

300609

10  
2ej



# UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA U. N. A. M.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

EXEGESIS SOBRE EL HOMICIDIO POR CONMISERACION

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

T E S I S            P R O F E S I O N A L  
QUE PARA        OBTENER EL        TITULO DE:  
LICENCIADO        EN                DERECHO  
P R E S E N T A :

JUAN            JOSE            GONZALEZ            LOZANO

México, D. F.

1986



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## I N D I C E      G E N E R A L

Nota Prefacial.

PROBLEMATICA DEL HOMICIDIO POR COMMISERACION.

A MANERA DE INTRODUCCION.

Presentación del tema.....	2
Derecho positivo y derecho vigente.....	3
La coacción en la norma jurídica.....	3
La ley debe tener como sustrato la naturaleza del hombre.	4
El Derecho es un fenómeno de tiempo y de lugar .....	6
Interrogantes previas.....	6
El pensamiento Cristiano.....	7
Mediante el dolor el ser humano se enaltece ante Dios....	8
Se supera el postulado anterior.....	9

C A P I T U L O      P R I M E R O.

TERMINOLOGIA.

Etimología.....	13
Diversas significaciones.....	14
¿ Por qué el título del presente trabajo ? .....	15
Descripción del homicidio por commiseración.....	16

DIVERSAS DEFINICIONES.

El concepto en Morache.....	16
Para Enrico Morselli.....	17
Para Ricardo Royo-Villanova Morales.....	17
Para Luis Jiménez de Asúa.....	18
Para Eloy Montero Gutiérrez.....	18
Para Eugenio Cuello Calón.....	19
Para Juan José González Bustamante.....	19

CLASIFICACION.

Criterios de clasificación.....	19
Euthanasia interna o natural y externa o provocada.....	19
Crítica.....	20

Euthanasia-homicidio y euthanasia-suicidio.....	20
Euthanasia súbita, natural, teológica, estoica, terapéu- ca, eugénica y económica. Euthanasia legal.....	20
Euthanasia libertadora, eliminadora y económica.....	21
Un caso de euthanasia selectiva.....	21
Ratificación de nuestra posición .....	24
Euthanasia lenitiva y euthanasia occisiva.....	25

## C A P I T U L O    S E G U N D O .

### PRIMITIVAS PRACTICAS DE EUTHANASIA Y DE EUGENESIA.

Aclaración previa.....	27
Los brahmanes.....	27
Los espartanos.....	27
Platón compara el género humano con los animales irraccio- nales.....	27
Los celtas.....	28
Los masagetas, los sardos, los eslavos y los escandinavos	28
La eugenesia consiste en privar de la vida a otro con una finalidad selectiva.....	29
El hombre primitivo era guiado por una moral utilitaria..	29
Práctica hindú.....	30
Antiguos aborígenes otomíes.....	31
UN EPISODIO BIBLICO.....	32

### GRECIA Y ROMA.

Platón, Epicuro y Plinio.....	32
En Atenas el Senado otorgaba permiso para eliminarse....	33
La "Academia" de Cleopatra y Marco Antonio.....	34
El "Pollice verso".....	34

### EDAD MEDIA Y COMIENZOS DE LA MODERNA.

Misericordia.....	34
Pueblos protestantes.....	35
NAPOLEON Y DESGENETTES.....	35
COSTUMBRE CRIOLLA.....	35

## CAPITULO TERCERO

### EL SOSTEN DOCTRINAL DEL HOMICIDIO POR CONMISERACION.

#### PRIMERA PARTE

Multi e interdisciplinariedad de las ciencias.....	43
Las principales obras.....	43
Enrico Ferri y " L' Omicidio - Suicidio ".....	43
H. Binet-Sanglé y su libro " L' Art de Mourir ".....	45
La euthanasia será confiada a especialistas patólogos, psicólogos y terapéutas.....	45
Los . institutos de euthanasia " de Binet-Sanglé.....	46
Condiciones que han de exigirse para la práctica de la Euthanasia según Felipe Grispigny.....	46
Carlos Binding y Alfredo Hoche. " La Autorización para Ex terminar las Vidas sin Valor Vital ".....	47
No existe un hecho de homicidio sino una sustitución de la causa de muerte.....	48
Condiciones para que proceda la euthanasia según Binding y Hoche.....	48
Las " comisiones oficiales ".....	48
Clasificación de los seres humanos susceptibles de practi carles la euthanasia, según Binding y Hoche.....	49
Tipos de hombres en los que opera la autorización o con - sentimiento.....	49
La Sociedad Psicológico - Forense de Gottinga.....	51
La Sociedad Médico - Forense de Breslau.....	51
Opinión de Wachenfeld.....	52
Para Edmundo Mezger.....	52
Para Ernst Von Beling.....	52
Schönke.....	52
Según Von Hippel.....	53
Según Köhler.....	53
Según Max Ernst Mayer.....	53

Para Franz Von Liszt.....	53
Para Sauer.....	53
Enrico Morselli y su obra " L' Uccisione Pietosa ".....	53
La euthanasia para Guisepe Del Vecchio.....	54
Opinión de Vincenzo Manzini.....	55
Para Giuseppe Maggiore.....	56
Para Saltelli - romano Di Falco.....	57
La euthanasia en Suiza.....	57
La euthanasia en Bélgica.....	57
El problema jurídico - penal dilucidado por Eugenio Cue - llo Calón.....	57
El homicidio por conmiseración debe atenuarse.....	58
Solución si la muerte piadosa es practicada por los pa - rientes más allegados al enfermo.....	58
También se puede exonerar de pena.....	59
Criterio de Luis Jiménez de Asúa.....	60
El perdón judicial.....	61
Crítica.....	61

#### SEGUNDA PARTE

Criterios para negar procedencia al homicidio por <u>conmiseración</u> .....	62
La incurabilidad, la inutilidad y el dolor.....	63
Relatividad de los conceptos.....	63
El error del hombre consiste en creer que la ciencia lo - es todo.....	63
Influencia de las condiciones internas y externas al hom - bre sobre el dolor.....	64
Es erróneo sujetar el criterio judicial a formulaciones - casuístas.....	64
Criterios en que se apoya la muerte liberadora.....	65
¿Existe en el médico el derecho y la obligación de impo - ner la vida ?.....	67
El dolor.....	68

Los dolores físicos.....	68
Los dolores morales.....	69
La inutilidad.....	69
Muerte eliminadora y muerte económica.....	69
Los ancianos valetudinarios.....	70
Dementes incurables e idiotas.....	70
Los manicomios de tipo " open door ".....	70
Criterio de Carlos Richet.....	70
La verdadera causa de los exterminios en Alemania.....	71

#### C A P I T U L O      C U A R T O .

##### UBICACION DEL TEMA DENTRO DE LA TEORIA GENERAL DEL DELITO.

El delito es un concepto jurídico.....	74
Distinción entre delitos de resultado y delitos formales.	74
Utilidad.....	74
Concepción jurídica del delito. Criterio tetratómico.....	75
Prelación lógica de los elementos del delito.....	75
Atendiendo a la prelación lógica de los elementos del delito, el homicidio piadoso debe situarse en la antijuridicidad.....	75
La Teoría de las Normas de Cultura de Max Ernst Mayer....	76
Crítica al planteamiento de Mayer.....	76
Posición del sustentante respecto a la Teoría de las Normas de Cultura.....	78
Los tipos penales con relación a la antijuridicidad.....	78
El tipo es la "ratio essendi" de la antijuridicidad. Tesis de Edmundo Mezger.....	79
La antijuridicidad es un concepto totalizador (unidad de la antijuridicidad).....	80

El ámbito de las justificantes y el de la ausencia de lesión jurídica (fijación de la cuestión).....	80
Antijuridicidad formal y antijuridicidad material.....	81
Crítica de Jiménez de Asúa a la distinción anterior.....	82
La supralegalidad del Derecho.....	83
Cambio de terminología. Derecho supralegislado.....	84
Titulares del juicio de valor en orden a la antijuridicidad.....	85
Noción de daño y puesta en peligro del bien jurídico tutelado.....	87
Criterio para declarar que no existe objeto de la protección del Derecho en el homicidio por conmiseración y, por lo tanto, se da la ausencia de lesión jurídica.....	88
Objeto último de la lesión o del riesgo en el delito....	89
La tipicidad y la ausencia del interés.....	92
Las causas de justificación.....	92
La ausencia de lesión jurídica.....	92

#### P O N E N C I A   D E L   S U S T E N T A N T E

Posición jurídico-penal del sustentante respecto al homicidio cometido por conmiseración.....	96
---	----

#### C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.....	101
SEGUNDA.....	101
TERCERA.....	102
CUARTA.....	102
QUINTA.....	103

B I B L I O G R A F I A . . . . .	104
-----------------------------------	-----



" Si llega inadvertidamente a  
oídos de quienes no están ca-  
pacitados ni destinados a re-  
cibirla, toda muestra de sabi-  
duría ha de sonar a necedad,  
y, en ocasiones, a crimen, -  
y así debe ser ".

NIETZSCHE.

PROBLEMATICA DEL HOMICIDIO POR CONMISERACION.

A MANERA DE INTRODUCCION.

SUMARIO.

Presentación del tema.

Derecho positivo y derecho vigente.

La coacción en la norma jurídica.

La ley debe tener como sustrato la naturaleza del hombre.

El Derecho es un fenómeno de tiempo y de lugar.

Interrogantes previas.

El pensamiento Cristiano.

Mediante el dolor el ser humano se enaltece ante Dios.

Se supera el postulado anterior.

Es apasionante y de rancio abolengo en la historia del Derecho Penal el tema que hoy nos ocupa. En el estado actual de nuestra civilización pragmática y hedonista, la referencia al tópico al cual me avoco pasaría a ser, tal vez, cuestión de segundo orden, viendo las cosas desde un frío punto de vista. ¿ A quién le importa que alguien se suicide ? ¿ Realmente incumbe este hecho al Estado ? ¿ No será un postulado más ?

Al Derecho Penal interesan -se me ha dicho, y por convicción propia he llegado a comprender la verdad del aserto-, aquellos valores de mayor trascendencia en la vida del conglomerado social y a salvaguardar esos valores debe tender naturalmente, pero no de una manera desordenada y carente de fundamento, no de una manera que contradiga el sentimiento general.

Quiero referirme a este tema porque me interesa que no se castigue, que no se irroge pena al que mata conmovido por ajenos pesares, producto de una enfermedad incurable y muy dolorosa, que va a llevar al que la sufre a una muerte angustiosa en forma lenta; me inquieta que el Estado, como centro del cual emanan todas las directrices a seguir, no desvincule la realidad de sus propias aspiraciones que no deben ser otras que las del mismo grupo en, por y para el cual se ha constituido y persiga valores que ciertamente deriven del consenso general, creando un ordenamiento legal acorde

con las circunstancias actuales y con la mentalidad de nuestro tiempo.

Si la finalidad de las normas jurídicas, que las diferencia de las leyes de la naturaleza, es provocar un comportamiento (1), la sanción más grave para aquéllas es que carezcan de positividad, es decir, que no tengan eficacia, que no se cumplan. Otra cosa será que por el hecho de ser preceptos vigentes, pueda logarse su cumplimiento en virtud del elemento coercibilidad, lo que en manera alguna nos autoriza a equiparar las voces " derecho vigente " y " derecho positivo ", ya que como certeramente expresa el maestro García Máynez, " no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente " (2).

Desde el punto de vista técnico, la coercibilidad es una característica permanente del Derecho. A diferencia de la norma mo-

-----  
(1) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho.

2da edición. Ed. Porrúa. México, 1978, pág. 5.

(2) Obra citada, pág. 38.

ral, la jurídica se impone independientemente de su aceptación o rechazo; es cierto que en algunas ocasiones la norma jurídica no coincide con el postulado sociológico, pero no por ello deja de tener eficacia al través de la coacción. Hay casos en que los postulados sociológico y jurídico son coincidentes y, no obstante, la coercibilidad hace respetar el valor que se tutela.

A todo esto, se ha opinado que " si se guía con la ley y se mantiene el orden con los castigos, el pueblo se abstendrá de la culpa pero no tendrá conciencia de ella; si se guía con la virtud y se mantiene el orden por medio de la moral, entonces el pueblo tendrá conciencia y será perfecto... Si los honestos gobernaran por cien años el país, se podría corregir a los malos y abolir la pena capital " (3). Pero esta tesis no deja de ser producto de una mente idealista, siendo absolutamente improbable que por lo menos en los próximos tres o cuatro siglos se llegue a un grado de perfección tal.

En fin, no será yo quien venga a revivir los antiguos ideales que, no por ser antiguos resultan obsoletos. Sólo quiero dejar constancia de mi afiliación al sistema de ideas que pregona que el

-----

(3) COSTA, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Prólogo. Ed. UTEHA. México, 1953.

todopoderoso Leviathán se debe al hombre y que toda ley que soslaya la realidad de la naturaleza humana, será una ley desde el ángulo formal de su creación, pero contendrá en ella misma la semilla de su autodestrucción.

Tal vez, a primera vista pudiera parecer que las anteriores consideraciones no tienen que ver con el título " Exégesis sobre el Homicidio por Conniseración " que ostenta este trabajo, pero no es así. Tienen que ver y mucho, ya que si el Derecho debe ser uno de los instrumentos mediante el cual el individuo procura su realización de manera integral durante su estancia en el mundo, el Derecho Penal no puede castigar una conducta humana traducida en privar, sí, digámoslo abiertamente desde ahora, privar de la vida a otro cuando esa conducta no contradice en modo alguno los sentimientos de la colectividad. Sin embargo, este criterio, que no es otro que la Teoría de las Normas de Cultura desarrollada y puesta en boga por Max Ernst Mayer siguiendo las concepciones de Carlos Binding, no debe ser para nosotros determinante, pues sin dejar de reconocer la aplastante realidad que contiene, la Teoría de las Normas de Cultura debe ser el último refugio del jurista.

Por eso es que decimos que el Estado, por medio de sus legisladores, debe plasmar en la ley valores que no vayan en contra de la naturaleza humana, ya que ésta es única y la misma desde la apa

rición del hombre sobre el planeta: lo que diferencia al hombre - de los demás seres de la creación, lo que lo especifica, es precisamente eso, su naturaleza racional.

Otra cosa, distinta, son las valoraciones que una determinada sociedad realiza, en lo tocante a tal o cual fenómeno, en un tiempo y lugar determinados. Esto tan sólo indica que el Derecho es cambiante, que debe adaptarse al entorno social que pretende regular; en modo alguno menoscaba lo anteriormente dicho, sino por el contrario, lo refuerza, ya que si la naturaleza humana es única y la misma, nada impide que se susciten en un mismo Estado, diversas apreciaciones sobre un mismo fenómeno, según como se vaya superando el pensamiento y se presenten las nuevas circunstancias. No lo menoscaba, decíamos, sino que lo refuerza, pues viene a abundar en el punto central de nuestro estudio: liberar al hombre de arcaicas concepciones que han constituido un lastre en la evolución plena de sus ideas; siglos y siglos de religiosidad que han puesto una venda en los ojos del ser pensante y le han impedido hacer el bien ahí donde se necesita, guiado por una moralidad malentendida que tergiversa el sentido que tiene el paso del hombre por el mundo.

.-.

¿ En razón de qué podemos privar del derecho a una muerte in-

mediata al moribundo víctima de intensos y desesperados dolores y cuyo fin acaecerá de un momento a otro, aunque lentamente ? ¿ A - aquel infeliz enfermo de cáncer en el período crítico que se ve - asediado por los tratamientos quimioterapéuticos que le acarrearán - repercusiones en otras áreas del organismo ? ¿ Por qué ponerle obs - táculos a una persona en esas condiciones ? ¿ No es, acaso, más mo - ral ayudarle a bien morir ? ¿ Es que realmente el consentimiento, o autorización, o decisión del doliente no tiene objetivamente im - portancia cuando se trata de una vida humana sometida a una situa - ción tal ? ¿ Será cierto, también en estos casos, que el interés - que en la tutela de la vida tiene el Estado supera al del propio - titular ? Una vida humana, en estas condiciones, ¿ seguirá siendo objeto de la protección del Derecho ?

Son verdaderamente inquietantes las anteriores cuestiones. Du - rante el desarrollo de este estudio trataremos de darle respuesta a todas ellas, desde un punto de vista exclusivamente jurídico-pe - nal, pero estamos conscientes de que las implicaciones religiosas - estarán palpitando en las mentes de algunos de nosotros, por eso - queremos dedicarles unos someros párrafos -quizá los únicos-, mas no con el afán de ilustrar, sino para dejar plasmadas nuestras du - das.

Para la doctrina cristiana, " el hombre no es dueño soberano



de su propia vida. Se espera de él que sea un buen administrador, que conserve y promueva la plenitud de su vida... La más chocante infidelidad del administrador de la vida es desecharla como caren- te de valor " (4).

Como vemos, desde el punto de vista religioso -cristiano, en particular-, la postura dominante es el rechazo de la muerte por - conmisericordia, alegando que el ser humano sólo es depositario de - la vida que tiene y que, como administrador, no le está permitido disponer de lo que únicamente ostenta a título precario. Como due- ño y señor, dador de la vida humana, sólo a Dios corresponde desig- nar el momento en que habrá de realizarse el llamamiento del alma inmortal; mientras esto no ocurra, el individuo deberá soportar - sus sufrimientos pues, mediante ellos, purga un poco sus mundanos errores.

¿ Hasta qué punto ha sido maleable esta posición ? Saquemos - conclusiones de una cita de Cuello Calón, que hablando del empleo de narcóticos para mitigar padecimientos muy dolorosos, dice: - " Prummer (Manuale Theologiae Moralis, Friburgo, Brigoviae MCMXV, 672, 2) considera lícito el suministro de narcóticos al moribundo

-----  
(4) HARING, Bernhard. Libertad y Fidelidad en Cristo. T. III. Ed. Herder. Barcelona, 1983, pág. 57.

para atenuar sus dolores; sin embargo, cree más prudente no emplearlos con el que los tolera con paciencia y puede así mitigar las penas por sus pecados; pero admite su empleo cuando los dolores son demasiado atroces y principalmente SI EXISTIERE EL FUNDADO TEMOR DE QUE EL MORIBUNDO PEQUE DE PECADO DE IMPACIENCIA Y MURMURACION CONTRA DIOS " (5).

Así, no era la más elemental humanidad la que movía a un hombre a ayudar a otro en la mitigación de sus dolores, sino un temor irresistible a Dios, al Dios Judaico, a quien desde los primeros versículos del Pentateuco, se le caracterizó como un ser veleidoso y severísimo en sus juicios; y basta para constatar esto, aquilatar las penas a las que sujetó a los Padres del Mundo, Eva y Adán, cuando realizaron el supuesto de no comer del Arbol de la Sabiduría; basta recordar la hecatombe de Sodoma y Gomorra; basta, en fin, ver la manera como destruye su creación en el célebre pasaje del Diluvio y el arrepentimiento que después lo sacude.

Afortunadamente, este tipo de pensamiento está ya superado, -

-----

(5) CUELLO CALON, Eugenio. Discurso titulado El Problema Jurídico-Penal de la Eutanasia, leído el 24 de abril de 1951 en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación. Imp. Vda. de Galo Sáez. Madrid, 1951. Nota numero 6, in fine, pág. 16.

pero habrá que superarlo más; porque si el hombre es tal, si vive sujeto a sus limitaciones corporales y a la conciencia de la vulnerabilidad y finitud de su ser, ¿ cómo castigarlo por un acto que revela en sí mismo una inconmensurable bondad ? ¿ Cómo decir que - el hombre que mata a otro por motivos piadosos está contrariando - la voluntad de Dios ?

-.-

" La muerte nos acompaña constantemente a lo largo de nuestra vida. La manera de enfrentarnos a la muerte, a la nuestra y a la ajena, tiene significación reveladora para la vida del individuo y para la calidad de nuestra sociedad y cultura. Es un criterio básico de cómo hacemos frente a la verdad que incluye la verdad de que nuestra vida está destinada a la muerte... " (6).

Adquiramos conciencia de que el hombre es mortal por naturaleza; de que la muerte forma parte de su realidad histórica tanto como su nacimiento, y pongamos coto a la creciente deshumanización; frenemos el materialismo reinante y hagamos una humanidad más justa; no sacrifiquemos el bienestar de nuestros semejantes en aras de una expectativa de felicidad eterna; que nos consuele el hecho de -

-----

(6) Häring. Ob. cit., pág. 95.

no haber obrado por motivos perversos, que Dios, en su grandeza, -  
no podrá traicionarse y condenar un acto de bondad.

## C A P I T U L O     P R I M E R O

### SUMARIO

#### ETIMOLOGIA

Diversas significaciones.

¿ Por qué el título del presente trabajo ?

Descripción del homicidio por conmiseración.

#### DIVERSAS DEFINICIONES

El concepto en Morache.

Para Enrico Morselli.

Para Ricardo Royo-Villanova Morales.

Para Luis Jiménez de Asúa.

Para Eloy Montero Gutiérrez.

Para Eugenio Cuello Calón.

Para Juan José González Bustamante.

#### CLASIFICACION

Criterios de clasificación.

Euthanasia interna o natural y externa o provocada.

Crítica.

Euthanasia-homicidio y euthanasia-suicidio.

Euthanasia súbita, natural, teológica, estoica, terapéutica, eugénica y económica. Euthanasia legal.

Euthanasia libertadora, eliminadora y económica.

Un caso de euthanasia selectiva.

Ratificación de nuestra posición.

Euthanasia lenitiva y euthanasia occisiva.

La palabra Euthanasia está compuesta por dos voces griegas - cuya conjunción significa " buena muerte " . Se atribuye su creación al célebre filósofo y Canciller de Inglaterra Francisco Bacon de Verulamio (1), quien en el siglo XVII acuñó el término al estudiar el tratamiento de las enfermedades incurables, que a su entender, no es otro que la euthanasia.

Al decir de Bernhard Häring, "... el término ' eutanasia ' -- ha tenido un significado completamente diferente a lo largo de la historia. Podría significar 1.- competente y afectuosa asistencia a la persona moribunda para darle la experiencia de un cuidado que ama y de un amor que cuida; y, de esta manera, hacer que su muerte sea lo mejor posible; 2.- un tipo de tratamiento que por su naturaleza y por la intención del agente, tiende a aliviar los dolores del final de la vida, pero encierra el previsible efecto secundario de acortar la vida; 3.- lo que los moralistas y médicos llamaron ... eutanasia pasiva, renunciar al empleo de medios capaces de prolongar la vida; 4.- lo que el socialismo de Hitler llamó eutanasia o asesinato misericorde: sus agentes mataron, de manera -----

(1) CUELLO CALON, Eugenio. Discurso titulado El Problema Jurídico-Penal de la Eutanasia, leído en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación. Imp. Vda. de Galo Sáez. Madrid, 1951, - pág. 14.

sistemática o inmisericorde , a personas consideradas como indeseables o inútiles para sus propósitos... 5.- Por supuesto, la situación cambia considerablemente si el agente causa su propia muerte o la de otros , si es por comisión u omisión , con el consentimiento o sin la anuencia de la persona que va a desaparecer del teatro de la vida " (2).

Atendiendo a su etimología , no cabe duda de que euthanasia - significa buena muerte; " pero cuando de ese vocablo se ha querido extraer una doctrina , su sentido ha cambiado, adoptando muy distinto contenido. Demos de lado la acepción teológica, que quiere significar con esa frase la ' muerte en estado de gracia ', para estudiar los significados que le atribuyen los autores modernos , desde el restringido de agonía buena , hasta el amplísimo que comprende la muerte natural súbita, el suicidio, la ayuda a bien morir... etc. " (3).

Debido a la amplitud del término en cuestión, es que el presente trabajo se titula como se titula, y no " Exégesis sobre la

-----  
(2) HARING, Bernhard. Libertad y Fidelidad en Cristo. T. III. Ed. Herder. Barcelona, 1983, pág. 104.

(3) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Libertad de Amar y Derecho a Morir. 7a. edición. Ed. Losada. Buenos Aires, 1942, pág. 402.

Euthanasia ", que, como desprendemos de las citas tanto del misionero alemán como del jurista español, abarca muchas y diferentes acepciones. Y esto es así, porque el estudio de la muerte tiene implicaciones en todas las actitudes de la vida. Ha dado motivo a extensas disertaciones de moralistas y deontólogos; en ella se han inspirado escritores y poetas de todos los tiempos; en fin, sin mencionar los innumerables tratados médicos que se han escrito sobre la materia, teólogos y juristas también se han ocupado de ella dando ocasión a controvertidos y enjundiosos debates.

De tal manera que, ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, circunscribiremos el vocablo euthanasia exclusivamente a los casos en que UN HOMBRE PRIVA DE LA VIDA A OTRO HOMBRE, MEDIANDO LA PETICION DEL ULTIMO, QUE SE ENCUENTRA PROTAGONIZANDO UNA SITUACION ESPECIAL, EN FUERZA DE LA CUAL, LOS DOLORES FISICOS SON VERDADERAMENTE INTOLERABLES Y HACEN PRESUMIR FUNDADAMENTE LA INMINENCIA DE SU MUERTE.

He aquí descrito el homicidio por conmiseración; aquel que se ejecuta por móviles pietistas y cuya finalidad, en la mente del agente, es libertar al doliente de una larga y penosa agonía, no importando para estos efectos que el activo haya perpetrado el hecho por violenta emoción o porque sus facultades superiores estuvieran inhibidas.



A riesgo de ser redundantes, pues ya hemos apuntado lo que en nuestro concepto va a constituir el radio de aplicación de la eutanasia (entiéndase homicidio por conmiseración), es menester, no obstante, dejar constancia de las definiciones que los doctos han elaborado sobre la materia y de las diversas clasificaciones de que ha sido objeto.

Así, en los albores del presente siglo, en su "Naissance et Mort" (París, Alcan, 1904) escribía Morache que " la agonía que se desliza así -es decir, sin dolores y en la que las funciones sensoriales se van extinguiendo poco a poco- puede calificarse de -- agonía tranquila, de ' eutanasia ', (llamando) ' distanasia ' a esos largos y espantosos tránsitos a la otra vida, en que el agónico, en plena lucidez, sufre dolores físicos y morales llamando con angustia a la muerte liberadora que se aproxima con pasos lentísimos " (4).

Según Enrico Morselli (1' Uccisione Pietosa. Turín, 1923), la eutanasia, propiamente dicha, " es la muerte misericordiosa o -- piadosa que otro da a una persona, que sufre una enfermedad incurable o muy penosa, para suprimir la agonía demasiado larga o dolorosa

-----

(4) Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Ob. cit., pág. 403.

rosa " (5).

Por su parte, el médico legista español Dr. Royo-Villanova Morales, considera demasiado restringido el significado que le asigna Morselli y propone esta amplísima definición: " es la muerte dulce y tranquila, sin dolores físicos ni torturas morales, que puede sobrevenir de un modo natural en las edades más avanzadas de la vida, de un modo sobrenatural como gracia divina o sugerida por una exaltación de las virtudes estoicas y que puede ser provocada artificialmente, ya por motivos eugénicos, fines terapéuticos, para suprimir o abreviar una inevitable, larga y dolorosa agonía; pero siempre previa una reglamentación legal o el consentimiento del enfermo " (6).

El jurista y publicista español Luis Jiménez de Asúa, después de reconocer la ambigüedad del término, propone la siguiente definición: "... es la muerte tranquila y sin dolor, con fines libertadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, y con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico

-----  
(5) Citado por Cuello Calón. Ob. cit., pág. 15.

(6) ROYO-VILLANOVA MORALES, Ricardo. Concepto y Definición de la Eutanasia. Tip. La Academia. Zaragoza, 1928, pág. 10

tico y ejecución oficiales " (7).

Montero Gutiérrez, en sentido amplio, entiende que " la eutanasia es en realidad la extinción de la vida rápida o lenta, sin presentar evolución dolorosa, al menos especialmente; es el fin de los ancianos que se extinguen por consunción; es la muerte repentina provocada o no provocada de modo voluntario " (8). En sentido restringido, el mismo escritor dice que "... es el crimen cometido contra un enfermo incurable con la finalidad de aliviar sus dolores y amarguras; es la destrucción hecha por sentimientos piadosos de los desesperados, desahuciados ya por los médicos " (9).

Para Eugenio Cuello Calón, la euthanasia, en rigor técnico " es la muerte que, inspirada por la piedad y la compasión hacia el triste doliente, sólo procura su tránsito sin angustia ni dolor, no la que se propone causar la muerte " (10).

-----  
(7) Obra citada, pág. 404.

(8) Cuello Calón. Discurso. Contestación del Excmo. Sr. D. Eloy -  
Montero Gutiérrez, pág. 69.

(9) Idem.

(10) CUELLO CALON, Eugenio. Tres Temas Penales. Ed. Bosch. Barcelona, 1955, pág. 129.

En fin, entre nosotros, Juan José González Bustamante, seña -  
la que, en puridad, " la euthanasia... es la muerte tranquila, la  
muerte dulce, la muerte pacífica y misericordiosa que en el tránsito  
de la vida terrena hacia el mundo de lo desconocido, se hace -  
sin dolor ni sufrimiento " (11).

-. -

Atento lo anteriormente dicho, podemos desprender la posibilidad  
de dividir la euthanasia en clases, según se tome en consideración  
si en el evento que se produce (muerte) interviene o no la mano  
de un tercero, o según los móviles que el agente manifieste al  
aplicarla.

Sentado esto, ya el filósofo Francisco Bacon en su obra "No -  
vum Organum", escrita en 1623, distinguía la euthanasia en interna  
o natural (muerte tranquila) y en externa o provocada por el médico;  
y Forgue la dividía en natural o provocada.

Creemos que este tipo de muerte, que puede sobrevenir de un  
modo natural en las edades más avanzadas de la vida, no tiene tras-  
cendencia para el jurista, e incluso tampoco para el médico, ya -  
que nadie la discute ni combate; y, ahondando, nos parece que es -

-----  
(11) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Euthanasia y Cultura. Asociación  
Mexicana de Sociología. Imp. UNAM. México, 1952, pág. 9.

ésta la única y auténtica euthanasia, entendido el vocablo partiendo de su etimología, porque, normalmente, la muerte de un anciano es dulce, su resistencia mengua de modo natural, llega al fin de la vida, con los años encima, cargado de experiencias, con el secreto orgullo que da el deber cumplido y una absoluta disposición para morir.

El Dr. Ruy Santos (Da Euthanásia nos Incuraveis Dolorosos. - These de doutoramento. Bahía, 1928) la clasifica en euthanasia-homicidio, que subdivide en practicada por el médico o por pariente o amigo y euthanasia-suicidio (12).

A causa del amplísimo concepto que tiene de la euthanasia Ricardo Royo-Villanova (13), surgen numerosas clases de ella:

- . Euthanasia súbita, que es la muerte repentina;
- . euthanasia natural, es decir, la muerte natural o senil, - resultante del debilitamiento progresivo de las funciones vitales;
- . euthanasia teológica: la muerte en estado de gracia;
- . euthanasia estoica, conseguida por la exaltación de virtudes tales como la inteligencia, la fortaleza, la justicia;

-----

(12) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 405.

(13) Royo-Villanova. Ob. cit.

. eutanasia terapéutica, o sea, la facultad que podrían tener los médicos para propinar una muerte dulce a los enfermos incurables y presos de intensos dolores;

. eutanasia eugénica y económica: suprimir a todo ser degenerado o inútil, y

. eutanasia legal, la reglamentada o consentida por las leyes.

Para Jiménez de Asúa sólo existen tres clases de eutanasia: libertadora, eliminadora y económica (14). La primera de ellas se causa con el afán de libertar al doliente de padecimientos intolerables; la eliminadora se practica con una finalidad eugénica, es decir, con ánimo de que no se incorporen a la raza seres deformes que solamente vendrían a degradarla; la económica vendría a coincidir en su finalidad, con la segunda, en el sentido de que esos "seres inútiles" constituyen una carga tanto para su familia, como para el Estado, y por eso se les elimina.

Antes de seguir adelante con la exposición de la clasificación de la eutanasia, conviene advertir, como hace Jiménez de Asúa, que en algunos casos de aparente rigor eutanásico por causas selectivas, la vida demuestra que puede ser un error practicar

-----

(14) Ob. cit., pág. 406.

1a. Escribe el maestro español:

" Es altamente aleccionador en este sentido el caso que cuenta Hans Betzhold (Eutanasia. 2a. edición. Santiago, 1942), tomándolo de Loomis, que fué el protagonista, dos años después de haber llegado a California para ejercer como tocólogo. Asistía a un parto en que la presentación no era corriente. El médico extrajo un pie, y al buscar el otro, vió que 'nunca iba a estar junto al primero. Faltaba todo el muslo, de cadera a rodilla, de tal modo, que ese pie llegaba tan sólo a la altura de la rodilla del otro lado. Y una niña iba a sufrir ese defecto, que yo no había visto nunca ni he vuelto a ver más. Empezó entonces la lucha más tenaz que he sostenido conmigo mismo. Sabía cómo iba a afectar esta desgracia al sistema nervioso tan delicado de la madre. De cada diez presentaciones de pies, una es fatal, porque el niño no nace con la suficiente rapidez. En este caso, conque no me apurara... Si solamente diera tiempo a mis manos; si tardara unos momentos. De ningún modo iba a ser un caso fácil; nadie en el mundo podría saberlo jamás. La madre, después del primer golpe de pena, quizás se alegraría de haber perdido una hija tan tristemente defectuosa. En un año o dos podría venir otra y la suerte trágica no iba a repetirse. Una voz interior me gritaba: "no traigas este pesar a sus padres. La niña no ha respirado aún; no la dejes que respire... De todos modos, quizá no puedas sacarla viva... No te apures... No seas im-

bécil y no permitas esta terrible desgracia, aunque la conciencia te mortifique un poco... Quizá te mortifique más si la dejas nacer' Pero, de pronto sintió una sensación de vigor y de vida en la criatura y la sacó "con su piernecita monstruosa". Sus temores se cumplieron respecto de la madre, que tuvo que estar varios meses hospitalizada y que sufrió enormemente al ver así a su hija. Pasaron varios años, y de cuando en vez, al recordar el caso, el médico se reprochaba no haber tenido suficiente fuerza de voluntad para haber seguido su impulso primero. Un día, en una de las fiestas de Pascua que era costumbre hacer en el Hospital de California por los enfermos, empleados y personal médico, el doctor escuchó, arrojado, a una joven y bella arpista. Al terminar el festejo una mujer se le acercó para decirle, emocionada: "¿ no la ha reconocido usted ? ¿ No recuerda a la niñita que hace diecisiete años nació con una pierna corta ? Al principio ensayamos todo lo imaginable. Ahora lleva pierna completa artificial en ese lado, pero no se le conoce nada. ¿ Lo notó ? Puede andar, nadar y casi bailar. Lo mejor de todo es que durante los largos años en que no podía hacer nada aprendió a usar sus manos en forma admirable. Y va a ser una de las arpistas más famosas del mundo. Entrará a la Universidad este año, a los diecisiete de edad. Es toda mi vida, ¡ y ahora es tan feliz ! Aquí viene ", ' Entonces encontré la respuesta y la --

-----



tranquilidad que había esperado tanto tiempo' " (15).

No quiero dejar pasar la oportunidad aquí, de reafirmar la -  
posición que he tomado al respecto, y lo haré cuantas veces sea ne  
cesario a lo largo del desarrollo de este estudio: es preciso cir-  
cunscribir la figura del homicidio por conmiseración tan sólo a -  
aquellos casos en que habida cuenta de una situación preexistente,  
en la que un hombre sufre intensos dolores físicos, se afecte su -  
vida como bien jurídicamente tutelado en pro de eliminar el dolbr;  
es decir, que el dolor se acabe con la vida, cuando objetivamente  
no pueda eliminarse de otra forma. Es cuestión, simplemente, de -  
adelantar un acontecimiento ya esperado. Sin embargo, es esto dife-  
rente a solapar el homicidio cometido por motivos eugénicos y eco-  
nómicos. ¡ No ! Un rotundo ¡ no !, porque una mentalidad así es -  
altamente peligrosa por egoísta y patológica. Neurona alguna de mi  
cerebro concibe privar de la vida a una persona por los motivos -  
antes mencionados; me parece una aberración y el principio de la -  
desintegración de la cultura humana, porque el hombre debe tener -  
por dique al hombre, que es su igual y jamás atentar contra sí mis-  
mo si no es por causas que la propia naturaleza humana justifique;  
y la naturaleza humana no justificará matar a un semejante por ser  
físicamente imperfecto. Tenemos casos ejemplificativos en la histo

-----  
(15) Ob. cit., pág. 425.

ria de mentalidades geniales que pertenecieron a cuerpos contrahechos: Byron era lisiado; el gran poeta de la tristeza, Leopardi, era raquítico y tuberculoso; los grandes compositores Schumann y Donizetti, el gran novelista Maupassant, Nietzsche, eran paralíticos generales (16).

Cabe señalar que la muerte eugénica en algunos pueblos primitivos -como el celta-, se complementaba con el propósito euthanásico y, así, se daba muerte a los ancianos valetudinarios, existiendo también la práctica, extendida en algunas tribus antiguas y grupos bárbaros, de imponer como obligación sagrada al hijo la de administrar la muerte buena al padre viejo y enfermo. Volveremos sobre este punto en un momento más, al estudiar el desarrollo histórico de la muerte por conmiseración.

Para terminar con la clasificación doctrinal de la euthanasia, sólo nos resta apuntar que el maestro Cuello Calón la divide en lenitiva y occisiva. La primera es el empleo de medios mitigados o eliminadores del sufrimiento humano; la euthanasia occisiva sería aquella practicada específicamente con el ánimo de causar la muerte del paciente para poner fin a su dolor (17).

-----

(16) Cuello Calón. Tres Temas Penales. Ob. cit., pág. 166.

(17) Ob. cit., pág. 130

## CAPITULO SEGUNDO

### ESBOZO HISTORICO

#### SUMARIO

PRIMITIVAS PRACTICAS DE EUTHANASIA Y DE EUGENESIA.

Aclaración previa.

Los brahmanes.

Los espartanos.

Platón compara el género humano con los animales irracionales.

Los celtas.

Los masagetas, los sardos, los esclavos, los escandinavos.

La eugenesia consiste en privar de la vida a otro con una finalidad selectiva.

El hombre primitivo era guiado por una moral utilitaria.

Práctica hindú.

Antiguos aborígenes otomíes.

UN EPISODIO BIBLICO.

GRECIA Y ROMA.

Platón, Epicuro y Plinio.

En Atenas el Senado otorgaba permiso para eliminarse.

La "Academia" de Cleopatra y Marco Antonio.

El "Pollice verso".

EDAD MEDIA Y COMIENZOS DE LA MODERNA.

Misericordia.

Pueblos protestantes.

NAPOLEON Y DESGENETTES.

COSTUMBRE CRIOLLA.

PRIMITIVAS PRACTICAS DE EUTHANASIA Y DE EUGENESIA.

Como ya dejamos asentado (ver Capítulo Primero, in fine), entre los pueblos primitivos las prácticas eugenésicas estuvieron amplísimamente vinculadas a las euthanásicas, pero, a decir verdad, había una clara diferenciación entre unas y otras.

Para poder extraer el mayor provecho posible de los documentos y constancias históricas, nada mejor que interpretarlos sumergiéndonos en la mentalidad de los hombres de la época de que se trate. Sólo así podremos llegar a comprender el por qué de una determinada actuación o institución humana. Con esto, queremos decir que se debe partir de un ángulo de vista antropológico, sin olvidar la indigencia social del ser humano y su vertiente individual, que también le caracteriza.

Así, es fácil entender por qué entre los brahmanes existía la costumbre de matar o abandonar en la selva a los niños que después de dos meses de nacidos les parecían de mala índole; o por qué los espartanos, según relata Plutarco en las Vidas Paralelas de Licurgo y de Solón, daban muerte a las criaturas desprovistas de vigor o con malformaciones.

La patria griega tiene como vértice la doctrina de Platón -

(República. Libro V), que llega a comparar el género humano con los animales irracionales, pues del mismo modo que para obtener buenas crías o buenos ejemplares se seleccionan aquéllos, para dar hijos - robustos y útiles al Estado " deben procurar los magistrados seleccionar los hombres y las mujeres, procurando que los enlaces de los mejores sujetos de uno y otro sexo sean más frecuentes, y al contrario, los de los peores, muy escasos. Además -añade- deben criarse - los hijos de los primeros y no de los segundos, si se quiere que el rebaño venga a ser de los más aventajados " (1).

Entre los celtas se hallaban ya muestras no sólo de selección, sino de verdaderas prácticas de euthanasia, porque no daban muerte únicamente a los niños deformes o monstruosos, sino a los ancianos valetudinarios. " Por descripciones de viajeros antiguos y modernos -expresa el maestro Jiménez de Asúa-, sabemos que el sentimiento del deber filial impulsaba a los masagetas, sardos, eslavos y escandinavos a precipitar la muerte de sus padres enfermos que hubiesen arribado a una vejez extrema " (2).

Recapitulando:

-----

(1) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Libertad de Amar y Derecho a Morir. 7a. edición. Ed. Losuda. Buenos Aires, 1942, pág. 26.

(2) Ob. cit., pág. 26.

La eugenesia es la muerte que se da al alguien mediando exclusivamente motivos de selección; ver por la pureza y perfección de la raza, como sucedió con Hitler. Sin embargo, entre los pueblos primitivos antes citados, existieron cuando no motivos prácticos - poderosos, razones de índole altamente selectiva y justificadas por la misión que se les inculcaba a los miembros del clán desde la más tierna edad: piénsese que esos pueblos no eran sedentarios, que requerían con frecuencia abandonar un lugar para establecerse transitoriamente en otro, buscando un río para mitigar su sed y caza suficiente para saciar su hambre, o huyendo de tribus guerreras que ocasionalmente se apoderaban de sus pertenencias y de sus mujeres. Entonces, no podían permitir los jefes de esas hordas humanas, que un anciano impotente o un niño paralítico fueran atrazando al grupo que tenía la premura de encontrar un lugar apto en el que pudieran satisfacer sus necesidades. O piénsese en la predominantemente mágica y supersticiosa mentalidad, patrimonio de aquellas primeras agrupaciones, que les impelía a deshacerse de las criaturas recién nacidas que acusaban malformaciones físicas tales que solamente por haber nacido de una mujer se comprendía que fueran seres humanos.

El Dr. Regnault (J. Regnault. *Assassinat Medical ou Supreme - Charité ?*, en "Revue Ancienne Revue des Revues", del 15 de junio de 1906, T. LVI) opina que cuando el hombre tenía en su contra los

elementos y las bestias feroces, y en que la lucha por la vida era muy penosa, el hombre primitivo sólo iba guiado por una moral utilitaria. Entonces no podía proteger a los seres inútiles ni procurarles alimentos, y lo mejor era liberarles de sus sufrimientos, anticipándoles la muerte. " Cuando el hombre era un lobo para el hombre -dice el Dr. Regnault-, cuando las familias y las tribus reñían combates sangrientos, los vencidos pudieron considerar como un deber rematar, para evitarles las torturas de un enemigo cruel, los heridos de su tribu que estaban demasiado graves para huir. Estas prácticas se han conservado hasta nuestros días, bajo distintas formas. En ciertos pueblos antropófagos estaba en uso todavía en el siglo XIX matar a los niños enfermos y a los ancianos impotentes, para preparar festines muy apreciados. Los viejos padres encontraban la cosa muy natural y pensaban que no podían tener sepultura más honrosa que el estómago de sus hijos, pues en esas tribus el principio utilitario estaba desarrollado al máximo... En la India antigua, los incurables eran conducidos por sus allegados al borde del Ganges; se les asfixiaba más o menos completamente, llenándoles las narices y la boca de barro, y se les arrojaba en el río sagrado " (3). " Según las prácticas del budismo -escribe Juan José González Bustamante-, sólo así se lograba la incorporación del individuo a la esencia divina, obteniéndose la eterna fe-

-----  
(3) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 428.

licidad, que consiste en extinguir la conciencia personal y exaltar la impersonalidad liberadora de las miserias de la vida... Entre los antiguos aborígenes otomíes que ocuparon nuestro territorio, los seres que no podían figurar en la casta de los guerreros por imposibilidad física, eran sacrificados "(4).

Esto viene a demostrar que hombre alguno de cualquier etapa de la historia, por remota que sea, ha obrado a la deriva jamás. Se ha tenido un motivo, por fútil y asombroso que ahora nos parezca, para actuar de tal forma, pues el hombre ha ejercido la facultad de pensar siempre, aunque no siempre haya podido expresar su pensamiento, de manera inteligible para otros. El humano es el único ser de la creación que se mueve en razón de medio a fin, y si a esto añadimos que la muerte fue comprendida por el hombre al través de una intuición, resultará sencillo diferenciar cuándo se mataba por móviles eugénicos y cuándo por motivos de piedad, pero sin soslayar la fuerza de la circunstancia que hace que cada hombre (o cada grupo) sea lo que es en un determinado momento de la vida.

-----

(4) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Euthanasia y Cultura. Asociación Mexicana de Sociología. Imp. UNAM. México, 1952, págs. 33-34.



#### UN EPISODIO BIBLICO.

En el Libro segundo de Samuel -refiere Jiménez de Asúa- hay un párrafo sobremanera interesante: el Amalecita viene del campo de Saúl, en busca de David, para contarle de la muerte de su Rey - en el monte de Gelboe. Estaba aquél en su lanza clavado, tratando en vano de morir. Lo espeso de la armadura de mallas que le cubría era obstáculo para que el arma penetrase enteramente en su cuerpo. "Yo te ruego -dijo Saúl al Amalecita- que te pongas sobre mí y me mates, porque me toman angustias y aún toda mi alma está en mí". Y el Amalecita confesó a David: "Yo entonces púseme sobre él por - que sabía que no podría vivir después de su caída" (5).

#### GRECIA Y ROMA.

Probablemente recogiendo las enseñanzas del pueblo hindú, los filósofos griegos y romanos se mostraron partidarios de ayudar a - morir a los ancianos, a los agónicos y a los incurables. Dice Jiménez de Asúa, citando a Morselli (L'Uccisione pietosa (l'Eutanasia) in rapporto alla Morale ed all'Eugenica. Turín, Bocca, 1923), que Platón, Epicuro y Plinio fueron los primeros pensadores eutanasistas. El primero, en su República, expone conceptos de carácter

-----

(5) Ob. cit., pág. 428.

seleccionador, alabando a Esculapio por haber propuesto el cuidado tan sólo de los enfermos curables y el abandono a su propio destino de los desahuciados, y patrocinando el homicidio de los ancianos, de los débiles y de los enfermos. Epicuro, por su parte, pensaba que debíamos hacer lo posible para que la vida no nos fuere odiosa, pero una vez que se nos hiciera insoportable, debíamos terminarla. Plinio, en fin, llega a discutir las enfermedades en que "los físicos podían dar la muerte" (6).

Según Ricardo Royo-Villanova, en Atenas el Senado tenía la facultad de otorgar el permiso para eliminarse. En la isla de Cea, cuando sus habitantes habían llegado a los sesenta años, se les suprimía por medio de un veneno. Por lo general, en Grecia era práctica frecuente que los ancianos cansados de la carga del Estado y de la crueldad de la existencia acudiesen a la magistratura, exponiendo ante ella las razones en que basaban su deseo de morir, y si los magistrados juzgaban suficientes estos motivos, les concedían la autorización para matarse, proporcionándoles el veneno necesario para ello " (7).

En Roma, en tiempos de Valerio Máximo, el Senado de Marsella

-----  
(6) Ob. cit., pág. 447.

(7) ROYO-VILLANOVA MORALES, Ricardo. El Derecho a Morir sin Dolor. M. Aguilar Editor. Madrid, 1929, pág. 31.

tenía un depósito de cicuta a disposición de quien mostrase ante la Corte deseos de abandonar la vida. Pero esto, al igual que en Grecia, más que a fines euthanásicos, respondía a la costumbre de facilitar el suicidio.

Morselli narra que Cleopatra fundó en Egipto, con Marco Antonio, una "Academia" cuyo objetivo era hacer experiencias sobre los medios menos dolorosos de morir (8). Y Del Vecchio (*Morte Benéfica*. Turín, Bocca, 1928), por su parte, explica como euthanasia el "Pollice verso" de los Césares en los combates que se efectuaban en el circo romano, decretado para aquellos combatientes que, heridos de muerte, tardaban en sucumbir tras de agonía cruel (9).

#### EDAD MEDIA Y COMIENZOS DE LA MODERNA.

El hecho de terminar con los heridos en los combates se presenta en toda la historia de la humanidad. "... En la Edad Media, se llamó 'misericordia' al corto puñal afiladísimo que servía para rematar a los que caían en las luchas multitudinarias o en los llamados Juicios de Dios. Se usaba introduciéndolo en la juntura de la armadura, por bajo de la gorguera, para rematar al vencido -

-----

(8) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 429.

(9) Ob. cit.

que , con heridas mortales , sufría mucho o tardaba en acabar su agonía. "j (10). Sin embargo, para los cristianos medievales la idea de matar por compasión era repugnante, pues aceptaban que el dolor venía de Dios y que debía ser aceptado como expresión de la voluntad del Todopoderoso. Como dice René Fulöp Miller , " el ' no matarás ' era considerado como el más importante de los diez Mandamientos, y hombre alguno podía infringirlo , aunque se tratase de los sufrimientos más crueles... la condenación perdura hasta nuestros días en la Iglesia Católica " (11).

" En algunos pueblos protestantes no existió igual rigidez - contra la eutanasia piadosa o selectiva. Lombroso cuenta que hacia 1600 los viejos y los incurables eran muertos solemnemente en Suecia por sus propios parientes " (12).

#### NAPOLEON Y DESGENETTES.

Cuando Napoleón fué interrogado en la Isla de Elba , respecto

-----  
(10) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 430.

(11) FULOP MILLER, René. El Triunfo sobre el Dolor. Trad. del Inglés por Felipe Jiménez de Asúa. Ed. Losada. Buenos Aires, 1940, - pág. 452.

(12) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 430.

a si era cierto que había ordenado la muerte de enfermos de peste, en su campaña de Egipto, para sustraerlos a los dolores que el mal les producía, dijo: " Hay en la pregunta algo verdadero: tres o cuatro hombres estaban atacados por la peste; no les quedaban más que veinticuatro horas de vida. Debía ponerme en marcha y consulté al doctor Desgenettes sobre los medios para transportarlos. Me informé del contagio de la enfermedad, constitutivo de un real peligro para el ejército, y me expresé que los mismos enfermos estaban irremisiblemente perdidos y ya moribundos. Dispuse entonces que Desgenettes los matase suministrándoles fuertes dosis de opio, a fin de que no cayeran vivos en poder de los turcos " (13).

Lo cierto es, sin embargo, que Desgenettes no cumplió lo que mandaba Napoleón, y cuando éste le preguntó por qué no mataba a los apestados, respondió: " mi deber es mantenerlos vivos " (14).

#### COSTUMBRE CRIOLLA.

En Sudamérica ha sido frecuente la costumbre de 'despenar' entre los habitantes del campo. José Ingenieros dice que " Despe -

-----  
(13) BOUZA, Luis Alberto. El Homicidio por Piedad y el Nuevo Código. Imp. Moderna. Montevideo, 1935, pág. 59.

(14) Fülöp Miller. Ob. cit., pág. 454.

nar es un deber de buen amigo y negarse a hacerlo se reputa como - acto deshonesto, mezcla de impiedad y cobardía " (15). El propio - maestro argentino relata un caso que no tiene mayor singularidad - que haberse cometido por estrangulamiento y en un enfermo crónico, cuando el hábito de despenar, común en la población rural sudameri- cana, se había practicado siempre en casos de heridas y accidentes graves, rara vez en casos de enfermedad crónica, y se despenó siem- pre usando arma blanca:

" Un hombre de cuarenta años, tuberculoso pulmonar y con le- siones laringoesofágicas que le impiden tomar alimentos, comienza a verse morir de hambre. Durante dos años ha recorrido muchos hos- pitales urbanos, vendiendo más tarde un campito para entregarse al pillaje de curanderas y manosantas. Reducido a la mayor miseria, - sin ánimos ni recursos para permanecer en la ciudad, regresa a su pueblecito de campaña, donde un viejo amigo de la infancia le hos- peda caritativamente en su rancho pobrísimo. Al principio el enfer- mo sobrelleva su situación; come algo, y sus fuerzas le permiten - moverse en la cama para satisfacer sus necesidades más premiosas. A poco andar, la deglución tornose difícil y el estado general re-

-----  
(15) INGENIEROS, José. La Piedad Homicida. Revista del Círculo Mé- dico Argentino y Centro de Estudiantes de Medicina. Año XI, 1911, número 118, pág. 489.

duce al enfermo a una completa inacción, como de quien se ve morir de hambre, día por día, hora por hora. En tal situación, pide a su amigo, a su hermano de toda la vida, que lo despene. El otro se resiste, intenta alentararlo, le dice que tal vez pueda sanar. Después de pocos días, el enfermo renueva su pedido, con igual resultado. La tercera vez se realizó el hecho, que el acusado refiere en la forma siguiente: ' A las 8 p. m. el enfermo lo llamó por señas y con gemidos, pues desde tiempo atrás tenía gran dificultad para hablar; se le echó al cuello, llorando y gimiendo en forma tan desesperada, que él también se echó a llorar, hondamente como vido. En este momento el enfermo cayó de espaldas, sofocado por un horrible acceso de tos, que parecía volcar los pulmones por la boca, y mirando fijamente a su amigo, como implorándole, tomó su mano derecha, con las dos propias y la llevó hasta su cuello, instándole a apretar con muecas desesperadas. El amigo no recuerda más. Dice que estaba llorando con el corazón partido de pena; apretó un momento, dando vuelta a la cara para no ver, pero el infeliz se quedó enseguida tranquilo, como si le estuvieran haciendo un gran bien...' Después, el estrangulador notificó a los vecinos que el enfermo había fallecido, lo que a nadie extrañó, porque todos sabían su extrema gravedad y, por creerlo inútil, no dijo que lo había despenado. Al regresar al rancho se encontró con un colono italiano, y, según relata el procesado, ' no sabiendo que contarle, se me ocurrió decirle de cómo lo tuve que ayudar a morir al pobre

Juan, 'El italiano, formado en un medio en que no era excusable un acto de esa clase, denunció el hecho. Detenido el criollo declaró tranquilamente que no había contado antes cómo habían pasado las cosas porque no se le había ocurrido que fuera malo y por impedirle hablar de ello la propia aflicción en que le tenía la muerte de su amigo. El funcionario policial que le tomó la declaración, agregó este comentario: ' parece ser que, realmente, Don C no cree haber hecho nada malo, y más bien que ha cumplido con los deberes de amistad ' " (16).



## CAPITULO TERCERO

### EL SOSTEN DOCTRINAL DEL HOMICIDIO POR CONMISERACION

#### SUMARIO

##### PRIMERA PARTE

Multi e interdisciplinarietà de las ciencias.

Las principales obras.

Enrico Ferri y " L' Omicidio-Suicidio ".

H. Binet-Sanglé y su libro " L' Art de Mourir ".

La euthanasia será confiada a especialistas patólogos, psicólogos y terapeutas.

Los " institutos de euthanasia " de Binet-Sanglé.

Condiciones que han de exigirse para la práctica de la euthanasia según Felipe Crispigny.

Carlos Binding y Alfredo Hoche: " La Autorización para Exterminar las Vidas sin Valor Vital ".

No existe un hecho de homicidio, sino una sustitución de la causa de muerte.

Condiciones para que proceda la euthanasia según Binding y Hoche.

Las " comisiones oficiales ".

Clasificación de los seres humanos susceptibles de practicárseles la euthanasia, según Binding y Hoche.

Tipos de hombres en los que opera la autorización o consentimiento.

La Sociedad Psicológico-Forense de Gottinga.

La Sociedad Médico-Forense de Breslau.

Opinión de Wachenfeld.

Para Edmundo Mezger.

Para Ernst Von Beling.

Schönke.

Según Von Hippel.

Según Köhler.  
Según Max Ernst Mayer.  
Para Franz Von Liszt.  
Para Sauer.  
Enrico Morselli y su obra " L ' Uccisione Pietosa ".  
La euthanasia para Giuseppe Del Vecchio.  
Opinión de Vincenzo Manzini.  
Para Giuseppe Maggiore.  
Para Saltelli - Romani Di Falco.  
La euthanasia en Suiza.  
La euthanasia en Bélgica.  
El problema jurídico - penal dilucidado por Eugenio Cuello Calón.  
El homicidio por conmiseración debe atenuarse.  
Solución si la muerte piadosa es practicada por los familiares más allegados al enfermo.  
También se puede exonerar de pena.  
Criterio de Luis Jiménez de Asúa.  
El perdón judicial.  
Crítica.

#### SEGUNDA PARTE

Criterios para negar procedencia al homicidio por conmiseración.  
La incurabilidad, la inutilidad y el dolor.  
Relatividad de los conceptos.  
El error del hombre consiste en creer que la ciencia lo es todo.  
Influencia de las condiciones internas y externas del hombre sobre el dolor.  
Es erróneo sujetar el criterio judicial a formulaciones casuístas.  
Criterios en que se apoya la muerte liberadora.

¿ Existe en el médico el derecho y la obligación de imponer la vida ?

El dolor.

Los dolores físicos.

Los dolores morales.

La inutilidad.

Muerte eliminadora y muerte económica.

Los ancianos valetudinarios.

Dementes, incurables e idiotas.

Los manicomios de tipo " open door ".

Criterio de Carlos Richet.

La verdadera causa de los exterminios en Alemania.

Después de destacar el progreso realizado por las ciencias - biológicas y psicológicas y su influencia en el ámbito del Derecho Penal -problema muy en boga en los actuales días y que no es otra cosa que el proceso de multi e interdisciplinariedad-, Eugenio - Cuello Calón se cuestiona sobre si es o no lícito acortar la vida dolorosa de una persona sin esperanza de salvación (1).

Reseñemos lo que se ha escrito sobre este punto; el pro y el contra del homicidio por conmiseración; sus apologistas, tanto adversarios como adeptos. Lo haremos pasando revista, primeramente, a las obras que Jiménez de Asúa considera capitales en la materia, por ser éstas las que pusieron candente el problema (2), sin omitir otras que no por carecer de la misma difusión, son, por ello, menos importantes.

Si bien es cierto que antes de 1884, año en que Enrico Ferri - imprime su sugestivo trabajo titulado " L' Omicidio-Suicidio ", algunos países como Francia e Inglaterra se habían ocupado con seriedad del tema, no es menos cierto que con la aparición del estudio

-----  
(1) CUELLO CALON, Eugenio. Tres Temas Penales. Ed. Bosch. Barcelona, 1955, pág. 123.

(2) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Libertad de Amar y Derecho a Morir. 7a. edición. Ed. Losada. Buenos Aires, 1942, pág. 451.

del eminente sociólogo italiano -editado en época más reciente bajo el título de " L' Omicida " (Unione Topografica Editrice Torinese, 1925)- aquel readquiere verdadero interés.

Aborda Ferri en su texto, la responsabilidad jurídica del que da muerte a otro con su consentimiento, e intenta fijar las normas que faciliten la distinción de los casos en que ese hecho es delito y aquellos otros en que no lo es. Los móviles le sirven para trazar el límite, proclamando que el que da muerte a otro guiado por motivos altruistas y piadosos, no debe ser considerado como delincuente. Dice Ferri que " entre el amigo que por piedad mata a su amigo, condenado por una enfermedad incurable, cediendo a sus ruegos reiterados, y el individuo que no mata, pero que con falsas noticias y pérfidas sugerencias instiga a otro a suicidarse, proponiéndose con ello librarse de un compromiso o participar de una herencia, existe un abismo moral en favor del primero " (3).

Ferri otorgó relevante valor al consentimiento, considerando que el derecho a la vida podía ser renunciable por parte de su titular y que así el hombre " como tiene derecho a vivir tiene derecho a morir " (4). Sin embargo, la valoración de la responsabi-

-----  
(3) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 452.

(4) Citado por Cuello Calón. Ob. cit., pág. 139 en nota No. 4.

dad penal, según el escritor italiano, no debe basarse tan sólo en el consentimiento sino también en la consideración de los motivos - determinantes del homicidio: " sólo cuando éstos fueren legítimos y sociales podría declararse la impunidad del hecho " (5).

Es importante para nosotros, subrayar la expresión " sólo -- cuando éstos (los motivos determinantes del homicidio) fueren legítimos y sociales ", que se desprende del pensamiento del autor, - porque ello alude a que en el sentir de la comunidad, la acción no constituye una infracción punible, y esto se basa en el contenido de la norma y en la objetividad del hecho, problema que atañe, indudablemente, al concepto de antijuridicidad.

Otro gran apologista de la eutanasia, decidido partidario de su legal implantación, lo fué H. Binet-Sanglé, que en su libro - " L' Art de Mourir " (Defense et Technique du Suicide Secondé. Paris, A. Michel, 1919) (6), expone, incluso, un proyecto de reglamento, según el cual la eutanasia será confiada a especialistas - que reúnan las características del patólogo, psicólogo y terapeuta. El que desee morir será examinado por tres de estos peritos quienes lo estudiarán desde los puntos de vista hereditario, constitu-

-----  
(5) Idem.

(6) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 452.

cional, fisiológico y psicológico, investigando las causas que le impulsan a tal designio. Tratándose de una enfermedad dolorosa e incurable, a juicio de los tres investidos de la facultad de determinar la eutanasia, será otorgado el "derecho a morir". Propone - el médico francés, que las prácticas eutanásicas se realicen en establecimientos a propósito, denominándolos "institutos de eutanasia". Revisa los distintos medios posibles para procurar la muerte buena y se inclina en favor del protóxido de azoe, que, lejos de producir sensaciones desagradables, parece que procura al agónico una placentera marcha del mundo de los vivos. He aquí cómo propone operar: "Introducido el sujeto en la sala de Eutanasia, se le produce una anestesia local con cloruro de etilo; en el lugar anestesiado se le inyectan dos centigramos de clorhidrato de morfina y por fin se le hace respirar el protóxido de azoe, que a los cincuenta segundos habrá producido una inconsciencia absoluta, procurando al paciente el anhelado reposo eterno" (7).

Sin embargo, no ha sido Binet-Sanglé el único que ha propuesto procedimientos para privar de la vida a los "seres humanos desprovistos de valor vital" (lato sensu); Elster y Binding, en Alemania, y Grispigni, en Italia, lo han hecho también; este último, concreta así las condiciones que han de exigirse: "1o.- Demanda -

-----  
(7) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 479.

ante el tribunal de parte del enfermo o de quien ejerce la patria potestad sobre él; 2o.- Nombramiento de tres médicos; 3o.- Peritaje de que la enfermedad es incurable y que va acompañada de insupportables sufrimientos, y 4o.- Decisión motivada del tribunal oído el ministerio público " (8).

Unidos el jurista alemán Carlos Binding y el psiquiatra Alfredo Hoche, publicaron en 1920 un folleto intitulado " La Autorización para Exterminar las Vidas sin Valor Vital " (Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens. Leipzig. Félix Meiner, 1920) - (9). En la obra, las ideas del penalista hallan su complemento en las concepciones del alienista. El folleto versa sobre el descubrimiento de las razones jurídicas y morales que pueden presentarse en favor de la posibilidad legítima de matar a los seres humanos desprovistos de valor vital. Binding resume su pensamiento en pro de la eutanasia en los siguientes términos: " yo no encuentro ni desde el punto de vista religioso, social, jurídico o moral argumentos que nieguen la autorización para destruir esos seres humanos, remedos de verdaderos hombres que provocan el disgusto en todos los que los ven. En las épocas de alta moralidad es indudable que hubieran acabado con semejantes seres " (10).

-----

(8) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 478.

(9 y 10) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 453.



En la euthanasia -sostiene Binding- " no existe un hecho de homicidio en sentido jurídico, sino una sustitución de la causa de muerte que radica en una enfermedad dolorosa, y quizá aún duradera, por otra causa de muerte no dolorosa. No es un homicidio, sino un puro acto de curación, una obra curativa, no prohibida, de benéfico resultado para los enfermos gravemente atormentados, aún cuando la ley no lo reconozca expresamente " (11).

Al lado de la euthanasia para los enfermos insalvables, Binding proclama el aniquilamiento de los imbeciles y dementes sin curación posible, por lo que sus concepciones no son sólo eutanásicas, sino seleccionadoras. En su sentir, la muerte dada a estas personas no debe ser prohibida cuando otorga su permiso una " comisión oficial ", nombrada para este fin.

Las muertes así decretadas o consentidas se practicarán en establecimientos especiales de la siguiente manera: " la iniciativa eutanásica ha de partir del paciente, de su médico o de una persona designada por el enfermo; por ejemplo de un pariente próximo. La demanda se hará ante la autoridad competente, que podrá admitirla o rechazarla. Si la recibe, será pasada a una comisión ad hoc, compuesta de un médico general, un especialista en

-----  
(11) Citado por Cuello Calón. Ob. cit., pág. 147.

psiquiatría y un jurisconsulto , con derecho a voto los tres que no tendrá el presidente. Ni el demandante ni el médico de cabecera podrán formar parte de la comisión , que funcionará en instancia única , después de recoger las pruebas precisas e interrogar a los testigos. La decisión deberá ser tomada por unanimidad, y de esta especie de sentencia , así como de su ejecución y de las deliberaciones previas , se levantarán las actas oportunas " (12).

Por su parte, Alfredo Hoche, ilustra y apoya con la convicción de médico, las concepciones del jurista alemán, creyendo que llegará un día en que estimaremos que la eliminación de esta clase de individuos , a quienes llama de " espíritu muerto " , no será un crimen , sino un acto de utilidad.

Binding destina la euthanasia a tres grupos de hombres:

A) Los perdidos irremediamente como consecuencia de alguna enfermedad o herida -cancerosos , tísicos , lesionados de muerte- que en plena consciencia de su estado demandan perentoriamente el fin de sus sufrimientos. Para estos sujetos, el punto de partida para la práctica de la euthanasia será su autorización.

-----

(12) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 478.

B) Los idiotas o dementes incurables, a los que no amenaza la muerte en un plazo breve, sin tener relevancia el hecho de que hayan nacido así o que hayan llegado a esa situación en el transcurso de su vida, por ejemplo, el enfermo de parálisis general progresiva en el último estadio de su mal. Les falta -dice Binding- la voluntad de vivir tanto como la de morir. La orden de matarlos no tropieza aquí con resistencia alguna. Su existencia carece de todo valor; sin embargo, no se les presenta a ellos como insupportable. Son una pesada carga para sus familias y para la sociedad. Su muerte, por otra parte, no provoca pesar alguno, a no ser, tal vez, en los sentimientos de la madre o de la enfermera fiel. El estado de estos dementes o imbéciles exige cuidados considerables y la formación de profesionistas que pierden su existencia prolongando la de estos no-valores humanos absolutos... (13).

C) Entre estas dos categorías existe una tercera, a la que pertenecen seres espiritualmente sanos, que por un acontecimiento cualquiera -tal vez por una herida grave- han perdido el conocimiento y que cuando salgan de su inconsciencia, si es que llegan a recobrar el sentido, caerán en el más miserable estado, con destino a una muerte segura.

-----  
(13) Jiménez de Asúa. Ob. cit. pág. 477.

Para estas dos categorías, como no se cuenta con la voluntad del paciente en vista de su incapacidad mental, decidirán sobre su suerte, como habíamos apuntado, comisiones oficiales especialmente nombradas.

-.-

La postura de Binding y Hoche fué duramente criticada por a - grupaciones científicas de renombre, como la Sociedad Psicológico-Forense de Gotinga, que en la sesión del 26 de enero de 1921, discutió el asunto, siendo ponentes Von Hippel, desde el punto de vista jurídico, y Geoppert, en el aspecto médico. El resultado de la polémica fué la repulsa unánime a la idea de conceder pública y oficialmente autorización para matar a los enfermos incurables y a los idiotas sin esperanza de mejoría. Pero también se dijo que en el orden jurídico, es menester otorgar una atenuante e, incluso, - conceder el perdón en casos especiales, cuando se trate de una - muerte causada por la demanda del enfermo y originada por una verdadera piedad hacia éste o hacia el idiota irremediable (14).

La Sociedad Médico-Forense de Breslau también se ocupó del -- hondo problema, siendo ponentes Klee y Strassmann. El primero hizo suyas las ideas de Binding y Hoche, patrocinando el exterminio de esas vidas y formulando propuestas para su reglamentación; el médi

-----

(14) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 454.

co Strassmann , por su parte, procuró poner límites a la facultad - exterminadora de los enfermos incurables, oponiéndose, respecto a los imbeciles irremediables, a que prosperaran las ideas del jurista y el psiquiatra alemanes (15).

Antes y después de la aparición de la obra en comento, la - cuestión de la licitud de la muerte euthanásica había sido objeto de frecuente estudio por parte de los penalistas alemanes. Gran - número de escritores, estimando que no está expresamente reconocida en el Derecho positivo, la han considerado antijurídica. Wachenfeld opina que al médico su profesión le otorga el derecho a ejecutar operaciones, pero no el de matar (16). Según Mezger, la muerte de un enfermo sin esperanza, atormentado por insufribles dolores, aún cuando medie su consentimiento, es ilícita y punible. También el moriturus -dice el autor citado- es objeto del homicidio; y el consentimiento del muerto, incluso su petición seria y expresa, - no pueden excluir la antijuridicidad del hecho y esto -añade- es indiscutible conforme al Derecho vigente (17). Ernst Von Beling lo considera de acuerdo con la moral, pero expresa que jurídicamente constituye un homicidio (18). Schönke opina que un derecho a la -

-----  
(15) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 455.

(16) Citado por Cuello Calón. Ob. cit., pág. 146.

(17 y 18) Citados por Cuello Calón. Ob. cit. Págs. 146 - 148.

eutanasia no está reconocido en la ley (19).

Entre los secuaces de la muerte eutanásica en Alemania, podemos mencionar a Von Hippel, para quien es como una gestión de negocios sin mandato (20); Köhler funda su licitud en la admisión de - un derecho consuetudinario (21); Mayer la considera autorizada por nuestra cultura, y ya que no existe precepto alguno del que pueda colegirse que el ordenamiento jurídico no comparte esta idea, la - actuación del médico debe considerarse como una irreprochable medida de protección de legítimos intereses y, por consiguiente, no punible (22); Liszt admite su licitud, pero tan sólo dentro de los - más estrechos límites (23); Sauer, más bien desde el punto de vis- ta de lege ferenda, demanda su licitud (24).

Respecto a Italia, en 1923 aparece el libro de Enrico Morse - lli (L' Uccisione Pietosa -l' Eutanasia- in rapporto alla Medicina, alla Morale ed all' Eugenia. Turín. Bocca, 1923), en el que, si - guiendo la terminología hegeliana, revela lo dudoso e inseguro de los conceptos de incurabilidad e inutilidad en los que se apoyan - la eutanasia y la selección y el escaso valor psicológico y jurfi- dico del consentimiento y de la piedad.

-----

(19, 20, 21, 22, 23 y 24) Cuello Calón. Loc. cit.

Glosando a Morselli, Jiménez de Asúa escribe en su multitudinaria obra: " En el aspecto moral, la eutanasia es siempre condenable. - La sociedad no tiene el derecho de desprenderse de los enfermos mentales, en los que la causa de su afección es oriunda de males colectivos, por lo que el cuerpo social debe sufrir las consecuencias. La Eutanasia y la Selección no acarrearán ningún beneficio social, pues Morselli, de acuerdo con Lindsay, cree que el mejoramiento físico de la raza se obtendrá a expensas de los sentimientos morales " (25).

Como eco y respuesta al libro de Morselli, aparecen los trabajos de Giuseppe Del Vecchio, En 1926 imprime el penalista italiano un artículo en el que se alega el consentimiento para justificar el homicidio por conmiseración (L' Eutanasia e l' uccisione del Consenziente, en " La Scuola Positiva ". Año VI, 1926) y luego publica un libro titulado Muerte Benéfica (Morte Benefica -l' Eutanasia- sotto gli aspetti etico-religioso, sociale e giuridico. Turín. Bocca, 1928), en que se amplían y adornan con datos de índole social y filosófico los argumentos jurídicos mantenidos en el artículo (26). Cuidadoso de circunscribir los límites de la eutanasia a efecto de diferenciarla de la eugenesia, estima aceptable só

-----  
(25) Ob. cit., pág. 457.

(26) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 459.

lo la primera si el activo se halla ante casos de incurabilidad y en presencia de reiterada e indudable demanda del agonizante.

Otros tratadistas como Antonio Visco (L' Omicidio e la Lesione Personale del Consenziente. Milán. Instituto Editoriale Scientifico, 1929); Enrico Altavilla (Analisi Psicologica e Giuridica del Consenso dell' Ofeso nell' Omicidio. En " Scritti in Onore di Enrico Ferri. Turín. Unione Tipografica Editrice Torinese, 1929); Rocco Davi (L' Eutanasia. Palermo, edizione del Ciclope, 1929) y Vannin (en " Rivista Italiana di Diritto Penale, año IV, 1932), también se ocuparon del problema en Italia (27).

Según Manzini, el homicidio del que consiente, si obra por motivos de compasión, deberá ser juzgado conforme al artículo 579 (homicidio consentido) del Código Penal Italiano, con estimación de la atenuante primera del artículo 61 (haber obrado por motivos de particular valor moral o social), pero nunca podrá quedar impune. " Si el motivo de compasión induce a matar al que no ha consentido eficazmente, no puede ser aplicable, por falta de supuesto previo, el artículo 579, sino que existirá el título de homicidio

-----

(27) Citados por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 460.



doloso común con la atenuante antedicha; y añade que estas conclusiones son especialmente aplicables para resolver la cuestión relativa a la llamada eutanasia, a la muerte de personas afectas de enfermedad incurable o muy penosa, o en estado agónico prolongado o atormentado, o enfermos de la mente inútiles o dañosos para sí o para los demás " (28).

" El principio ético -escribe Maggiore- prohíbe el acortamiento de la vida, el hecho de que el paciente enfermo implora la muerte no puede excusar el hecho... El código, al establecer la disposición del homicidio consentido (artículo 579), aspira a castigar la eutanasia. Aparte de que ésta puede ocultar homicidios verdaderos, queda el principio ético que prohíbe anticipar la muerte aún por un sólo minuto. La condición de enfermedad de la víctima -que implora la muerte- no puede excusar el hecho, y la enfermedad, en la mayoría de los casos, no puede tener otro efecto que invalidar el consentimiento de la víctima " (29).

-----  
(28) MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. T. VIII. Trad. - de Santiago Senties Melendo. Ediar editores. Buenos Aires, 1961, pág. 84 y sigts.

(29) MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. T. II. Editorial TEMIS. Buenos Aires, 1954, pág. 784.

Para Saltelli-Romano di Falco, " el código no ha resuelto - la conocida cuestión de la eutanasia... No era posible considerar la como causa de exención de pena, esto sería extremadamente peligroso y socialmente imprudente. Nadie con fines de bien (que pueden ser un pretexto), puede causar una muerte que puede ser tal vez la arbitraria anticipación de una muerte que no llegaría a originarse " (30).

En Suiza, la eutanasia tampoco es acogida por los penalistas; Hafter, Gautier y Zurcher y, recientemente, el profesor Graven, se oponen a su reconocimiento legal (31).

En Bélgica, en el campo penal, Collignon la rechaza, diciendo que la protección de la vida no permite excepciones; y el profesor Braas manifiesta que la admisión de la eutanasia crearía un ambiente peligroso para la paz y el orden de las familias y abriría camino al asesinato disfrazado. (32).

En España, Eugenio Cuello Calón se inclina en favor de la atenuante para el homicidio perpetrado por motivos pietistas, ya que " la pena debe ser siempre impuesta, por mínima que sea, como ex -

-----  
(30) Citado por Cuello Calón. Ob. cit., pág. 149, en nota.

(31 y 32) Citados por Cuello Calón. Ob. cit. págs. 149 y 150.

presión de la ilegalidad del hecho (...) somos partidarios decididos del castigo de la eutanasia homicida, pero creemos firmemente que no es justo ... equiparar un homicidio por compasión, que es - un móvil de relevante altura, al homicidio común " (33). Sostiene que " la justicia, el progreso científico, las mismas concepciones jurídicas populares, exigen en estos casos que, atendida la motivación del hecho, a la que tan alto valor concede el Derecho Penal - moderno, y las circunstancias personales del agente, se de a los - jueces la posibilidad de atenuar considerablemente la pena (...) - la razón de la mitigación del castigo... no se funda en el supuesto consentimiento... sino en la motivación moral del hecho y en el ímpetu emocional que lo determina " (34).

Toca, asimismo, el maestro español, el problema de que la - muerte solicitada fuere ocasionada no por el médico, sino por una persona ligada al enfermo por estrechos lazos de sangre: padres, - hijos o cónyuge, proclamando que en estos casos existe el llamado concurso de leyes, conforme al cual, deberá ser aplicado de los - preceptos concurrentes, el que establezca mayor pena. Resuelve estos casos diciendo que " en el homicidio por piedad practicado por los más allegados familiares... el homicida perpetra el hecho en -

-----  
(33) Cuello Calón. Ob. cit., pág. 152.

(34) Ob. cit., págs. 152 - 153.

un estado emotivo o pasional hondamente perturbador y hasta anulador de la conciencia y de la voluntad, originado por el choque psicofísico causado por el espectáculo de los intolerables sufrimientos y la agonía dolorosa e interminable del enfermo " (35).

Para terminar, dice que también es posible la exención de pena en terribles situaciones extraordinarias que despiertan honda compasión, y cita dos tremendos casos de los cuales transcribiré el primero, sucedido en Italia: " Un maquinista víctima de una catástrofe ferroviaria yace bajo la caldera de la máquina con brazos y piernas destrozados, quemándose vivo y lanzando desgarradores gritos de dolor; entre los espasmos de una lúcida agonía suplica ansioso a los que impotentes contemplan tan horrendo espectáculo le supriman con la vida aquel martirio. Uno de los testigos de la tragedia ejecutó el acto libertador y la mayoría de los presentes declararon que habrían hecho lo mismo, y que de perfecto acuerdo con su conciencia hubieran suprimido aquel dolor abreviando la agonía sin esperanza " (36).

" La muerte -comenta el escritor-, aún en estos casos espanto

-----

(35) Ob. cit., pág. 154.

(36) Ob. cit., pág. 155. Tomado de Royo-Villanova Morales, Ricardo. El Derecho a Morir sin Dolor. Madrid, 1929.

sos, no es justa, ni lícita, pero es excusable por ausencia de culpabilidad " (37).

Jiménez de Asúa (38), tratando de esclarecer el criterio de impunidad y las bases en que habrá de asentarse la causa justificadora o excusante de tales hechos, diserta sobre el valor del consentimiento en los delitos y, en particular, en el homicidio consentido; sobre la ejecución de actos dirigidos a un fin reconocido por el Estado y, sobre el móvil y su valor en Derecho Penal, que son, a su juicio, los tres rubros en los que se ha hecho orbitar el problema. Parece que es en los móviles y en la ausencia de peligrosidad del sujeto, en que sustenta la solución de aquél, proponiendo que se le otorgue al juez la facultad de perdonar.

" En las otras formas de la eutanasia (rechaza la eutanasia eliminadora y la económica), a veces más violentas, que practica un particular cualquiera, ligado al paciente por vínculos de familia, de amistad o de amor, es cuando emerge la cuestión debatida y cuando el móvil asume su importancia máxima. Si no le guió al matador un motivo egoísta, si no deseaba recoger la herencia o libertarse de cuidados prolijos y fatigosos, sino que le movían causas verdaderamente piadosas y compasivas, hay, a mi parecer, un procedimiento -

-----  
(37) Ob. cit., pág. 155.

(38) Ob. cit., pág. 487 y sigts.

certero de impunidad, sin dibujar en las leyes el contorno de la -  
Eutanasia " (39),

Según el fecundo escritor español, el perdón judicial es la -  
salida más correcta para el homicidio piadoso; pero no destinado a  
determinadas infracciones especialmente consignadas en la ley (per-  
dón legal), sino en forma amplia y generalizada, no sujeta al cri-  
terio de levedad en los delitos, sino incluso a los objetivamente  
graves, siempre que el sujeto revele sociabilidad en los motivos y  
nulo estado peligroso.

No deajo de reconocer que la solución que propone el maestro -  
Jiménez de Asúa es realmente atinada; yo mismo la he pensado dese-  
ble desde mis primeros roces con el orbe jurídico-penal. Sin embar-  
go, la postura que defiendo en este trabajo es la de que el homici-  
dio por conmiseración no debe ser considerado como delito ni a los  
ojos de la justicia penal, ni a la luz de los principios que cons-  
tituyen el acervo cultural de una sociedad.

A mi entender, el homicidio que se ejecuta por conmiseración  
no causa ofensa a ordenamiento jurídico general y, por esto, es --  
un problema que debe resolverse en el marco de la anti-juridicidad.

-----

(39) Ob. cit., pág. 508.

A virtud de la prelación lógica de los elementos del delito -consecuencia de la concepción analítica del mismo-, éste no llega a integrarse por carecer el hecho de objeto de la protección penal; al no existir objeto de tutela, hay ausencia de lesión jurídica y no se satisface el juicio objetivo en orden a la conducta, lo cual, -impide que pueda pasarse al estudio del siguiente elemento del delito, esto es, la culpabilidad, ya que, al no existir lesión jurídica, no ha lugar al estudio sobre la posible reprochabilidad en el proceso anímico.

El perdón, en cambio, es una gracia que concede el legislador -y, con la amplitud en que lo concibe Jiménez de Asúa, el titular del juicio de reproche (juez)- motivado por apreciaciones de política criminal, pero que deja subsistente el delito. Además, siempre he pensado lo mismo que el maestro Ortega y Gasset: " el que juzga no entiende. Para ser juez es preciso hacer previamente la heroica renuncia a entender el caso que se presenta a juicio en la inagotable realidad de su contenido humano. La justicia mecaniza, falsifica el juicio para hacer posible la sentencia " (40).

-.-

Veamos, ahora, los criterios que tradicionalmente han sido es

-----

(40) Tomado de BADANEJLI, Pedro. El Derecho Penal en la Biblia. Ed. Tartessos. Buenos Aires, 1959 ,pág. 48.

grimidos para negar procedencia al homicidio por conmiseración. -

La incurabilidad, el acervo sufrir y una agonía prolongada, - por una parte; y la inutilidad -a que queda reducida una persona como consecuencia de algunas enfermedades y accidentes- y el costo de su tratamiento -que distrae los recursos económicos tanto de - las familias como del Estado-, por la otra, son los criterios que los partidarios de la eutanasia suelen emplear para el logro de - su reconocimiento legal.

Estudiaremos en este trabajo los conceptos de incurabilidad, inutilidad y dolor para intentar obtener conclusiones sobre el pun to que nos interesa. Pero advirtamos antes dos cosas:

Primera.- Estos conceptos están impregnados de relatividad, - como casi todo lo demás. Es verdad que los avances técnicos de la medicina permiten determinar, con un grado muy alto de certidumbre, el padecimiento que aqueja a un semejante y las armas y procedi - mientos quirúrgicos que han de emplearse para combatirlo; pero, - también es cierto, que hay ocasiones en que la ciencia médica permanece pasmada ante casos que parecen sencillos y que terminan pro duciendo un desenlace no deseado por ella. Es que el error del hom bre consiste en creer que su ciencia lo es todo; y tal vez, a futu ro sea así, cuando sepa del resto de las leyes que, hoy por hoy, -



permanecen ignotas.

Segunda.- Es bien sabido que las condiciones internas y externas que rodean al ser humano, obran en él a efecto de hacerlo más o menos sensible a los dolores físicos y morales. Incluso la cultura de una nación (elemento puramente espiritual), permite que sus hombres asimilen con mayor grado dolores que para otros serían intolerables. Con cuánta razón se expresa Badanelli: " El extranjerismo suele ser condición de polo antagónico para la comprensión de las ajenas individualidades, y de la idiosincracia, en general, de quienes nacieron en otra geografia... Azorín ha dicho: existe un cristal invisible que nos separa de la esencia de un país en donde no hemos nacido. El cristal podrá ser todo lo claro y limpio que se quiera, pero al fin es un cristal " (41).

Con todo esto, queremos decir que hay que eliminar las formulaciones casuísticas en virtud de la infinita gama de posibilidades que pueden presentarse fácticamente. En contra del principio de excepción-regla, que acoge nuestro Código Penal, se ha hablado de un catálogo que contenga la descripción de las diversas actitudes delictuales sin sujetar el criterio judicial a un pormenorizado y rígido casuismo. Recordemos -con Jiménez de Asúa- que veces -

-----  
(41) Ob. cit., pág. 149.

hay en que la fantasía del delincuente supera a la del legislador y que, en Derecho Penal -como decía el maestro González Bustamante- no hay metros ni medidas, hay que ir al caso concreto (42).

#### LA INCURABILIDAD.

La muerte liberadora se apoya, no sólo en el dolor, sino en la incurabilidad del mal que atormenta al paciente. Pero, este último concepto, " es uno de los más dudosos. De una parte, enfermedades que un tiempo fueron incurables, se han vencido hoy, y no podemos afirmar que las que reputamos como tales en el presente no podrán ser algún día dominadas, Además, ocurre con frecuencia que el médico, ante un enfermo positivamente incurable, aquejado de cáncer en un período avanzado, practica una intervención quirúrgica a sabiendas de que no le salva, pero sí de que le prolonga la vida varios meses y aún años. ¿ Debemos renunciar a ese período de existencia prolongada por estar herido el paciente de un mal que no perdona ? En realidad, todos estamos condenados a la muerte en un plazo desconocido, pero cierto. Prolongar la vida es vivirla. Para estas situaciones en que la muerte no es inmediata, la Eutana

-----

(42) Citado por ALBA MUÑOZ, Javier, en su cátedra de Derecho Penal. Escuela Libre de Derecho. Versión mecanográfica de Juan José González Lozano. México, 1981.

sia no debe practicarse, aunque la enfermedad siga destruyendo el organismo y acabe al fin con la existencia " (43).

El estado presente de la medicina permite decidir que hay enfermedades incurables en un cierto momento del proceso nosológico, pero, ¿ puede afirmarse que el médico no erró el diagnóstico ? Precisamente, los actuales médicos que se oponen a la eutanasia se basan en la posibilidad de diagnósticos erróneos y en los progresos de la ciencia médica (44), lo que parece demostrar la exactitud del antiguo aforismo: " Mientras hay vida hay esperanza ".

Jiménez de Asúa -citando a Binding- apunta que éste ya se hace cargo de las posibles equivocaciones que pueden acaecer, y, ante la eventualidad de ellas, observa que muchas instituciones sociales pueden dar lugar a errores y no por eso son desechadas. " Concedamos que se haya cometido un error -escribe Binding-; el resultado no sería, en suma, más que un hombre de menos, cuya vida no hubiera sido probablemente de gran valor aunque hubiera sobrevivido a su grave enfermedad " (45).

-----  
(43) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 482.

(44) FULOP MILLER, René. El Triunfo sobre el Dolor., pág. 454.

(45) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 484.

A propósito del error en el diagnóstico y el temor que éste -  
pudiera producir en la mente del médico, que mantiene viva la espe-  
ranza de salvación, cabe preguntar: ¿ Existe en el médico, en to -  
dos los casos, el derecho y la obligación de imponer la vida ? -  
Geo Bogdon contesta: " cuando se trata de dementes o de irresponsa-  
bles, el médico tiene el deber de imponer su voluntad de curación  
o de salvamento. Muy distinta es la situación de un individuo que  
se encamina al suicidio por la repulsa de la alimentación, indivi-  
duo totalmente sano de espíritu. En estas condiciones, el médico -  
no tiene el derecho de contrariar esa voluntad, y menos de usar de  
violencia, incluso con las mejores intenciones del mundo " (46). -  
Yo pregunto otra vez: ¿ No es esto dar relevancia al consentimien-  
to del titular de una vida para privarse de ella ? ¿ Es distinto -  
el caso del que pide a gritos un arma para privarse de la vida -  
cuando lo atormentan indecibles dolores ? El que se pone en huelga  
de hambre, puede tener muchos y variados motivos: presiones políti-  
cas, hastío de la vida; el otro, el herido de muerte o enfermo i-  
rremediable, no tiene otro afán que librarse de sus torturas me -  
diante la supresión de su existencia, y no se reconoce validez a -  
su consentimiento. ¿ No parece esto un contrasentido ?

-----  
(46) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 484, en nota.

## EL DOLOR

El dolor es un hecho psico-físico eminentemente subjetivo. -  
El maestro Jiménez de Asúa dice que no se puede confiar al dolor -  
la decisión de aplicar la eutanasia. Citando a Morselli, agrega -  
que la medicina moderna no está desarmada frente a los dolores -  
más agudos y que, así como es posible la prudente morfinización, -  
también pueden combatirse por medios morales, fortificando la re -  
signación del enfermo, consolándole y sugiriéndole, a veces por -  
piadosa mentira, esperanzas de alivio que hagan más llevaderos sus  
sufrimientos (47).

" Morselli observa... que la agonía no va siempre acompañada  
de dolor y que, afortunadamente, de ordinario la conciencia del mo  
ribundo está oscurecida y la muerte sobreviene cuando la sensibili  
dad cerebral superior, consciente, se ha extinguido. Las expresio-  
nes atroces que contemplamos... en el moribundo no significan do -  
lor, ni siquiera en las más tumultuosas agonías. Contracciones, -  
gestos de repulsa, gemidos, suspiros, agitaciones de las manos...  
son acciones reflejas subconscientes sobre los centros inferiores  
de la expresión y no significan pesares lúcidos ni dolorosos " (48).

-----  
(47) Ob. cit., pág. 480.

(48) Citado por Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 480.

El Dr. R. Novoa Santos (El Instinto de la Muerte. Madrid. - Murda, 1927), hablando de los padecimientos morales oriundos del horror que ocasiona el traspaso de la vida a la muerte, resume así " la tríada sobre la que culmina el temor a la muerte: dolor por lo que dejamos en esta vida, cobardía ante la perspectiva del pó-tumo sufrimiento y miedo a lo desconocido e incognoscible de ultra tumba " (49).

#### LA INUTILIDAD

El concepto de inutilidad es todavía más inseguro que el de incurabilidad y abarca, además de los dementes e idiotas, otras categorías de seres humanos como los anormales de nacimiento, los viejos valetudinarios y aquellos que en virtud de enfermedad o accidente quedan reducidos a lo que llamamos vida vegetal.

Como se ha visto, la muerte eliminadora y la económica se sus tentan en este criterio. Pero, ¿ en verdad estas categorías de hom bres desprovistos de perfección vital son inútiles y onerosas ? - Ya no digamos el anciano decrepito, que " puede ser útil por sus consejos, transidos de experiencia, y por mantener en el hogar una autoridad oriunda del respeto, que acaso es lo único que sostiene

-----  
(49) Ob. cit., pág. 480.

unida a una familia; (hablemos de esa) gran masa de dementes incurables y de oligofrénicos (que puede ser utilizada) en labores agrícolas, con gran provecho para su propia higiene y mejoramiento. En las aldeas belgas se ha practicado la entrega a los aldeanos de ciertos individuos enajenados, que se alivian al contacto con la tierra y son útiles al labrarla. En los mismos manicomios de tipo 'open door', ¿no trabaja un considerable número de dementes en el cultivo de flores y plantas y en otras tareas útiles ? " (50).

" Hay individuos mutilados, terriblemente deshechos, girones de la vida que pueden ser... reeducados, para rendir una utilidad social y beneficiosa para ellos. Los grandes descubrimientos que en la cirugía y en la educación readaptadora han traído las últimas guerras... ¿no han hecho posible que muchos combatientes ciegos y sordos, mancos y cojos... aprendan un género de actividad compatible con sus imperfecciones ? " (51).

Capitanearon el aniquilamiento de los seres humanos desprovistos de valor vital Binding y Hoche, y, también, Carlos Richet, que en 1919 escribía en su libro " La Sélection Humaine ": " Todo anormal no puede ser considerado como reproductor apto para la procrea

-----

(50) Jiménez de Asúa. Ob. cit., pág. 485.

(51) Jiménez de Asúa. Loc. cit.

ción de una prole sana; por tanto, debe ser despiadadamente rechazado... Estos esbozos de humanidad, estos productos desgraciados, condenados ellos y sus descendientes a ser un mero deshecho; estos pobres abortos dotados de defectos físicos o de taras mentales, no pueden inspirar más que compasión, disgusto, aversión. ¿ Por qué - obstinarse en prolongar su existencia ? ... Si todos (ellos) ... fueran suprimidos, la sociedad nada perdería: habría algunos infelices menos; he aquí todo " (52).

" La verdadera causa de estos exterminios -escribe Jiménez de Asúa-, más económica que eliminatriz, la aduce Alfredo Hoche cuando confiesa que Alemania atravesaba una crisis tan grave, que toda propuesta de disminuir sus gastos públicos habría de despertar un eco de simpatía " (53).

-----  
(52) Citado por Cuello Calón. Ob. cit., pág. 166.

(53) Ob. cit., pág. 486.



## CAPITULO CUARTO

### UBICACION DEL TEMA DENTRO DE LA TEORIA GENERAL DEL DELITO

#### SUMARIO

El delito es un concepto jurídico.

Distinción entre delitos de resultado y delitos formales.

Utilidad.

Concepción jurídica del delito. Criterio tetratómico.

Prelación lógica de los elementos del delito.

Atendiendo a la prelación lógica de los elementos del delito, el homicidio piadoso debe situarse en la antijuridicidad.

La Teoría de las Normas de Cultura de Max Ernst Mayer.

Crítica al planteamiento de Mayer.

Posición del sustentante respecto a la Teoría de las Normas de Cultura.

Los tipos penales con relación a la antijuridicidad.

El tipo es la "ratio essendi" de la antijuridicidad.

Tesis de Edmundo Mezger.

La antijuridicidad es un concepto totalizador (unidad de la antijuridicidad).

El ámbito de las justificantes y el de la ausencia de lesión jurídica (fijación de la cuestión).

Antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

Crítica de Jiménez de Asúa a la distinción anterior.

La supralegalidad del Derecho.

Cambio de terminología. Derecho supralegislado.

Titulares del juicio de valor en orden a la antijuridicidad.

Noción de daño y puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Criterio para declarar que no existe objeto de la protección del Derecho en el homicidio por conmiseración y, por lo tanto, se da la ausencia de lesión jurídica. Objeto último de la lesión o del riesgo en el delito. La tipicidad y la ausencia del interés.

Las causas de justificación.

La ausencia de lesión jurídica.

Hemos dejado traslucir, durante el desarrollo de las páginas anteriores, nuestra posición respecto al problema que nos ocupa. - Trataremos ahora de fundarla. Sin embargo, para ello, es preciso - no perder de vista que el delito es ante todo un concepto jurídico - co, como ya lo apuntaba el eximio Maestro de Pisa.

Es un concepto jurídico, decimos, pero, al mismo tiempo, fáctico, en los llamados delitos de resultado material, que difieren de los formales porque aquéllos ocasionan una alteración en el mundo naturalístico. " Esta distinción nacida en Alemania, como consecuencia de la aceptación del concepto naturalístico o material del evento ha sido -expresa Francisco Pavón Vasconcelos-, en la actualidad, sumamente criticada. Si se acepta que el resultado se identifica con el cambio en el mundo exterior producido por la conducta del sujeto, mutación de carácter material y correspondiente al contenido concreto y determinado del delito... indudablemente existen delitos sin resultado material; a estos se les ha denominado - delitos de simple actividad o formales, los cuales se agotan con - el simple hacer o el omitir del sujeto. Por lo contrario, cuando - con relación al modelo legal se hace necesaria una determinada mutación material del mundo externo al agente, se está frente a los delitos de resultado o materiales. La afiliación a la concepción - jurídica o formal -aclara- hace carecer de importancia la distinción entre delitos formales y materiales, ya que de acuerdo con -

tal criterio todos los delitos tienen un resultado, sea éste jurf -  
dico o jurídico y material. No obstante, sigue teniendo aceptación  
esta clasificación para distinguir las figuras consumadas con la -  
simple actividad de aquéllas que han menester de un evento de natu  
raleza material " (1).

Para ubicar el homicidio por conmiseración dentro de la Teo -  
ría General del Delito, debemos lograr primero una conceptualización -  
del mismo atendiendo a un punto de vista estrictamente jurídico. -  
De esta manera tenemos que el delito es la conducta o hecho típi -  
co, anti-jurídico y culpable declarándonos, por tanto, afiliados al  
criterio tetratómico por cuanto consideramos que son cuatro sus -  
elementos integrantes.

Estos elementos pueden y deben ser estudiados analíticamente,  
lo que no impide en modo alguno que al delito se le considere como  
unidad conceptual, y esto es así, en razón de la prelación lógica  
existente entre un elemento y el siguiente ya que, de acuerdo con  
el maestro Porte Petit, " nadie puede negar que para que concurra  
un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en a -  
tención a la naturaleza propia del delito. La circunstancia de que

-----  
(1) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexica -  
no. 4a. edición. Ed. Porrúa. México, 1978, pág. 231.

sea necesario que exista un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aún cuando sí es necesario para que el otro elemento exista " (2).

La prelación lógica de los elementos del delito, sirve a nosotros para considerar que la problemática relativa al homicidio por conmiseración debe situarse en el tercero de los elementos de aquél, esto es, en el campo de la antijuridicidad, por ser éste el reservado al estudio del elemento objetivo vinculando el juicio a la totalidad del ordenamiento jurídico. Esto es, la antijuridicidad resulta de comparar la conducta con el orden jurídico; si de esa valoración se determina que existe contradicción entre aquella y éste, deberá declararse que la conducta ha sido antijurídica.

Ahora bien, ¿ cómo se realiza esa valoración y en qué se basa ? ¿ Quién es el sujeto encargado de valorar ?

Parece irreprochable que la cultura es un reflejo de la sociedad y que ésta, por medio de la legislación -producto de una función estatal-, delimita el campo de lo jurídico y de lo antijurídico. Al plasmar los tipos el legislador recurre a una noción pre -

-----  
(2) Citado por Pavón Vasconcelos. Ob. cit.. pág. 157.

existente y sustancial que se encuentra por encima de la ley misma: las normas de cultura, y al tomarlas en consideración, reconoce las aspiraciones que yacen en el seno de la sociedad, al mismo tiempo que jerarquiza los valores otorgando una tutela especial a aquéllos que considera de mayor importancia en un tiempo y lugar determinados.

Al valorar en forma abstracta e hipotética en la función de redactar la ley penal, el legislador acuña en el tipo la antijuridicidad que recoge de la entraña misma de la comunidad social y al conminar con una pena a quien se ubique en el precepto punitivo, no hace sino desaprobado el mencionado actuar, obteniendo, con ello, la tipificación de la antijuridicidad. Por esto es que no basta que una conducta se califique de antijurídica; es preciso, para efectos del Derecho Penal, que la antijuridicidad esté tipificada, contenida en un tipo penal. El maestro Javier Alba Muñoz, en sus memorables cátedras, nos ilustraba al respecto con este ejemplo: podrá ser moral y socialmente reprochable atormentar el cuerpo de una lagartija, pero mientras el hecho no se describa en un tipo penal, nadie pretenderá irrogarle una pena (3).

-----

(3) ALBA MUÑOZ, Javier. Apuntes de Clase. Escuela Libre de Derecho. Versión mecanográfica de Juan José González Lozano. México, 1981.

Max Ernst Mayer, siguiendo la huella de Binding con relación a la norma cultural, estructura una doctrina conforme a la cual la antijuridicidad en cuanto a su contenido material es la contradicción a la norma de cultura. Afirma el agudo penalista alemán, que la norma cultural se genera en los usos, las costumbres, la moral social y, en cierta forma, en las religiones. Pretende fundar su afirmación en que el Derecho es, en último término, un producto de la cultura humana y que lo contrario al mismo, ello es, la antijuridicidad, se reduce a la contradicción a la cultura.

Durante algún tiempo tuvo aceptación la tesis mayeriana. Sin embargo, el fundamento que alude es, por lo menos, incompleto. Mientras que el Estado no haga propia la norma cultural, cualquier desaprobación resulta jurídicamente indiferente.

Siguiendo ideas del maestro Alba Muñoz (4), un planteamiento que, al parecer, es mucho más sensato es el siguiente: cuando el Estado capta los valores medios, su contradicción genera la antijuridicidad no tanto por ser valores culturales, cuanto porque al reconocerlos, el Estado los hace propios. Por otra parte, además de la captación de los valores medios, el Estado impone los propios, independientemente de que coincidan o no con la valoración cultu-

(4) Apuntes.

ral en el sentido mayeriano. Al conminar el Estado con una pena a quien ejecuta la conducta descrita en el tipo, está revelando en forma definitiva su desaprobación; de ahí que, en última instancia, el contenido de la antijuridicidad es la contradicción objetiva entre el comportamiento y la prohibición subyacente en el tipo.

De aquí desprendemos el papel que juegan los tipos penales - respecto de la antijuridicidad. Al decir de Edmundo Mezger, " sólo es punible el que actúa típicamente... El delito es acción antijurídica. Pero si no fuera más que esto podría cualquier precepto - del sistema jurídico ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible " (5). Dicho en otras palabras, - " los tipos penales realizan una función de concreción de la antijuridicidad para efectos del delito, siendo relevante para el Derecho Penal sólo aquella antijuridicidad valorada en el tipo.- El tipo es la máxima garantía de la seguridad ciudadana ante el Poder Público, ya que es al través... de los tipos que el particular conoce los límites que le han sido impuestos a su libertad de comportamiento; esto es tan cierto que se ha dicho que el tipo es la ' Carta Magna del Delincuente ', ya que fuera de lo que es típico

-----

(5) MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. I. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1935, pág. 297.



no hay nada que pueda ser constitutivo de delito, lo que es característico de los regímenes penales liberales que han elevado al rango de garantía constitucional a la tipicidad, como ocurre en nuestro artículo 14 Constitucional " (6).

Así, ciñéndonos a lo que dice Mezger en cuanto a que " el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto " (7), acogemos el principio de que el tipo es la " ratio essendi " de la antijuridicidad, el fundamento real y de validez de la misma. Sin embargo, siguiendo al maestro Alba Muñoz (8), podemos decir que la expresión de Mezger conforme a la cual la tipicidad es la " ratio essendi " de la antijuridicidad, debe entenderse en los términos siguientes: Mientras la contradicción a la norma cultural no sea captada por el tipo, su transgresión es incolora. Cuando el Estado incorpora los valores propios y éstos no coinciden con la norma cultural, no obstante esta no coincidencia, crea el Estado una antijuridicidad.

-----

(6) VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. 1a. edición. Ed. Porrúa. México, 1976, pág. 31.

(7) Tratado. Ob. cit., pág. 308.

(8) Apuntes.

Ahora bien, el concepto de antijuridicidad, entendida como la contradicción del comportamiento en su fase objetiva a la prohibición ínsita en la norma, es un CONCEPTO TOTALIZADOR; ello es, vale para cualquier especialidad del Derecho. Dentro del Derecho Penal, esa contradicción lo es a la prohibición subyacente en el tipo, - porque el Derecho Penal se ocupa de antijuridicidades tipificadas. Esta última afirmación implica que la ilicitud o antijuridicidad - se dé también fuera del campo de la tipicidad, si existe la contradicción entre la objetividad de la conducta y la prohibición de contradicción a la ley ínsita en todas las disposiciones legales.

El tipo describe, previa valoración, aquéllo que el legislador considera perjudicial o lesivo para el conjunto social, concretando el actuar antijurídico. " En Derecho Penal -escribe Mezger- una acción (conducta) es prohibida o no prohibida y, por lo tanto, conforme a Derecho o antijurídica. No existe una zona intermedia - integrada por un actuar jurídicamente indiferente " (9). Sin embargo, en algunas ocasiones se ha afirmado la existencia de tal zona. El mismo tratadista, citando a Binding, expresa que éste " quiere distinguir las causas de exclusión del injusto en causas de justificación y simples causas que excluyen el injusto; en el primer caso, existe un derecho a ejecutar la acción (conducta), mientras -

-----

(9) Tratado. Ob. cit., pág. 280.

que en el segundo grupo el agente no tiene tal derecho, pero la acción no es antijurídica " (10). Como comentario, agrega el profesor de Munich "... pero no puede pretender que se le conceda relevancia jurídico-penal alguna " (11).

Glosando el pensamiento de Mezger, podemos decir que dentro de la estructura moderna del tema relativo a la antijuridicidad, se distingue entre causas de justificación y ausencia de lesión jurídica. En efecto, el contenido último de las causas de justificación es la exigencia o autorización para que el gobernado actúe típicamente. Es decir, se exige o se autoriza la lesión jurídica. En cambio, cuando hay ausencia de lesión porque ha desaparecido el por qué de la prohibición contenida en el tipo, estaremos en presencia no de una justificante, sino de una conducta incolora, aún cuando pueda ser formalmente típica.

Bien cabe encajar aquí el problema relativo a la separación entre la antijuridicidad formal y la material, para luego pasar a un somero análisis respecto al " contenido supralegal del injusto como directriz en la interpretación de la ley " (\*).

-----  
(10) Idem, pág. 280, nota No. 5.

(11) Ibidem. Loc. cit.

(\*) La expresión es de Mezger. Ob. cit., pág. 336.

" D bese a Franz Von Liszt -escribe Pavón Vasconcelos- el desarrollo de una estructura dualista de la antijuridicidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. Para el destacado jurista la acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal, en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial) " (12).

Jiménez de Asúa se muestra en contradición del criterio dualista de la antijuridicidad diciendo que, " bien mirado, todo se reduce a que Von Liszt confunde la antijuridicidad formal con la tipicidad. En suma, la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia. El error est  en que con la terminología de Liszt se hace valorativo (normativo) a lo ' formal', que es descriptivo (t pico) " (13).

El tipo, como fundamento real de la antijuridicidad, dentro del planteamiento ya precisado (es decir, destacando que la antijuridicidad es un concepto totalizador), la concreta; pero es necesaria

-----  
(12) Manual. Ob. cit., pág. 289.

(13) Citado por Pavón Vasconcelos. Ob. cit., pág. 290.

rio efectuar un estudio más profundo para dilucidar si una conducta típica (antijuridicidad formal) es materialmente antijurídica. En otras palabras, el Estado al través del tipo describe un actuar desaprobado; la determinación de la mayor o menor entidad de los bienes jurídicos se logra por medio de la pena, es decir, atendiendo al tipo. Pero esto no basta, porque aún cuando el tipo es la "ratio essendi" de la antijuridicidad, hay obligación por parte de quien juzga, de no conformarse con el actuar típico y penetrar en lo profundo de la antijuridicidad ya que, como bien dice Mezger, "sólo puede proporcionarnos la claridad necesaria... una consideración crítica de los fundamentos últimos del ordenamiento jurídico" (14).

Es esto indudable. "La existencia de un Derecho 'supralegal' y la precisión de ser tomado en cuenta en la formación conceptual jurídica, se reconoce incluso allí donde se afirma con toda rigidez el fundamento positivo del Derecho" (15). Beling reconoce de manera expresa que es lícito servirse en la determinación del injusto, como criterio de apoyo, del total complejo de cultura y de los fines últimos del Derecho (16); y Graf Zu Dohna ha dicho: "só

-----

(14) Ob. cit., pág. 237.

(15) Mezger. Tratado. Ob. cit., pág. 336.

(16) Citado por Mezger. Ob. cit., pág. 337.

lo lo que posee validez general hace posible la existencia de todo lo positivo " (17).

Creemos que la referencia a un " Derecho supralegal ", se entiendo mejor como " Derecho supralegislado ". Desde un punto de vista jurídico exclusivamente formal, lo supralegal es aquéllo que no está consagrado en la ley; pero comprendido en su aspecto ontológico, el Derecho debe ser un ordenamiento de vida y, como tal, - conjugar todas las aspiraciones de la comunidad social. En el Derecho todo viene a incidir: la moral, los usos, las costumbres, la - relegión, etc. y todos estos rubros, que convergen destacadamente en el Derecho, se sustentan en la naturaleza racional del hombre - que es, en último análisis, el punto de inicio del que debe partir todo Derecho. Es por ello que debe hablarse de un Derecho supralegislado, es decir, no contenido aún en la legislación, pero que - yace en la propia urdimbre de la norma.

El hecho de que la ley positiva no contemple una determinada - causa para efectos de declarar que no se reúnen los elementos necesarios para la existencia de un delito, no quiere decir que no le - dé cabida, sino sólo que no la prevé. El maestro Alba Muñoz (18),

---

(17) Citado por Mezger. Ob. cit., pág. 338 en nota.

(18) Apuntes.

hablando de las causas de inculpabilidad y, específicamente, del error esencial e insuperable o invencible, suele poner el caso del cazador de osos que, en plena sierra, divisa uno de estos animales y le dispara. Al acercarse, se da cuenta de que no fué un oso lo que mató, sino un individuo que, disfrazado bajo la piel de un oso, pretendía también cazar uno. Atentas las condiciones en que el sujeto actuaba, el error es esencial y, asimismo, insuperable, y, aún cuando esta "circunstancia excluyente de responsabilidad penal" no se encontrara prevista en el Código Penal -como efectivamente lo está en la fracción XI del numeral 15-, nadie podría negar en la actualidad que es inculpable el comportamiento del cazador de nuestro ejemplo y que, por lo tanto, no puede integrarse cabalmente el delito.

De acuerdo con un proceso lógico de evolución, lo que ahora es considerado como Derecho supralegislado, como causa supralejislada de justificación, se convertirá, al hacerla suya el Estado -por medio de los tipos, en causa de justificación específicamente reconocida por él, siendo esto consecuencia de la dinámica por la cual las aspiraciones y valoraciones de la sociedad van adaptándose a las cambiantes circunstancias de tiempo y de lugar. El Derecho siempre va a la zaga de la actuación social. Su evolución requiere de tiempo y de asentamiento en las concepciones jurídicas dominantes. Se da un comportamiento que la comunidad social consi-

dera digno de regulación (los cambios son sentidos por la realidad viva de los seres humanos interrelacionados) y no es sino transcurrido un lapso, breve o largo, que el Derecho atiende el fenómeno y lo regula, protegiendo o reglamentando.

Con esto, estamos ya en posibilidad de dar respuesta a las -  
cuestiones previamente planteadas. En aquel momento preguntamos -  
cómo y en qué se basaba la valoración en orden a la antijuridici -  
dad y quién era el sujeto encargado de hacerla. Ahora, retomando -  
el asunto, contestamos:

Hemos visto que el Estado concretiza las aspiraciones de la -  
comunidad social al través de la legislación en un tiempo y lugar  
determinados, delimitando con esto lo que es jurídico y lo que es  
antijurídico. La determinación de juridicidad y de antijuridicidad  
se realiza al captar el Estado los valores medios, mas no porque -  
por sí mismos sean relevantes para efectos del delito, sino porque  
el Estado, al tomarlos en cuenta, los hace propios, siendo esto y  
sólo esto, lo que les otorga significación en Derecho Penal. Como  
es una empresa materialmente imposible que el legislador prevea -  
todas las posibles actitudes constitutivas de delito, al determi -  
nar en la " estructura típica de prohibición " (\*) la conducta des  
-----

(\*) La expresión es de E. R. Zaffaroni. Cit. por Vela. T., pág. 202



aprobada, determina a su vez, por exclusión, la jurídicamente permitida.

Esta prima valoración que corre a cargo del legislador al acuñar el tipo, es confirmada por el juzgador al reconocer que una conducta típica no contradice, sin embargo, las normas objetivas del Derecho. Digámoslo en palabras del maestro Vela Treviño: " la segunda valoración en orden a la antijuridicidad corre a cargo del juzgador, cuando tiene que resolver si en un caso particular y concreto que es de su conocimiento, quedó satisfecha la antijuridicidad prevista por el legislador al acuñar el tipo de que se trate, para determinar si ese caso es o no constitutivo de delito; en ese momento el juzgador parte de la conducta típica, como presupuesto lógico y tiene que tomar el indicio de antijuridicidad que la tipicidad le reporta, para resolver la plenitud de la contrariedad entre la conducta y el orden jurídico general " (19).

-.-

En base a las consideraciones precedentes y de acuerdo con Jiménez Huerta -quien acertadamente expresa que " la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico o quien lesiona algún interés jurídico al obrar conforme a Derecho, no efectúa una conducta antijurídica que deba

-----  
(19) Vela Treviño. Ob. cit., pág. 25.

ser legitimada " (20)- si las nociones de daño y puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado (ambas conforman el concepto de lesión para efectos del delito) son inherentes al concepto de este último, debemos decir que al no existir aquéllas en el homicidio - por conmiseración, en verdad, no habría delito, ya que el bien que el tipo pretende tutelar ha dejado de existir. Al no haber objeto de la protección penal, el tipo pierde su razón de ser: ya no protege nada, y esto es indudable, pues es presupuesto lógico indispensable de existencia del delito que le anteceda el bien al que el tipo prodigará la protección.

Es la inutilidad de la vida el criterio preponderante para de clarar que no existe objeto de la protección del Derecho y, por lo tanto, inexistencia de lesión jurídica al suprimirla. En el fondo del problema gravita la ineptitud de la vida -y ya no digamos de la vida-, de ese cuerpo enfermo al que se le escapa el hálito inaprehensible que llamamos vida; pero no se le va en forma rápida, - sino que lo sujeta a la angustia de una agonía dolorosa y cruel - que le toma presa de innarrables padecimientos que hacen que el infeliz desee mejor la muerte. Una vida así no es propiamente vida, ni para su titular ni, menos, para la sociedad; el hecho de caer de horizonte hace que esa vida no sea tal, sino que constitu

-----  
(20) Citado por Vela Treviño. Ob. cit., pág. 189.

ya una carga.

Aunado a esto, tenemos la consideración de que el homicidio - por conmiseración no ofende, en modo alguno, las aspiraciones y valoraciones de la comunidad estatal, ya que la valoración que el Estado efectúa en orden a la protección de la vida se debe realizar atendiendo a que ésta es apta para su cabal disfrute, es decir, en tanto que la vida tenga una perspectiva que responda a las expectativas que la sociedad en general ha concebido respecto de cada uno de sus miembros.

Cada vez que aparece un actuar típico, se invade la esfera de protección normativa de los intereses que el Estado reconoce. La - invasión puede darse por medio de la lesión o del riesgo a que el bien jurídico queda expuesto, por lo que la afectación al interés se surte en cualquiera de estas dos formas.

Lo que el tipo tutela son los bienes jurídicos de mayor relieve para el Derecho. Los bienes jurídicos no son más que intereses vitales que aquél erige en objeto de su protección. Todo aquel que lesiona esos bienes jurídicos (por medio de la lesión o la puesta en peligro), " atenta contra el Estado como estructura de mando (\*).

-----  
(\* ) La expresión es de Alba Muñoz. Apuntes.

Entonces, el interés es el objeto último de la lesión o de la -  
puesta en peligro en el delito. Este interés, para Mezger, lo cong  
tituye el interés general de término medio, es decir, es ésto lo -  
que forma el contenido material del injusto y no un interés actual,  
como lo entendió Kessler (21).

De esta manera, el concepto de lesión permanece amplísimamen-  
te vinculado, hoy por hoy, con el interés jurídicamente protegido.  
En general, cuando no existe un interés jurídicamente protegido, -  
o no existe un interesado en el mismo, la concreción que el tipo -  
realiza respecto de la antijuridicidad, desaparece al momento de -  
concluir el juicio objetivo que arroja como resultado que la con-  
ducta típica, no obstante serlo, no es antijurídica.

En los casos en que la ausencia del interés se surte en la -  
tipicidad como antijuridicidad formal, se presume la disponibili-  
dad absoluta del bien protegido por el Derecho, y en ellos no exisg

-----  
(21) Dice Mezger (ob. cit., pág. 332) "... Llega Kessler a la inad-  
misible consecuencia de que un bien sólo se halla protegido por el  
Derecho en tanto... existe sobre él un interés actual... La demos-  
tración de la existencia de un delito presupone la demostración de  
la lesión o del riesgo de dicho interés actual ".

te antijuridicidad por falta de adecuación de la conducta al molde legal (tipicidad): si la descripción legal requiere para la satisfacción del actuar típico que el agente obre sin el consentimiento del pasivo y no se satisface esta exigencia, es decir, se obra concurriendo dicho consentimiento, habrá una atipicidad en el comportamiento (allanamiento de morada). Otros casos hay, en los cuales, afectándose típicamente la esfera de intereses de alguien, el comportamiento, no obstante ser típico, no es antijurídico, porque el Derecho autoriza (defensa legítima) o exige (caso del verdugo) esa afectación. Estos casos deben estudiarse a la luz de las llamadas causas de justificación. El último grupo de casos se presenta cuando en virtud de la desaparición del objeto de la tutela penal (bien jurídico protegido), al afectarse éste no se lesiona ni ofende ni al titular individualmente considerado, ni a la sociedad como conjunto, por lo que, atentas las condiciones y cualidades de dicho bien jurídico (que precisamente por concurrir en él ha dejado de estimarse como tal), el mismo ya no es apto para seguirse protegiendo, por lo que debe concluirse la ausencia de lesión jurídica.

No se puede negar que la postura que hemos adoptado, al considerar al homicidio por conmiseración como un evento en el que existe ausencia de lesión jurídica, pugna abiertamente con otras que, tradicionalmente, se han asumido al respecto; pero nos mueve

a seguir adelante en nuestro propósito la consideración de que el problema no se aborda de manera dogmática, sino atendiendo a la evolución del humano pensar, determinado por las circunstancias actuales, y a la finalidad que indiscutiblemente debe poseer el Derecho, según la cual, no debe soslayarse, como dice Sauer (22), que es jurídico aquel obrar que en su tendencia generalizada procura a la comunidad mayor utilidad, sea ideal o cultural, que daño.

-. -

-----  
(22) Citado por Vela Treviño. Ob. cit., pág. 146

PONENCIA DEL SUSTENTANTE

Desde el principio de nuestro trabajo se ha hecho alusión, - de manera reiterada, al conjunto de valoraciones que conforma el - acervo cultural de una sociedad; este conjunto de valoraciones se fundamenta en la naturaleza racional del ser humano contemplado en sus dos vertientes trascendentales, individual y social, y constituye el sustrato en que debe descansar la ley positiva.

Han quedado atrás los tiempos cuando el Estado determinaba - unilateralmente en cualquier aspecto las directrices a seguir, sin que esto pretenda significar que en la hora en que vivimos ya no lo haga, pues existen rubros en la vida social que sólo el Estado puede asumir y, como tal, debe reglamentar. Sin embargo, actualmente, la referencia a ese acervo cultural de la sociedad, oriundo de considerar al Derecho como uno de los instrumentos necesarios para que el hombre logre la satisfacción de sus aspiraciones inmerso, - como está, en la vida social, es cada vez mayor en las comunidades estatales más avanzadas, por lo que, incluso el hecho de que el - Estado imponga valores propios, debe redundar, directa o indirectamente, en el beneficio colectivo y justificarse por la misma razón.

Cuando se trata de un problema legal y, específicamente, de - naturaleza penal, el estudioso debe ceñirse a lo que la legisla - ción determina, pero sin omitir pensar que ésta, como su hacedor,



no puede ser perfecta, pero sí perfectible. El punto de vista que en este estudio se defiende, es un intento por perfeccionar los - criterios legales en lo que se refiere a la figura jurídico-penal por excelencia: el homicidio y está basado, exclusivamente, en con sideraciones jurídicas y de sentido común que, a veces, parece - ser, como alguien dijo, el menos común de los sentidos.

--

POSICION JURIDICO-PENAL DEL SUSTENTANTE RESPECTO AL HOMICIDIO  
COMETIDO POR CONMISERACION.

De aceptarse el planteamiento de Max Ernst Mayer sobre la anti-  
tjuridicidad, entendiéndola como la contradicción a las normas -  
culturales, se llega, ineludiblemente, a la conclusión de que en -  
el homicidio por conmiseración no existe anti-  
tjuridicidad, porque -  
al suprimirse una vida que resulta definitivamente una carga para  
quien en esta forma " vive ", no se contradice norma cultural al -  
guna. Pero este es un ángulo, en realidad, meta-  
tjuridico. El plan -  
teamiento mayeriano, que entiende la anti-  
tjuridicidad como la con -  
tradicción a la norma cultural, cuyo contenido es coincidente con  
los usos, las costumbres, la moral social, la religión y, en gene-  
ral, con las vivencias medias, resulta inaceptable porque se apoya  
en consideraciones de índole meta-  
tjuridica. La posterior corrección

lograda por Jiménez de Asúa, en el sentido de que la antijuridicidad es la contradicción a las normas culturales " reconocidas por el Estado ", en nada purga el origen metajurídico del planteamiento de Mayer.

Dentro de esta línea de pensamiento, la antijuridicidad contradice la axiología del Estado, pero resulta que, en ocasiones, el valor del Estado no coincide con el de la comunidad. Ya se observa fácilmente en la terminología de Rafael Garófalo al distinguir entre los llamados delitos artificiales por oposición a los delitos naturales. En realidad, la distinción entre delitos artificiales y naturales estructurada por el Positivismo, se reduce al planteamiento romano anterior en más de 2000 años, que distinguió " mala in se et mala quia prohibita ".

El contenido último de la antijuridicidad, según hemos dicho, se reduce a la contradicción entre el comportamiento en su fase objetiva y el deber de abstención material ínsito en el tipo; este es un planteamiento rigurosamente jurídico. Ahora bien, siguiendo la huella de Beling, repetiremos que la creación de los tipos pena les implica no sólo un acto de poder, sino que para que el poder se ejercite mediante la coacción típica, el Estado se cuestiona so bre si una conducta es, en principio, contradictoria de los valores que él reconoce, ello es, si la conducta es antijurídica. Con-

testada afirmativamente esta primera interrogante, se formula una segunda: ¿ Esa conducta es tan matizadamente antijurídica que merece un tratamiento específico, es decir, su erección en tipo ? - Una vez contestada afirmativamente esta segunda interrogante, es que se crea el tipo.

El homicidio puede considerarse como el delito por antonomasia. Para erigir en tipo la privación de la vida, el Estado captó los valores medios y conminó con una pena para prevenir en esa forma la privación de la vida. Si el gobernado contradice la prohibición implícita subyacente en el tipo, se desencadena la coacción y se impone la pena.

En esta tesitura, debe afirmarse que si el Estado tutela la vida, lo hace atendiendo a que significa un bien dentro de la connotación de los trascendentales de la Filosofía tradicional. Ahora bien, una corrupción ideológica del precepto " No Matarás " ha llevado a afirmaciones que resultan manifiestamente antiéticas, como lo es la conservación de la vida a cualquier precio. El no matarás tradicional debe entenderse como la prohibición de afectar una vida útil, tanto para el titular como para la sociedad. Si tal vida es perjudicial para los demás, una elemental profilaxis impone su supresión, dígase lo que se diga por los abolicionistas de la pena de muerte; si la vida resulta una verdadera carga para quien es -

el titular, una ética pura impone la supresión de la misma.

Los argumentos que se den en contra de esta postura tendrán una base puramente sentimentaloides y llevarán a afirmaciones antiéticas, socialmente hablando. La aceptación o rechazo de esta posición, influirá definitivamente en la solución que se dé al problema del homicidio por conmiseración. Para nosotros, el razonamiento es irrefutable.

Sentado lo anterior, se impone la consecuencia: el Estado tutela la vida en cuanto que es útil y no significa una carga ni para el titular ni para la sociedad. Si tal vida es una carga para el titular, desaparece el por qué de la prohibición y la supresión de la vida implica fatalmente la ausencia de lesión y, por lo tanto, de antijuridicidad.

Todo lo demás que se diga, independientemente de ir en contra de una ética pura, va contra la esencia misma de la Axiología Jurídica.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.-

" Euthanasia " es la agonía que se desliza sin dolores ni sufrimientos y en la que las funciones sensoriales se van extinguiendo poco a poco, produciendo, así, una muerte tranquila. Se contrapone a la " disthanasia ", que consiste en una agonía larga y dolorosa en la que el sujeto, en plena lucidez, padece males físicos y morales que hacen que su muerte sea angustiosa. Por un error conceptual, que revela un escaso conocimiento de la etimología, se han tergiversado los términos incluyendo en una, las características de la otra, atendiendo a la situación objetiva y a la finalidad del activo.

SEGUNDA.-

Muy diferente a la euthanasia es el problema del homicidio por conmiseración. Lo circunscribimos, exclusivamente, a aquellos casos en que habida cuenta de una situación preexistente, en la que un hombre sufre intensos dolores físicos, como consecuencia de males incurables (congenitos o adquiridos), o derivados de accidente, se suprime su vida para acabar con esa situación. En el estado actual de evolución del pensamiento humano, se requiere del ruego o petición expresa del doliente.

TERCERA.-

El homicidio por conmiseración debe situarse en el tercero de los elementos del delito, dentro de la concepción tetratómica del mismo. En virtud de la prelación lógica de estos elementos, el delito no llega a integrarse por carecer el hecho de objeto de la protección penal; al no existir objeto de tutela, el hecho adolece de ausencia de lesión jurídica y no se satisface el juicio objetivo -- en orden a la conducta, es decir, no hay antijuridicidad, lo cual impide que pueda pasarse al estudio del siguiente elemento del delito, ello es, la culpabilidad, ya que al no existir lesión jurídica, no ha lugar al estudio sobre la posible reprochabilidad en el proceso anímico.

CUARTA.-

Si el Derecho debe ser uno de los instrumentos mediante el cual el individuo procura su realización de manera integral durante su estancia en el mundo, el Derecho Penal no puede castigar la privación de la vida de otro, cuando esta privación no contradice los sentimientos de la colectividad. El criterio anterior deriva del planteamiento de Max Ernst Mayer sobre la antijuridicidad, y postula que un actuar típico no es antijurídico cuando no se contradicen las vivencias medias oriundas del acervo cultural de una

sociedad (Teoría de las Normas de Cultura). Sin embargo, no puede aceptarse porque parte de consideraciones extrajurídicas. Además, el planteamiento de Mayer se queda a la mitad, porque mientras el Estado no capte los valores medios, su transgresión es incolora. - Por otra parte, además de la captación de los valores medios, el Estado impone los propios, independientemente de que coincidan o no con las valoraciones sociales en el sentido mayeriano.

QUINTA.-

Si el Estado protege la vida lo hace atendiendo a que es un bien. Una corrupción ideológica de la norma No matar, ha ocasionado afirmaciones positivamente antiéticas, como lo es el pretender conservar la vida a cualquier precio. El " no matarás " tradicional debe entenderse como la prohibición de afectar una vida útil, tanto para el titular como para la sociedad. Si la vida resulta una verdadera carga para su titular, una ética pura impone la supresión de la misma. La valoración que el Estado efectúa en orden a la protección de la vida, debe realizarse sin soslayar que ésta es apta para su cabal disfrute, es decir, en tanto que la vida tenga una perspectiva que responda a las expectativas que la sociedad ha concebido respecto de cada uno de sus miembros.



B I B L I O G R A F I A

- ALBA MUÑOZ, Javier. Apuntes de clase. Escuela Libre de Derecho. -  
Versión mecanográfica de Juan José González -  
Lozano. México, 1981.
- BADANELLI, Pedro. El Derecho Penal en la Biblia. Ed. Tartessos. -  
Buenos Aires, 1959.
- BOUZA, Luis Alberto. El Homicidio por Piedad y el Nuevo Código. -  
Imp. Moderna. Montevideo, 1935.
- COSTA, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía.  
Ed. UTEHA. México, 1953.
- CUELLO CALON, Eugenio. Discurso titulado El Problema Jurídico-Penal  
de la Eutanasia. Leído el 24 de abril de -  
1951 en la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación. Imp. Vda. de Galo Sáez. Ma -  
drid, 1951.
- Tres Temas Penales. Ed. Bosch. Barcelona, -  
1955.
- FULOP MILLER, René. El Triunfo sobre el Dolor. Trad. Felipe Jiménez de Asúa. Ed. Losada. Buenos Aires, 1940.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 28a.  
edición. Ed. Porrúa. México, 1978.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Euthanasia y Cultura. Asociación -  
Mexicana de Sociología. Imp. Uni -  
vertiraria. México, 1952.

- HARING, Bernhard. Libertad y Fidelidad en Cristo. T. III. Ed. -  
Herder. Barcelona, 1983.
- INGENIEROS, José. La Piedad Homicida. Revista del Círculo Médico  
Argentino y Centro de Estudiantes de Medicina. -  
Año XI, 1911, No. 118.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Libertad de Amar y Derecho a Morir. 7a. -  
edición. Ed. Losada. Buenos Aires, 1942.
- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. T. I. Ed. TEMIS. Buenos Aires,  
1954.
- MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. T. VIII. Trad. Santia-  
go Senties Melendo. Ediar Editores. Buenos Ai -  
res, 1961.
- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. T. I. Trad. José Arturo  
Rodríguez Muñoz. Ed. Revista de Derecho Privado.  
Madrid, 1935.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. -  
4a. edición. Ed. Porrúa. México, -  
1978.
- ROYO-VILLANOVA MORALES, Ricardo. Concepto y Definición de la Euta-  
nasia. Tip. La Academia. Zaragoza,  
1928.
- El Derecho a Morir sin Dolor. M. Agui  
lar editor. Madrid, 1929.
- VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. 1a. edición.  
Ed. Porrúa. México, 1976.



---

*IMPRESO EN MEXICO – PRINTED IN MEXICO*  
**T E S I S C E N T R O**

**San Borja No. 1003, esq. Heriberto Frías, Col. del Valle**

**559 - 32 - 26**

**559 - 73 - 53**