

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EUTANASIA EN LAS LEGISLACIONES PENALES DE COLOMBIA Y ESPAÑA

José Miguel Zugaldía Espinar
Universidad de Granada (España)

El permanente adelanto de la medicina, tanto en el aspecto tecnológico como en el científico, ha desencadenado una intervención cada vez mayor en el proceso de desarrollo físico y psíquico del hombre, abarcando todas las etapas de la vida, desde la concepción hasta la muerte. Este fenómeno repercute en el campo del Derecho, ya sea originando situaciones desconocidas hasta hace pocos años o haciendo frecuentes determinados hechos hasta ahora sólo excepcionales. Concretamente, la posibilidad de influir en el proceso de la muerte, acelerándola o retrasando su instauración por medios artificiales, se inscribe dentro del fenómeno descrito¹ y nos conduce directamente al tema de la eutanasia —expresión de significado conflictivo, vinculada etimológicamente a una poco precisa “buena muerte” y humanamente a los sentimientos más nobles o más depravados, según los casos, de la especie humana. Por ejemplo, la designación de la matanza masiva de enfermos mentales ocurrida por una orden de Hitler con el término “Programa Eutanasia”, hizo que el tema se convirtiera en tabú durante muchos años. Aunque no se trataba en verdad de una auténtica eutanasia, es decir, de la muerte dulce, del alivio en la muerte, sino de la destrucción de las vidas carentes de “valor vital” (eutanasia selectiva de tipo eugenésico), lo cierto es que la designación de aquella matanza como eutanasia ha llevado a desacreditar de antemano todo lo que estuviese vinculado con ella² y a evitar cualquier valoración “cualitativa” de la vida humana. No obstante, y esto debe recordarse, en la actualidad se vuelve en cierta medida a valoraciones de la vida, aunque a primera vista las mismas integrarían, se afirma, un “derecho” para el individuo y no un peligro que lo amenace. En efecto, algunos han alegado el derecho a una vida digna como fundamento de la impunidad del que da muerte al que padece dolores “inhumanos” o, en general, se encuentra en una situación “indigna”. Contra este tipo de planteamientos cabe alegar, sin embargo, que como la dignidad humana entendida como derecho al respeto y a la consideración social supone la existencia de un ordenamiento jurídico del que puedan derivarse los caracteres que deben concurrir para configurar a una vida como “digna”, es decir, de un orden normativo que “valore” la vida según sus “cualidades”, si bien es cierto que la dignidad así entendida puede favorecer muchas veces al sujeto, no debe ocul-

¹ En este sentido, LAURENZO, Patricia. “Aspectos jurídicos del tratamiento de enfermos terminales”. Boletín de Derecho Penal, CEU, San Pablo, Núm. 4, Madrid, 1984, pág. 12.

² Con amplitud vid.: HIRSCH, Hans Joachim. “Eutanasia e interrupción del tratamiento médico”. Mecanografiado (1987) e inédita, pág. 1.

tarse que tal valoración entraña al mismo tiempo un grave peligro: puede volverse "contra" el sujeto, justificando —de una forma absolutamente inadmisibles— la eliminación de aquellos que no reúnen los caracteres que el ordenamiento jurídico ha predeterminado como constituyentes de la "dignidad" humana³. Esa resistencia a la valoración de la dignidad o indignidad de la vida humana se pone de manifiesto cuando se subraya la inexistencia de una obligación por parte de médicos y padres a mantener con vida mediante medios extraordinarios, por ejemplo, a un niño anencefálico al que le falta la corteza cerebral y, por el contrario, la existencia de una obligación para, a través de una intervención quirúrgica ordinaria, salvar la vida a un niño mongólico que ha nacido con obstrucción intestinal: parece inhumano —se afirma— que a éste se le deje morir negándole las terapias que nunca se negarían a un niño "normal"⁴.

Pero junto al rechazo a cualquier valoración cualitativa de la vida humana que justifique la eliminación de vidas carentes de "valor vital" (por su indignidad, inhumanidad o falta de "cualidades"), la discusión en torno al tema de la eutanasia aparece hoy presidida también por la idea de que es inadmisibile que la vida de una persona se puede mantener y prolongar de una forma irrazonable y desproporcionada (casi ilimitada), produciendo en el enfermo unos sufrimientos extraordinarios que le impiden morir en paz y con dignidad. Por eso no debe extrañar que en la actualidad sólo se haya alcanzado un cierto consenso científico (que afecta por igual a la ética médica y a la exigencia del respeto a la libertad y dignidad de la persona) en torno al tratamiento jurídico penal que merecen los supuestos en los que está en juego el derecho del ser humano a "que lo dejen (y le ayuden a) morir en paz". El punto de partida podría ser ahora el siguiente: los límites del deber de tratamiento médico no pueden estar determinados únicamente por las posibilidades técnicas del mantenimiento de la vida. Por el contrario, con el aumento del potencial técnico surge también la pregunta de lo que debe hacerse con esas posibilidades. Y la respuesta no debe cerrarse a la idea de que todos tienen derecho a una muerte natural y a su manera⁵. Desde este punto de vista surge el siguiente cuadro de posibles soluciones dogmáticas a los casos más importantes.

1. Se predica la atipicidad de la *eutanasia pasiva* (ortotanasia) —que, por definición, es entendida como la interrupción de la terapia con la finalidad de

³ En este sentido, LAURENZO, Patricia. "Aspectos jurídicos...". Cit., págs. 17 y 18, con referencias bibliográficas. Con carácter general vid.: ESER, Albin. "Entre la santidad y la calidad de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, págs. 747 y ss.

⁴ Cfr. con amplitud GARO, Javier. "Eutanasia y derecho a morir en paz". En "La eutanasia y el derecho a morir con dignidad", Madrid, 1984, págs. 130 y 131.

⁵ Con amplitud vid.: HIRSCH, Hans Joachim. "Eutanasia...". Cit., pág. 4. "El derecho fundamental a la vida —afirma BUENO ARÚS— no excluye el derecho a una muerte digna y personal, lo que supone no una voluntad suicida, sino el deseo de dejar que la naturaleza siga su curso y renunciar a procedimientos artificiales y extraordinarios (encarnizamiento terapéutico, distanasia) para la conservación de aquélla, que en realidad pueden llegar a constituir "tratos inhumanos o degradantes" prohibidos por la Constitución art. 15) y por las "Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos". En "Derecho Médico". Vol. I. Derecho Médico general y especial. Director de la obra Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA, Madrid, 1986, págs. 282 y 283.

no prolongar los sufrimientos que producen los procesos de instauración de la muerte en enfermos terminales o la vida puramente vegetativa (inconsciente) y carente de perspectivas terapéuticas de mejora⁶.

A. La eutanasia pasiva por *omisión* (de determinados procedimientos terapéuticos) es lícita, se afirma, en tanto que el médico no está obligado a prolongar la vida del paciente contra su voluntad. Es más, como el deber de tratamiento médico decae cuando el paciente lo rechaza por libre voluntad, la adopción arbitraria de medios de cualquier clase (incluso los extraordinarios: analépticos —suministro de alimentación por medios técnicos y distanáscicos— v. gr. aplicación del respirador artificial) contra la voluntad del paciente puede integrar un delito de coacciones⁷. Ante la ausencia de una voluntad expresa

⁶ Doctrina dominante. Por todos: BUENO ARÚS, Francisco, "Derecho médico". Cit., pág. 283. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte". En "Comentarios a la legislación penal", Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, pág. 78, nota 28 con bibliografía. MUÑOZ CONDE, Francisco, "Derecho Penal", Parte Especial, Sevilla, 1985, pág. 57. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Compendio de Derecho Penal", Parte Especial, Madrid, 1985, pág. 55.

⁷ En este sentido: HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", Cit., pág. 3. En la literatura española, básicamente, vid.: JORGE BARREIRO, Agustín, "La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", Cuadernos de Política Criminal, 1982, Núm. 16, págs. 5 y ss. ROMEO CASABONA, Carlos María, "El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)", Barcelona, 1981, págs. 285 y ss. En la práctica judicial española el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en tres ocasiones con relación al tema de las transfusiones de sangre a testigos de Jehová. En el primer caso (Auto de 27 de septiembre de 1978) el juez de guardia autorizó a un médico a realizar —contra la voluntad del padre— una transfusión a una niña de 9 años de edad. La desestimación de la querrela por los delitos de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes (art. 194 C.P.) y atentado a la libertad religiosa (art. 205) la fundamentó nuestro más alto Tribunal en la necesidad de que el órgano jurisdiccional ejercitara la patria potestad sobre la niña, ya que quien realmente debía hacerlo (el padre), lejos de ejercitar tal derecho-función sólo pretendía un injustificado holocausto o inmolación —a sus propias convicciones— de un tercero incapaz de decidir por sí mismo. Los aplausos que mereció esta resolución se tomaron en críticas cuando se trató de enjuiciar la conducta del juez y del médico que impusieron una transfusión sanguínea a una mujer mayor de edad y consciente que se oponía a la misma por razones de tipo religioso. Las desestimaciones de sendas querrelas acordadas en Autos de 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983 han merecido dos trabajos de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel ("La intervención médica contra la voluntad del paciente" —con motivo del Auto del TS. de 14 de marzo de 1979. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, págs. 491 y ss. "Agresión médica y consentimiento del paciente" —con motivo del Auto del TS. de 22 de diciembre de 1983. Cuadernos de Política Criminal. Núm. 25, 1985, págs. 127 y ss.). En el primero de los trabajos citados se rebate con acierto la argumentación del TS. en el sentido de que "concorre en el juez la causa de justificación de estado de necesidad (operando con los conceptos de vida, libertad de conciencia, libertad de decisión y ejercicio legítimo de un derecho), ya que una hipotética inhibición de dicho juez hubiera podido dar lugar a responsabilidad criminal por auxilio omisivo al suicidio, incumplimiento del deber de garante u omisión del deber de socorro" (cfr., críticamente, "La intervención médica...", Cit., págs. 492 y ss.). Sin embargo, en el trabajo citado en segundo lugar, BAJO FERNÁNDEZ contradice sus anteriores observaciones (al menos para los casos en que el problema surja, no en una vivienda particular, sino en ins-

del paciente (adultos inconscientes, niños), se entiende que el médico tampoco tiene el deber —que sería una exigencia desmesurada del ordenamiento jurídico— de retrasar arbitrariamente el momento de la muerte prolongando artificialmente a través de estímulos extraordinarios y métodos artificiales (inyecciones de alcanfor, transfusiones de sangre, nutrición intravenosa, operaciones, etc.) la agonía o una vida vegetativa e inconsciente carente de esperanzas⁸. El recurso en alguno de los supuestos indicados a los preceptos que sancionan el delito de homicidio (art. 323 C.P. colombiano y art. 407 C.P. español) está vetado, ya que la ausencia de un deber jurídico por parte del médico de agotar todas las posibilidades técnicas para el mantenimiento de la vida impide entender que concurra una situación de garantía en la que fundamentar una comisión por omisión⁹. Tampoco es posible recurrir el art. 409 C.P. español —art. 327 C.P. colombiano— en su modalidad de auxilio al suicidio, pues en tales casos, simplemente, no estamos ante tales suicidios (ni desde el punto de vista psicológico ni desde el punto de vista jurídico: el sujeto quiere vivir, aun-

tituciones hospitalarias) considerando, en base a la normativa administrativa sobre Seguridad Social (Decreto de 30 de mayo de 1974, Ley General de la Seguridad Social y Decreto de 16 de noviembre de 1967, sobre ordenación de servicios médicos), “que no incurre en responsabilidad criminal ni el médico ni el juez que realizan la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente, ya que ni el médico ni el juez tienen la opción de expulsar de la institución sanitaria al enfermo. Es decir, el médico y el juez, ante la actitud del testigo de Jehová, se encuentra en el siguiente dilema: o expulsión de la institución hospitalaria contra la voluntad del enfermo, o transfusión de sangre contra la voluntad del enfermo. Y comparando ambas opciones... quizás resulte más justa la transfusión de sangre contra la voluntad del enfermo” (ob. cit., pág. 138). Y ello porque “si se entiende que la transfusión de sangre no implica riesgo notorio previsible, ni es una intervención quirúrgica, entonces el testigo de Jehová no podrá desautorizar esa intervención y pretender, al mismo tiempo, seguir en régimen de hospitalización. Para evitar tal actuación, sólo tendría la posibilidad de pelir el alta voluntaria” (ob. cit., pág. 137). Sería en estos términos, concluye el citado autor, en los que se debería apelar a la exigente de estado de necesidad. No obstante, en la actualidad, la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 parece ofrecer un cauce para salir de esta situación de conflicto respetando en todo caso la libertad del paciente. En principio, se reconoce a todos “el derecho a negarse al tratamiento” (art. 10, 9). Pero para ello deberá solicitarse el alta voluntaria. Caso de negarse el enfermo al tratamiento y también a solicitar el alta voluntaria, la Dirección del correspondiente centro sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, “podrá dar el alta” (forzosa) (art. 10, Núm. 4). Dada la absoluta falta de concreción de los supuestos en los que el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento conservando su régimen hospitalario (operaciones peligrosas, tratamientos especialmente penosos, tratamientos distanásicos, etc.) se comprende que la negativa al tratamiento no suponga automáticamente el alta (voluntaria o forzosa) y sí que se conceda al Director del centro (a propuesta —que puede no hacerse— del facultativo encargado del caso) la posibilidad de dar el alta. El ejercicio de esa actividad discrecional deberá hacerse (y aquí el problema podría empezar a encontrar solución) teniendo en cuenta que también todo paciente tiene derecho al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, lo que incluye, evidentemente, factores de tipo moral e ideológico (art. 10, 1 de la Ley General de Sanidad).

⁸ En este sentido: HIRSCH, Hans Joachim, “Eutanasia...”, cit., pág. 3.

⁹ De esta opinión, con amplitud, vid.: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delito contra las personas”, Madrid, 1986, pág. 97. HIRSCH, Hans Joachim, “Eutanasia...”, cit., págs. 3 y 4.

que no a toda costa y a cualquier precio) y sí sólo ante la expresión del ejercicio del derecho que asiste a toda persona a morir por causas naturales y a que se respete su voluntad y su dignidad¹⁰.

B. La eutanasia pasiva a través de una acción¹¹ que suprime procedimientos técnicos orientados a los fines indicados (v. gr. desconexión del respirador artificial) se reputa del mismo modo lícita en los casos en los que no ha sobrevenido la muerte cerebral¹², siempre y cuando no se vislumbren en absoluto (en caso de duda la terapia debe continuarse) posibilidades de recuperación del paciente. En tales casos se puede argumentar que si nadie hubiera exigido ya la ejecución de la acción distenásica, tampoco debe prohibirse su supresión mediante una acción¹³: no se daría en tales casos el tipo objetivo del delito de homicidio por faltar la imputación objetiva, ya que el resultado (muerte) que eventualmente se produzca no es concreción de una acción que cree un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico de la vida (criterio del fin de protección de la norma: se excluye la tipicidad dolosa de aquellas acciones causales que, sin embargo, no crean para el bien jurídico un riesgo desautorizado). Evidentemente, la desconexión del respirador artificial crea un riesgo de acortamiento de la vida en cuanto determina que ésta tenga que seguir su curso de forma "natural" sin ayudas externas extraordinarias, cosa que no siempre es posible. Pero el problema radica en determinar si el riesgo

¹⁰ En este sentido: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Manual...", cit., pág. 90. Con más amplitud, puntualizando, sin contradecir, lo expuesto en el texto vid.: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario, Cuadernos de Política Criminal, Núm. 30, 1986, págs. 608 y ss., quien —partiendo del concepto de TORIO LÓPEZ ("es suicida quien tiene una voluntad favorable a la destrucción de su propia vida")— considera que la voluntad de morir abarca las hipótesis de dolo directo, inmediato, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual. Vid también la referencia bibliográfica que sobre el concepto de suicidio se contiene en ob. cit., pág. 608, nota 14. Por esa misma razón, entre otras, tampoco puede entrar en juego para los casos que analizamos el art. 489 bis C.P. (omisión del deber de socorro), precepto del que se puede considerar típica la omisión del deber de impedir el suicidio ajeno.

¹¹ Se discute, de todas formas, si estamos ante supuestos de comisión (en este sentido HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., págs. 6 y ss.) o de omisión (de esta opinión: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Manual...", cit., págs. 96 y 97). Evidentemente que todo depende del criterio que se siga para demarcar ambas categorías dogmáticas, pero debe evitarse reducir la cuestión a un simple juego de palabras; desconectar es una acción positiva y, al mismo tiempo, omisión de una acción distinta (la de no desconectar). Si se sigue el criterio (dominante: vid., BACIGALUPO, Enrique, "Principios de Derecho Penal español. II. El hecho punible", Madrid, 1985, págs. 182 y 183) de entender que hay comisión en los casos en los que el autor ha dado impulso a la cadena causal que lleva al resultado, no cabe duda que los casos referidos en el texto responden a auténticas comisiones, si bien con la particularidad "de no existir el deber jurídico de ejecutar el proceso causal sobre el que se va a intervenir" (HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., pág. 7), lo que conducirá a la solución jurídica que se mantiene en el texto.

¹² Aunque el dato parece pasar inadvertido a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ("La responsabilidad del médico por omisión", Revista Jurídica Española La LEY, 1987, Núm. 1632, pág. 6), si la muerte cerebral ha sobrevenido ya, la acción es absolutamente irrelevante para el Derecho Penal por recaer sobre un cadáver.

¹³ En este sentido: HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., pág. 7.

efectivamente producido es un riesgo desaprobado por el Derecho: y cabe la posibilidad de pensar que tal desaprobación jurídica no existe en los casos que nos ocupan, pues para llegar a la conclusión contraria habría que considerar que el Ordenamiento Jurídico aprueba la acción de prolongar la agonía, lo que, como hemos visto, no parece una hipótesis que pueda ser aceptada como razonable. Ni que decir tiene que los argumentos esgrimidos para considerar atípica la eutanasia pasiva a través de una acción no cierran la posibilidad, para el caso de no ser considerados convincentes, de justificar dichas acciones a través del estado de necesidad.

2. Los casos que, lejos de responder a una mera interrupción (positiva o negativa) de la terapia, integran ya ejecuciones de medidas que aceleran la producción de la muerte, se agrupan bajo el nombre de "eutanasia activa".

A. La eutanasia activa conoce una versión *indirecta* que en la práctica se refiere a los casos en los que la medicación calmante de los dolores crea un círculo vicioso entre el hábito y el permanente incremento de la dosis, de tal modo que no se puede excluir ni una lesión tóxica vital como efecto secundario, ni el caso extremo en que una inyección individualizada en la fase terminal conduzca (con dolo eventual) al resultado de muerte. El tratamiento jurídico-penal (en cualquier caso conducente a la impunidad) de esta modalidad de eutanasia —que no ofrece ningún tipo de reparo, ni médico¹⁴ ni moral¹⁵— es sumamente discutido¹⁶.

a. Algunos autores consideran que esta clase de conductas directamente escapen al tipo del delito de homicidio. En este sentido se argumenta que la acción tendente a reducir o eliminar los dolores de un enfermo terminal queda excluida del tipo de homicidio, pues el comportamiento del médico constituye un acto de tratamiento orientado a reducir los dolores de una persona viva y no a ocasionarle la muerte (falta la tendencia a acortar la vida de otro, en que consiste el "dar muerte" del tipo penal). Otro tipo de argumentación sólo puede conducir a la conclusión de que el ordenamiento jurídico puede exigir del paciente un comportamiento sobrehumano (morir soportando todos los padecimientos)¹⁷.

b. Otro sector de opinión considera que en los supuestos analizados la conducta estaría justificada por la concurrencia de un estado de necesidad. Lo que se discute en este contexto es la forma de articular dogmáticamente tal causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

¹⁴ En la literatura médica, por ejemplo, con relación a las circunstancias que rodean la muerte hospitalaria, se afirma: "Suele darse en un ambiente hostil y desagradable. El enfermo suele estar rodeado de tubos, sondas, enfermeros, etc. A estos pacientes agonizantes o moribundos debemos hacerle condicionamiento somático y psíquico... Desde el punto de vista somático, no deben controlarse las drogas analgésicas ni en dosis ni en tipo". Cfr. GAP, Medicina Legal, Tanatología, Facultad de Medicina de la Universidad de Granada, 1986, págs. 210 y 211.

¹⁵ En 1957 el Papa Pío XII se refirió expresamente a esta forma de eutanasia calificándola como permitida desde el punto de vista teológico-moral. Cfr. HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., pág. 9.

¹⁶ Con carácter general, vid.: LAURENZO, Patricia, "Aspectos jurídicos...", cit., págs. 18 y ss.

¹⁷ De esta opinión: HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., pág. 9. LAURENZO, Patricia, "Aspectos jurídicos...", cit., pág. 18.

a' Colisión de deberes. El médico que se enfrenta a un enfermo terminal, que padece grandes dolores, se encuentra ante un caso de colisión de deberes ya que, por una parte, existe el deber jurídico de respetar la vida humana, bien jurídico protegido por el Derecho y, por otro lado, existe el deber ético y profesional (fundamentado en la *lex artis*) de actuar para eliminar o atemperar el sufrimiento de la víctima. Este deber se funda en el resultado éticamente "justo" que producirá la acción, pues la pura inactividad resultaría inhumana y trágica para el paciente¹⁸.

b' Ponderación de bienes. Esta posición se funda en la idea de que la acción del médico que aplica medicamentos para eliminar el dolor aun sabiendo que ellos acortan la vida, no constituye en realidad una acción dirigida a causar la muerte, sino a mejorar lo que queda de vida. Eliminar el dolor a través de la muerte constituye una contradicción, pues faltaría el sujeto a quien atribuir la falta de dolor. En esta línea, Samson distingue tres fases en el proceso de la muerte: en primer lugar, la fase final de la enfermedad mortal, luego la agonía y finalmente la muerte. El médico, mediante su acción, no elimina ninguna de estas fases, incidiendo sólo sobre el proceso de la muerte, es decir, sobre un momento integrante de la *vida* del hombre. En consecuencia, el enfermo experimenta la falta de dolor producida por la acción, y ese estado de cesación del dolor es sentido como un bien mayor que el proceso de muerte dolorosa¹⁹. En el fondo de toda esta argumentación subyace la idea de que, en definitiva, el riesgo de un escaso acortamiento de la vida debe ceder ante la necesaria atenuación de los dolores²⁰.

c' Colisión de intereses. Una última posición considera que en estos casos se plantea un conflicto de intereses entre el Estado (en asegurar el respeto a la vida ajena) y el individuo (en tener una muerte libre de dolores terribles e innecesarios). El interés del Estado sólo podría considerarse superior al del sujeto afectado si la comunidad considerara a la eutanasia activa indirecta como una verdadera violación al principio de intangibilidad de la vida, esto es, si en la conciencia social la eutanasia mencionada constituyera un caso de auténtico "homicidio": no obstante (primacía del interés individual), el suministro de drogas calmantes —aun con el efecto de acortamiento de la vida— es considerado por la generalidad como parte del tratamiento curativo (derecho del enfermo y obligación del médico) y no como un auténtico "homicidio"²¹.

B. La eutanasia activa *directa* supone la producción mediante una acción positiva de la muerte de una persona normalmente sometida al largo proceso doloroso de una enfermedad, respecto de la cual se encuentra ya en una fase terminal.

a. Su modalidad *no consentida*²² se considera unánimemente merecedora de la sanción penal, ya que una concepción garantista de la protección del bien jurídico de la vida obliga a considerar que el mismo no puede ser lesionado contra la voluntad de su titular²³. Sólo se discute en España (ante la ausencia

¹⁸ Cfr. LAURENZO, Patricia, "Aspectos jurídicos...", cit., pág. 19.

¹⁹ Cfr. LAURENZO, Patricia, "Aspectos jurídicos...", cit., pág. 20.

²⁰ Cfr. HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., pág. 9.

²¹ Cfr. LAURENZO, Patricia, "Aspectos jurídicos...", cit., pág. 20.

²² Evidentemente no consiente la muerte la persona cuya voluntad se desconoce.

²³ Vid. con amplitud y referencias bibliográficas: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La huelga de hambre...", cit., págs. 616 y 617.

de una figura específica que valore el móvil del autor) si podrían ser de aplicación a tales casos los arts. 405 (parricidio) o 406 (asesinato) del Código Penal o si, puesto que el citado móvil de piedad que suele presidir tales hechos denota un menor contenido de injusto difícilmente compaginable con dichas figuras delictivas, debe preferirse la tipicidad del art. 407 (tipo básico de homicidio)²⁴. La construcción, en cualquier caso, no presentaría problemas en el ámbito de la imputación objetiva: ésta subsiste (en los supuestos en los que está en juego un bien jurídico de fundamental importancia) cuando, de no haberlo producido el autor, el resultado se hubiera producido de todos modos por otra causa²⁵. Queda abierta, no obstante, la posibilidad de atenuar o excluir adicionalmente la culpabilidad del autor (y, por consiguiente, la pena) conforme a las reglas generales de la imputabilidad penal (disminuida o anulada) valorando la presión motivacional de la situación concreta del autor en los casos límite. En el Código Penal colombiano, sin embargo, el móvil que lleva a actuar al autor merece una valoración expresa a través de la figura del homicidio por piedad del art. 326 ("El que matare a otro por piedad para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable": la pena es de prisión de seis meses a tres años, a diferencia de la del delito de homicidio que oscila entre los diez y los quince años de privación de libertad). De todos modos, en la figura del homicidio por piedad no se hace distinción alguna en torno al dato de si el autor ha actuado con o sin el consentimiento de la víctima, lo que plantea problemas teóricos a los que me referiré más adelante.

b. A diferencia de los supuestos anteriores, la discusión es sumamente viva cuando se trata de determinar el tratamiento jurídico-penal que merece la eutanasia activa directa en su modalidad *consentida*. Las posturas político-criminales con relación a este tema pueden agruparse en tres grandes apartados.

a' *Testis de la no atenuación* (a nivel de injusto) de la pena del delito de homicidio. Es la que se mantiene en el Código Penal español (ya que el art. 409 sanciona el auxilio ejecutivo al suicidio con la misma pena que el homicidio: reclusión menor) y, en cierta medida, en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (puesto que el auxilio ejecutivo al suicidio y al homicidio tienen un marco penal mínimo idéntico —8 años—, variando sólo el marco penal máximo: 12 y 15 años, respectivamente). La desproporcionalidad que, entre otras cosas²⁶, supone este punto de vista²⁷ es evidente si se tiene en cuenta que el

²⁴ En este sentido: DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal español", Parte Especial, Madrid, 1962, pág. 278. Llega a las mismas conclusiones argumentando con el mayor contenido de injusto del delito de parricidio (que conlleva, fundamentando la agravación de la pena, una "presunta" alevosía), BACIGALUPO, Enrique, "El sistema de la protección penal de la vida". Mecanografiado. Inédito. págs. 12 y ss.

²⁵ Cfr. con amplitud: BACIGALUPO, Enrique, "Principios de Derecho Penal español", cit., págs. 50 y 51.

²⁶ Como, por ejemplo, no tener en cuenta para la atenuación del contenido de injusto del hecho el tipo de móvil que lleva a actuar al autor (razones humanitarias, poner fin a los graves padecimientos que pueden preceder inmediatamente a la muerte.

auxilio ejecutivo al suicidio sólo supone la lesión (consentida) del bien jurídico de la vida, mientras que el delito de homicidio conculca el mismo bien jurídico y, además, el derecho a la autodeterminación que tiene toda persona. En el marco de la legalidad española vigente, pues, la posibilidad de atenuar la pena (a nivel de injusto) para los casos de eutanasia a los que nos venimos refiriendo —con el fin de reestablecer la idea de proporcionalidad perdida— resulta sumamente difícil²⁸ y criticable el dato de la ausencia de una valoración expresa del móvil que ha llevado a actuar al autor. Sólo cabría, sin lugar a dudas, atenuar la pena (o excepcionalmente excluirla) operando a nivel general de culpabilidad en atención a la intensidad de la presión motivacional que, en los casos límite, incide sobre el comportamiento del autor (casos en los que la inevitabilidad de la situación y la tragedia del hecho atenúan o permiten descartar cualquier reproche humano)²⁹.

En el marco de este tipo de construcción (que hace posible sancionar lo que viene a ser una especie de "participación necesaria" en el acto atípico del suicidio) tiene también sentido que se consideren punibles —creándose un amplio campo de punibilidad— otras formas de participación en el suicidio: inducción y auxilio no ejecutivo (en sus modalidades de auxilio necesario y auxilio no necesario)³⁰.

b' *Tesis de la atenuación* de la pena (a nivel de injusto) respecto de la prevista para el delito de homicidio. La razón para exigir un tipo específico que prevea los casos de eutanasia activa directa consentida radicaría, aparte de tomar en consideración el consentimiento de la víctima, en la valoración del móvil humanitario que, para evitar sufrimientos inútiles al paciente, lleva al autor a adelantar el momento de una muerte ya inminente. Este punto de vista

²⁷ Criticada unánimemente en la doctrina española. Por todos: DEL ROSAL, COBO, RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal español", cit., pág. 276. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "Derecho Penal", cit., pág. 56. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, "Compendio de Derecho Penal", cit., pág. 55.

²⁸ "La atenuación de la pena por la ausencia de una lesión a la autodeterminación de la víctima, debe tener lugar dentro del marco penal del art. 409, 2 C.P. por la vía del art. 9, circunstancia 10ª". Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE, "El sistema de la protección penal...", cit., pág. 50. De poder establecerse la relación de analogía exigida por la norma citada, y si no concurre en el hecho agravante alguna, se puede rebajar en uno o dos grados la pena del art. 409, 2 (art. 61, 5ª), si es que la circunstancia atenuante se valora como muy cualificada. El camino, pues, no deja de ser absolutamente tortuoso. De todos modos, tal forma de proceder no excluye una ulterior valoración de la menor culpabilidad (posible) del autor en el caso concreto.

²⁹ Entrarían aquí en consideración la eximente de trastorno mental transitorio (art. 8, 1), la eximente incompleta de trastorno mental transitorio (art. 9, 1 en relación con el 8, 1, que posibilita la rebaja en uno o dos grados de la pena típica, art. 66 C.P.) y la atenuante de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad (art. 9, 8): ello permitiría imponer la pena en grado mínimo (art. 61, 1) o la rebaja en uno o dos grados de la misma si la atenuante se estima como muy cualificada y no concurre agravante alguna (art. 61, 5).

³⁰ Otro aspecto en el que se manifiesta la desproporcionalidad que recorre todo el art. 409 C.P. es en el de no distinguir (sancionando siempre con la misma pena) los supuestos de inducción al suicidio de los de auxilio no ejecutivo, ya se trate, además, de un auxilio no ejecutivo necesario o de un auxilio no ejecutivo innecesario.

se ha concretado solamente a nivel de propuestas de reforma del Derecho Penal español. Tal es el caso de la enmienda núm. 431 al Proyecto de 1980³¹ donde se prevé —por vía de excepcionalidad— sancionar con multa de 12 a 24 meses al que matare a otro a petición expresa de éste, teniendo en cuenta las razones humanitarias que concurrieren en el caso. Haciéndose eco de la objeción de proporcionalidad apuntada, en el marco de esta enmienda se sanciona con menor pena el auxilio ejecutivo al suicidio que el delito de homicidio. En la misma línea (aunque sancionando ahora el auxilio ejecutivo al suicidio con la misma pena “mínima” que el delito de homicidio), la enmienda núm. 999 al Proyecto de 1980³² propone introducir una referencia expresa “al que cooperare en el suicidio de otro para evitarle graves sufrimientos inútiles o, con el mismo fin, y con su consentimiento, adelantare la muerte inminente” (pena: privación de libertad de 1 a 2 o de 2 a 4 años). Evidentemente que estos puntos de vista (que no se cierran a una ulterior valoración de la culpabilidad del autor en el caso concreto, excluyéndola o atenuándola, sin incurrir en doble valoración, pues a nivel típico se valora sólo al móvil del autor sin referencia alguna a la perturbación de su psiquismo) tratan de potenciar los mecanismos de renuncia a la imposición o a la ejecución de las penas previstas en el Proyecto de 1980. Tal cosa, en la legislación vigente en España, no puede tener lugar sino con carácter excepcional a través de la remisión condicional siempre y cuando se hubiese logrado rebajar en dos grados la pena de reclusión menor prevista en el art. 409 para los casos de auxilio ejecutivo al suicidio³³.

La tesis de la atenuación de la pena ha sido recogida en la legislación penal colombiana que valora expresamente, como vimos, el móvil pietista que lleva a actuar al actor (art. 326): eso sí, no se hacen ulteriores distinciones acerca de si el autor actuó con o sin el consentimiento de la víctima. Este *posible* error valorativo se puede subsanar en la práctica, no obstante, gracias a que el marco penal (seis meses a tres años de privación de libertad) con el que se sancione dicha modalidad homicida permite en todo caso imponer penas de menor gravedad a las previstas en el art. 327 (inducción o ayuda al suicidio). E incluso el error valorativo apuntado puede no ser tal si se entiende que el art. 327. C.P. se refiere a cualquier auxilio al suicidio (incluso al efectivo ejecutivo). Otra interpretación del precepto (también posible) que lo limite al auxilio “efectivo” (que no “ejecutivo”) al suicidio vendría a chocar con el defecto valorativo apuntado, ya que supondría sancionar el homicidio consentido —no pietista— con las penas del art. 323 (tipo básico de homicidio), olvidando el menor contenido de injusto del homicidio consentido frente al que no lo es.

Sin duda con mayor claridad y de forma axiológicamente correcta, el derogado Código Penal colombiano de 1936 establecía en su art. 364: “Si se ha

³¹ Primer Firmante: Grupo Socialista del Congreso.

³² Primer Firmante: Grupo Comunista del Congreso.

³³ De todas formas, queda abierta la posibilidad de que el Tribunal haga uso de la facultad que, para la solicitud de la gracia de indulto, le confiere el art. 2, 2 C.P.: “Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley... a juicio del Tribunal... la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”.

causado el homicidio por piedad con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputados incurables, podrá atenuarse excepcionalmente la pena, cambiarse el presidio por prisión o arresto y aun aplicarse el perdón judicial". La posibilidad de atenuar la pena iba referida lógicamente a la prevista para el delito de homicidio (art. 362, si no se contaba con el consentimiento de la víctima) o a la prevista en el art. 368 (homicidio consentido: la razón de la doble atenuación estribaba en que el menor contenido de injusto que otorgaba al hecho el móvil pietista, se unía la valoración del dato del consentimiento de la víctima).

c' *La tesis de la impunidad* (en base a la cual el Código Penal debe omitir cualquier prohibición de la eutanasia activa, directa y consentida) se mantiene en la actualidad, *no tanto* por valoraciones cualitativas de la vida humana, *ni por* razones puramente humanitarias (vinculadas a la prohibición del encarnizamiento terapéutico o a la autorización de la ayuda a morir a enfermos terminales o, incluso, a aquellos a los que se les ha diagnosticado una enfermedad mortal que permite esperar un camino pleno de sufrimientos hasta el advenimiento de la muerte), sino en el *contexto teórico más amplio de considerar exigencia constitucional la legalización, sin más, de todo homicidio a petición* —bien suponga una auténtica eutanasia, bien, trascendiendo esta cuestión, no la suponga en absoluto (situaciones en las que alguien, simplemente cansado de la vida, se deja matar por propio deseo). La cuestión reviste interés tanto en el Derecho Penal colombiano como en el Derecho Penal español, en cuanto que ambos sancionan el homicidio consentido. Trataré esta cuestión con referencia básicamente a la doctrina española, ya que desde hace unos años ha aumentado notablemente la bibliografía sobre el tema, haciéndose eco los autores de las posibilidades que ofrece la C.E. (Constitución Española).

Con relación al tema indicado procedería, ante todo, realizar una aclaración fundamental: el punto de vista que acaba de exponerse no puede —ni tiene que— fundamentarse *necesariamente* en la idea (que sólo contribuye por su maximalismo a enturbiar y desenfocar el problema) de "que la libertad humana debe pasar a un primer plano, ocupando así el lugar que tradicionalmente se ha asignado a la vida, que ni es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, ni es tan siquiera un valor"³⁴. a) Cuando se afirma que el valor fundamental y supremo del ordenamiento jurídico (español) no es la vida, sino la libertad humana (y ello intenta deducirse del art. 1, 1 C.E. —que propugna "como valores superiores... la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"), se olvida que el mencionado precepto no puede estar pretendiendo jerarquizar los valores a los que se refiere, ya que la libertad tiene una serie de "priors lógicos" sin los cuales sería imposible su existencia: concretamente, sin igualdad y sin justicia la libertad no puede pasar a ser una "bandera política" sin posibilidades materiales de realización. Desde este punto de vista no podría negarse que la igualdad y la justicia integran también valores fundamentales del ordenamiento jurídico de, al menos, igual jerarquía que la libertad. b) Lo mismo podría decirse respecto de la vida (prior lógico, ahora, de la igualdad y la libertad): los argumentos que se han esgrimido para considerar a la vida "sustrato material" de otros valores, pero no valor en sí mismo,

³⁴ Cita textual, Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Juan José, "Derecho Penal español", Parte Especial, vol. I, Barcelona, 1986, pp. 14, 15 y 46.

adolecen, por lo demás, de gran debilidad teórica³⁵. Cuando, por ejemplo, se alega el “desprecio” a la vida que supone la admisión de la pena de muerte para tiempos de guerra (art. 15 C.E.) o la existencia de riesgos permitidos para dicho bien jurídico en el ejercicio de actividades peligrosas (minería, tráfico, etc.) como datos que permiten poner en duda que nuestra sociedad considere a la vida como un valor³⁶, se olvida no sólo que la Constitución considera a la vida como el primer derecho fundamental de la persona (art. 15), sino, además, que mal podría ocupar la libertad el lugar que se le niega a la vida en una sociedad en que aquélla es despreciada con mayor intensidad que ésta (abuso de la pena privativa de libertad, obligada dejación de cuotas de libertad —socialmente adecuada— que supone la vida de relación, situaciones de desigualdad que impiden su ejercicio, etc.).

Y es que el problema no radica en determinar si, *en abstracto*, la vida es un valor superior a la libertad o viceversa³⁷, sino en decidir si la vida es un bien jurídico del que libremente puede disponer su titular.

i. Que la vida es un bien jurídico del que libremente puede disponer su titular (determinando el *cuándo* y, en cierta medida, el *cómo* de su muerte) es algo que parece estar hoy fuera de discusión. A nadie se le obliga a vivir contra su voluntad: el respeto a la autodeterminación del hombre y el reconocimiento de la disponibilidad de la vida por su titular son, a este nivel, dos cuestiones resueltas legislativamente en aquellos sistemas —como el español y el colombiano— que consideran atípico (lícito) al suicidio, no sancionando su tentativa o frustración. Desde este punto de vista, la vida no es un bien jurídico que ejerza función limitadora alguna de la libertad.

ii. Lo que se discute es si el que lícitamente ha decidido suicidarse en ejercicio de su libertad tiene derecho, además, a determinar el *cómo* de su muerte *hasta el extremo* de poder involucrar a terceras personas en la disposición de su vida reclamando su auxilio ejecutivo o no ejecutivo, necesario o innecesario. La solución de esta cuestión es también ajena a la discusión sobre la jerarquía constitucional de los valores vida y libertad, pues aun en el caso de que a la vida se la considere un valor superior a la libertad, de la Constitución no tiene que deducirse necesariamente un mandato que obligue a la protección penal de dicho bien cuando su titular renuncia expresamente a la misma³⁸: *constitucionalmente, pues, no es obligada la existencia de un precepto como el art. 409 C.P. español*. En consecuencia, al margen de consideraciones morales

³⁵ No exentos de contradicciones, como por ejemplo, sostener que la vida no es tan siquiera un valor pero que sí lo es (bien jurídico) la salud de las personas (en buena lógica, sólo sustrato material de la vida). Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Juan José, “Derecho Penal . . .”, cit., pp. 45 y 73.

³⁶ En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, Juan José, “Derecho Penal . . .”, cit. pp. 46 y 47.

³⁷ Esta discusión está orientada básicamente a justificar posturas político-criminales sobre el aborto y más concretamente aquella que propugna su liberalización total (más allá del sistema de plazos) por considerar en todo caso preeminente la libertad de la mujer (que “ella sí, es un valor”) sobre la vida humana del nasciturus (que, bien no existe (?), bien no es un valor). Así argumenta, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, Juan José, “Derecho Penal . . .”, cit., pp. 45 a 52.

³⁸ En este sentido: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La huelga de hambre . . .”, cit., pp. 616 y 617, con bibliografía.

—cuyos códigos no pueden ser impuestos a nivel de legislación penal, y prescindiendo de valoraciones políticas que, al considerar a la vida humana como un bien (interés) de la comunidad, olviden que el hombre es un fin en sí mismo, no vinculado a exigencias supraindividuales en este terreno fundamental— hay que reconocer que en favor de las tesis que propugnan la legalización de todo homicidio a petición parece hablar la idea de autodeterminación del hombre que debe ser libre, se afirma, para determinar absolutamente el cuándo y el cómo de su muerte. Pero el problema surge porque, al mismo tiempo, cabría pensar en la posibilidad de que *tampoco sea constitucionalmente obligada la desaparición del art. 409 C.P. español*: y ello por razones político-criminales (vinculadas a la idea de seguridad consagrada en la Constitución —art. 17, 1: “Todos tienen derecho a la seguridad”) y éticas (vinculadas al respeto que merece la dignidad de la persona, art. 10, 1, C.E.).

i' Desde el primer punto de vista se ha afirmado que la verdadera voluntad de morir no puede extraerse con total seguridad sólo de las palabras de una persona, es decir, de la expresión de su deseo de morir dirigido a otro, sino únicamente de su acción, esto es, del suicidio³⁹. Muchas veces son razones de tipo psiquiátrico (depresiones a menudo pasajeras) la causa de la disposición de una persona a dejarse matar. A éstos se agregan los casos en los que el deseo de morir tiene un motivo falso (v.gr., diagnóstico equivocado de una enfermedad). No deben olvidarse, además, las dificultades de prueba que surgirían cuando el autor del homicidio simule que actuó a petición de la víctima: y esto porque el único capaz de aclarar el problema sería precisamente el muerto⁴⁰. De otra parte, tan pronto se autorice el homicidio a petición, se denuncia el riesgo del paso siguiente: que se permita suplir el consentimiento de la víctima, ya sea por el de sus padres (v. gr. de un niño enfermo mental) o por el de un órgano estatal. No debe excluirse, por lo demás, la consideración de que la verdadera fuerza impulsora para ejecutar el homicidio a petición (en caso de auxilio al suicidio de un enfermo terminal o simplemente diagnosticado de una enfermedad mortal) sea que el familiar crea no poder soportar el esfuerzo físico, psíquico o económico que supone o puede suponer su prolongado cuidado (situación de la que puede ser consciente el mismo enfermo, empeorando su estado anímico, de por sí sumamente susceptible e inestable). Por último, conviene recordar que una vez alcanzado el proceso inmediatamente anterior a la muerte, por regla general el estado psíquico del paciente no permite contar con un consentimiento libremente expresado (un “testamento del paciente” solventando este tipo de dudas, se afirma, difícilmente podría ser vinculante o admisible; una voluntad —de orden no precisamente patrimonial— realizada en abstracto y en el pasado puede por muy diversos motivos no corresponderse con la auténtica voluntad de presente en el caso concreto)⁴¹.

En definitiva, se trataría de poner de manifiesto hasta qué punto una protección efectiva y segura de la vida exigiría considerar a ésta inviolable por principio, rechazando cualquier posibilidad de legalizar el homicidio a peti-

³⁹ En este sentido: HIRSCH, Hans Joachim, “Eutanasia . . .”, cit., p. 11.

⁴⁰ En este sentido: HIRSCH, Hans Joachim, “Eutanasia . . .”, cit., p. 10.

⁴¹ En este sentido: HIRSCH, Hans Joachim, “Eutanasia . . .”, cit., pp. 11 y ss.

ción⁴². No obstante, a todos estos argumentos podría replicarse desde un punto de vista estrictamente jurídico que en ningún caso puede servir para negar o limitar un derecho el dato de que su ejercicio (como ocurre con el ejercicio de cualquier otro derecho distinto al que ahora centra nuestra atención) pueda conducir a abusos —que se pueden prevenir mediante la exigencia de garantías concretas—, a realizaciones torcidas o falseadas, o dificultades de la prueba o a un desarrollo peligroso de futuro.

ii' Y es que, en el fondo, toda la argumentación anterior encubre realmente argumentos de ética social que no se confiesan abiertamente pero que merecen explicitarse por su trascendencia constitucional. Efectivamente, las personas afectadas por tendencias suicidas (muchas veces pasajeras y de tipo patológico-depresivo) que traen su causa en la sociedad de vivir, en el cansancio o hastío frente a la vida o en problemas —triviales o no— de orden amoroso, laboral, económico o de salud, están necesitadas casi siempre más de una asistencia social, familiar o humana que las prevenga de las consecuencias irreparables de sus actos, que de alguien que pueda darles muerte con total impunidad⁴³. Y ello no ya en "casas de salud", sino en auténticas "casas de muerte" —aunque para no utilizar una expresión tan dura podríamos llamarlas "centros tana-tológicos"— donde unos nuevos "verdugos" (que difícilmente podrían ser médicos, llamados al tratamiento humano y digno de los enfermos, pero no a regalar muerte previa petición de número y asignación de cita) solucionarían por la vía de la liquidación de la persona los problemas que no se han podido, no se han sabido o no se han querido resolver de otro modo.

Ante esta situación, que nada dice en favor de la dignidad humana ni de lo que debe ser el tratamiento humano de los problemas humanos, puede sentirse —si aún se tiene sensibilidad para ello— un cierto escalofrío por razones de simple ética social. La legalización del homicidio a petición puede efectivamente solucionar muchos problemas, en tanto que su autorización por el ordenamiento jurídico neutralizaría el freno natural que generalmente impide que una persona se suicide: es más barato que ofertar "prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad" (art. 41 C.E.); es más fácil que "promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud y de los disminuidos de cualquier clase" (arts. 48 y 49 C.E.) y es más factible que "la política de pleno empleo y la asistencia a la tercera edad" (arts. 40 y 50 C.E.). Pero la sociedad (sobre todo una sociedad que fomenta la desilusión, la falta de perspectivas y la frustración en muchos aspectos de la vida) podría sentir frente al fenómeno de la permisón del homicidio a petición el mismo rechazo que hoy se predica respecto de la pena de muerte: ésta podrá ser justa y podrá ser útil desde el punto de vista preventivo, pero aun en el caso de que así fuera, resultaría de todos modos inadmisibile porque repugna y choca frontalmente con nuestra sensibilidad. Es precisamente esta sensibilidad la que impide la introducción en nuestro Código Penal de la pena de muerte, aunque sea limitada (en su ejecución) a los supuestos en los que el reo expresamente la reclame en el contexto de un sistema de penas alternativas. ¿O es que acaso nuestra sociedad está dispuesta a tolerar que en ejercicio de su propia auto-determinación una persona organice su propio suicidio haciéndose pasar por

⁴² Cfr. HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit. p. 11.

⁴³ Cfr. HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia...", cit., p. 12.

pieza en una cacería previo haber autorizado expresamente a sus amigos a que le dieran muerte? ¿Quid de los casos en los que alguien se deja matar para que se utilicen en un trasplante sus órganos vitales a cambio de una contraprestación económica a sus herederos? ¿Y de los supuestos en los que el agente alega su derecho a que nadie le impida suicidarse a lo bonzo en la vía pública? ¿O es que, así las cosas, habría que empezar ahora a poner límites (la moral, el "orden público", la prohibición de denigrar la dignidad humana, el "hagan lo que quieran, pero no molesten", etc.) a la idea de autodeterminación? ¿Cuáles serían esos límites? Y, sobre todo, ¿en qué se fundamentarían?

Y es que la sensibilidad social sin duda admite —y reclama con razón— el derecho de la persona a morir dignamente y a que sus hospitales no sean solamente estaciones de servicio con una óptima atención biotécnica orientada a recuperar la salud, sino también centros en donde se ayude al necesario, natural y amargo trance de la muerte⁴⁴. Pero para alcanzar esta meta (obligada) parecería que *no* resulta absolutamente necesario conceder a nivel de Código Penal una auténtica "licencia para matar" al prójimo con tal de que se cuente con su consentimiento⁴⁵. La licitud de la eutanasia pasiva (por acción y omisión), la licitud de la eutanasia activa indirecta —ambas permitidas por la legislación penal vigente—, y una adecuada reforma de la regulación de la eutanasia activa directa en la legislación penal española⁴⁶, puede ser un bagaje

⁴⁴ Cfr. HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia . . .", cit., p. 15.

⁴⁵ Próximo al punto de vista sostenido en el texto, JIMÉNEZ DE ASÚA también distingue un "derecho a morir", que no es lo mismo "que el derecho a matar", aunque en ello consienta la víctima. "El problema de la muerte dada por compasión —prosigue JIMÉNEZ DE ASÚA— al enfermo incurable y dolorido, consciente de su mal y de su estado, que desea abreviar sus padecimientos, debe ser resuelto con justicia y humanidad. Pero rechazo de plano, repugnado y entristecido, la organización, con todo el aparato de legalidad, del exterminio de las personas aquejadas de incurables males o de demencia irremediable. Esas comisiones encargadas de dictaminar sobre el aniquilamiento de los enfermos sin salvación —que actúan a iniciativa del enfermo, de su médico o de una persona designada por el paciente— y esos establecimientos en donde se practicaría oficialmente la eutanasia . . . levantarían huracanes de protesta en la sentimentalidad del pueblo, que sentiría un paralelo entre tales medidas y las que se cumplen en las grandes ciudades con los canes transeúntes". Cfr. con amplitud: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Eutanasia y homicidio por piedad". En "Libertad de amar y derecho a morir", Madrid, 1928, pp. 151, 168 y, en especial, 176 y ss.

⁴⁶ Una reforma legislativa aclarando cuál es la situación vigente en los múltiples supuestos que se agrupan bajo la rúbrica común de "eutanasia" constituiría un perfeccionismo legal exagerado que aportaría más confusión que claridad real a problemas cuyas soluciones —desde el punto de vista penal— nunca han sido puestas seriamente en duda. Este es también el punto de vista que se ha impuesto en la reforma penal alemana (cfr. HIRSCH, Hans Joachim, "Eutanasia . . .", cit., pp. 13 y ss.: rechazadas las propuestas del Proyecto Alternativo por los diversos Congresos de Juristas alemanes, sólo ha merecido aceptación la de proporcionar una regulación legal expresa para los casos límite y extremos de eutanasia activa directa). En Derecho Penal español resulta absolutamente necesario establecer, junto a la figura del homicidio común, otra figura de homicidio consentido, con pena inferior, dado su menor contenido de injusto. También debería establecerse un tipo atenuado (menor contenido de injusto determinado por el móvil que lleva a actuar al autor) que permita rebajar la pena del homicidio o del homicidio consentido en aquellos supuestos en los que se adelanta el momento de la muerte de una persona para evitarle sufrimientos inútiles.

legislativo suficiente como para garantizar el respeto a la libertad y a la dignidad de la persona, sin crear con otras soluciones maximalistas problemas iguales o mayores a los que se quiere resolver.

Pero, en definitiva, sustraído todo este problema al campo de la moral (único que permite el recurso a "dogmas"), la discusión jurídica sobre la posible licitud del homicidio a petición está servida y "abierta" en el sentido metodológico de la expresión, ya que nadie puede fundamentar de forma última sus puntos de partida (que, en amplios sectores del pensamiento científico, están presididos hoy por la exaltación de la libertad individual en detrimento —¿insensibilización?— del bien jurídico de la vida) y sus conclusiones favorables o contrarias a tal legalización.

Para los casos límite marcados por la tragedia sería conveniente facultar al Tribunal para renunciar a la imposición o ejecución de la pena, siempre y cuando, claro está, ésta no resulte ya excluida por el juego de las reglas generales de las causas que excluyen la (culpabilidad) responsabilidad criminal. Resulta evidente la proximidad de este sistema con el previsto en el derogado Código Penal colombiano de 1936 y, en cierta medida, también con el vigente. Los supuestos de auxilio no ejecutivo e inducción al suicidio, por lo demás, posiblemente no merecerían una tipificación expresa, de tal forma que los supuestos más graves encontrarían su adecuada calificación a través de las reglas generales de la autoría mediata, la comisión por omisión y el delito de omisión del deber de socorro.