

En torno a la eutanasia

**Análisis de las razones
y sinrazones del Derecho Penal**

Luis Alberto Díaz*
diazgras@yahoo.com.ar

Resumen

El presente artículo se enmarca en una perspectiva ontológico-metodológica proveniente de la tradición fenomenológico-hermenéutica, de corte heideggeriano-gadameriano y en lo que respecta al análisis del estado de situación de lo jurídico-penal, asumimos la propuesta del garantismo penal-crítico del Dr. Eugenio Zaffaroni.

En primer lugar, se realiza una descripción interpretativa del contexto social discursivo contemporáneo en el cual aparece la producción de un nuevo modo de morir que colocaría al hombre en un estado de inhumanidad. En segundo lugar, se identifican y explicitan las condiciones objetivas y subjetivas de la práctica social que llamamos eutanasia terapéutica, activa y directa, cuya relevancia normativa en el derecho penal comparado nos permite diferenciarla de otras conductas, como las previstas por el homicidio simple o calificado agravado por el vínculo en nuestra ley penal. Se señala expresamente que estos tipos penales, no contemplan la enfermedad terminal y/o graves padecimientos, la petición seria y reiterada y la motivación del autor, que viene a darse por el conocimiento de las dos condiciones anteriores y la voluntad de llevar a cabo la acción. En tercer lugar, se exponen algunas de las razones que justifican la aplicación de la ley penal. En tal sentido, queda en claro que en nuestra tra-

eutanasia – homicidio - interpretación de la Ley

* **Luis Alberto Díaz** es abogado, docente e investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Luis Alberto Díaz

dición jurídica, el principio jurídico material de dignidad humana, se realiza, en los supuestos de eutanasia, mediante una protección del derecho a la vida, aún en aquellos casos en los cuales se encuentre afectado por graves padecimientos y más allá de la petición, por tener aquél una primacía constitucional respecto del derecho a la privacidad y el principio de autonomía de la voluntad. Por último y como contrapartida, se formulan algunas objeciones en orden a la posible afectación de los principios penales de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena.

Analysis of the rights (and wrongs) of criminal law on euthanasia

The framework of this article is provided by an ontological-epistemological perspective derived from the phenomenological-hermeneutic tradition, with insights drawn from Heidegger and Gadamer. As regards the analysis of the judicial-penal situation, we adhere to penal-critical proposal of "garantismo" of Dr. Eugenio Zaffaroni.

The starting point is an interpretative description of the contemporary socio-discursive context in which the production of a new way of dying would place man in a state of inhumanity. Secondly, the objective and subjective conditions of a social practice called therapeutic euthanasia, active and direct, are identified and explained. Its normative relevance in contrasted criminal law allows us to differentiate it from other types of behaviour, such as those of simple or aggravated homicide in our penal law. It is explicitly stated that the previous typification does not consider the terminal illness and/or serious suffering, the insistent request and the motivation of the author, which develops as a result of the knowledge of the previous two conditions and the will to carry out the action. Thirdly, some of the reasons that justify the application of penal law are presented. In this matter, it is clear that in our judicial tradition, the judicial principle of human dignity is realised in alleged cases of euthanasia through the protection of the right to live, even in those cases in which someone is affected by serious suffering and beyond the petition, for considering that the right to live has constitutional primacy over the right to privacy and the principle of autonomy of will. Finally, some objections are formulated to the penal principles of legality, liability and appropriateness of the punishment.

euthanasia – homicide – interpretation of the Law

Luis Alberto Díaz

¿Y la injusticia, y en definitiva la violencia, no es así mismo la situación inicial que el derecho busca trascender, sin lograrlo...?

Paul Ricoeur¹

1. Planteo y explicitación del problema de la eutanasia para el sistema legal

El tratamiento jurídico de la eutanasia supone y requiere, dada su dimensión, escapar a cualquier propósito de abordaje con pretensión totalizadora. En tal sentido, puede resultar valioso ocuparnos de la eutanasia, mediante una reflexión en torno a la interpretación de la ley, que aquí llamamos "dominante", para la cual, la eutanasia terapéutica, activa y directa, constituye el delito de homicidio simple (art. 79 CP.), si la muerte resultare de una acción desplegada por un profesional de la salud y/o de homicidio calificado, agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1º, CP.), si el autor fuese un ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima (enfermo terminal o con graves padecimientos), con el objetivo de poner de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una reforma de nuestra ley penal.

¿Por qué asumir una actitud reflexiva respecto de la aplicabilidad de los tipos penales previstos por los arts. 79 y 80 inc. 1. del C.P., para los supuestos de eutanasia terapéutica, activa y directa? Responder a ello implica señalar que nuestra investigación encontró en tal ámbito un estado de situación que orienta y moviliza nuestra comprensión la relación del derecho² y la eutanasia.

Tenemos un horizonte de comprensión por el cual el derecho penal cuestiona y controla la legitimidad y los límites del poder punitivo³ estatal que se instaura con la ley penal. Creemos, que el poder punitivo no puede ir más allá de toda medida, sin que tal intervención se torne arbitraria, vulnerando derechos fundamentales⁴ y/o garantías consagradas por nuestro ordenamiento legal. Al respecto, la ciencia jurídica -dogmática-⁵ no puede dejar de lado, los cuestionamientos⁶ y el estado de crisis⁷

¹ Ricoeur P. (1999), "Lo justo", Colección Esprit, Caparrós Editores, Madrid.

² Ricoeur P. (1999) ob.cit.ant. " Evocando los recuerdos de infancia nombro lo injusto ante que lo justo, como lo hacen a menudo, de forma visiblemente intencional, Platón y Aristóteles. Nuestra primera entrada en la región del derecho ha estado marcada por el grito: ¡Esto es injusto! Este grito es el de la indignación. Recordemos lo que fueron las situaciones típicas donde nuestra indignación se ha encendido. Fueron, por una parte, repartos desiguales que encontramos inaceptables. Por otra parte, estaban las promesas incumplidas que destruyeron por primera vez la confianza inocente que teníamos en la palabra sobre la cual debíamos aprender. Además estaban los castigos que nos parecían desproporcionados con respecto a nuestras faltas, o elogios que veíamos arbitrariamente otorgar a otros, de retribuciones no merecidas."

³ Cfr. Zaffaroni E. y Otros, (2000), "Derecho penal. Parte General", Ediar, Bs. As.

⁴ La tematización del derecho penal no es posible sino en el marco de los derechos humanos.

⁵ Reconocemos las dificultades que trae el uso de la palabra ciencia en general y especialmente para el derecho, por ello es que lo proponemos como un saber, orientado a la acción, a partir de una comprensión del mundo y del derecho. Tiene entre otras, por tarea la de interpretar la ley para dar propuestas alternativas de respuestas ante conflictos-litigios que por sus características importan a la sociedad. -

⁶ Cfr. Zaffaroni Eugenio y otros, ob. cit. ant., 80.

Luis Alberto Díaz

“Las objeciones que se han formulado a la construcción de un sistema de derecho penal y a la dogmática jurídico penal en particular, especialmente en el ámbito de la teoría del delito tienen considerable validez y no pueden ignorarse en cuanto a que no ha cumplido sus promesas. En buena medida puede afirmarse que facilitó la racionalización del poder punitivo y no cuestionó su función, como también que la pluralidad de teorías permite soluciones dispares y, por ende, proceder en forma arbitraria. Cabe imputarle que el mito del legislador racional fue el instrumento teórico que le restó fuerza crítica; la pretendida asepsia ideológica de algunas construcciones, pasó por alto que la ideología es parte inevitable del discurso jurídico; que cierto uso del método dio lugar a comparaciones con la geometría y la teología; que con frecuencia se cayó en un exceso de normativismo con pensamientos exclusivamente abstractos, lo que por momento la lleva a encerrarse en una jaula de Faraday; que no integra suficientemente los postulados de los derechos humanos; que requiere una seria renovación crítica; y que en definitiva, con demasiada frecuencia olvida que la interpretación judicial de las leyes es un acto de comprensión de textos, y por ello marcado también por las limitaciones, prejuicios, subjetivismos, rutinas y espontaneidades de las demás formas de comprensión”.-

⁷Cfr. Yacobucci Guillermo, (2002), “El sentido de los principios penales”, Abaco, Bs.As.

“Crisis, etimológicamente proviene del griego. Hace referencia a la separación, elección o juicio que define una situación afectada por cierto carácter dilemático. La situación del derecho penal, puede considerarse como en estado de crisis por el cual se da una falta de legitimación, una ruptura con lo dado y precedentemente desarrollado. El derecho penal tiene afectado sus presupuestos, a partir de una época que ha puesto en tensión sus

del sistema punitivo, al momento de tratar una temática compleja, comprometida y trágica, como lo es la eutanasia.

En primer término, nos referiremos únicamente a la eutanasia terapéutica, activa y directa,⁸ absteniéndonos de tratar las diferentes definiciones y clasificaciones, que presuponen distintas concepciones y modos de abordajes con sus respectivas consecuencias, pues ello con lleva una extrema especialización que dificulta el diálogo. Así, tanto en la bioética como en el derecho, aparecen diferentes clasificaciones⁹ de la eutanasia, en mérito a los sujetos intervinientes, tipos de conductas, intencionalidad y voluntariedad, produciendo clasificaciones que luego y por imperio de la misma práctica eutanática, deben ser conjugadas, culminando en una excesiva complejización.¹⁰ En segundo término, nos ocuparemos del tratamiento que el derecho penal hace de aquella, y en tal sentido pretendemos; (i) describir el contexto social – discursivo de la ley penal, (ii) presentar diferentes respuestas alternativas, que aparecen en algunos sistemas penales vigentes, en vistas a encontrar ciertas claves interpretativas o criterios relevantes, comunes a ellos. Por último, y en mérito a lo desarrollado anteriormente, realizaremos un análisis de la interpretación dominante de la ley penal, poniéndola en relación con los principios jurídicos penales fundamentales de legalidad y proporcionalidad de la pena.

2. El morir en la época de la tecno-ciencia y la eutanasia

La traducción literal de la palabra griega *eu-thantos* es la de buena muerte, queriéndose significar con ello la muerte digna. La muerte sería más bien, un fenómeno que aparece como proceso, por ello, preferimos traducir eutanasia como “buen morir”, pues la palabra *muerte*, en cuanto sustantivo, nos priva de una transitividad que aparece en el verbo morir (en infinitivo). El morir, en cuanto pone fin o término a la vida, es comprendido por la sociedad occidental contemporánea como una barrera u obs-

táculo que habría de superarse¹¹ mediante la utilización adecuada de la ciencia y la tecnología, y con ellas, el morir que ya no es fácilmente constatado, como lo habría sido hasta los inicios del s. XX. Por lo tanto, establecer el momento de la muerte, sería hoy el producto de acciones y decisiones humanas, que creemos están mediadas y atravesadas por la técnica médica. El uso habitual de medios tecno-científicos por parte de la medicina, deviene en una intervención técnico médica de la vida humana, cuyos momentos culminen resultarían una espera en el sufrimiento que emerge de la lucha¹² librada por la técnica médica. Un ejemplo de tal intervención son las unidades de terapia intensiva, la sustitución de partes del cuerpo humano por aparatos tales como respirador artificial, las técnicas de alimentación e hidratación artificial y los trasplantes de órganos entre otras.

Así, el morir, que era un final que siempre de modo inoportuno y antes de tiempo interrumpía definitiva y abruptamente los proyectos de vida,¹³ viene ahora, paradójicamente a ser un requerimiento, una necesidad y por lo tanto un pedido, ante lo que resultaría intolerable - trágico -, para un gravemente enfermo, que se encuentra rodeado de maquinas que miden, controlan y rigen hasta determinar aquel instante en el cual decimos "ha muerto". La Ley de Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos, N° 24.193 (art. 23),¹⁴ al establecer las condiciones que se deben reunir y constatar, para considerar a una persona muerta, corroboraría lo que venimos señalando, así como también, que los profesionales de la salud, en presencia de la enfermedad grave (sea terminal o no), son los que, siguiendo procedimientos legales pre-establecidos, certifican y en último término informan lo que se ha co-decidió con la intervención tecnología institucionalizada, sea dando subsistencia biológica u otorgando muerte. Esto que resulta habitual en las actuales sociedades tecnológicas, abre paso al fenómeno del morir en toda su magnitud, ocupándose de tal cuestión, filósofos, científicos y juristas que si bien identifican la técnica en el proceso de morir, se evidencia al respecto diferencias importantes.¹⁵ Por un lado, estaría aquella concep-

propias ideas morales, políticas y jurídicas. Los problemas heredados de la modernidad, y su puesta en tensión por parte de la posmodernidad, permiten advertir las dificultades que encuentra el saber penal para justificar no sólo la determinación de las conductas delictivas, sino para otorgarle sentido a un derecho penal, dentro del contexto de respeto a la persona humana".-

⁸ La muerte es anticipada por la acción directa de un tercero, con motivo de una petición reiterada y sería por parte de un enfermo terminal o con graves padecimientos.-

⁹ Andruet A., (2001), "Ley holandesa de terminación de la vida a petición propia. Nuestra consideración acerca de la eutanasia" en Derecho y Salud N° 2 - Vol. 9, Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud, Pamplona.

¹⁰ Méndez Baiges V., (2002), "Sobre morir .Eutanasia, derechos, razones", Trotta, Madrid. "Los resultados más visibles de estas clasificaciones son dos: una ampliación del ámbito del campo de discusión que abarca el asunto de la eutanasia y una disminución del acuerdo en torno al objeto del que en él se trata. ... La confusión que aportan resulta innegable si se tiene en cuenta que el efecto más claro de estas distinciones es el de que la discusión de la eutanasia acabe presentándose llena de discrepancias ya en su fase inicial descriptiva y antes siquiera de entrar en la discusión fuerte acerca de la legitimidad de unas prácticas".-

¹¹ Revista Enciclopedia Popular Magazine, año 1, N°10 que dice; "En busca de la inmortalidad. El Hombre podrá vencer a la muerte. Será el objetivo de los científicos del Proyecto Fausto". "Como puede verse, por el simple azar de nacer en Europa, una persona tiene por delante casi veinte años más de vida que alguien a quién le haya tocado Africa. Es muy posible que la manipulación genética logrará la inmortalidad, y es casi seguro

Luis Alberto Díaz

que este descubrimiento se hará en un país altamente desarrollado y rico. Sería muy bueno que el hombre encuentre también la manera de devolver veinte años a personas que pagan un alto precio por nacer en regiones menos afortunadas del planeta".

12 Méndez Baiges, ob.cit..ant.

"A lo que la ciencia médica aspira en último lugar no es ha someterse a ningún orden natural, sino a dominar a ese orden a través de sucesivos milagros médicos que, en forma de límite más o menos explícito, mantienen la esperanza secreta de algún día vencer ala muerte. Y a esta aspiración de la técnica quedan ahora inevitablemente asociados los que participan en el proceso de morir. Son esas ideas de progreso y eficacia que van de la mano del avance técnico las que dificultan la construcción definitiva de un lugar para la muerte y los moribundos en el imaginario colectivo. Los que mueren parecen no ser otra cosa que bajas sufridas en una batalla concreta de lo que constituye una guerra colectiva de la humanidad contra la muerte".

13 Cfr. Derrida J., (1998), "Aporias", Paidós, Barcelona.

14 Ley N° 24193. Art. 23; El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes 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; 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 y Unico Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el

ción que sostiene que si bien se han producido tragedias a partir de un uso abusivo de la técnica (aparece el descontrol), en realidad, siempre y aún en estos casos, la técnica sigue siendo un medio del dominio y control humano. Esta visión supone un sujeto que construye su realidad a partir de la autonomía de la voluntad y desde tal perspectiva, emerge la justificación de la eutanasia y su despenalización, pues el pedido de muerte encontraría sustento en la primacía de aquél principio, aún frente a la vida. Esta supremacía del principio de autonomía de la voluntad sería lo que contemporáneamente nos posibilitaría decidir cuándo y cómo morir.

Por el contrario, otros entienden al morir como un proceso atravesado por la intervención de la tecno-ciencia (médica), del cual emerge un necesitado que pide morir. Por lo tanto, a lo que estaríamos exigidos por las circunstancias es a pensar en el estadio al que hemos arribado y dar así lugar a que los problemas del obrar humano aparezcan en su dimensión, admitiendo que la relación con la técnica escapa al puro arbitrio del hombre. En tal sentido, las actuales sociedades, estarían mediadas por una intervención tecno-científica, de modo tal que primero producirían un necesitado de muerte, y luego, cuando los tratos devienen crueles e inhumanitarios, se le ofrece como alternativa, la posibilidad de decidir y pedir su muerte. Por lo tanto, a la concepción, en que el principio de autonomía de la voluntad resulta decisivo, se le puede objetar que omite preguntar; ¿por qué la técnica médica intensifica su intervención en los momentos culmines de la vida?, ¿por qué de tal intervención emerge hoy un hombre que resulta disponible y manipulable?, ¿cómo es que tal decisión y pedido de muerte puede resultar una opción?

4. La Eutanasia y los sistemas penales¹⁶

Si el buen morir, como lo dijimos anteriormente, es morir con dignidad (inherente a la condición humana), y ello no le es extraño a la sociedad y a su sistema legal, cabe preguntar; ¿de qué modo posibilita y contribuye el

derecho penal al buen morir?. La contribución del derecho penal, según nuestra concepción (reconoce la intrínseca irracionalidad del poder punitivo),¹⁷ vendría dada por una limitada intervención del sistema penal, en cuanto que tal actuación se daría, sólo en aquellos casos de violación a los derechos fundamentales¹⁸ de aquellos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad (los enfermos terminales o con graves padecimientos), y que por circunstancias impredecibles, incalculables e incontrolables, dada la complejidad¹⁹ del sistema social, no se han podido evitar. En tal sentido, anticipar la muerte de otro con motivo de una enfermedad grave, adquiere relevancia jurídico penal, según criterios sentados por la doctrina y la jurisprudencia, cuando la conducta del tercero (médico o familiar), sea mediante un hacer o no hacer es identificada como un *matar* a otro (homicidio), o como un ayudar o colaborar en la muerte propia de otro (ayuda al suicidio), por encontrarse éste, padeciendo una enfermedad grave. Diferentes alternativas de respuesta por parte de las leyes penales emergen de los Estados democráticos – occidentales. Aquí sólo nos ocuparemos de aquella conducta desplegada por un tercero que es identificada como un matar a otro, y que encuentra su motivación en la petición o la piedad, siempre que el enfermo sea terminal o con graves padecimientos. De una primera aproximación a los sistemas jurídicos penales occidentales, emerge la siguiente clasificación orientadora.

Un primer sistema, al que llamamos ***de despenalización restringida***, prevé la legalización, bajo ciertas condiciones y circunstancias, de la eutanasia terapéutica activa y directa, como es el caso de las legislaciones de Holanda y Bélgica. Se sustrae del ámbito de intervención directa del poder punitivo a las prácticas de eutanasia terapéutica.

La ley holandesa de "Terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio",²⁰ interesa para nuestro tratamiento, en la medida que es el resultado no sólo de un previo debate social, sino que además y principalmente consolida y fija normativamente conductas y prácticas sociales existentes con anterioridad en aquel país. La

En torno a la eutanasia

inc. d) no será necesaria en caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible.-

¹⁵ Quienes advierten e identifican la intervención técnica del morir y del obrar humano; Cfr. (i) Mendez Baiges, ob.cit.ant., pag. 25 y ss.. (ii) Jean- Louis Baudouin / Danielle Blondeau, (1995), "La ética ante la muerte y el derecho a morir", Herder, Barcelona. (iii) Martin Heidegger, (1995), Conferencias y artículos "La pregunta por la Técnica", Ediciones del Serbal, Barcelona; (iv) Fonti, D., 2004, "Morir en la era de la técnica", EDUCC, Córdoba.

¹⁶ En relación con la eutanasia la bibliografía a consultar y a modo de sugerencia, además de la ya citada se puede consultar: (i) Jakobs Günter, (1999), "Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal", tirant lo blanch, Valencia; (iii) Schotsmans P., "El debate de la Eutanasia en Bélgica", JA. – 1998 – IV – 732; (iv) Facorro – Vittadini Andrés, "Eutanasia: su tratamiento en la doctrina y el derecho comparado", ED - t 171, 980; (v) Reinaldi Víctor, "Dejar morir sin delinquir", Revista de la Facultad de Dcho. y Cs.Ss. -U.N.C., Córdoba, Argentina.-

¹⁷ Una perspectiva de un derecho penal mínimo se puede consultar a: (i) Zafaroni Eugenio, ob.cit.ant.; (ii) Ferrajoli L, (1995), "Derecho y razón. Teoría de un garantismo penal.", Trotta, Madrid.

"Este libro quiere contribuir a la reflexión sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales, y en particular al italiano, respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos. Tales fundamentos fueron puestos en gran parte –con el nacimiento del estado moderno como estado de derecho– por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo. Debe añadirse que el derecho penal, aún cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca

Luis Alberto Díaz

brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que esta programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo".-

18 En igual sentido Méndez Baiges, ob. cit. ant., "Hablar de un derecho a morir con dignidad significa lo mismo que hablar de un derecho a morir como personas o lo que es lo mismo, de un derecho a atravesar el proceso de morir siendo acreedor de la misma exigencia de respeto con la que se atraviesan otros procesos de la vida humana..." .

19 Carcova Carlos M.; "Complejidad y Derecho", Doxa 21-II, 1998, España.

20 Ley N° 26691. Ver, Aduet A., ob. cit. ant.

21 Ley 26691. Capítulo 1 – Definiciones. Art. 1. En esta ley se entenderá por: "... b) Auxilio al suicidio: ayudar deliberadamente a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin, tal y como se recoge en el art. 294; párrafo segundo, segunda frase, del Código Penal; c) El médico: el médico que, según la notificación, ha llevado a cabo la terminación de la vida a petición del paciente o ha prestado auxilio al suicidio". Capítulo 2. Requisitos de cuidado y esmero profesional. Art. 2. " Los requisitos de cuidado a los que se refiere el art. 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 insostenible y sin esperanzas de mejora, c) Ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de 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 encuen-

ley avanza sobre lo que llamamos eutanasia terapéutica, en cuanto legaliza - mediante una eximente penal - y reglamenta la intervención del médico, que cumpliendo ciertas exigencias objetivas, subjetivas y administrativas, (i) da por terminada la vida, (ii) presta auxilio a otro para suicidarse, o bien, facilita los medios necesarios para el suicidio del enfermo grave (paciente), requiriéndose para estos supuestos la petición de aquel.²¹ Como se advierte de la lectura de la ley, los sujetos intervinientes son el médico y el paciente. Para el supuesto que éste último sea menor de edad, se requiere además la intervención en la decisión del padre que ejerza la patria potestad o de aquel que tenga la tutela del menor. Si el paciente no puede prestar su consentimiento, deberá haberlo prestado por escrito con anterioridad y haber contado al momento de la manifestación con la edad de al menos dieciséis años.²²

Un sistema legal intermedio, al que llamamos **de penalización atenuada**, es aquél que atenúa la pena en aquellos casos, en los cuales se dan ciertas condiciones fácticas que se consideran relevantes y que forman parte de las prácticas eutanáticas. Trataremos por separado algunos sistemas penales extranjeros, ya que se advierten diferencias en los textos legales, en cuanto a los tipos de injustos (modos comisivos) y su punibilidad, que traen aparejado diferencias en relación con las conclusiones que se pueden obtener en cuanto al ámbito de injerencia del sistema punitivo respecto de las prácticas eutanáticas.

La ley penal de España, incrimina de modo genérico, por considerar relevantes, aquellos comportamientos que intervienen (de modo esencial) en la muerte consentida de otro, regulando especialmente (art. 143. 1; 2 y 3, CPE.), (i) la inducción al suicidio, (ii) la cooperación necesaria al suicidio, y (iii) el homicidio consentido o auxilio ejecutivo al suicidio. En el inciso subsiguiente (art. 143. 4, CPE.),²³ se considera especialmente la eutanasia y en una aproximación al tipo penal, podemos concluir que los requisitos exigidos son los siguientes; la petición, que ha de ser seria e inequívoca, quedando fuera, por tal motivo todos aquellos que no cuenten con capacidad para pres-

tar el consentimiento y pedir la anticipación de la muerte, como es el caso de los menores, incapaces y pacientes comatosos. Para este último supuesto, y sólo para algunos tratadistas se puede suplir mediante un testamento vital previo que tiene que existir en el caso concreto. Otro requisito es la enfermedad mortal y/o dolorosa, no debiendo interpretarse como condiciones acumulativas, sino como optativas, es decir, o padece una enfermedad mortal o padece dolores intolerables, haciéndose un *distingo* en cuanto a la condición mortal de la enfermedad, pues alcanza con que ésta sea hipotética, pudiendo o no producirse. Respecto de los dolores intolerables, estos han de ser actuales, han de estar presentes y ser reales. Por último, resta señalar que la conducta ha de ser activa, al modo de cooperación o de ejecución, los que nos permite sostener, como se entiende mayoritariamente, que la eutanasia pasiva e indirecta son impunes para el derecho penal español.

La ley penal de Alemania, no sanciona penalmente a la colaboración o ayuda al suicidio, por lo que tales comportamientos son impunes, sea que se den o no las condiciones eutanásicas en el caso concreto. La ciencia penal alemana (posición predominante), entiende que para aquellos casos por el cual un tercero da muerte a otro, determinado por la petición de éste último, la ley penal prevé la figura típica del homicidio por petición (§ 216, StGB),²⁴ como un modo atenuado del homicidio. La eutanasia activa, teniendo en cuenta sus especiales condiciones ya descritas con anterioridad, ingresa en la figura típica del homicidio por petición. No obstante ello, C. Roxin, sostiene que se debería dar un paso más en casos *extremos*, excluyéndose la punibilidad de este tipo de práctica (adhiera al Proyecto Alternativo de Ley sobre la Eutanasia).²⁵ Contrario a ello, y desde una perspectiva diferente, G. Jakobs,²⁶ al adentrarse en un análisis de la ley penal alemana y la interpretación doctrinaria dominante, sostiene que los supuestos de eutanasia activa son un especial modo de ayudar a otro a provocar la propia muerte (suicidio), y si tenemos especialmente en cuenta, que la ayuda o colaboración al suicidio no es delictiva,

tra 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 el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles. ...". Capítulo 4. Modificaciones en otras leyes. Art. 20. "El Código Penal va a ser modificado de la siguiente manera. A) El art. 293 pasa a tener el siguiente texto: Art. 293.1. El que quitare al 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 la categoría quinta. 2.- El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el art. 2 de la ley sobre comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme al art 7, párrafo segundo de la ley Reguladora de los Funerales. B) El artículo 294 pasa a tener el siguiente texto: Art. 294.1. El que de forma intencionada indujere a otro para que se suicide será, en caso de que el suicidio se produzca, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta. 2. 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 art. 293, párrafo segundo...".²² Cfr. Andruet A., ob.cit.ant.

²³Art. 143.4 CPE. "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

Luis Alberto Díaz

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". El Art. 143. 2 CPE. refiere a la cooperación necesaria al suicidio, con una pena de prisión de dos a cinco años; el Art. 143.3 CPE, refiere al homicidio a petición, con una pena de seis a diez años. Este último es una atenuación del homicidio que prevé una pena de diez a quince años.-

24 §216 StGB; "Homicidio a petición. (1) Si alguien es determinado al homicidio por la petición expresa y sería del fallecido, se le impondrá pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (2) la tentativa es punible."

25 Roxin C., ob.cit.ant. "Para situaciones de este tipo, en la que no existe otra salida, y donde no se encuentra a disposición ningún otro medio, el proyecto Alternativo ha propuesto en el § 216 II la siguiente redacción: El tribunal, bajo los presupuestos del apartado primero (esto es, el homicidio a petición – nota del autor-), podrá excluir la pena cuando la muerte sirva para el cese de una grave situación de sufrimiento insostenible para el interesado, que no pueda ser evitada o mitigada por ninguna otra medida"

26 Jakobs G., ob.cit.ant.

27 Jakobs G., ob.cit.ant.

"Voy a tratar de demostrar que, en el derecho penal hoy vigente en Alemania, la prohibición contenida en el delito de homicidio a petición (§216 StGB) no se extiende de modo alguno tan ampliamente como normalmente se afirma, es decir, que algunos casos de eutanasia directa, a los que aludiré más detalladamente, no pueden ser abarcados por la prohibición sin que se vulneren valores jurídico-penales usuales y acreditados. ... En resumen. 1. Dado que el derecho garantiza el orden externo entre diferentes personas, ni el suicidio realizado responsablemente por

entonces la eutanasia activa quedando fuera del ámbito de injerencia del derecho penal y del sistema punitivo. Al mismo tiempo y como consecuencia, propone una interpretación restrictiva del homicidio por petición, en cuanto delito de peligro abstracto.²⁷

En un contexto más próximo, en Latinoamérica, la ley penal de Colombia (art. 326 C.P.C.),²⁸ prevé el homicidio por piedad (llamado pietístico o eutanásico). El tipo penal exige; (i) como condición objetiva, que el sujeto pasivo se encuentre padeciendo intensos sufrimientos, provenientes de una enfermedad grave o incurable; (ii) como condición subjetiva, la piedad, es decir, el sujeto activo habrá de actuar motivado por razones humanitarias para con el necesitado de muerte. "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".²⁹ El tipo penal, como se advierte de su lectura, no establece como una exigencia típica el consentimiento y la petición por parte del sujeto pasivo. No obstante ello, como lo ha resuelto la C.C.C., esta manifestación de voluntad expresa, es una exigencia que se desprende de la correcta interpretación del derecho a la vida y la autonomía de la voluntad, bajo la luz constitucional. Por lo tanto y con igual orientación que algunas leyes penales europeas, se advierte que dadas ciertas condiciones objetivas - subjetivas, se configura el tipo del homicidio por piedad (es una atenuante).

Al otro extremo de la despenalización, encontramos nuestro sistema jurídico, al que llamamos *de penalización severa*, por que no prevé una atenuación de la pena en razón de las condiciones eutanásicas, configurando prima facie la eutanasia activa, el delito de Homicidio (en su figura genérica o calificada, agravada por el vínculo), con penas que aparecen como desproporcionadas.

La ley penal argentina, no cuenta con la figura típica del Homicidio por Petición o por Piedad, y por lo tanto, devendría aplicable (interpretación mayoritaria de la dogmática penal), las figuras típicas del Homicidio Simple o el

Calificado Agravado por el vínculo (art. 79 y 80 inc.1°, C.P.),³⁰ pudiendo el Juez, para éste último supuesto, aplicar las circunstancias extraordinarias de atenuación,³¹ si así lo considera. Si bien se registran antecedentes parlamentarios,³² debemos señalar la omisión legislativa por parte de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

4. Las condiciones propias e ineludibles (esenciales) de la eutanasia

Una aproximación a los textos legales anteriormente citados, todos provenientes de Estados de Derecho, sea que provengan de sistemas de despenalización restringida o de penalización atenuada, nos permiten señalar que aparecen condiciones que emergen de la propia práctica de la eutanasia y que son receptadas por la ley, por ser condiciones propias e ineludibles, que identifican y diferencian la eutanasia terapéutica, activa y directa, de otras que no lo son. Estas condiciones propias e ineludibles serían las siguientes:

Graves padecimientos. Se utiliza la expresión graves padecimientos por que permite incluir aquellas enfermedades que de acuerdo al estadio actual de la ciencia médica y la capacidad tecnológica, se consideran incurables,³³ sea que (1) el suceso mortal se haya instalado, como aquellas que (2) si bien el suceso mortal no se ha instalado provocan dolores y sufrimientos permanentes e intolerables (tanto psíquicos como físicos), anulando toda posibilidad de desarrollar un proyecto de vida.

La petición. Es el pedido efectuado por aquel que se encuentra (necesitado) bajo graves padecimientos, sea en cualquiera de las posibilidades anteriormente enunciadas. Esta petición no es una aceptación o un consentimiento, sino que es una manifestación expresa, seria e inequívoca³⁴ del deseo de buen morir. Se requiere en estos casos, que esté precedida de la información que posibilite conocer su estado de salud y consecuencias futuras a raíz de tal estado. En aquellos casos en que el enfermo grave no se encuentra en condiciones de pedir su muerte (niños, dementes o pacientes comatosos que

En torno a la eutanasia

propia mano, ni la participación de otro en el mismo son hechos injustos. 2. El homicidio a petición es un suicidio consumado en división de tareas, en el que el solicitante es quien determina el fin, no el ejecutor. 3. La razón de ser de la prohibición del homicidio a petición es el peligro abstracto de que la petición de muerte pueda no ser madura. 4. En situaciones como en las de eutanasia indirecta o pasiva, en las que, en caso de duda, se presume que la dignidad de una muerte pronta es preferible a la vida, no puede ser mantenida la suposición de la falta de madurez de una petición de muerte; tales situaciones deben excluirse, por tanto, del delito de homicidio a petición. 5. La licitud de la eutanasia directa, que aquí se preconiza, no depende del capricho individual del solicitante, sino de la razonabilidad objetiva – por supuesto, susceptible de cambio – de su petición, razonabilidad que es controlada por el derecho.”.-

28 Art. 326 CP. Colombiano; “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.-

29 Ver Fallo de Corte Constitucional de Colombia (CCC), Mayo 20-1997, LL – t. 1997 – F..

30 Art. 79 CP. Argentino; “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciera otra pena”.

Art. 80, inc. 1°; “ Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”;

Art. 80 ult. Párrafo; “Cuando en el caso del inc. 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años”.-

Luis Alberto Díaz

31 Creus C., (1992), "Derecho penal. Parte Especial", T1, Astrea, Bs. As. 16.

"En nuestro sistema son circunstancias extraordinarias de atenuación las referidas al hecho, que por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, han impulsado su acción con una pujanza tal, que le ha dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió".

32 El problema de la eutanasia, encuentra parcialmente su tratamiento mediante la figura del Homicidio por piedad en; (i) Proyecto de Tejedor -1881-; (ii) Proyecto de Coll / Gomez - 1937-; (iii) Proyecto de Peco - 1942 y (iv) Proyecto de 1960. En la década pasada se han presentado proyectos de ley más abarcativos de la problemática por parte de los Diputados de la Nación de los bloques Justicialistas (Alvarez/ Corchuelo Blasco), Radical (Bonino) y Movimiento Azul y Blanco(Polo), que provocó la conformación de un proyecto de ley único que se encontraba en las comisiones de Acción Social y Salud Pública, la de Legislación General y Legislación Penal de la antes mencionada Cámara, al respecto se puede consultar Reinaldi V., ob.cit. ant. En relación con el tratamiento por parte de la ciencia jurídico penal ver entre otros; Giménez de Asúa, "Libertad de amar y derecho a morir", 1946, Lozada, Bs.As., Argentina ; (2) Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal Argentino, Parte Especial TIII" , Omeba, Bs.As., Argentina (3) Diversos tratamientos doctrinarios publicados en revistas jurídicas de nuestro país.

33 A nuestro entender esta formula resulta problemática, pues si bien y como suele decirse o se pretende sostener, los descubrimientos científicos son patrimonio de la humanidad, no es menos cierto que la oportunidad de contar y hacer uso de ellos, por parte de los ciudadanos depende de la capacidad tecnológica del país en el que viven (primer mundo o tercer mundo),

están imposibilitados de expresar de modo serio e inequívoco la voluntad de morir), la mayoría de los especialistas, requieren que además de una enfermedad sin posibilidades de curación y terminal (condición objetiva de posibilidad para llevar a cabo la acción de anticipación de la muerte), se admita la posibilidad de suplir la autonomía de la voluntad, mediante una presunción, que entendemos es sólo una ficción teórica (que proviene de colocar la autonomía de la voluntad como criterio rector último), en pos de justificar la practica de la eutanasia activa. Otros proponen (sería posible sólo para pacientes comatosos), intentando alejarse de aquella aproximación, que quién por encontrarse en cercanía afectiva con el enfermo terminal, lleve a cabo una reconstrucción de las convicciones (ideales de vida e intereses) a partir de lo vivido de modo consciente por parte del enfermo terminal, tratando de ser coherente con aquellos intereses, justificando la decisión en torno a la eutanasia activa. Creemos que al momento de debatir la eutanasia, este será un tópico ineludible, sea para el supuesto de una despenalización o penalización atenuada de este tipo de prácticas, pues la autonomía de la voluntad sea expresa o presunta, nos coloca en situaciones de difícil resolución, para con aquellos enfermos terminales, que por encontrarse en estado de inconciencia (menores de edad o enfermedad mental), están imposibilitados de comprender y decidir.

La intervención motivada. En relación con la conducta desplegada por aquel que interviene en la práctica de la eutanasia como sujeto activo (despliega una acción u omisión, sea al modo de eutanasia indirecta, pasiva o activa), debe encontrar su motivación en (1) el grave padecimiento y (2) la petición. Estas co-determinan la intervención que produce la muerte. Si bien esta intervención del tercero escapa a toda pretensión de justificación moral concluyente, las leyes penales extranjeras hacen referencia sólo a la petición o completan las condiciones recurriendo a la piedad o compasión. Creo que en ambos casos la exigencia legal es que en el sujeto activo esté presente una motivación, es decir, que la acción desplegada lo sea en razón de las dos condiciones anteriores.

La acción desplegada es eutanática (anticipa el fin de la vida) cuando está motivada en las condiciones de graves padecimientos y petición seria e inequívoca. Para algunos sistemas legales se requiere como exigencia legal, el sentimiento de piedad o compasión por parte del sujeto activo, lo que conlleva a la necesidad de su probanza en el proceso correspondiente. Sin perjuicio de ello creemos que al juzgador le alcanza para identificar una conducta eutanática, con la convicción de que, dado los graves padecimientos y la petición seria e inequívoca, el sujeto activo no obró por móviles impuros (económicos, pureza racial, carga social, odio, entre otros) o atípicos, pues en tal caso estaríamos ante otra figura delictiva.

5. La eutanasia en el derecho penal argentino

Como lo sostiene la doctrina judicial,³⁵ no constituye eutanasia terapéutica, activa y directa, e ingresan en el ámbito de decisión del enfermo terminal (petición expresa y seria de un mayor capaz), tanto el negarse a un tratamiento terapéutico, como la aceptación y petición de una asistencia médica paliativa (paliar el dolor o los graves sufrimientos), a sabiendas de que probablemente o con seguridad tal actuar acelere el acaecimiento de la muerte. En ambos supuestos, mediando previamente la información correspondiente (el consentimiento informado), estas conductas, en virtud de ser autorreferentes y motivadas en el respeto y protección de los derechos fundamentales de integridad corporal y autodeterminación, propias del ámbito de privacidad (art. 18 C.N.), reconocido constitucionalmente, no constituyen delito. Recientemente, la Suprema Corte de Buenos Aires,³⁶ ratificó lo que venía sosteniendo en cuanto que de los derechos personalísimos sólo puede disponer su titular, salvo excepciones especialmente previstas por la ley, que morir con dignidad es parte del derecho a la vida y que esta decisión le compete sólo a su titular, quién habrá de manifestar su voluntad sea de modo expreso o presunto y que para tales supuestos, es condición necesaria mas no suficiente, la información dada por el profesional de la salud.

En torno a la eutanasia

y/o de los recursos económicos disponibles con que cuentan. Por otra parte, bien sabido es que no todos los Estados priorizan la salud pública, más aún, en aquellos que no hay tal prioridad, la diferencia entre la asistencia sanitaria pública y la privada resulta inconmensurable. Un ejemplo de ello es la medicina paliativa, pues no hay hasta el momento una política pública al respecto, quedando reservada tal posibilidad solamente para aquellos que pueden afrontar los altos costos de la oferta privada. Esta diferencia es una muestra acabada del incumplimiento de los deberes del Estado, que suscribe, ratifica y otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sin preocuparse en lo más mínimo por llevar a cabo tal compromiso voluntariamente asumido.-

³⁴ Lo serio e inequívoco requiere de que se trate de un enfermo grave, que haya expresado reiteradamente su voluntad de morir, a partir de las consecuencias graves que la enfermedad trae consigo.-

³⁵ Ver Fallos: (i) C.S., abril 6-993 – Bahamondez, Marcelo (LL., T1993 –D, pag. 125 y ss.); (ii) CNCiv., sala H, febrero 21-1991 – Jakobson, Juan (ED., t 144, pag.122 y ss.); (iii) CS., enero 11-2001 – T.S. c/ Gobierno de la ciudad de Bs. As.), LL., T. 2001 – A, pag. 188 y ss.); (iv) S.C.J. de Bs. As., 09-02-2005, “S., M. d. C. Insania”.-

³⁶ Fallo de SCBA., 09-02-2005, autos S., M. d. C., Insania.-

Luis Alberto Díaz

³⁷ Esclarecer el sentido actual e institucional del texto en relación con su contexto. Al respecto se puede consultar; (i) Gadamer, H.G., (1977/2000) "Verdad y Método", I y II, Sígueme, Salamanca. (ii) Bacigalupo E., (1999), "Principios Constitucionales de derecho penal", Hamurabi, Bs. As.

³⁸ Ricoeur Paul, (1985) "Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis", Serbal / UNESCO, Paris.

"Estos derechos consisten esencialmente en reconocer al individuo o a grupos internos a la sociedad la posibilidad de poner límites a la acción del estado, y por lo tanto el poder de reivindicar su derecho y de esa forma anular las decisiones contrarias al mismo."

³⁹ Considerando: Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre. Acuerda: Adoptar la siguiente Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.- Preámbulo. Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los deberes de orden jurídico presuponan otros, de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Capítulo 1: Derechos. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de su persona.- Artículo 1. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona . Artículo 5. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Artículo 11. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la

Situados en lo que llamamos el morir técnico y la eutanasia terapéutica, activa y directa, podemos afirmar que tal práctica no fue prevista por el legislador al momento de sancionar la ley penal vigente, por lo tanto, la interpretación de la ley penal, una vez superada la teoría de la aplicación mecánica, viene inspirada por una interpretación teleológica³⁷ que (art. 75 inc. 22) debe tener en cuenta los Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales con jerarquía normativa constitucional³⁸ (IX Conferencia Internacional Americana, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;³⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos;⁴⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos;⁴¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),⁴² por ser éstos el espacio común y su condición de posibilidad.⁴³ Desde tal marco normativo,⁴⁴ desarrollaremos entonces, lo que serían algunos argumentos dados en la ley penal (dominante), para luego realizar algunas objeciones, motivadas en la posible afectación de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, que traería aparejada la aplicación de tales normas penales (art. 79 y 80 inc. 1°, CP).

Primero, al no estar contemplada específicamente la eutanasia terapéutica activa y directa en nuestra ley penal, pues no hay un tipo penal especial, como sucede con el aborto o en el citado derecho penal comparado, el estado de situación queda delimitado por una interpretación de la ley penal, que viene a considerar aplicable el tipo penal del homicidio simple (art. 79 CP.) o el homicidio calificado, agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1° CP), pues se entiende que la eutanasia es un homicidio, en cuanto que se da un matar a otro, lesionando así el derecho fundamental a la vida.

Segundo, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Estado de Derecho no sólo debe velar por la seguridad jurídica, sino también por una justicia material, de la cual son tributarios tanto los principios como las normas inferiores en su conjunto.

Tercero, siguiendo tal directiva, contemporáneamente, la justicia material encontraría su realización en el

respeto y la protección del principio jurídico material de dignidad humana y que en nuestra cultura legal sería realizable mediante una efectiva protección del derecho fundamental a la vida, en cuanto que de este dependen los demás.⁴⁵ Si bien este derecho no es absoluto, sino más bien relativo y referencial, pues cede ante especiales previsiones legales, como la legítima defensa (art. 34, inc. 6 y 7, CP.) o el de armarse en defensa (aún a costa de la propia vida) de la Nación en caso de guerra, o la no punibilidad de la tentativa del suicidio, de ello no se infiere que deba ceder ante otros derechos dada su falta de viabilidad o en virtud de estar sostenida artificialmente por medios tecnológicos.⁴⁶ Esta interpretación dominante, supone una concepción antropológica, moral y jurídica que entiende a la protección penal del derecho a la vida (C.S.J.N.)⁴⁷ lo es desde la concepción. Por ello es, según creemos que en nuestra tradición legal, propuestas interpretativas tales como las que sostienen que la eutanasia terapéutica activa y directa quedaría fuera del ámbito de prohibición penal en virtud de la relatividad y disponibilidad del derecho a la vida - sea por que éste cede, o bien ante el derecho a la intimidad y el principio de autonomía de la voluntad, o bien, ante el derecho fundamental a no recibir tratos crueles e inhumanos-, no han encontrado hasta el momento recepción, de un modo tal que pudiese generar una doctrina judicial vinculante (precedente).

Siguiendo directivas teleológicas, sostienen que las leyes, no pueden ser interpretadas apelando a la intencionalidad del legislador histórico, sino más bien, prevalece una interpretación histórica, que al mismo tiempo mira hacia el futuro y considera el contexto social – discursivo actual;⁴⁸ esto supone que los preceptos legales deben guardar la mayor coherencia y armonía posible, dándole así plenitud hermética al sistema normativo. Por lo tanto, lo hasta aquí expuesto en relación con la interpretación de la ley dominante, serían algunos de los argumentos esgrimidos para sostener que, dada una conducta a la cual identificamos como eutanasia terapéutica, activa y directa, le corresponde, en nuestro sistema legal, la apli-

En torno a la eutanasia

vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. Bogotá del 30 de Marzo al 2 de Mayo de 1948 – Resolución XXX.-

40 Preámbulo. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos fundamentales han originado actos de barbarie ultrajantes. Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho... Artículo 1. Todos los hombres nacen iguales en dignidad y derechos... Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida... Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, e inhumanos o degradantes. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (iii), del 10 de Diciembre de 1948.

41 Artículo 4: Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente... Artículo 5: Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes... Suscripta en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de Julio de 1978.

42 Preámbulo. Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana... Artículo 12. 1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de ese derecho, figurarán las necesarias para: ... c) La preven-

Luis Alberto Díaz

ción y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI), del 16 de Diciembre de 1966.

⁴³ Ricoeur Paul, ob.cit.ant., "Todo texto puede aislarse de su contexto original y encarnarse en nuevos contextos de los que a su vez recibe una nueva orientación."

⁴⁴ Cfr. Dworkin, R., (1994), "El dominio de la vida", Ariel, Barcelona.

"Algunos constitucionalistas muestran una afición extraña por la pulcritud: quieren derechos organizados sólo bajo cláusulas constitucionales que no se superpongan, como si la redundancia fuese un vicio constitucional. Sin embargo, una vez que comprendemos que la Declaración de Derechos no es una lista de remedios, concreta y detallada, diseñada por redactores parsimoniosos, sino que es el compromiso con un ideal abstracto de lo que es un gobierno justo, aquella afición pierde sentido..."

⁴⁵ Fallo de S.C.B.A. cit. ant., voto del Dr. Hitters, "... la jerarquía constitucional otorgada al derecho a la vida (primero y más importante) impone que aún en caso de duda, siempre debe estarse por la solución más favorable a su prolongación (o subsistencia)".

⁴⁶ Ver Creus C., (1992), "Derecho Penal. Parte Especial.", Astrea, Bs. As. 5.

⁴⁷ Ver. Fallo de la CS. 2001/01/11, LL., t. 2001 - A., 188 y ss.

⁴⁸ CS, 1992/03/03 - Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro. LL, 1992 - B, 216, "Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por

cación de las figuras penales de homicidio simple o calificado agravado por el vínculo.

En lo que sigue se formulan algunas objeciones que nos permitan encaminarnos hacia un análisis y control de razonabilidad de las normas generales y/o individuales que nuestro sistema legal da como respuesta, valiéndonos para ello de los principios⁴⁹ de legalidad y proporcionalidad de la pena, por ser éstos principios fundamentales de todo sistema penal propio de un Estado de Derecho. El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que encuentra reconocimiento constitucional (arts. 18, 19 y mediante el art. 75 inc. 22 de la CN., el art. 9 de la CA.⁵⁰ y el art. 9 del PIDCP),⁵¹ vendría a poner en tensión a la interpretación de la ley penal dominante, pues por un lado, esta procura determinar el sentido de las formulaciones legales en cuestión, llevando a cabo una interpretación analógica entre el caso regulado (homicidio) y la eutanasia,⁵² siendo que habría una prohibición de la interpretación de la ley por analogía (paradigma del derecho penal de origen ilustrado). La generalidad del enunciado típico, "el que matare a otro", es lo que permitiría proponer la aplicación del tipo del homicidio simple o calificado agravado por el vínculo a las prácticas de eutanasia terapéutica activa y directa, toda vez que en éstas, habría un sujeto activo que detenta el dominio del hecho, hasta el momento último, llevando a cabo una acción por comisión (objetiva-subjetiva) de dar muerte de otro.⁵³ Esto sería lo que equipara a ambas y lo que permitiría la aplicación de los tipos penales antes mencionados. Creemos, que si bien ambas conductas lesionan el derecho a la vida⁵⁴ mediante un matar a otro, tal analogía no resultaría posible sin afectar tal principio, pues median diferencias fácticas, conceptuales y valorativas. Prueba de ello es que el homicidio simple o agravado por el vínculo, previsto por nuestra ley penal, no recoge las condiciones objetivas y subjetivas, que son propias e ineludibles de la eutanasia terapéutica activa, y que tanto nuestro contexto social y cultural como los sistemas penales comparados ya mencionados si las prevén (i.- la petición, ii.- los graves padecimientos o la enfermedad termi-

nal, y iii.- la motivación de la conducta que viene dada por el pedido y/o la piedad o compasión, ante un necesitado de muerte e imposibilitado de llevar a cabo la acción idónea para tal fin). Pareciera entonces que la dificultad reside en determinar si estamos en presencia de hechos similares o no; en favor de la segunda opción podría decirse que la eutanasia terapéutica, activa y directa es tal, sólo cuando se dan las condiciones propias e ineludibles y que omitir tales condiciones, considerando análogas el homicidio y la eutanasia, es llevar a cabo interpretación extensiva en contra del imputado, in mala partem, pues con ella se estaría decidiendo en favor de la tipicidad, prohibición y sanción penal por sobre la atipicidad y no punibilidad. Además, todo texto (ley penal), nos remite siempre a un contexto social -discursivo, que como ya lo señalamos, habría sufrido cambios tales como el paso de la sociedad tradicional a las sociedades tecnocientíficas y con ello al morir tecnológico, imponiéndose, en un derecho penal garantista, la aplicación de otro principio (derivado del principio de legalidad penal), como lo es el principio penal de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido,⁵⁵ que viene a limitar las interpretaciones extensivas, que en otros ámbitos del derecho serían posibles.

La anterior objeción nos conduce a una segunda y última, que se encamina en orden al principio de proporcionalidad de la pena.⁵⁶ La pena es una sanción que debe guardar relación con el supuesto de hecho de que se trata y así, en el homicidio, la pena privativa de la libertad obedece a un programa de selección criminalizante que considera digno de protección a la vida, ante ataques que se encaminan a su eliminación. El homicidio simple tiene prevista una pena privativa de la libertad de prisión o reclusión con un mínimo de 8 años y un máximo de 25 años y el homicidio calificado, agravado por el vínculo, tiene una pena de reclusión o prisión perpetua. La pena mayor del segundo, encuentra su justificación en la mayor gravedad, reprochabilidad y/o intolerabilidad que para la sociedad representa el menosprecio – en razón del parentesco entre el sujeto activo y el pasivo –, al vínculo

naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción...".

49 La discusión en torno a la interpretación de la ley y los principios jurídicos. Cfr.; (i) Alexy R., (1998), "Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica", Doxa 5, Madrid. (ii) Dworkin R., a) "Los derechos en serio", (1989), Ariel, Barcelona b) "El imperio de la justicia", (1992), Gedisa, Barcelona (iii) Prieto L., "Ley, principios y derechos", (1998), Dykinson, Madrid..

50 El Principio de legalidad y retroactividad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

51 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

52 Zuleta Puceiro E., (2003), "Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio", Revista La Ley, Bs. As.

53 Ver; (i) Donna Edgardo A., (1999), "Derecho Penal. Parte Especial. TI", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.

54 Ver. Calsamiglia A., (1992), "Sobre la eutanasia", Revista Doxa N° 13, 337.

55 Ver. Zaffaroni E., ob.cit.ant. "En estos casos se debe tomar en cuenta el contexto cultural del texto legal, y cuando se comprueba un fenómeno de inusitada extensión prohibitiva, se impone una reducción histórica. La legalidad es un principio que sirve para garantizar la limitación del ámbito de programación criminalizante legislativa, y no se puede revertir su sentido convirtiéndolo en un argumento de extensión inusitada y nunca prevista en el contexto originario del texto, cuyo efecto es conceder un espacio selectivo de criminalización que alcanza los límites máximos de arbitrariedad. Un tipo penal no puede erigirse en instrumento para la criminalización indiscriminada... lo punitivo es un ámbito que deben planificar y aumentar las agencias políticas mediante la ley, y la omisión de éstas frente a cambios

Luis Alberto Díaz

significativos de contexto cultural o tecnológico constituye una renuncia a su función, que no es constitucionalmente admisible. La criminalización primaria se establece por acción de las agencias políticas y no por sus omisiones.”.

56 Ver Zaffaroni E. y Otros, ob.cit.ant., 123,

“... se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado ...”

57 Bacigalupo, E., ob. cit. ant., 149. “La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente el principio de proporcionalidad: Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir no degradante.”

de sangre o al respeto que se deben los cónyuges. Este programa político jurídico de criminalización, recepta y re-envía un mensaje a la sociedad, acerca de lo que consideramos digno de protección penal y el grado de intolerabilidad que se ve reflejado en la cuantía de la pena, conminada en abstracto por el legislador penal y que el Juez deberá prudentemente determinar en el caso en concreto, atendiendo a las circunstancias atenuantes o agravantes particulares (art . 40 y 41 CP). Así es como para la ley penal y para la sociedad de la cual aquella emerge, importa o se considera más gravoso e intolerable un ataque al derecho a la vida, que un ataque al derecho a la propiedad, o ante ataques a un mismo bien jurídico como lo es la vida, resulta más gravoso y por ello intolerable, el eliminar la vida de otro por placer, codicia, odio racial o religioso (art. 80 inc. 4), que el dar muerte en estado de emoción violenta (art. 81 inc.1); ahora bien, de acuerdo a la interpretación dominante, este proyecto de criminalización (al no haber previsto especialmente la eutanasia terapéutica activa y directa), importaría considerar de igual gravedad y reprochabilidad a; (i) la eutanasia terapéutica activa y directa practicada por un profesional de la salud, que pone fin a la vida de otro motivado en la petición seria del paciente, ante una enfermedad terminal o ante graves e intolerables padecimientos, y el poner fin a la vida de otro sin otra motivación más que la de dar muerte; (ii) la eutanasia terapéutica activa practicada por un familiar que le pone fin a la vida del enfermo terminal o con graves e intolerables padecimientos, y con el cual está unido en razón de un vínculo de parentesco y afectivo, con aquel otro que pone fin a la vida por menosprecio del vínculo de parentesco o de aquel que lo hace por placer, codicia u odio racial. Es decir, con la interpretación dominante se esta proponiendo la misma medida de coerción, que priva de derechos y provoca dolor, a supuestos de hecho que razonablemente no merecerían igual reproche.⁵⁷

6. A modo de conclusión

La tarea realizada ha transitado diversos niveles de reflexión, debiendo reconocer que la orientación dada al presente, es un modo de mostrar el compromiso con la temática y con quienes padecen las consecuencias mediatas e inmediatas de un estado de situación de lo legal, que requiere de una reforma legislativa en la cual participen juristas, filósofos, científicos y religiosos, asumiendo todos desde un inicio que el otro también tiene razones.

En primer lugar, se llevó a cabo una descripción e interpretación de la situacionalidad, del contexto social discursivo contemporáneo, apareciendo la intervención técnica y la producción de un nuevo modo de morir que habría colocado al hombre en un estado de inhumanidad. En segundo lugar, y desde el contexto social discursivo señalado, se identificaron y explicitaron, las condiciones objetivas y subjetivas que se consideran propias e ineludibles de la práctica social que llamamos eutanasia terapéutica, activa y directa, y que cuentan con relevancia normativa en el derecho penal comparado, permitiéndonos diferenciarla de otras conductas, como las previstas por el homicidio simple o calificado agravado por el vínculo de nuestra ley penal. Se señaló expresamente que estos tipos penales, no contemplan la 1) enfermedad terminal y/o graves padecimientos, 2) la petición seria y reiterada, y por último, 3) la motivación del autor, que viene a darse por el conocimiento de las dos condiciones anteriores y la voluntad de llevar a cabo la acción. En tercer lugar, se expusieron algunas de las razones que estarían justificando la aplicación de la ley penal; en tal sentido, quedó en claro que para nuestra tradición jurídica, el principio jurídico material de dignidad humana, se realiza, en los supuestos de eutanasia, mediante una protección del derecho a la vida, por tener una primacía constitucional, respecto del derecho a la privacidad y el principio de autonomía de la voluntad. Por último y como contrapartida, se formularon algunas objeciones en orden a la posible afectación de los principios penales de

58 En torno a la importancia de los principios jurídico – penales en la actividad de la ciencia jurídica y la actividad judicial, se puede consultar; (i) Yacobucci G, ob.cit.ant., (ii) Zaffaroni E., ob.cit.ant..

59 Ricoeur P., *Lo justo*, ob.cit.ant.

60 Cárcova C. M., (1996), *Derecho, Política y Magistratura. "Teorías Jurídicas Alternativas"*, Biblos, Bs. As.

legalidad y proporcionalidad de la pena, quedando abierta una temática, que entendemos requeriría de una mayor profundización, a partir de las siguientes preguntas conductoras; ¿es esta interpretación de la ley penal respetuosa de los principios jurídico penales⁵⁸ con jerarquía constitucional?

El tránsito de un nivel reflexivo a otro, nos quitó cierta precisión y sistematización en el tratamiento del tema, al menos, según el modo en que nos tiene acostumbrado la dogmática tradicional; más por otro lado, creemos haber ganado un horizonte de comprensión de los principios, de los derechos fundamentales y de los problemas que aparecen en la interpretación de la ley penal para el supuesto de la eutanasia terapéutica, activa y directa, contribuyendo así en el debate ya instalado, en torno a la cuestión.

Pretendimos explicitar y analizar las razones dadas al momento de justificar diferentes interpretaciones de la ley, siguiendo la directiva de "argumentar más para interpretar mejor",⁵⁹ con la aspiración de contribuir en una praxis legal que sirva para mejorar las formas concretas de existencia de nuestra sociedad.⁶⁰

Bibliografía

Alexy R., (1998), *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, Doxa 5, Madrid

Andruet A., (2001), "Ley holandesa de terminación de la vida a petición propia. Nuestra consideración acerca de la eutanasia" en *Derecho y Salud* N° 2 – Vol. 9, Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud, Pamplona.

Bacigalupo E., (1999), *Principios Constitucionales de derecho penal*, Hamurabi, Bs. As.

Baudouin, Jean-Louis / Danielle Blondeau, (1995), *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Herder, Barcelona.

Calsamiglia A., (1992), "Sobre la eutanasia", *Revista Doxa* N° 13, 337.

Cárcova C. M., (1996), *Derecho, Política y Magistratura. Teorías Jurídicas Alternativas*, Biblos, Bs. As.

Carcova Carlos M.; "Complejidad y Derecho", Doxa 21-II, 1998, España.

Creus C., (1992), *Derecho penal. Parte Especial*, T1, Astrea, Bs. As.

Derrida J., (1998), *Aporias*, Paidós, Barcelona.

Donna Edgardo A., (1999), *Derecho Penal. Parte Especial. T1*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.

Dworkin, R., (1994), *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona.

Dworkin R., (1992), *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona

Dworkin R., (1989), *Los derechos en serio* Ariel, Barcelona

Facorro – Vittadini, Andrés, "Eutanasia: su tratamiento en la doctrina y el derecho comparado", ED - t 171, 980

Ferrajoli L, (1995), *Derecho y razón. Teoría de un garantismo penal*, Trotta, Madrid.

Fonti, D., 2004, *Morir en la era de la técnica*, EDUCC, Córdoba.

Gadamer, H.G., (1977/2000) *Verdad y Método*, I y II, Sígueme, Salamanca

Giménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*, 1946, Lozada, Bs.As., Argentina

Günter, Jakobs (1999), *Suicidio, Eutanasia y Derecho Penal*, tirant lo blanch, Valencia

Heidegger, Martin (1995), *Conferencias y artículos La pregunta por la Técnica*, Ediciones del Serbal, Barcelona

Méndez Baiges V., (2002), *Sobre morir. Eutanasia, derechos, razones*, Trotta, Madrid.

Prieto L, *Ley, principios y derechos*, (1998), Dykinson, Madrid..

Reinaldi Victor, "Dejar morir sin delinquir", *Revista de la Facultad de Dcho. y Cs.Ss. -U.N.C.*, Córdoba, Argentina.-

Ricoeur Paul, (1985) *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos: una síntesis*, Serbal / UNESCO, Paris.

Ricoeur P. (1999), *Lo justo*, Colección Esprit, Caparrós Editores, Madrid.

Schotsmans P., "El debate de la Eutanasia en Bélgica", JA. – 1998 – IV – 732

Yacobucci Guillermo, (2002), *El sentido de los principios penales*, Abaco, Bs.As.

Zaffaroni E. y Otros, (2000), *Derecho penal. Parte*

General, Ediar, Bs. As.

Zuleta Puceiro E., (2003), "Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio", *Revista La Ley*, Bs. As.