasia y Derechos Fundamentales"*

*Recensión del libro de Fernando Rey Martínez*

<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r3.pdf>

4- ARCE ACUÑA, Angie Andrea, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*.  
[www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

5- BAYÓN, Juan Carlos, *Principios y reglas, la legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*  
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174677>

6- BONESANA, César, -Marqués de Beccaria-, *Tratado de los delitos y las penas*  
<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/02/00183-tratado-de-los-delitos-y-de-las-penas-cesar-beccaria.html>

7- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert, *Sobre la Eutanasia*  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_17.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf)

8- DORMEWAARD, Joane, *La política de eutanasia en los Países Bajos*  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/8.pdf>

9- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*. 2007.  
<http://onl.abeledoperrot.com>

Citar: Lexis Nº 1505/000293

10- GALAÍN PALERMO, Pablo, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia*.  
*Uruguay*. [www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)

11- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea. Autonomía e interés del paciente*  
[http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54\\_1191\\_edyg-v1n1-garcia-v1.pdf](http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/54_1191_edyg-v1n1-garcia-v1.pdf)

12- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *¿Es éticamente justificable el paternalismo?*,  
Doxa  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_08.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_08.pdf)

13- ISLA DE GONZALES MARISCAL, Olga, *Eutanasia*,  
[www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/22.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1968/22.pdf)

14- LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Acciones a propio riesgo*, *Revista Cenipec*, 25.2006  
<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23558/2/articulo5.pdf>

15- LOZANO VILLEGAS, Germán, *La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional*.  
<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/9.pdf>

- 16- MAGRO, Maria Beatrice, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. Italia.*  
[www.uclm.es/centro/derechoPenal](http://www.uclm.es/centro/derechoPenal)
- 17- MARTINEZ DIE, Rafael, *Eutanasia y eugenesia.*  
<http://www.agea.org.es/20031117209/testamento-vital-y-eutanasia.html>
- 18- MEDINA FRISANCHO, José L. *La eutanasia en el código penal peruano*  
[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t\\_20100407\\_01.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100407_01.pdf)
- 19- MORO, Tomás, *Utopía*  
[http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Moro\\_Tomas/TomasMoro\\_Utopia.htm](http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Moro_Tomas/TomasMoro_Utopia.htm)
- 20- RÍOS, Jaime, *El consentimiento en materia penal*  
[http://www.politicacriminal.cl/n\\_01/pdf\\_01/a\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_6.pdf)
- 21- RODRIGUEZ ALMADA, Hugo, y otros, *Eutanasia y ley penal en Uruguay.*  
<http://www.smu.org.uy/dpmc/hmed/dm/revistaDM/eut-uy.htm>
- 22- ROXIN, Claus, *Tratamiento jurídico penal de la eutanasia.* Traducción:  
Miguel Olmedo Cardenete  
[http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-10.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html)
- 23- SAMPEDRO, Ramón, *Cartas desde el infierno*  
<http://www.scribd.com/doc/7807992/Sampedro-Ramon-Cartas-Desde-El-Infierno>
- 24- TREJO GARCÍA, Ema del Carmen, *Legislación Internacional y Estudio de Derecho Comparado de la Eutanasia*, Cámara de Diputados (México), Enero de 2007  
<http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-02-07.pdf>
- 25- VOLTAIRE, Diccionario Filosófico  
<http://www.e-torredebabel.com/Biblioteca/Voltaire/suicidio-Diccionario-Filosofico.htm>

## ÍNDICE

PREFACIO .....	3
RESUMEN .....	7
ABSTRACT .....	9
1. INTRODUCCIÓN .....	15
2 – APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE LOS CARACTERES DE LA MUERTE PÍA .....	21
2.1 – Consideraciones previas .....	21
2.2- Introducción a los elementos de la muerte pía .....	22
2.2.1 <i>Muerte pía</i> en razón del modo: muerte eutanásica .....	22
2.2.2 <i>Muerte pía</i> en razón de finalidad: <i>Muerte por piedad</i> .....	22
2.2.3 <i>Muerte pía</i> en razón del acuerdo del individuo: muerte consentida.....	22
2.3- Relación de los elementos de la muerte pía entre sí:.....	23
2.4 – Muerte pía y eutanasia en sentidos diferentes o estrictos.....	24
2.4.1 – Introducción.....	24
2.4.2 – Algunas definiciones de <i>eutanasia</i> que no compartimos completamente.....	25
2.5 – Conclusión y defensa de nuestra concepción .....	33
3 – MUERTE EUTANÁSICA .....	37
3.1. Muerte sin dolor .....	37
3.2 – Muerte no eutanásica .....	40
3.3 – Esquema de lo antes dicho: .....	41
3.4 – Valoración .....	41
4 – LA MUERTE POR PIEDAD .....	43
4.1 – Finalidad de beneficiar a quien muere.....	43
4.2 – La muerte sin atender al beneficio presunto para quien muere .....	45
4.3 – Esquema de lo antes dicho: .....	48
4.4- Valoración.....	48
5.- MUERTE CONSENTIDA.....	51
5.1- Nociones generales.....	51
5.2 – El consentimiento –en general- en la teoría del Derecho Penal .....	54
5.3- Consentimiento actual y consentimiento anticipado .....	64
5.4 - El testamento vital .....	66
5.5- Consentimiento presunto.....	73
5.6- Ausencia de consentimiento.....	79
5.7- El papel de la familia y los allegados en el consentimiento.....	80
5.7.1- Papel supletorio.....	80
5.7.2- Papel complementador. Importancia para el consentimiento en la muerte de menores.....	84
5.7.3- Papel de interlocutor o intérprete .....	86
5.7.4- Papel decisor .....	86
5.8- El papel del Estado en la autorización de la muerte.....	86
5.9- Información previa al consentimiento.....	88
5.10- Consentimiento o pedido reiterado; y otras exigencias equiparables .....	92
5.11- Revocabilidad del consentimiento .....	93
5.12- Necesidad de recepción del consentimiento.....	94
5.13 – Esquema de los aspectos centrales de lo antes dicho: .....	95
5.14- Valoración .....	96

6 – LA MUERTE EN FUNCIÓN DE LA SITUACIÓN DEL INDIVIDUO, Y LAS ALTERNATIVAS FRENTE A UN INDIVIDUO ENFERMO .....	103
6.1 – Individuo sano .....	103
6.2 – Individuo enfermo. ....	104
6.2.1 – <i>Enfermedad dolorosa</i> .....	105
6.2.2 – <i>Enfermedad incurable. Enfermedad irreversible</i> .....	107
6.2.2.1 – <i>Enfermedad incurable terminal.</i> .....	108
6.2.3 – <i>Otros calificativos de la enfermedad: Enfermedad grave. Enfermedad de peligro de muerte. Enfermedades que afectan la posibilidad de suicidio.</i> .....	110
6.2.4 – <i>Algunas situaciones particulares</i> .....	111
6.2.4.1- <i>El estado vegetativo</i> .....	111
6.2.4.2 – <i>La vejez</i> .....	112
6.2.5 – <i>El individuo con trastornos psíquicos.</i> .....	112
6.2.5.1 - <i>El individuo afligido.</i> .....	113
6.2.5.2 – <i>El individuo psicológicamente enfermo.</i> .....	113
6.2.5.3 – <i>El individuo incapaz de manifestar su consentimiento por su afcción mental.</i> .....	115
6.2.6 – <i>Actitudes frente a enfermedad terminal diferentes de causar la muerte</i> .....	116
6.2.6.1 – <i>Consideraciones generales</i> .....	116
6.2.6.2 <i>Ortotanasia.</i> .....	116
6.2.6.3 - <i>Distanasia.</i> .....	119
6.2.6.4 – <i>Consideraciones sobre estos términos y la muerte eutanásica:</i> ....	121
6.3 – Esquema de los aspectos centrales de lo antes dicho: .....	124
6.4- Valoración .....	124
7 – LA MUERTE SEGÚN EL MODO DE PRACTICARLA .....	127
7.1 – La muerte por provocación directa .....	127
7.2 - Muerte por provocación como consecuencia no querida de tratamientos paliativos.....	127
7.3 – La muerte por acción de sustracción de soporte vital.....	131
7.4 - Muerte por omisión .....	135
7.5 – Otra clasificación de modo de muerte enfocada según nuestra anterior propuesta.....	137
7.6- Esquema de lo antes dicho: .....	138
7.7- Valoración .....	138
el derecho produce el resultado aparentemente irracional de que la gente puede elegir morir lentamente, negándose a comer, rehusando los tratamientos que la mantienen con vida, o asfixiándose al desconectar los respiradores, pero no pueden elegir la muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente proveer... ..	140
8. - LA MUERTE EN RAZÓN DE QUIÉN LA REALIZA .....	141
8.1 – La muerte practicada por la misma persona: el suicidio. ....	141
8.1.1 – Consideraciones generales.....	141
8.1.2- <i>La participación pía en el suicidio</i> .....	146
8.1.3- <i>Legislación en referencia a la ayuda al suicidio.</i> .....	147
8.1.4- <i>Situaciones que merecen especial análisis.</i> .....	148
8.2.- La muerte pía practicada por un tercero: homicidio. ....	151
8.2.1.- Consideraciones generales .....	151
8.2.2.- Regulación especial sobre un tercero en particular: el médico. ....	152

8.2.3 – Otros terceros específicamente determinados .....	157
En el mismo sentido, en Argentina, el Anteproyecto de Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12) atenúa y permite la eximición de pena a quien mata a otra persona por piedad y a petición –entre otros requisitos- siempre que estuviere unido a ella por un vínculo de afecto.	157
8.3- Esquema de lo antes dicho .....	158
8.4- Valoración .....	158
<b>9.- REGULACIONES PARA LA MUERTE PÍA EN EL DERECHO COMPARADO.....</b>	<b>161</b>
9.1- Herramientas brindadas por las clasificaciones realizadas. ....	161
9.2- Situaciones contempladas en el Derecho comparado .....	161
9.3- Distintas respuestas legales: .....	162
9.4- Análisis de la legislación de distintos Estados. ....	164
9.4.1. Alemania .....	165
9.4.2 Australia: <i>Territorio del Norte</i> .....	166
9.4.3 – Austria .....	173
9.4.4- Bélgica.....	173
9.4.5 – Bolivia.....	178
9.4.6- Brasil .....	179
9.4.7- Colombia .....	180
9.4.8- Costa Rica .....	186
9.4.9. Dinamarca .....	187
9.4.10 El Salvador .....	187
9.4.11. España .....	188
9.4.12. Estados Unidos .....	195
9.4.12.1. Estado de Oregón .....	195
9.4.12.2. Estado de Washington .....	201
9.4.12.3. Estado de Montana .....	201
9.4.15. Grecia .....	202
9.4.16. Italia .....	202
9.4.17. Luxemburgo .....	203
9.4.18. México .....	209
9.4.18.1. Código Federal.....	209
9.4.18.2. Distrito Federal .....	210
9.4.18.3. Estado de Guanajuato .....	211
9.4.19. Noruega .....	211
9.4.20. Países Bajos.....	211
9.4.21. Paraguay .....	218
9.4.22. Perú .....	219
9.4.23. Polonia .....	220
9.4.25. Portugal .....	220
9.4.26. Suiza .....	221
9.4.25. Uruguay.....	223
9.5- Síntesis de las regulaciones referidas y consideraciones finales.....	227
<b>10- LA MUERTE PÍA EN EL DERECHO ARGENTINO .....</b>	<b>231</b>
10.1 Introducción y esquema de los aspectos a tratar.....	231
10.2 Las disposiciones del código penal .....	232
10.2.1 El delito de homicidio .....	232
10.2.2 Agravantes del homicidio.....	234

10.2.3 El homicidio por omisión y su diferencia con el abandono de personas	240
10.2.4 La ayuda al suicidio.....	243
10.2.5 El problema de la llamada “pareja suicida”.....	244
10.3 Intentos de inclusión de la muerte pía en el sistema penal argentino.....	245
10.3.1 Atenuación especial del parricidio .....	245
10.3.2 – Emoción violenta.....	246
10.3.3 – Ausencia de conducta por inconciencia momentánea .....	250
10.3.4 – Estado de necesidad justificante .....	251
10.3.5 – Consentimiento de la víctima .....	255
10.3.6- Autorización judicial para dar muerte.....	256
10.4 – Reglas para la graduación de la pena, en relación a la muerte pía .....	257
10.5- Antecedentes legislativos y proyectos de reforma del Código Penal, en relación a la muerte pía:.....	259
10.5.1 – Antecedentes legislativos .....	259
10.5.1.1 - Proyecto de 1937 –Dres. Gómez y Coll-.....	259
10.5.1.2- Proyecto de 1941 –Dr. Peco-.....	259
10.5.1.3- Proyecto de 1953. –Dr. Levene-.....	260
10.5.1.4 - Proyecto de 1960. –Dr. Soler-.....	260
10.5.2- Proyectos legislativos:.....	261
10.5.2.1. Proyecto de Legislación del Senado, orden del día N° 19 del 16/5/90. .....	261
10.5.2.2. Proyecto de ley de reforma y actualización integral del código penal según resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 393/04 y 136/05. ....	261
10.5.2.3. Anteproyecto de Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12) .....	262
10.6 – Disposiciones civiles .....	264
10.6.1 - Disposiciones del Código Civil.....	264
10.6.1.1- Código Civil vigente .....	264
10.6.1.2- <i>Proyecto de Código Civil de 1998</i> .....	265
10.6.1.3- <i>Proyecto de Código Civil 2012</i> .....	266
10.6.4 - Ley 26.529 modificada por la ley 26.742: La llamada ley de muerte digna. ....	268
<b>10.6.3 - Disposiciones de la ley 17.132: Ejercicio de la Medicina, Odontología, y Actividades Auxiliares</b> .....	275
<b>10.6.4 – Disposiciones del Código de Ética Médica:</b> .....	277
10.6.5 - <i>Regulación relativa a la muerte</i> .....	279
10.6.5.1 – <i>Introducción, desarrollo histórico, actualidad en las legislaciones a nivel mundial, y críticas</i> .....	279
10.6.5.2 – Evolución puntual del derecho argentino .....	283
10.7 – Algunas disposiciones provinciales.....	286
10.7.1 – Provincia de Río Negro .....	286
10.7.2 – Provincia de Neuquén.....	292
10.7.3 – Otras disposiciones provinciales .....	297
10.7.3.1- Constitución de la provincia de Entre Ríos.....	297
10.7.3.2- <i>Ley de la Provincia de Santa Fe 13.166, de cuidados paliativos</i> .	297
10.7.3.3 <i>Ley de la Provincia de Buenos Aires 14.464: Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado</i> .....	298
10.8 – Jurisprudencia.....	298

10.8.1 - Fallo “J., J.”, Cámara Nacional Civil, Sala H. – 21 de febrero de 1991	298
10.8.2 - Fallo “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar” - Corte Suprema de Justicia de la Nación – 6 de abril de 1993	300
10.8.3 - Fallo “S., M. de C.”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - 9 de febrero de 2005	306
10.8.4 - Fallo “M.” Juzgado criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata, n° 1 – 25 de julio de 2005	323
10.8.5 - Fallo “H., M. D.” Juzgado criminal y Correccional de Transición de Mar del Plata, n° 1 – 12 de Octubre de 2005	328
10.8.6 - Fallo “N.N.”, Juzgado de Familia, Adolescencia y Niñez, n° 2, Neuquén - 20 de Marzo de 2006	329
10.8.7 - Fallo “D.M.A. s/ declaración de incapacidad”, Sala I de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Neuquén – 6 de setiembre de 2011	331
10.8.8 – Fallo “Albarracini Nieves, Jorge Washington” – Corte Suprema de Justicia de la Nación - 1 de junio de 2012	334
11. - VALORACIÓN GENERAL Y ARGUMENTOS SOBRE LA MUERTE PÍA	339
1.1 – Introducción	339
11.2 – Síntesis de la valoración de la muerte pía a lo largo de la historia	339
11.3- Argumentaciones	360
11.3.1 - <i>Argumentación a favor</i>	360
11.3.1.1- <i>Falta de sufrimiento en la muerte</i>	360
11.3.1.2 Intención benévola	361
11.3.1.3 Autonomía de la voluntad	363
11.3.1.4 Límite a la intervención estatal	368
11.3.1.5 Finalización del sufrimiento	370
11.3.1.6 Dignidad humana	373
11.3.1.7 Concepción de la vida como <i>calidad de vida</i>	377
11.3.1.8 Igualdad de oportunidades de disposición de la vida	379
11.3.1.9 Derecho a morir sin dolor	381
11.3.1.10 Protección a quien no quiere morir	381
11.3.1.11 Consideraciones de utilidad social	383
11.3.1.12 Derecho a la muerte	384
11.3.2 – <i>Argumentos en contra de la legalización o la atenuación de la muerte pía</i>	385
11.3.2.1 – <i>Presunción del deseo de vivir</i>	385
11.3.2.2 Santidad de la vida	386
11.3.2.3 – Igualdad en la valoración de la vida	390
11.3.2.4 – Límite a la autodeterminación	391
11.3.2.5 – Deber del Estado de evitar conductas inapropiadas	391
11.3.2.6 - Apertura a abusos	393
11.3.2.7 Imposibilidad de un consentimiento objetivo	396
11.3.2.8 Daño a terceros	396
11.3.2.9 Daño a quien mata	398
11.3.2.11 Abuso del derecho	398
11.3.2.12 Posibilidad de error en el diagnóstico de enfermedades	399
11.3.2.13 Consideraciones de utilidad social	400

11.3.3- <i>Esquema de los principales vínculos entre los argumentos antes mencionados y las diferentes formas de muerte pía, y de los argumentos entre sí</i> .....	401
11.4- <i>La muerte pía y la fe</i> .....	401
11.4.1 <i>Postura de la Santa Iglesia Católica Apostólica Romana</i> .....	401
11.4.2 <i>Otras concepciones religiosas</i> .....	413
11.4.2.1 <i>Otras comunidades Cristianas</i> .....	413
11.4.2.2 <i>Judaísmo</i> .....	414
11.4.2.3 <i>Islam</i> .....	416
11.4.2.4 – <i>Hinduismo y Budismo</i> .....	419
11.4.3 – <i>Breves consideraciones en cuanto al argumento religioso como base para la aceptación o negación de la muerte pía</i> .....	420
<b>12- LA MUERTE PÍA EN EL MARCO DE UN SISTEMA JURÍDICO LIBERAL</b> .....	423
12.1- <i>Introducción y planteo de la temática</i> .....	423
12.2- <i>El error en el interrogante</i> .....	423
12.3- <i>El sistema liberal</i> .....	425
12.4- <i>El suicidio en el sistema liberal</i> .....	431
12.5- <i>El homicidio pío en el Estado liberal</i> .....	437
12.6- <i>La regulación del Estado como límite a la potestad para pedir la muerte</i> . 450	
12.6.1- <i>Limitaciones en cuanto al sujeto que pide su muerte</i> .....	452
12.6.2 - <i>Limitaciones en cuanto al consentimiento:</i> .....	452
12.6.3- <i>Limitaciones en cuanto al sujeto que da muerte</i> .....	455
12.6.4- <i>Limitación en cuanto a espacio</i> .....	456
12.7- <i>Limitaciones indebidas a la autodeterminación: enfermedad, indignidad, mala calidad de vida, muerte eutanásica y muerte por piedad</i> 457	
12.8- <i>Los argumentos contra la muerte a petición a la luz del sistema liberal</i> .....	460
12.9- <i>Situaciones especiales que entendemos corresponde regular</i> .....	467
12.9.1- <i>Consideraciones generales</i> .....	467
12.9.2- <i>Quien no cumple los requisitos formales, pudiendo cumplirlos</i> .....	468
12.9.3- <i>Quien no cumple los requisitos formales no pudiendo cumplirlos</i> ..	468
12.10- <i>La asistencia al suicidio</i> .....	469
12.11- <i>Algunas implicancias del sistema liberal en relación a cuestiones primordialmente civiles</i> .....	471
12.12- <i>El consentimiento presunto</i> .....	474
12.13- <i>Solicitud de muerte en menores</i> .....	477
12.14- <i>El derecho a la muerte</i> .....	478
12.14.1 – <i>En la generalidad de los casos</i> .....	478
12.14.2- <i>En casos excepcionales</i> .....	479
12.15- <i>El derecho a negarse a dar muerte</i> .....	481
12.16- <i>La muerte a petición en un Estado que no es completamente liberal</i> 483	
12.17- <i>Algunas distinciones finales</i> .....	485
12.17.1- <i>Distinción entre consentir el acto y perdonar el acto</i> .....	485
12.17.2 – <i>Diferencia del bien jurídico “vida” con otros bienes jurídicos que puede entenderse tienen efectiva relevancia colectiva incluso en un sistema liberal</i> .....	487
12.17.3- <i>Distinción entre no penar una conducta y hacerla susceptible de contratación</i> .....	487
12.18 – <i>La muerte eutanásica y la muerte por piedad</i> .....	489

<i>12.18.1- Muerte eutanásica</i> .....	489
<i>12.18.2- Muerte por piedad</i> .....	489
13.- CONCLUSIONES .....	491
BIBLIOGRAFÍA .....	501