

1.

“En julio de 1924 ocurrió en París un hecho que tuvo resonancia mundial. La prensa diaria y las agencias noticiosas se ocuparon extensamente del caso y de las alternativas del proceso judicial, que, por ese medio, fue conocido, seguido y comentado en el mundo entero. Seguramente influyeron en ese interés general las características especiales que rodearon al hecho y la condición de sus protagonistas: la actriz polaca Stanislaw Uminska, joven y hermosa, llegó a París llamada por su amante, el escritor de la misma nacionalidad Jan Zinowsky, que pasaba sus últimos días acosado por tremendos dolores producidos por la conjunción de dos enfermedades que no perdonan, cáncer y tuberculosis. La Uminska se convierte en la más solícita enfermera de su amante, al que profesaba entrañable cariño, y dona continuamente su sangre para transfusiones que ningún éxito pueden tener; hasta que un día, atormentada por los sufrimientos de Zinowsky y accediendo a los repetidos ruegos de éste, decide poner fin a los dolores lacerantes del enfermo disparándole un tiro en la boca durante el sueño procurado por el narcótico que, por prescripción médica, le suministraba cuando el padecimiento se hacía intolerable. La ‘homicida’ fue juzgada y absuelta por el Tribunal del Sena. Las particularidades del caso, el aspecto sentimental de la historia de amor, la sinceridad con que se expidió la acusada, su belleza, su dolor por la muerte del ser querido, y la declaración del médico de cabecera, que afirmó que la actriz sólo había adelantado en pocos días la muerte irremediable, y las de los amigos del muerto, que afirmaron, que éste a todos rogaba que le ahorraran los padecimientos, fueron factores que decidieron las simpatías del jurado y del público a favor de la Uminska. El propio fiscal dejó librado al criterio del jurado la solución del caso. ‘No hay derecho a matar’, dijo. Las manos de las mujeres no se hicieron para eso. ¿Pero qué reclamar contra esta extranjera, casi una niña, que nos comprende mal? Uds. decidirán, señores del Jurado. Pero si sale libre esta tarde, que se aleje cargada de nuestra compasión, en el silencio, en el recogimiento, quizá entre remordimientos. Y la

autora, preguntada, como es ritual, si quería agregar algo antes del veredicto, se limitó a decir: 'Lo hubiera dado todo, inclusive mi vida, por salvarlo. Por lo menos, traté de darle descanso'. El veredicto no demoró más que cinco minutos. Al conocerse el fallo absolutorio, el público no siguió el consejo del Fiscal y aplaudió a la muchacha cuando se retiró de la sala de audiencias. No hubo diario o revista que no se preocupara del asunto, rodeando de una aureola de heroísmo a la autora del que se llamó 'crimen caritativa'."

2.

En otra ocasión, esta vez en Reims: *"Un viejo veterinario, Carlos Demangoat, después de haber inyectado a su esposa una dosis mortal de estricnina, volvió la aguja hacia sí y, calmamente, inyectó en su brazo el resto del contenido. Cuando la mujer encargada de la limpieza de la casa llegó a la mañana siguiente, halló los cuerpos sin vida del matrimonio, y una conmovedora carta en la que Demangoat decía: 'Bien pronto no viviré más. Mi mujer, parálitica desde hace 5 años, ha perdido la razón y se ha tornado una niña. Un día u otro cualquiera, la diabetes puede matarme, y entonces, ¿qué será de ella? ¿Quién tendrá el coraje de curarla, de soportarla, de amarla? Es por esto que la mato y que, una vez que haya escrito esta carta, me dará también la muerte. Hemos vivido felices toda la vida, uno junto al otro, y moriremos ahora para no sufrir, para evitar la desgracia que no podría afrontar'. Esta carta es el epílogo de una dramática y emotiva historia de amor. Carlos Demangoat había sido el veterinario más joven de Francia y, valeroso y simpático, había logrado una merecida popularidad. Desposado con Elisa tuvieron un hijo, Marcel, que al llegar a la mayoría se casó y les dio dos nietos. Pero un día, Marcel quedó ciego y en su desesperación se suicidó. El veterinario y su esposa se hicieron cargo de la viuda y los pequeños, pero ya la tragedia se había cernido sobre el hogar. Pasado un tiempo, Elisa adquirió una grave parálisis que derivó en demencia, mientras que Carlos contrajo una diabetes progresiva y fatal. La inminencia de su propio desenlace llevó a*

Carlos a su trágica decisión. Se acercó a su esposa, tendida en el lecho y le dio un beso. En seguida, le inyectó con la aguja el veneno y la muerte vino pronta, sin dolor y sin que aquélla se percatase. Luego, el marido fue a su gabinete, redactó la carta, se inyectó también la dosis mortal y, llevado por su amante corazón, halló aún fuerzas para llegar hasta el tálamo y caer en el último estrechamente abrazado al cuerpo de su esposa.”. (Ambos textos corresponden al relato de una de las clases magistrales que el Dr. Ernesto J. Ure [1904-1973] dio en su cátedra de Derecho Penal II, de la que era Profesor titular en la UBA).

3.

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión, creada por Decreto 678/2012, del 7 de mayo de 2012, Presidida por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni e integrada por los juristas León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, y Federico Pinedo, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes: Su labor concluyó el día 10 de diciembre de 2013.

En su redacción, el homicidio piadoso se redactó de este modo:

ARTÍCULO 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.”.

En su exposición de motivos, la Comisión señaló que *“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 77º (80º inciso 1º vigente). De no mediar este dispositivo, el caso sería discutible: seguramente los tribunales optarían por aplicar la previsión del inciso 4º del artículo 77º y -con buena voluntad- el inciso 2º del artículo 78º (considerando 174 Anteproyecto de Código Penal de la nación que se trata de un supuesto de emoción violenta), o bien la regla del inciso 3º del artículo 6º (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 2º 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.”.

4.

Queda claro entonces que se trata de un supuesto de culpabilidad disminuida y no de un menor injusto.

Y deben darse ciertos requisitos:

- La existencia de un cuadro clínico grave, con claro sufrimiento a consecuencia de una enfermedad incurable o terminal, sin esperanzas.
- La afectividad del sujeto activo se vincula por un sentimiento de piedad. No admite que autor sea un tercero, por lo que quedan excluidos los médicos.
- La solicitud inequívoca del enfermo para que se proceda de ese modo; esto es, quitarle la vida.

En cuanto al primer requisito, debe tratarse de una persona que sufre una enfermedad incurable o terminal. Es decir, “incurable” para la ciencia médica actual; concretamente, que no existe posibilidad alguna de restituir la salud que ha perdido. Y “terminal”, casi un sinónimo de lo anterior, es decir, una enfermedad carente de toda esperanza de mejoría y cuya evolución es, inexorablemente, hacia la muerte a corto plazo.

Sobre este aspecto cabe recordar que la ley de derechos del paciente (Nº 26.529, modificada en el año 2012 por ley Nº 26.742 sobre Muerte Digna), permite en su artículo 11 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 ... salvo las que impliquen desarrollar*

prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes". Es decir, según la ley las prácticas eutanásicas deberían rechazarse; no hay posibilidad alguna de que la muerte pueda ser provocada por un tercero.

El segundo requisito que exige la figura penal, es la unión del sujeto activo con el pasivo por un vínculo de afecto (cariño, amor, etcétera) pero, además, movilizad por un sentimiento de piedad, esto es, misericordia o compasión.

En este punto planeo mis reparos a incluir en el tipo penal elementos subjetivos como la piedad o el amor, tan íntimos al fuero interno de cada persona, circunstancias que podrían hacer imposible su verificación por parte de los jueces. La sentencia C-239/97 de la Corte Constitucional colombiana (y a la que habré referirme luego), define a la piedad como *"un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profundas, similar al estado de dolor..."*.

El tercer y último requisito es el pedido inequívoco (reiterado y expreso) del enfermo que requiere se ponga fin a su vida. Por ello, claramente indica la exposición de motivos del Anteproyecto que *"el reclamo inequívoco por parte de éste [sujeto pasivo], 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."*

5.

No es casual que recién a esta altura de la exposición aclare que el homicidio piadoso no es, ni más ni menos, que una eutanasia, vocablo que proviene del griego *"eu"* que significa "bien" y *"thanatos"* que quiere decir "muerte". En definitiva: muerte buena en la medida que sucede sin sufrimientos atroces.

Queda claro de este modo que quien mata a otro por piedad, con el propósito de ponerles fin a los sufrimientos que padece, obra con un sentido altruista, y es esa motivación la que ha llevado a la Comisión a crear un tipo autónomo, al cual atribuye una pena considerablemente menor a la prevista para el delito de

homicidio simple o agravado. La conducta continúa siendo antijurídica, es decir, legalmente injusta; pero en consideración al aspecto subjetivo la sanción es menor, lo que se traduce en respeto por el principio de culpabilidad, derivado de la adopción de un derecho penal del acto.

Es que para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, en este caso menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntaria, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión. Esos componentes subjetivos adicionales (enfermedad incurable o terminal y la piedad) cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible.

6.

La Asociación Médica Mundial (AMM), fundada en 1947, es una organización internacional creada para asegurar la independencia de los médicos y para servir los niveles más altos posibles en conducta ética y atención médica; en todo momento, sostiene que las prácticas eutanásicas son conductas antiéticas. La AMM ha advertido a la comunidad médica mundial sobre el avance de una legislación internacional pro eutanásica, instando a los médicos a no participar en ellas, aún cuando estuviese permitida por la legislación nacional o despenalizada bajo ciertas condiciones.

En distintos documentos la Asociación Médica Mundial ha sostenido que: *“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”*.

Y, además que: *“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”*.

Y, finalmente que: *“La Asociación Médica Mundial reafirma su firme convencimiento de que la eutanasia entra en conflicto con los principios éticos básicos de la práctica médica e insta enfáticamente a todas las asociaciones médicas nacionales y los médicos a no participar en la eutanasia, incluso si está permitida por la legislación nacional o despenalizada bajo ciertas condiciones.”*

(Aconsejo la lectura de un interesante trabajo realizado por la Dra. Miryan Andújar de Zamora, ex Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, provincia de San Juan, titulado *“El homicidio piadoso en la reforma del Código Penal Argentino. Un cambio preocupante en nuestro Bioderecho”*).

Sabemos por lo expuesto hasta aquí que si el autor del homicidio piadoso fuere un médico, su conducta no encuadraría en la figura penal cuya inclusión propone el Anteproyecto, toda vez que carecería de uno de sus requisitos fundamentales: el vínculo de afecto preexistente que debe existir entre el sujeto activo y pasivo.

Pero preocupan las declaraciones de la Asociación Médica Mundial, en razón que para que pueda provocarse la muerte piadosa resulta ineludible que se demuestre la existencia de una enfermedad incurable o terminal; y aquí la actuación médica habrá de jugar un rol fundamental, pues, si los médicos siguieran “a pie juntillas”

las recomendaciones de la Asociación, “...a no participar en la eutanasia...” bajo ningún modo, cabe preguntarse quién habrá de afirmar o diagnosticar que la enfermedad que padece el requirente es incurable o terminal.

Frente a este interrogante, me vi obligado a suspender el análisis sobre el homicidio piadoso, para indagar un poco acerca de la “ética”.

Veamos qué resultados obtuve.

La ética es la rama de la filosofía que se ocupa del estudio racional de la moral, la virtud, el deber, la felicidad y el buen vivir. El estudio de la ética se remonta a los orígenes mismos de la filosofía en la Antigua Grecia.

La palabra ética proviene del latín *ethicus*, y transcrito a nuestro alfabeto, *êthicós*. Según algunos autores, es correcto diferenciar *èthos*, que significa carácter, de *ethos*, que significa costumbre, pues “ética” se sigue de aquel sentido y no es éste.

Según una corriente “clásica”, la ética tiene como objeto los actos que el ser humano realiza de modo consciente y libre (es decir, aquellos actos sobre los que ejerce de algún modo un control racional). No se limita sólo a ver cómo se realizan esos actos, sino que busca emitir un juicio sobre ellos, que permite determinar si un acto ha sido éticamente bueno o éticamente malo.

Fernando Savater, en el primer capítulo de su libro *Ética para Amador* (“*De qué va la ética*”), define la ética como “*el arte de vivir, el saber vivir, por lo tanto el arte de discernir lo que nos conviene (lo bueno) y lo que no nos conviene (lo malo)*”.

Ello implica establecer una distinción entre lo que sea bueno y lo que sea malo desde el punto de vista ético, y si el bien y el mal éticos coinciden o no con lo que serían el bien y el mal en sí.

La ética aplicada es la parte de la ética que se ocupa de estudiar cuestiones morales concretas y controversiales. Por ejemplo, algunos objetos de estudio de la ética aplicada son el aborto inducido, “la eutanasia” y los derechos de los animales.

Platón afronta la temática ética en diversos lugares y desde contextos diferentes. Así, por ejemplo, en *La República* aborda juntamente la ética individual desde la perspectiva de una “justicia dentro del alma”.

La *Ética nicomáquea*, seguramente el más importante tratado de ética de Aristóteles, se basa en la premisa de que todo ser humano busca la felicidad. Para él todos los seres naturales tienden a cumplir la función que les es propia y están orientados a realizar completamente sus potencialidades. El bien, que es lo mismo que la perfección de un ser o la realización de las capacidades es cumplir su función propia, aquello a que sólo la persona puede realizar. También los seres humanos están orientados a la realización plena de la función que les es propia. El problema que se suscita, entonces, es saber cuál es la función propia del hombre. Y si acaso hay más de un bien propio del hombre, ¿cuál es el bien más alto y más perfecto de los que puede alcanzar el ser humano?

Como en otras de sus obras, Aristóteles releva las opiniones de sus contemporáneos al respecto y comprueba que todas parecen estar de acuerdo en que el objetivo supremo del hombre es vivir bien y ser feliz, aunque hay muchos desacuerdos respecto de conocer en qué consiste la felicidad y el buen vivir. Para Aristóteles la vida feliz (plena) es la que permite realizar la actividad superior (contemplación), con una suficiente autonomía (salud), y en compañía de un número suficiente de amigos.

Sólo son morales las acciones en las que se puede elegir y decidir qué hacer. Lo que es moral es la acción que depende de la voluntad, si se actúa de modo correcto. ¿Cuándo se actúa correctamente? La forma correcta de actuar depende del ámbito de acción y en parte está pautada por las costumbres de la comunidad a la que se pertenece y se aprende con la educación.

La ética del siglo XX ha conocido aportes importantísimos por parte de numerosos autores; entre otros, Max Scheler (1874-1928) que utilizó la fenomenología para estudiar los fenómenos emocionales y sus respectivas intencionalidades (los valores) y a partir de ellos elaboró una muy sólida fundamentación de la ética: la

realización de los valores se concretiza en modelos humanos que invitan a su seguimiento. Dichos modelos serían el héroe para los valores vitales, el genio para los valores espirituales y el santo para los valores religiosos.

Un aporte fundamental de Scheler ha sido la descripción de la enorme riqueza e importancia ética que posee la vida emocional del hombre. La cual es primaria respecto de otra forma de saber. Así en su obra *“Esencia y formas de la simpatía”* (1913), haciendo especial hincapié en las emociones que relacionan a los seres humanos unos con otros y con el mundo de los valores, otorgando especial importancia al amor y al odio como las actitudes radicales para la captación de los fenómenos valóricos.

Frente a este abanico de ideas, no discuto que se les prohíba a los médicos, por cuestiones éticas, participar de cualquier práctica de eutanasia, pero sí me rebelo si pretenden encarcelarme por dar muerte a alguno de mis seres más queridos que sufre “sine die”, sin esperanzas, sin futuro, ni siquiera cercano y, además, lleno de angustia y dolor.

Si me basara en la ética, ella me impone que actúe dándole muerte de la manera menos dolorosa, más rápida y fugaz. Precisamente, porque no queda otra opción que, frente al sufrimiento extremo de un ser amado, “emitir un juicio” y discernir si darle muerte es éticamente bueno o malo; y, siguiendo las reflexiones de Platón, si será un acto de justicia dentro del alma. También, ahora apoyado en Aristóteles, deberé preguntarme, con base en que todo ser humano busca la felicidad, si es cierto que he venido a este mundo a cumplir una función propia que sólo mi persona puede realizar, quizás, hoy, cometer el homicidio piadoso, movilizado por el afecto y la piedad, sea una de las misiones que deba llevar adelante, aún con inmenso dolor. Si el bien supremo del hombre es vivir bien y ser feliz, podría yo permanecer impávido frente al inagotable sufrimiento que él padece, cuando el propio Aristóteles me enseña que la vida plena se alcanza con salud y en compañía de un número suficiente de amigos. Sin dudas, causándole

la muerte, movido por un sentimiento de piedad y ante su pedido inequívoco, podré sostener que he actuado de manera correcta.

Y aún más: siguiendo a Max Scheler que me impone un obrar ético a partir de las emociones que vinculan a los hombres, y le otorga inmenso valor al amor, no encuentro óbice alguno como para sospechar que mi accionar no será ético.

Pese a lo dicho, no tengo dudas que los médicos tienen idéntico concepto de la ética que mi persona; sin embargo ellos se han formado para el arte de curar, para aliviar el sufrimiento y mantener con vida a sus pacientes. Yo, particularmente, me he instruido para cuestionármelo todo; incluso las razones de mi propia existencia. Es que dichos profesionales responden, exclusivamente, al juramento hipocrático (*"Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me soliciten, ni tomaré iniciativa alguna de este tipo..."*), mientras que este humilde servidor acepta, especialmente, el método de Elenchus.

Y por esa razón es que invito al lector a que reflexione y obtenga sus propias conclusiones o, al menos, a que se esfuerce e intensifique, con sus ideas, los interrogantes que aquí se han escrito.

7.

Unido a todo lo expuesto, debo ahora volver sobre el segundo inciso del artículo 82 del Anteproyecto, que indica: "Homicidio piadoso ... 2. El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, eximir de pena."

La Exposición de Motivos justifica esta potestad judicial para circunstancias concretas que obviamente debe valorar el juez y verificar que el reproche punitivo no tiene mayor sentido y lo asocia con que el autor del hecho se encuentra en una situación que ya de por sí importa una pena natural debido a que factiblemente cualquier persona colocada en una situación similar hubiese actuado de un modo parecido o quizás le hubiese resultado muy difícil evitar la acción, de modo que la pena se erigiría en una inútil crueldad, de manera que se faculta a prescindir de ella.

No comparto en absoluto esta exención de pena que queda librada al arbitrio de los jueces, sencillamente, porque el Estado (léase, el legislador) no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad incurable o terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad y de felicidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Anteproyecto considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que ninguna ley se oponga a su designio, ni impida, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico. Es más, no puede el Estado obligarme a permanecer con vida infelizmente.

No todos tienen la dicha de morir de manera repentina, sin sufrimientos. En estos casos la muerte no da tiempo a advertir su proximidad; no hay transición dolorosa entre el paso de la vida a la muerte; pero pocos son bendecidos con esa súbita manera de morir.

Sobre este aspecto, es decir, sobre la muerte fulminante, Santiago Ramón y Cajal (1852-19034), médico español, humanista, premio Nobel de Medicina, miembro de la llamada "Generación de Sabios", pero, además, ejemplo de toda honradez, señaló que: *"Si eres labrador, pide a Dios que te sorprenda la muerte plantando un árbol; si eres escritor, ruégale que la implacable te sorprenda con la pluma vibrante, reclinada la cabeza sobre las albas cuartillas, el más bello de los sudarios."*

En definitiva, sin certezas de que habremos de pertenecer a ese grupo de "elegidos" que mueren súbitamente, al menos moribundos que el legislador se apiade de nosotros y no castigue con pena de prisión a quien ha llevado a cabo el mayor acto de amor, bondad, entrega y altruismo que pueda existir sobre la

Tierra. Luego, en el Cielo que sea Dios quien nos juzgue, y no un selecto grupos de magistrados que habrán de resolver si corresponde “...de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, eximir[nos] de pena.”

En su juicio final, Sórcates, en su discurso acerca de la inmortalidad del alma, tuvo tiempo para reflexionar:

"Si la muerte es la extinción de todo deseo y como una noche de sueño profundo, pero sin ensoñaciones, ¡qué maravillosa ganancia sería! En mi opinión, si nos obligaran a escoger entre una noche sin sueños pero plácidamente dormida, y otras noches con ensoñaciones u otros días de su vida; si después de una buena reflexión tuviéramos que decidir qué días y qué noches han sido los más felices, pienso que todos, y no sólo cualquier persona normal, sino incluso el mismísimo rey de Persia, encontrarían pocos momentos comparables con la primera. Si la muerte es algo parecido, sostengo que es la mayor de las ganancias, pues toda eternidad se nos aparece como una noche de éstas."

Y finalizó, minutos antes de beber la cicuta, con este consejo:

"Vosotros también, oh jueces míos, debéis tener buena esperanza ante la muerte y convenceros de una cosa: que no hay mal posible para un hombre de bien, ni durante esta vida, ni después en el reinado de la muerte, y que los dioses jamás descuidan los asuntos de los hombres justos. Lo que me ha sucedido a mí no es fruto de la causalidad; al contrario, veo claramente que morir y quedar libre de ajetreos era lo mejor para mí."

Sería insolente si agregara una palabra, una coma.

8.

Señalé en el punto 4. que haría referencia a la sentencia C-239 del año 1997 dictada por la Corte Constitucional de Colombia. Si bien ha sido fundamental como antecedente jurisprudencial, debo confesar con pesar que casi después de ocho años aún no ha sido reglamentada.

Entrando en tema, refiero que en Colombia el homicidio por piedad se encuentra tipificado como delito en el artículo 106 del Código Penal, que dice así:

“Homicidio por Piedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de 16 a 54 meses”.

Sin embargo, en 1997 la Corte Constitucional se pronunció a su respecto, señalando que puede tenerse como coherente y congruente que el homicidio por piedad sea castigado con una pena menor o inferior a la que se castigare el homicidio simple, pues se actúa con base en sentimientos de compasión, solidaridad y respeto por la dignidad humana y no despreciando el valor de la vida del sujeto pasivo o con la finalidad de hacer daño.

Además señaló que no debe ser punible esta conducta cuando se trata de enfermos terminales cuya enfermedad les cause intenso dolor o sufrimiento que no pueda aliviarse de otra manera y que no tengan ninguna posibilidad de sobrevivir, siempre y cuando el paciente haya manifestado de forma inequívoca su consentimiento y “la actuación sea ejercida por un profesional calificado para tal fin.”.

Es preciso tener en cuenta que si bien la eutanasia fue contemplada como precedente por la Corte Constitucional, su práctica, como se dijo, no ha sido reglamentada, razón por la cual hoy en día sigue siendo objeto de investigación penal el médico que la practique, quien para exonerarse de responsabilidad penal deberá demostrar el cumplimiento de los requisitos contenidos en la sentencia, a saber: 1. Que el paciente padezca una enfermedad terminal que les produzca dolor y sufrimiento intenso, que no pueda aliviarse, 2. cuya situación clínica haya sido objeto de valoración por varios médicos llegando a la consideración unánime sobre su inexistencia de posibilidad de recuperación; 3. cuando el paciente lo solicite de manera consciente y voluntaria.

En concordancia con lo que se viene señalando hasta aquí, vale mencionar que Gunther Jakobs sostiene que el homicidio piadoso no es un delito que viola deber alguno, toda vez que no infringe ni un deber de organización, esto es, no injiere en la organización ajena ya que es el sujeto pasivo quien busca el resultado, ni un deber institucional, ya que el Estado Constitucional no puede imponer el deber especial de proteger la ética de la vida. De tal suerte que la tipificación del delito de homicidio piadoso resulta incoherente con el Estado de derecho y con la época actual, en la que el derecho ya no obliga a un perfeccionamiento ético, y en las cuales las obligaciones religiosas tradicionales encontrarían residuo sólo en el ámbito privado. (“¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, publicado en el “Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs. Bogotá; Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 25).

Y, anuda lo expuesto, lo que señala el profesor italiano Luigi Cornacchia cuando afirma que el homicidio piadoso se encuentra dentro de la organización de la propia víctima, representado solo una modalidad de organización del propio suicidio. Por tanto, la diferencia entre suicidio y homicidio piadoso yace únicamente en la división de tareas, estando siempre la lesión en la esfera del solicitante, toda vez que el comportamiento del sujeto activo forma tan solo parte de la organización por la que el primero quiere llegar a su fin: su propia muerte (op. cit., pág. 449).

Así pues, no caben dudas que nos encontramos, en los casos de homicidios piadosos, ante un estado de necesidad, en el que el mal realizado (acortamiento o fin de la vida) es claramente menor que mal evitado (un sufrimiento excesivo como antesala a una muerte segura). Por tanto, una interpretación acorde al derecho de libertad, al principio de autonomía, y al Estado de derecho, nos dirige a la inoperatividad del tipo penal del homicidio piadoso, toda vez que siempre se estará actuando conforme al estado de necesidad.

Algunos otros conceptos que considero de interés para el asunto: en el delito de homicidio la acción penada es la muerte de una persona “objetivamente injusta”

(Carrara, # 1086) causada por otra. Y entonces recordé palabras del reconocido escritor José Ortega y Gasset, quien refirió en “Historia como sistema y del Imperio Romano”, Obras Completas, que “La vida se nos ha dado para ser vivida”. (Revista de Occidente, Madrid, 4ta. ed., 1958, t. VI, pág. 13). No hay dudas que en el plano estrictamente jurídico, y jerarquizados los Derechos Fundamentos, es necesario señalar que se encuentra por encima del “derecho a la vida”, uno superior, concretamente, “a la dignidad de la vida”. Y para explicarlo, parece acertado recordar los interrogantes que Ekmekdjian postuló para afirmar que el derecho a la dignidad es un derecho absoluto, porque no puede existir vida si en ella falta la dignidad. ¿Qué vida es ésta? ¿Era vida la de los esclavos?

La ya referida sentencia de la Corte Constitucional colombiana (C-239) ha sostenido que: *“La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad.”*.

Y, además que: *“La Constitución no sólo protege la vida como un derecho sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. La Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida. Sin embargo ... Sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana. Y si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos, que puede encontrar límites en la decisión de los individuos, respecto a aquellos asuntos que sólo a ellos les atañen.”*.

Pregunto entonces, ¿qué se protege al castigarse el homicidio piadoso? Sin dudas el derecho a la vida, pero si así fuere: ¿es vida [digna] la de un moribundo, que sufre una enfermedad terminal e incurable, sin esperanza alguna de ser revertida?; ¿Alcanza con propiciar una culpabilidad disminuida para el autor del hecho? Y aún más, ¿bajo qué potestad jurídica el Estado impone una pena de prisión al autor de este homicidio “atenuado” privilegiando “*in totum*” la vida por encima de la propia voluntad de un hombre que ha decidido, con decoro, poner fin a sus interminables y penosos días?

Creo que no, que no es vida.

Pero la respuesta al último interrogante pareciera que aparece en otro pasaje de la sentencia C-239. Véase: *“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. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.”*

10.

Sin embargo, algunos reconocidos juristas están a favor de la incriminación del homicidio piadoso. Veamos quiénes.

El Dr. Luis Jiménez de Asúa sostuvo que: *“En realidad, en aquellos casos no es propio hablar de delito justificado por el consentimiento ... lo que acaece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos*

característicos de la especial figura delictiva de que se trata. Sería cómicamente ridículo que cuando permito que otro tome una cosa mía, se diga que hay un hurto justificado por el consentimiento. El permiso del propietario ha hecho surgir una figura jurídica bien distinta a la del delito contra el patrimonio: en ese caso nos hallamos en presencia de una donación. El requerimiento de la víctima no puede tener, pues, eficacia para eliminar la culpabilidad del agente y excluir la pena. El derecho a morir no debe confundirse con un supuesto derecho a matar, exista o no consentimiento. Por otra parte, no se ve cómo podría hablarse seriamente de consentimiento válido en los supuestos de los dementes o idiotas, y aún de los dolientes en trance de muerte, cuyas facultades mentales, según antes lo dijimos, estarán bastante disminuidas.”. Me aflige profundamente que el Prof. Jiménez de Asúa, bregara por la incriminación de esa conducta.

A su turno, el Dr. José Peco, en su proyecto de reforma al Código penal (1941), jamás tratado por el Congreso Nacional, establece que si el autor obrare por móviles piadosos y en caso de consentimiento mediante instancias apremiantes del interesado, la sanción será de uno a tres años de prisión. Exige no sólo el móvil piadoso, sino, además, el requerimiento del enfermo, manifestado mediante “instancias apremiantes”.

Finalmente, el Prof. Ernesto Ure, y al que me he referido al inicio, concluye su clase del siguiente modo: *“He querido, además, abrir perspectivas para reflexionar acerca de un problema jurídico de raíz profundamente humana y que podrían servir de base para una futura discusión. He manifestado mi desacuerdo con las prácticas eutanásicas de tipo eugenésico, económico y terapéutico. No justifico, pero sí explico, el homicidio piadoso cuando es realmente tal, y estimo que la solución justa es la preconizada por Peco en su proyecto.”.*

No ignoro ni escapa a mi cansado razonamiento que todos ellos han “justificado” al homicidio piadoso con la finalidad de imponer a esa conducta “ilícita” una pena menor que la que le corresponde al homicidio simple o agravado. Quizás por la

época en que desarrollaron sus ideas, no pudieron transitar un pensamiento exculpatorio para el autor del hecho. No lo sé.

11.

De todas formas, mi desánimo rápidamente encontró sosiego en las palabras que el reconocido médico español Ricardo Royo Villanova pronunció de este modo: *“Cuando por causa de accidente o enfermedad aguda uno es derrocado en pleno vigor y como arrancado por violencia a la vida, la muerte expone a sufrimientos crueles; pero se sufre muchas veces más sin morir, y la muerte, que pone fin a las tolerables torturas, juega un papel de liberadora: el aire de calma solemne que esparce sobre las facciones cuando su obra está acabada, demuestra que es la libertad final y el supremo apaciguamiento”* (“El derecho a morir sin dolor”, publicado en el año 1929).

También Roberto Novoa Santos (1885-1933), otro médico español, ha escrito en su obra “El instinto de la muerte” que: *“Otra de las fuentes que alimenta el temor a la muerte, es la creencia de que nuestra extinción resulta físicamente dolorosa. Ningún dolor experimenta el hombre cuando un brusco accidente le nubla la conciencia, o cuando se consume en el lento y suave agotamiento de la vejez. Aún en el caso de que la agonía tenga la apariencia de una lucha aterradora, parece tratarse más bien de un cuadro engañoso que sobrecoge al espectador, pero que respeta a la víctima próxima a abatirse. Algunos de los que se han encontrado, en trance de morir y luego volvieron a la posesión de la plena vida sana, han revelado que en la proximidad del momento decisivo se experimenta un indecible sentimiento de bienestar, una ventura sin límites y una exaltación dulce y serena del espíritu. Ni aún parece sufrir el hombre en la agonía más aparatosamente cruel. Las muecas de dolor, la inquietud, las contorsiones que sacuden el cuerpo, el extravío de la mirada; todo, en suma, lo que parece traducir un sufrimiento real del moribundo, son gestos que se desatan al margen de todo dolor, en virtud de mecanismos fisiológicos que no irrumpen en la conciencia, ya*

muerta, del agonizante.”. Y concluye: *“Trágica en la forma, en el gesto, pero suave, mansa y dulce como una novia, nos recoge la muerte.”*.

En lo particular, lamento que el destino, la vida, el tiempo o el orden cronológico de las cosas, no me hayan cruzado un instante con semejante pensador; o con Helena, Penélope, Homero, Shakespeare, Descartes, Da Vinci, Beethoven, van Gogh, Tolstoi, Oscar Wilde, o las Valkirias, entre no muchos otros. Y, sin dudas, viajaría con Marco Polo o con Julio Verne.

12.

Como se ha podido advertir a lo largo de estas notas, no comparto las posiciones de los Dres. Ernesto Ure, José Peco y Luis Jiménez de Asúa; pero no he escrito para plantear mis humildes disidencias, sino para que, como en tantos otros artículos publicados, sea el lector quien, si ha llegado a estas últimas líneas, obtenga, quizás mediante la técnica de la mayéutica, sus propias conclusiones acerca del acierto de la inclusión del homicidio piadoso en el Anteproyecto o, en su caso, considere más lógica su no punición.

Algo más para concluir: se afirma que es Dios quien nos da y nos quita la vida; podremos coincidir acerca de que es Él quien nos la da, pero no tengo certezas de que también sea quien nos la quita. *“Scio me nihil scire o scio me nescire”*.

En todo caso, frente al padecimiento de una enfermedad incurable o terminal, permítanme, con base en el libre albedrío, que elija a un ser amado para que me la quite. Y si he sido yo quien se lo ha solicitado de manera expresa e inequívoca, y él aceptado mis súplicas a consecuencia del afecto dispensado y movido por un sentimiento de piedad, no encuentro razón alguna para que el legislador y el juez decidan encarcelar a mi hijo, o a mi mujer, o a mi amante, o a mi amigo, o a cualquier persona de mi entorno con las que nos une “un vínculo de afecto”.

No existe legislador o magistrado que, con *“razón justificada o aparente”*, pueda encarcelar a *“mis afectos”* porque me han dado muerte por piedad; según la “Rae”

esta última significa: "Virtud que inspira, por el amor a Dios, tierna devoción a las cosas santas, y, por el amor al prójimo, actos de amor y compasión."

No hay derecho a que el Derecho me obligue, mientras agonizo, a ser espectador acerca de qué modo un juez se lleva preso a quien me dio la vida eterna. ¡Que omnipotencia!. Que desatino y que absurda paradoja y burla del destino, que mientras yo me "*e/vo*", un hombre juzgue, ni más ni menos que al amor.

Asesoría Legal y Técnica.