

318509
289



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México.
1988-1993.

"EUTANASIA, HOMICIDIO POR PIEDAD"

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

CLAUDIA MARINI REGAZZONI

ASESOR DE TESIS: DR. CARLOS CASILLAS VELEZ

México, D. F., 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 esta 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.

EUTANASIA, HOMICIDIO POR PIEDAD

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I	1
CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y DOCTRINA DE LA EUTANASIA.	
A) CONCEPTO DE EUTANASIA.	1
B) CLASIFICACION DE EUTANASIA.	3
1. Eutanasia Activa y Pasiva.	4
2. Eutanasia Directa e Indirecta.	7
3. Eutanasia Voluntaria y no Voluntaria.	7
C) LA EUTANASIA EN LA DOCTRINA.	8
1. La doctrina de Enrique Ferri.	9
2. La tesis de Binet-Sanglé.	10
3. Tesis de Binding y Hoche.	10
4. Tesis de del Vecchio.	11
5. Opinión de Morselli y Grispigni.	12
6. Ideas del maestro Jiménez de Asúa.	13
CAPITULO II	15
REFERENCIA HISTORICA.	
CULTURAS PRIMITIVAS.	15

LA ANTIGUEDAD CLASICA.	16
EDAD MEDIA.	19
RENACIMIENTO Y EPOCA MODERNA.	20
LA EUTANASIA EN LA ALEMANIA NAZI.	22
ULTERIORES INTENTOS DE LEGISLACION EN INGLATERRA.	23
NUEVOS INTENTOS LEGISLATIVOS EN ESTADOS UNIDOS.	24
SUIZA.	24
HOLANDA Y ALEMANIA.	24
SOCIEDADES Y MANIFIESTOS EUTANASICOS.	25
CAPITULO III	27
LA MUERTE HOY.	
1. CONSIDERACIONES GENERALES.	27
a) Aspecto Antropológico.	27
b) Aspecto Psicológico.	29
c) Aspecto Filosófico.	30
d) Aspecto Religioso.	33
2. BREVE HISTORIA DEL DIAGNOSTICO DE LA MUERTE.	40
3. EL PROCESO DE LA MUERTE.	43
4. NUEVO CONCEPTO DE MUERTE.	45
5. DIVERSAS CLASES DE MUERTE.	46
6. LA MUERTE CEREBRAL COMO DEFINITIVA.	48

7. MANIFESTACIONES DE LA MUERTE CEREBRAL.	50
8. DETERMINACION DE LA MUERTE.	51
9. LA MUERTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN.	53
CAPITULO IV	55
VIDA Y MUERTE EN EL DERECHO.	
I. CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA.	55
a) La Persona.	55
b) Definición de Personalidad.	56
c) Clasificación de los derechos de las personas.	58
d) Los orígenes de estos derechos.	59
e) Concepto de Capacidad Jurídica o Civil.	60
f) Derecho Positivo.	61
g) Nacimiento, Modificación y Extinción de la capacidad.	62
1. El principio de la personalidad jurídica.	62
2. Fin de la personalidad jurídica.	63
h) La prueba del momento de la muerte.	64
II. DERECHOS SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO.	64
2.1 Calificación Jurídica del cuerpo humano vivo y muerto.	69
III. EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN LA EUTANASIA.	72
1. Historia.	73

2. Naturaleza Jurídica del Consentimiento.	74
3. El Valor del Consentimiento.	75
4. Efectos del Consentimiento.	79
5. El Consentimiento en los Delitos Contra la Vida.	80
IV. EL TRASPLANTE DE ORGANOS.	81
1. Generalidades.	81
2. Criterios Médicos.	82
3. Aspectos Eticos y Sociales.	84
4. Aspectos Legales.	87
CAPITULO V	97
EL DERECHO PENAL MEXICANO	
1. ANTECEDENTES HISTORICOS.	97
Código de Veracruz.	97
Código de 1871.	98
Código Penal de 1929.	99
Código de 1931.	100
A) Homicidio Simple.	101
B) Homicidio Calificado.	102
C) Subtipos Especiales de Homicidio.	102
D) Auxilio e Inducción al Suicidio y Homicidio con el Consentimiento de la Víctima.	103
Anteproyectos de 1949, 1958 y 1963.	103

Código Penal del Estado de México.	104
2. HOMICIDIO CONSENTIDO.	105
3. LA EUTANASIA A LA LUZ DEL DERECHO PENAL MEXICANO.	107
4. EL HOMICIDIO PIADOSO EN OTRAS LEGISLACIONES HISPANOAMERICANAS.	112
5. TERMINACION ACTIVA DE LA VIDA POR UN MEDICO EN HOLANDA.	116
a) Regulación y práctica.	116
b) Definición de eutanasia.	117
c) Tres categorías.	117
d) Fuerza mayor / estado de necesidad.	118
e) Procedimiento de declaración.	118
f) Criterios de verificación.	119
g) Combatir el dolor / auxilio al trance.	119
h) Sufrimiento psíquico.	120
i) Incapacidad.	121
j) Antecedentes.	121
k) Cifras.	122
CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFIA	128

INTRODUCCION

En el presente trabajo, al hablar de eutanasia estaremos tratando un tema sumamente delicado, controvertido y apasionante, pero de ninguna manera de un tema innovador, ya que el hombre desde el momento en que fue consciente de su situación en la tierra y de su temporalidad, no ha dejado de luchar contra la muerte hasta donde le ha sido posible mediante ritos, hierbas, posimas, magia y actualmente con modernas técnicas de medicina, pero a pesar de todo esfuerzo no le ha quedado más que enfrentarse a ella y si no aceptarla, reconocerla como algo inevitable e inherente al ser humano. Sin embargo, a través de la historia, el miedo de enfrentarse ante lo desconocido, ha llevado al hombre a crear toda una ideología para sentir que no está solo y que todo acto proviene de la voluntad de un ser superior, y de este modo no ser responsable de su vida ni de su muerte, es a Dios a quien corresponde decidir el como y el cuando dar y quitar la vida.

A mi parecer lo anterior es una postura muy cómoda, útil para evadir problemas y responsabilidades. El hombre no pertenece ni a Dios ni a la sociedad, sino a sí mismo, y por lo tanto puede luchar por ejercer su derecho a la vida y su correlativo derecho a la muerte cuando lo considere necesario. La libertad forma parte de los atributos esenciales de los hijos de Dios, por lo que una persona no sería persona si careciera de posibilidad éticamente hablando, para entregarse a la muerte, como lo hizo el mismo Jesucristo para salvar al pueblo cristiano.

Como dije anteriormente, el tema de la eutanasia no es algo nuevo, todas las culturas a través de la historia la han considerado, y dependiendo de la ética imperante en determinado momento se ha aceptado o bien rechazado. Pero siempre ha sido un elemento vivo dentro de la sociedad, y es ahora que ha cobrado fuerza de nuevo, debido principalmente a los avances médicos que muchas veces, luchando contra la naturaleza, en lugar de alargar la vida, alargan la agonía, causando terribles males tanto para el paciente como para la familia. Es por eso que se debe elaborar una nueva ética médica para evitar que los galenos con una mentalidad puramente técnica se olviden de la dignidad humana. Una nueva ética médica ayudaría a los médicos a poder determinar no sólo *lo que se puede hacer*, sino también *el deber ser*.

Por otra parte, para toda persona humana la verdadera tarea decisiva consiste en la apropiación espiritual de morir. Hay que descubrir, y asimilar muy profundamente, que la muerte no implica fatalidad, sino libertad y culminación. Pueden darse situaciones en que el sentido de la vida humana ya no se pueda evocar, pero sí el sentido de la dignidad de la muerte.

Al escuchar la palabra eutanasia, no debemos dejarnos llevar por prejuicios, ni mantener una ética cerrada, temerosa a la discusión, cierto es que las palabras "matar", "suicidarse", "eutanasia activa", sugieren en sí mismas una consideración ética negativa. Por eso el jurista, debe valorar esas acciones humanas sin prejuicios, sin inconscientes previas valoraciones, sin subjetivismos, para lo cual podríamos omitir dichas palabras y observar los hechos en sí: el hecho de quitar el respirador, el hecho de suministrar una pastilla o una droga que influya en el cuerpo del enfermo incurable, que tendrán como objeto culminar con la vida a manera de liberación.

La eutanasia, en efecto, se presenta como un campo de batalla en el que entran en pugna diversos valores y antivalores, en donde ambas partes, defensores e impugnadores, se suelen tachar mutuamente de inmorales, deshumanos y crueles. Por consiguiente, es claro que en el presente estudio no pretendí caer en apasionamientos, aunque en ocasiones me resultó imposible no expresar mi punto de vista, por lo cual pido una disculpa de antemano. Sin embargo presento aspectos antropológicos, psicológicos, filosóficos, religiosos y médicos, para luego desembocar en los aspectos jurídicos, tema primordial de este estudio, elementos necesarios para que el lector pueda tener una mayor integración del tema y elaborar sus propias conclusiones.

Así el trabajo quedó estructurado en cinco capítulos. En el primero intentamos explicar lo más claramente posible el concepto, la clasificación y la doctrina más relevante con relación a la eutanasia. En segundo lugar estudiamos distintas épocas en que se ha desenvuelto la eutanasia a través de la historia. Temática ineludible, ya que la historia es la maestra de la vida. El capítulo tercero lo consagramos a temas clave en el tema escogido: antropológico, psicológico, filosófico, religioso y médico. En el cuarto capítulo, ya entrando al ámbito jurídico, se presenta un estudio sobre la persona física, sobre el valor del consentimiento en el trasplante de órganos y en la eutanasia. Finalmente concluimos nuestra investigación con un análisis de los diversos Códigos penales que han sido creados en la historia del México independiente, con relación al auxilio al suicidio y su relación con la eutanasia. Así como también se presenta una visión comparativa de nuestro derecho vigente con el de otros países latinoamericanos y el de Holanda por ser el país con más avance jurídico en este tema.

CAPITULO I

CONCEPTO, CLASIFICACION Y DOCTRINA DE LA EUTANASIA

A) CONCEPTO DE EUTANASIA.

En virtud de que en el presente trabajo se pretende realizar un análisis de la eutanasia, es conveniente fijar lo que debe entenderse incluido en el concepto de la misma y las clases que de ella pueden tener relación directa con nuestro tema de estudio, es decir, el presente capítulo se ocupará de mencionar las ideas dominantes de eutanasia, y luego precisaremos las clases de ella

El término *Eutanasia* deriva de dos voces griegas: *eu* bien, y *thanatos*, muerte, y significa en un sentido estricto, 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.

El Diccionario de Oxford dice que la eutanasia es la "acción de inducir una suave y tranquila muerte".¹ Debemos observar que ésta definición es demasiado imprecisa pues no habla ni del motivo de la acción ni de las circunstancias del enfermo.

Un poco mas completa es la siguiente definición : "el acto de proporcionar una muerte indolora a las personas que sufren enfermedades incurables".²

El primero que empleó este vocablo fue el doctor ingles y Canciller del Reino, Francisco Bacon de Verulamio, en su celebre obra escrita en 1623, titulada "Historia de la Vida y de la Muerte", al proponerla como "tratamiento" para las enfermedades incurables. Bacon sostuvo la tesis de que en las enfermedades consideradas como incurables, es imperiosa y humana la necesidad de abolir el sufrimiento por el camino mas accesible de privar de la vida a un ser humano, buscando una agonía buena y dulce , que es aquella que se desliza sin dolores y en que las funciones vitales se van extinguiendo lentamente para llegar al momento de la muerte.

La idea de Bacon es el punto de partida para el desarrollo de otras más ambiciosas en su contenido conceptual , y según dijo Juan J. González Bustamante en México, "fue Morselli quien apuntó el concepto más claro y

¹ Oxford English Dictionary, 1971.

²Webster, 1967,

preciso al decir que eutanasia es la muerte que otro dá a una persona, aquejada de una enfermedad incurable o muy penosa, para suprimir la agonía demasiado larga o dolorosa".³

Para Morselli la eutanasia en un sentido amplio no abarca unicamente los medios de acortar el dolor humano, sino que se refiere también a los procedimientos de mejorar la especie mediante la eliminación de los menos aptos, a la cual denominó eutanasia *eugénica*.

Podemos mencionar otras definiciones derivadas del campo médico y sociológico:

Littre, citado por Victor M. Pérez Valera, afirma que por eutanasia puede entenderse "la muerte dulce y sin sufrimiento que se da a los enfermos incurables, cuya evolución de la enfermedad es fatal y que están torturados con dolores físicos intolerables y persistentes, que los medios terapéuticos no pueden atenuar".⁴

La definición que el moralista español Gonzalo Higuera dá, nos dice: "eutanasia es la práctica que procura la muerte, o mejor, abrevia una vida para evitar grandes dolores y molestias al paciente, a petición del mismo, de sus familiares o, sencillamente, por iniciativa de tercera persona que presencia, conoce e interviene en el caso concreto del moribundo".⁵

Por ultimo, Don Luis Jiménez de Asúa, en su magnifico libro "Libertad de amar y Derecho a morir", nos dice que para él como jurista, el término es mas limitado y consiste tan solo en la muerte tranquila y sin dolor, con fines liberadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales.

Con las anteriores definiciones espero haya quedado claro lo que la eutanasia, en un sentido estricto es, pero antes de concluir este apartado considero necesario destacar algunos elementos esenciales que contienen en general las principales definiciones de eutanasia:

- a) Que se trate de un enfermo incurable.
- b) Que padezca de crueles dolores.

³Juan J. González Bustamante. Eutanasia y Cultura. Asociación Mexicana de Sociología, México, 1952.

⁴Victor M. Pérez Valera. Eutanasia Piedad, delito? México, 1989. p.24

⁵ Obra citada. P. 24.

- c) Que la muerte se dé a petición propia, de sus familiares, o bien del personal médico o sanitario.
- d) Que sea a impulso de un sentimiento profundo de piedad y humanidad.
- e) Que se procure una muerte exenta de sufrimiento.

B) CLASIFICACION DE EUTANASIA

Hay enfermos que, a consecuencia de grave enfermedad o accidente, sufren de tal forma que piden se les dé fin a sus sufrimientos por medio de la muerte, y a veces ni lo piden, sino que los que los rodean interpretan de esa forma su silencio y les provocan caritativamente la muerte. Este es el caso de la **muerte libertadora** de que habla Luis Jiménez de Asúa en su obra anteriormente mencionada.

Este mismo autor menciona a la **muerte eliminadora** y a la **muerte económica**, cuando se refiere a los dementes incurables que no se ven amenazados por la muerte en breve plazo. Pueden serlo de nacimiento, o bien pueden haber caído en esa situación en el transcurso de una vida previamente sana. Estos individuos son considerados sin valor para la sociedad y, por el contrario, constituyen un estorbo para quienes los rodean. No sólo no producen nada, sino que generan gastos del tipo de honorarios de profesionistas, cuidados y equipos especiales. Aquí podría también incluirse la muerte que se propone con un fin eugenésico y seleccionador, como la que se daba antiguamente en ciertas naciones, como podría ser el caso de Esparta, en donde se eliminaba a los niños que nacían con malformaciones congénitas.

En tercer lugar tenemos a la muerte que se propone para aquellos seres sanos en principio, que al sufrir algún accidente hayan quedado incapacitados físicamente. Hombres sanos que han sufrido tales heridas irreparables que al salir de su inconciencia, si es que salen, su estado les deparará una vida verdaderamente infeliz por su incapacidad de valerse por sí mismos.

Por otro lado, en moral y en bioética la eutanasia tradicionalmente suele dividirse de la siguiente forma:

- 1.- Atendiendo al **modo** como se realiza (por acción u omisión) en eutanasia activa o positiva y en eutanasia pasiva o negativa.
- 2.- Atendiendo a la **intención del agente** se divide en eutanasia directa e indirecta.
- 3.- Atendiendo a la **voluntad del paciente**, en eutanasia voluntaria y no voluntaria.

A continuación daremos una explicación más detallada de cada una de las divisiones.

1. Eutanasia activa y pasiva

La eutanasia *activa* o *de comisión* es la que requiere de una acción positiva del agente, motivada subjetivamente por el doloroso estado del sujeto pasivo, y objetivamente por su petición o consentimiento.⁶ (Un ejemplo de este tipo de eutanasia, sería aplicar una dosis letal de morfina al canceroso terminal).

Para Haring, la eutanasia *activa* o *positiva* "es la institución planificada de una terapia encaminada a procurar la muerte antes de lo que sería esperado en otro contexto".⁷

Sporcken, en su libro denominado "Ayudando a morir", del año 1978, define a la eutanasia *activa* como la intervención en el proceso de morir, que implica la sustitución de una causa natural de muerte, por otra causa artificial, o en otras palabras, el poner fin a ciencia y conciencia de manera positiva a una vida humana.

Antes de exponer las principales definiciones sobre eutanasia *negativa*, retomaré el caso dramático que el doctor Barnard nos expone en su obra, pues por ser algo real y palpable puede abrirnos el camino que nos llevará a estudiar la doctrina más destacada al respecto.

"El señor Eli Kahan cuando ingresó al hospital a la edad de 78 años, describió su estado diciendo: "se ha roto el motor, ha llegado la hora de que el ingeniero lo abandone". El sólo pedía que lo dejaran morir en paz, pero contra su voluntad lo perturbaron y conectaron al respirador. A media noche se despertó y desconectó la máquina, todavía alcanzó a garabatear una nota: "el enemigo no es la muerte, doctor, sino la inhumanidad".⁸

Lo que el señor Kahan pedía era exactamente la eutanasia *negativa*, la cual es definida por Haring como "la omisión planificada de los cuidados que probablemente prolongarían la vida."⁹

⁶Grupo Cultural Joaquín Porrúa, Derecho a Vivir y Derecho a Morir, Ed. Joaquín Porrúa, México, 1991

⁷HARING, B., Moral y Medicina, Ed. PS, 3a. ed., Madrid, 1977.

⁸BARNARD, Ch., Cómo elegir su vida, cómo elegir su muerte, Ed. Argos Vergara, Barcelona, 1981.

⁹HARING, B., Moral y Medicina, o.c.

Comenta el autor que la eutanasia unicamente se aplicará en los casos en que la esperanza de salvar la vida del paciente ha prácticamente desaparecido.

Podemos entender a la *eutanasia pasiva*, como la OMISION de esfuerzos para conservar o prolongar la existencia de un individuo carente de valor vital, es decir, que ha sufrido muerte cerebral o se halla en las etapas agónicas de una enfermedad mortal y que sólo con medios extraordinarios continúa subsistiendo vegetativamente.

Para Sporken la eutanasia pasiva se puede interpretar como "la renuncia a la prolongación artificial de la vida dentro de un proceso de fallecimiento"¹⁰

Por otro lado, Brian Pollard nos define la eutanasia pasiva como "inducir deliberadamente a la muerte, mediante la supresión del tratamiento necesario para mantener la vida".¹¹

Al respecto el autor comenta que este tipo de actuaciones son moralmente equivalentes a la eutanasia activa por omisión, pero se practica por la vía natural, mediante la supresión de la alimentación, o por métodos más sofisticados, como la eliminación del respirador.

Pollard critica la postura de llamar eutanasia pasiva a la suspensión de un tratamiento porque resulta demasiado gravoso e inútil, bien sea a petición del enfermo, a juicio del médico, o por decisión de ambos, siempre que no haya intención de quitar la vida. Para él son situaciones normales que nada tienen que ver con el uso de medios extraordinarios para prolongar la vida.

El autor nos dice que en el contexto normal de la medicina, este término es equívoco cuando se usa para definir las actuaciones que son éticas, y que cuando se realizan correctamente, indican que el enfermo ha estado bien asistido. Es así como enumera una serie de actos que considera necesarios para clasificar en los debates lo que realmente es eutanasia:

a) La decisión de interrumpir un tratamiento que no sirve para que el enfermo mejore y que puede incluso aumentar sus problemas. Esta decisión puede tomarse por indicación del médico o a petición del enfermo.

b) La decisión de no iniciar un tratamiento que se supone que no va a servir para mejorar al enfermo.

¹⁰SPORKEN, P., *Ayudnado a Morir*, Santander, 1978

¹¹POLLARD, Brian, *¿Debemos matar la los enfermos terminales?* Madrid, 1991.

c) La utilización de medios agresivos en casos extremos para aliviar el dolor y los sufrimientos aunque puedan acortar la vida, ya que los dolores pueden mitigarse con dosis que no influyen directamente en la duración de la vida, pero si fuera necesario aplicar calmantes que indirectamente acortaran la vida del enfermo, el médico se sentiría apoyado por la ley.

El autor concluye diciendo que dentro del ámbito médico, el término eutanasia pasiva es equívoco, porque estos actos ni son pasivos, pues requieren de la intervención médica y humana para que el enfermo sufra lo menos posible, ni son eutanásicos, porque no existe el propósito deliberado de matar, no se hace nada para matar, ni son la causa directa de la muerte. Son prácticas médicas inevitables que buscan lo mejor para el paciente, evitando prolongar una agonía innecesaria.

A continuación veremos cómo las mismas actuaciones que Pollard enumera para negar la eutanasia pasiva dentro del ámbito médico, son empleadas por Victor M. Perez Valera en su obra llamada "Eutanasia, ¿Piedad? ¿Delito?", como formas que puede revestir la eutanasia pasiva.

Para Perez Valera, las formas que puede tener la eutanasia pasiva son las siguientes:

a) La *abstención* terapéutica, que es cuando no se inicia el tratamiento. Se pueden dar dos modalidades de este caso:

1.- No tratar la afección principal.

2.- No tratar la enfermedad emergente que surja paralela a la principal.

b) La *suspensión* terapéutica, que es cuando se suspende el ya iniciado, pues se considera que más que prolongar la vida se está prolongando la muerte.

Lo que en resumen dice el autor es que esta pasividad no es absoluta pues, no se pretende abandonar al enfermo, sino se continúan los cuidados higiénicos, la administración de calmantes y la hidratación para aminorar los sufrimientos del enfermo; define la eutanasia pasiva como ayudar a morir humanamente.

Hay quienes propugnan la legalización de la eutanasia activa arguyendo que ésta es igual a la pasiva, y en ocasiones la pasividad es más grave que el acto de matar.

A esta tendencia se une el Dr. Joseph Fletcher, catedrático de Etica Médica en la Universidad de Virginia, quien afirma que es más difícil de justificar moralmente el dejar a uno morir con una muerte lenta y cruel, deshumanizada, que el justificar el derecho a proporcionarle la ayuda para escapar a tal desgracia.

Para Fletcher no sólo son equiparables la eutanasia activa y la pasiva, sino que ésta última le resulta más negativa desde el punto de vista moral.

Podríamos decir que la eutanasia activa y la pasiva difieren en cuanto a la responsabilidad, pues en la omisión puede quedar más difusa la responsabilidad del agente, y en ocasiones hasta compartida.

Pueden diferir en cuanto a la finalidad, pues quien realiza una acción directa encaminada a concluir la vida de una persona, como aplicar una inyección letal, no deja otra alternativa, en cambio, el que suspende los cuidados para prolongar la vida, puede estar buscando un milagro.

Autores como Salvador Urraca, Victor Pérez Valera y Sporken, coinciden al sostener que no es lo mismo dejar que llegue la muerte en forma natural, respetando el proceso progresivo del fallecimiento, que cometer un acto homicida.

2. Eutanasia directa e indirecta

Se entiende por *eutanasia directa* la realización de un acto deliberado con el fin de provocar la muerte, y por *eutanasia indirecta* aquella acción en la que la muerte o la abreviación de la vida pueden resultar como efecto secundario, sin la intención de lograrlo.

En general, la moral tradicional judeo-cristiana considera ilícita la eutanasia directa y lícita la eutanasia indirecta, como se puede confirmar en el discurso dado por el Papa Pío XII al Collegium Internationale Neuro-Psychopharmacologicum en el año de 1958, el cual expresa que no existe ningún problema moral por utilizar analgésicos tendientes a aliviar el dolor, aún cuando su aplicación entrañe el riesgo de anticipar la muerte.¹²

3. Eutanasia voluntaria y no voluntaria

La *eutanasia voluntaria* es la que se realiza a petición del enfermo con plena lucidez mental, ya sea por reiteradas peticiones, o bien con su consentimiento.

La *eutanasia no voluntaria* es impuesta a enfermos que por algún motivo no pueden dar su consentimiento, como podría ser el caso de ancianos, seres mentalmente incapacitados, o bien los recién nacidos con alguna tara.

¹²Obra citada Victor M. Perez Valera. P.32

Desde el punto de vista judeo-cristiano, la eutanasia voluntaria se asemeja al suicidio, en la cual intervienen factores psicológicos tan fuertes que en ocasiones pueden atenuar y aún eximir las responsabilidades.

En cuanto a la eutanasia voluntaria, Perez Valera, nos hace mención de una serie de observaciones que deben ser tomadas en cuenta sobre todo desde el punto de vista legal:

- a) La petición reiterada e insistente de la eutanasia no necesariamente es una petición libre, pues el enfermo puede encontrarse en momentos de depresión o confusión.
- b) La expresión del paciente del "deseo de morir" no puede traducirse sin más como petición de la eutanasia activa.
- c) El libre albedrío del paciente se ve limitado por la amenaza directa y frontal que implica la proposición de ser sometido a la eutanasia.
- d) El consentimiento tácito no puede ser considerado como un verdadero consentimiento.
- e) Nadie puede imponer a una persona la colaboración en la eutanasia activa voluntaria en contra de la conciencia del presunto colaborador.
- f) En el caso de una persona que por su edad o condición sea incapaz de tomar una decisión, su representante legal sólo podrá decidir acerca de la eutanasia pasiva o indirecta.

Para concluir el presente apartado, y tomando en cuenta las consideraciones hechas en él, podemos presentar la siguiente definición:

Eutanasia es la acción positiva y directa (o la omisión dolosa) que por motivos de piedad, provoca la muerte de un enfermo moribundo, desahuciado, o con grave deformación permanente, con o sin la petición o consentimiento expreso de la víctima. Se podría calificar como eutanasia en sentido estricto la que se aplica al enfermo moribundo; y en un sentido más amplio la que se aplica al enfermo desahuciado, o al que padece grave y permanente deformidad.

C) LA EUTANASIA EN LA DOCTRINA

A continuación se presenta una recopilación de las principales tesis que se han elaborado, tanto en el campo médico como jurista, y que tratan de

resolver el problema de la eutanasia, manteniendo candente el tema en nuestro tiempo.

1. La doctrina de Enrique Ferri

El primero que lo estudia a fondo, es el profesor de Roma, Enrique Ferri, que en 1884 imprime un sugestivo trabajo que lleva por título "El Homicidio-Suicidio". El autor aborda el estudio de la responsabilidad legal fijando las normas que faciliten la distinción de los casos en que ese hecho es delito, de aquellos otros en que deja de serlo. Son los móviles los que le sirven para trazar el límite, y proclama que quien da la muerte a otro guiado por móviles piadosos y altruistas, no debe ser considerado delincuente: "entre el amigo que por piedad mata al amigo, condenado por una enfermedad incurable y cediendo a sus ruegos reiterados; y el individuo, que no mata pero con falsas noticias o con 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".

Encierra en su tesis, las siguientes dos cuestiones:

1. ¿Puede el hombre disponer de su propia vida?

2. El consentimiento de la víctima respecto a su propia muerte ¿tiene valor jurídico, y hasta qué punto, con relación al autor o al cómplice de su muerte?

Al respecto Ferri opina que el individuo tiene deberes jurídicos respecto a la sociedad mientras vive solamente; pero él mismo se sustrae a toda relación jurídica con la propia sociedad cuando renuncia a la vida de un modo absoluto, o también cuando renuncia a la vida en el seno de esa misma sociedad: el hombre como miembro social no existe más que en cuanto existe como individuo; mientras forma parte de una sociedad, tiene, respecto de ella, deberes y derechos, que revisten en la sociología un carácter de mayor intimidad y conexión, pero cuando el hombre deja de formar parte de aquella, cesa toda relación jurídica; y he aquí por qué la sociedad, mientras el hombre permanece y vive en ella y bajo su protección, tiene el derecho de exigirle el respeto de los derechos sociales, como aquella tiene el deber de respetar los derechos individuales en el límite recíproco de la necesidad, pero la sociedad no tiene el derecho de imponer al hombre la obligación jurídica de existir o de permanecer en ella. Concluye afirmando que el hombre puede disponer de su propia vida, y que tiene derecho a morir.

Resuelta así en sentido afirmativo, la cuestión de si el hombre puede disponer de su propia existencia, se presenta la segunda cuestión: si el consentimiento del paciente a su propia muerte, tiene valor jurídico y hasta qué límites, para el autor o para quien auxilia a la muerte, a lo que el jurista responde que el consentimiento del paciente, no basta, sino que, además es

necesario considerar los motivos que hayan determinado al que ha matado al consentidor o ayudado al suicida. Ferri concluye diciendo que dado que el hombre tiene la libre disposición de su propia existencia, quien mata a otro, previo el consentimiento de éste, no es jurídicamente responsable si éste fue compelido al acto, aparte del consentimiento de la víctima, por un motivo moral, legítimo, social, y es, por el contrario, jurídicamente responsable si el móvil determinante de su acción es inmoral, antijurídico, antisocial.

2. La tesis de Binet-Sangle

Expondremos ahora la concepción debida al Médico Psicólogo Binet-Sangle expuesta en su trabajo "El arte de morir".

El autor es de la creencia que el derecho al suicidio secundado, ha de ser reconocido, por lo que busca la técnica que debe consistir esencialmente en permitir el paso de la vida al reposo sin dolor físico ni moral, analizando entonces el mecanismo del dolor hasta llegar al estudio de los dolores de la agonía afirmando que el momento más doloroso en la vida del hombre, es aquel que precede la muerte, y se pregunta si debe emplearse la ciencia para volver indiferente o agradable ese fin, a lo que contesta con un sí rotundo. Entra entonces al estudio de la eutanasia, donde luego de analizar los distintos procedimientos que puedan ser empleados, expresa que ella debe ser confiada a especialistas, los *eutanasistas*, quienes serán patólogos, psicólogos y terapeutas. El que desee morir será examinado por tres de éstos peritos, que estudiarán al sujeto desde el punto de vista hereditario, constitucional, fisiológico y psicológico investigando las causas que le impulsan a tal decisión. Cuando los tres eutanasistas se encuentren de acuerdo sobre la incurabilidad de la enfermedad, accederán a la petición. El dolor debe combatirse, si es curable, por la terapéutica; si es incurable, por la eutanasia. Binet-Sangle, propone que las prácticas eutanásicas se realicen en establecimientos a propósito, que denomina, *Institutos de Eutanasia*, los cuales por considerarlos una obra de reparación, propone que sean adscritos a la Asistencia Pública.

3. Tesis de Binding y Hoche

Otra tesis de gran trascendencia científica, que causó sensación, es la debida a los profesores alemanes Binding y Hoche.

El penalista Carlos Binding, ayudado por el psiquiatra Alfredo Hoche, estudiaron, en su obra publicada en 1920, intitulada "La autorización para exterminar las vidas sin valor vital", en la cual plantean la pregunta de si hay vidas que han perdido la cualidad de bien jurídico, por no tener valor para ellos ni para la sociedad, y la contestación que dan, es francamente afirmativa. Agrupan a esos seres, en tres categorías diferentes, que son:

1. Seres que por enfermedad o heridas, han llegado a un estado de dolor sin límites y piden a sus familiares o médicos que les den la muerte.

2. Seres cuya muerte no es inmediata, pero que son incurables (locos, perturbados, etc.), cuya muerte sólo puede ser sentida por la madre o la enfermera devota; *no valores*, los llama Binding, y *muestras espirituales*, les denomina Hoche.

3. Seres espiritualmente sanos, pero que en virtud de cualquier acontecimiento han perdido el sentido, y cuándo salgan de su inconciencia caerán en el más miserable estado.

El asunto de esta obra es la pesquisa de razones jurídicas y morales que pueden presentarse en pro de la posibilidad legítima de matar a los seres humanos desprovistos de valor vital.

Binding resume su pensamiento, favorable a la eutanasia, diciendo: "Yo no encuentro, ni desde el punto de vista religioso, social, jurídico o moral, argumentos que nieguen la autorización para destruir esos seres humanos, remedo de verdaderos hombres, que provocan el disgusto de todos los que les ven. En las épocas de alta moralidad es indudable que hubieran acabado con semejantes seres". Al respecto debemos advertir que las concepciones de Binding no son sólo eutanásicas sino seleccionadoras, ya que al lado de la eutanasia para los enfermos insalvables, proclama el aniquilamiento de los imbeciles y dementes sin curación posible.

En el sentir de Binding, la muerte dada a estas personas no debe estar prohibida cuando otorga su permiso una *Comisión Oficial*, nombrada a este fin, para el caso de tratarse de dementes sin remedio o cuando se ejecuta en el fundado supuesto de que existe un consentimiento, que en el caso concreto de enfermos incurables, se traduce en una autorización. Las muertes así decretadas o consentidas, se practicarán en establecimientos especiales. Alfredo Hoche ilustra y apoya las concepciones de Binding, creyendo que llegará un día en que estaremos que la eliminación de los individuos de *espíritu muerto* no es un crimen sino un acto útil.

El folleto de los escritores alemanes produjo sensación, y fué discutida la tesis en congresos, siendo la primera en ocuparse de él, la Sociedad Psicológico-Forense de Gottinga, de donde surge otra corriente representada por el penalista Von Hippel y el médico Coopert, que reconoce la necesidad de admitir una atenuante, y conceder el perdón, en casos particulares, cuando se trata de una muerte dada a ruegos de un incurable, justificada por piedad verdadera ante el sufrir de un enfermo sin esperanzas o guiada en el afecto ante el idiota y para redimirlo.

4. Tesis de del Vecchio

Este penalista italiano imprimió en el año de 1926 en la "Scuola Positiva", un artículo en que se alega el consentimiento para justificar el homicidio piadoso y posteriormente publicó un libro titulado "Muerte Benéfica" en donde luego de analizar y fundamentar la moral de la eutanasia, dice que los elementos constitutivos del derecho de matar, que determinan su razón de ser, deben reducirse a los siguientes:

1. Solicitud. Es elemento fundamental, pues reputa que sin él, no se podrá suprimir a todos los incurables que yacen, en las casas de salud, manicomios u hospitales.

2. Prueba. Por testigos o por escrito, según la contingencia en que se encuentre el agonizante. Faltando la prueba, el autor del hecho responderá penalmente como autor del delito de homicidio.

3. Informe médico. Puede ser oral o escrito, tendiente a justificar el acto realizado por el agente. La falta de éste elemento coloca al autor en las mismas condiciones apuntadas en el anterior elemento.

Apunta el autor que la principal objeción a su tesis, puede resultar del principio de que nadie tiene derecho de matar, razón por la cual, los códigos no podrían sancionar un instituto que lo presupone; a lo cual responde: "nadie tiene derecho de matar cuando no responde a una efectiva y real situación práctica, porque todos sabemos, que en caso de *necesidad y legítima defensa*, los códigos han justificado la actuación homicida".

Afirma que aquél que a solicitud del agonizante, lo mata, *no hace otra cosa que ejercer el derecho de éste transmitido por mandato verbal*; y procediendo de esta forma, realiza una acción no constitutiva de delito. En conclusión, enseña que el eutanasista no tiene *derecho* sino *facultad* de abreviar a otro la muerte, y si esa facultad la realiza con las formalidades rituales basadas en el consentimiento, la prueba y el informe médico, ni lesiona el orden jurídico, ni cumple una acción criminal.

5. Opinión de Morselli y Griepigni

Enrique Morselli revela lo dudoso y lo inseguro de los conceptos de *incurabilidad* y de *inutilidad*, en que se apoya la eutanasia y la selección, y el escaso valor psicológico y jurídico del consentimiento y de la piedad.

Al respecto Morselli escribió: "Seguramente en una gran mayoría de la *prognosis* podrá coincidir con los signos, especialmente cuando se trata de enfermedades comunes, pero ¿no se ven todos los días ejemplos de errores fenomenales? Sobre este punto estimo inútil insistir, tan evidente es la incertidumbre de nuestros pronósticos para cualquiera que no sea fatuamente

ciego frente a la realidad. No se niegan los progresos de la patología con ésta declaración, pero se manifiesta, por lo menos, un poco de espíritu filosófico. La ciencia es relativa, y sería hora de que los médicos se librasen del absolutismo dogmático imperante todavía en ciertas escuelas. No estando seguro sobre el éxito de cada caso, singularmente examinado, ningún médico se sentirá tranquilo aceptando el principio de la eutanasia para aquellos enfermos a quienes, aún con su experiencia y con los criterios biológicos generales, puede proclamar condenados: La experiencia de un hombre es bien pequeña frente a las posibilidades de la Naturaleza".

El ilustre Morselli tiene parte de la razón, pero hay algo en lo que no estamos de acuerdo. Es cierto que no se puede dictaminar en forma absoluta y segura cuándo un enfermo podrá sanar y cuándo no, pero no hay que desconocer que hay ciertas enfermedades en que su calidad de incurables no deriva de un juicio emitido a la ligera. Los adelantos de la ciencia médica son hoy día mayores que cuando Morselli opinara en esta forma, y sin embargo, algunas de las llamadas a través del tiempo "enfermedades incurables", se conservan como tal, porque los medicamentos con que se les piensa atacar aún se encuentran en el campo de la experimentación.

Por otro lado, Grisipigni, concreta en la siguiente forma las condiciones que deben exigirse:

- a) Pedido ante el Tribunal, directamente por el enfermo o bien, por su representante legal.
- b) Designación de tres médicos peritos, quienes deberán dictaminar sobre si la enfermedad es incurable y si la enfermedad es acompañada de insoportables dolores.
- c) Decisión final, dictada y motivada por el Tribunal, que deberá previamente oír al Ministerio Público.

6. Ideas del maestro Jiménez de Asúa

El maestro hispano Jiménez de Asúa, rechaza de plano, repugnado y entristecido, la organización con todo el aparato de legalidad del exterminio de las personas aquejadas de incurables males o de idiotez irremediable. "Esas comisiones encargadas de dictaminar sobre el aniquilamiento de los enfermos sin salvación, y esos establecimientos en que se practicaría oficialmente la eutanasia, postulados por Binding, Hoche y Binet-Sanglé, levantarían huracanes de protestas en el sentimiento del pueblo, que sentiría un paralelo entre tales medidas y las que se cumplen en las grandes ciudades con los

canes transeúntes".¹³ Sostiene que el problema de la muerte dada por compasión al enfermo incurable y dolorido, que conciente de su mal y de su estado, desea abreviar sus padecimientos, debe ser resuelto con justicia y con humanidad, y que para hallar una solución correcta, se precisa fraccionar el tema, distinguiendo la eutanasia médica, de la práctica del homicidio por piedad ejercida por familiares o amigos fieles y desinteresados del ser que sufre.

Curar, apunta Asúa, no es siempre sanar, es aliviar también; y cuando el médico, ante los dolores intolerables, aplica medios analgésicos, es conciente de que abrevia la existencia del enfermo, pero no le guía la intención de matarlo, ni aún siquiera por piedad, su único interés es aliviar, disminuir el sufrimiento, por lo que ese problema de la eutanasia practicada por los médicos carece de importancia. Lo que importa al Derecho Penal, no es, pues, el problema de la eutanasia así entendida; la cuestión se plantea cuando el hecho es efectuado por un particular cualquiera ligado al paciente por vínculos de familia, de amistad o de amor; y si no guió al matador un fin egoísta como el recoger una herencia o librarse de cuidados prolijos o fatigosos de un enfermo, sino que lo movieron causas realmente piadosas y compasivas; existe un procedimiento certero de impunidad, sin necesidad de dibujar en la ley, el conlomo de la eutanasia. Postula la facultad judicial del perdón, en forma amplia y generalizada, siempre que el sujeto manifieste sociabilidad de los motivos y nulo estado peligroso. Jiménez de Asúa concluye su obra exaltando la importancia que debe tener la piedad dentro de la justicia.

¹³Jiménez de Asúa. "Libertad de Amar y Derecho a Morir". Editoriales Depalma. Buenos Aires, 1992.

CAPITULO II

REFERENCIA HISTORICA

La muerte no es ni ha sido un hecho "natural", simple y unívoco, sino un complejo fenómeno cultural. A pesar de que la corrupción orgánica es el único signo inequívoco de la muerte, este hecho biológico nunca ha sido culturalmente asumible; los seres humanos no pueden ver cómo se descomponen sus seres queridos ante su presencia. Es por eso que desde épocas muy remotas se hayan buscado otros métodos para determinar la muerte, siendo principalmente dos, conocidos con los nombres de "muerte cardiopulmonar" y "muerte cerebral", siendo el primero de ellos, la ausencia de pulso y respiración, el más utilizado por nuestra cultura para definir la muerte, el cual se trata más de una convención cultural que de un hecho incontrovertible, pues por algo se impusieron en las diversas legislaciones un plazo precautorio de veinticuatro horas, antes de la inhumación.

Ningún pueblo en la historia ha podido metabolizar un momento tan brusco como es la muerte, más que a base de un proceso ritual muy formalizado, que con el tiempo se va incorporando en la vida de tal modo, que dejan de ser ritos culturales y se convierten en hechos naturales. De esta forma acaban pensando que es normal que los hombres mueran de determinado modo.

Culturas primitivas.

El objetivo de ayudar a bien morir se lo han propuesto todas las culturas en sus ritos de paso a la muerte, siendo los medios utilizados muy diversos. Algunos pueblos primitivos empleaban productos químicos, como vinos, drogas, derivados del opio, etc., para que los moribundos perdieran la conciencia y murieran en paz. Otras veces se empleaban venenos, como era el caso de los indios cuevas, en Panamá.

Otros procedimientos eran de carácter físico: así, el uso de humos o inciensos que provocaban por un lado la asfixia del enfermo, y por otro lado el humo impedía la putrefacción del cadáver por algún tiempo, permitiéndoles realizar la liturgia funeraria.

En otros pueblos, los procedimientos eutanásicos eran principalmente psíquicos, pues los ancianos, cuando sentían que ya era el momento de morir, se retiraban a un lugar apartado de la tribu, y se disponían a morir.

Es conocido que en varios países de América de Sur, existió durante siglos la práctica eutanásica conocida con el nombre de "despenar". El despenador estaba especializado en calmar los dolores de los enfermos incurables que sufrían más de lo considerado razonable. Otro tipo de práctica eugenésica se daba cuando los indios americanos tenían que huir de algún peligro, y necesitaban desprenderse de algún hijo pequeño, lo mataban del modo más piadoso posible.

La antigüedad clásica.

Al parecer en Atenas y otras ciudades griegas, el Estado suministraba cicutina a quienes lo solicitaran explícitamente para poner fin a sus sufrimientos, aunque no se utilizaba la palabra eutanasia para designar dichas acciones de "ayuda a morir", sino que se refería a una forma honrosa y noble de morir.

En algunos pueblos antiguos como es el caso de los celtas, cuya moral era de tipo utilitaria, se practicaba la eutanasia eugénica, pues se daba muerte a los ancianos, a los inválidos e incapacitados que no podían seguir el peso de la tribu, constituyendo ésta práctica una obligación sagrada del hijo quien debía administrar la muerte buena al padre viejo y enfermo.

Los antiguos pobladores del Nilo, acostumbraban rematar a los caídos en los combates que se encontraban graves, para evitarles sufrimientos inútiles y agonías terribles.

Los laconios lanzaban desde las alturas del Monte Taigeto a niños mal formados, a seres maltrechos de cualquier edad, a decrepitos ya inútiles; mientras que en la India milenaria los enfermos, los apestados, los inútiles en general eran asfixiados entre el lodo de las márgenes del sagrado Río Ganges, considerando así que en el momento de morir, el sacrificado alcanzaba en seguida el ansiado Nirvana.

Entre los pueblos de la antigüedad, la eutanasia encuentra sus más fuertes defensores, como es el caso de Platón, quien en su "República", se refiere al empleo de medidas de carácter selectivo para los hombres seniles, los débiles y enfermos no tratables, entendiéndose por esto, cuando no era posible restituirlos a su estado natural, o bien reintegrarlos a la vida normal de ciudadanos, declarando en ambos casos el deshucio o eutanasia. Al respecto escribe:

"En la ciudad habrá que establecer un cuerpo médico de individuos tales cuales acabamos de decir, que se limitarán al cuidado de los que han recibido de la naturaleza un cuerpo sano y un alma hermosa. En cuanto a aquellos cuyo

cuerpo está mal constituido, se les dejará morir, y se castigará con la muerte a aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible".¹⁴

De lo anterior podemos desprender que para Platón la función de los médicos en la Polis era, mayormente eutanásica, pues expresa que la ciudad natural o perfecta ha de estar compuesta de hombres sanos física y espiritualmente.

En su libro "Las Leyes", no se habla de la eutanasia involuntaria, sino del suicidio eutanásico en sentido amplio, el cual Platón parece justificar al distinguirlo del suicidio por debilidad o cobardía, para el que sí establece graves penas:

"Y qué pena dictaremos contra el homicidio de lo más íntimo y más querido que tenemos en el mundo, quiero decir, contra el homicida de sí mismo, que coarta, a pesar del destino, el hilo de sus días, aunque el Estado no le haya condenado a morir, ni se haya visto reducido a tal situación por alguna horrible e inevitable desgracia sobrevenida inopinadamente, ni por ningún oprobio de tal calidad que hiciera para él odiosa e insoportable la vida, sino por una debilidad y una cobardía extremas se condena a sí mismo a esta pena que no merece".¹⁵

Es de mencionarse, que Aristóteles, defendía la realización del aborto, siempre y cuando éste se practicara antes de que se presentaran en el embrión signos de sensación y vida, de lo contrario sería considerado como un ilícito.

Vemos que la gravedad moral de los actos contra la vida es tanto mayor cuanto más avanzado esté el proceso de maduración del embrión, sin embargo, Aristóteles considera, que hay razón para realizar el infanticidio en el caso de recién nacidos enfermizos y deformes, afirmaba que el matarlos representaba un bien para ellos y para la sociedad, equiparándolo a la eutanasia pues el móvil era la piedad.

Estas ideas fueron practicadas en Esparta, en donde los niños deformes eran abandonados, aunque en este caso, los ancianos eran considerablemente respetados. En Roma, la eutanasia neonatal era permitida: el padre podía matar en el momento de nacer, al hijo con graves deformaciones congénitas.

Finalmente, y en contraste con lo anterior es importante destacar una opinión contraria a la eutanasia que proviene del campo de la medicina, el Juramento Hipocrático (460-359 a.C.) (el cual fué reformado en la declaración de Ginebra de Septiembre de 1948). Aunque es importante mencionar que el

¹⁴PLATON, Diálogos, ed. Porrúa, Col. "Sepan cuantos", México, 1979, p. 173-174.

¹⁵PLATON, Las Leyes. Ed. Porrúa, Col. "Sepan cuantos", 3a. edición, México 1979, p. 197.

hipocrático consideraba que sí debía aplicarse la eutanasia, pero sólo a los sujetos *incurables*, y no a los *inservibles* como postulaba el platonismo.

JURAMENTO HIPOCRATICO

"Juro por Apolo, Médico, por Esculapio, Higia y Panacea, por todos los dioses y todas las diosas, que de acuerdo a mi habilidad y conocimiento, guardaré éste juramento y lo en él estipulado:

Consideraré a quien me ha enseñado este arte, un ser tan querido como lo son mis progenitores; compartiré mi sustento con él y le ayudaré en sus necesidades cuando así lo requiera; consideraré a sus descendientes como a mis propios hermanos, les enseñaré este arte, si muestran deseo de aprenderlo, sin remuneración y sin condición alguna; impartiré el conocimiento de este arte mediante el precepto, la lectura y cualquier otro medio de instrucción que pueda haber, a los propios hijos de mis maestros, y a aquellos discípulos que por medio de un juramento y condiciones escritas, elaborados de acuerdo a la ley médica, queden vinculados conmigo, y a nadie más fuera de ellos.

Seguiré aquella terapéutica, que de acuerdo a mi capacidad y a mi juicio, consideraré la más beneficiosa para mis pacientes, absteniéndome de administrarle todo aquello que considere deletereo y perjudicial. *No proporcionaré medicamento mortal a nadie en caso de que se me requiera que lo haga, ni aconsejaré tal cosa, es más, no facilitaré a la mujer orientación o instrumento alguno para ocasionar un aborto.*

Con pureza y santidad pasaré mi vida y practicaré mi arte; no intervendré a nadie que diga sufrir del "mal de piedra", dejaré que lo hagan quienes dicen que son expertos en conocer y tratar ese mal. A cualquier casa que entre lo haré sólo para el bien del enfermo y me abstendré de efectuar voluntariamente algún acto corrupto o dañino, al igual que tratar de seducir a hombres o mujeres, libres o casados.

Todo aquello, que en relación o no con mi práctica médica, yo vea o escuche de la vida de los demás y que se supone que no deba ser comentado con otros, no lo divulgaré, considerando que todo ello debe ser mantenido en absoluto secreto.

Que mientras yo guarde la observancia de este juramento me sea concedido el disfrutar de la vida y de la práctica de este arte, respetado por todos los hombres en toda situación y momento, pero si lo traiciono y lo violo, sea mi destino todo lo contrario".

Edad media

El pensamiento cristiano fue poco a poco imperando en la mentalidad de la Edad Media, se habla sólo de rematar a los heridos en combate para lo cual se empleaba un corto puñal llamado *miser cordia*, éste se utilizaba introduciéndolo en la juntura de la armadura, por abajo de la gorguera, y así evitar al vencido un terrible sufrimiento a causa de heridas mortales y una larga agonía.

Como decíamos, por imperar el espíritu del decálogo en esta época, se dice que resultaba para los cristianos medievales repugnante la idea de matar por compasión, pues admitían que el dolor venía de Dios y debía ser aceptado como expresión de su voluntad. Tan es así que ni siquiera Santo Tomás de Aquino en la Suma Teológica se refiere a la eutanasia; únicamente habla del suicidio y lo reprueba por ir en contra de uno mismo, de la sociedad y del amor a Dios.

Sin embargo, a pesar de que dentro los máximos principios cristianos se encuentra el mandamiento de "no matarás", y a través de la historia la Iglesia ha rechazado el hecho de la eutanasia, debemos recordar que la *Inquisición* fué vista desde esta perspectiva, *rigurosamente eutanásica*, pues mató o dejó morir a los que consideraba enfermos espirituales crónicos (pecadores y herejes), con el fin de preservar la salud espiritual de la sociedad, pero eso sí, siempre en el "nombre de Dios".

A continuación transcribo un importante juramento médico elaborado en la era cristiana por Maimónides (1135-1204):

"La eterna Providencia al formarme médico me ha designado para velar por la salud y la vida de todas sus criaturas.

Sea el amor a mi arte lo que me impulse en todo momento; que jamás la avaricia, la mezquindad, la sed de gloria o de notable reputación, se apoderen de mi mente, ya que estas enemigas de la verdad y de la filantropía pudieran fácilmente engañarme y hacerme olvidar mi elevada misión: Hacer el bien a tus hijos.

Que nunca vea en el paciente sino una criatura, compañera mía, en sufrimiento. Concédeme fuerza, tiempo, así como la oportunidad siempre para corregir y mejorar todo aquello que he adquirido, ampliando así el dominio de mi

conocimiento; ya que el saber es inmenso, y el espíritu del Hombre puede dilatarse hasta lo infinito, para enriquecerse diariamente con nuevas exigencias.

Hoy, puede descubrir sus errores de ayer, y mañana puede obtener una nueva luz respecto aquello de lo cual se sentía seguro el día de hoy.

Dios, Tú me has elegido para cuidar de la vida y la salud de Tus seres, heme aquí, presto a seguir mi vocación, entregado a Tu llamado".

Renacimiento y época moderna

En el Renacimiento es retomada la idea de la eutanasia, siendo con Santo Tomás Moro con quien renace la postulación del hecho, y con Bacon surge el uso del término eutanasia con la acepción actual.

Tomás Moro (1478-1535), ha creado a través del tiempo gran polémica por admitir la eutanasia en su obra "Utopía", aunque hemos de decir que su obra está saturada de ironía, por lo que no debemos tomarlo como algo definitivo. A continuación se presenta el texto completo:

"A los enfermos los tratan con grandes cuidados, sin pasar por alto medicamentos, ni alimentos que puedan devolverles la salud. Les brindan compañía a los incurables, les dan conversación y, en un palabra, hacen cuanto pueden para aliviarlos de las enfermedades. Si se trata de un mal que no tiene cura y que produce continuo dolor, convencen al paciente para que, ya que es inútil para las tareas de la vida, molesto para los otros y una carga para sí mismo, no desee alimentar por más tiempo su propio mal y corrupción; que ya que su vida es una tortura no dude en morir, que piense en librarse de una vida tal que es un tormento, procurándose la muerte o aceptando que otro se la dé; lo convencen de que así actuará sabiamente, de que la muerte no será un mal, sino el fin de sus sufrimientos, y de que siendo eso lo que aconsejan los sacerdotes, intérpretes de la divina voluntad, hará una acción santa y devota.

Aquellos que son persuadidos se dejan morir de hambre o reciben la muerte mientras duermen, sin darse cuenta. Pero a ninguno se le elimina contra su voluntad, ni dejan de brindarle cuidados, convencidos de que así se actúa honradamente".¹⁶

Con Francisco Bacon (1561-1623) aparece el término eutanasia con la acepción actual. Para él la eutanasia no postula la muerte del enfermo, sino sólo la ayuda en el morir. Bacon exhorta a los médicos a no aceptar el dolor como una fatalidad, sino a investigar métodos que disminuyan los sufrimientos y hagan más benigno el último trance del moribundo (actualmente se denominan

¹⁶MORO, Tomás, Utopía, Ed. Nuevomar, México, 1984, p. 102-103.

cuidados paliativos), debiendo los médicos dejar a un lado la cuestión de escrúpulos y religión al estar junto al paciente cuando éste está muriendo.

En Inglaterra, D. Hume publicó un ensayo sobre la eutanasia en 1785, el cual tuvo un gran impacto sobre la sociedad británica, en el cual postulaba el derecho a, con toda libertad y conciencia, despedirse de la vida.

En 1873 L.A. Tollemache publicó un elocuente artículo titulado "La nueva cura de los incurables", en el cual se manifestaba abiertamente por la legalización de la eutanasia voluntaria. A las críticas recibidas, contestó que en casos de gravísimos sufrimientos, aunque el enfermo se negara, se le dejara morir de muerte natural.

En 1922 el movimiento eutanásico se sacudió con el libro escrito por el jurista y filósofo Karl Binding y el médico psiquiatra Alfred Hoche, titulado "El permiso para destruir las vidas carentes de valor vital", entendiendo por "vida sin valor vital", no sólo las de los enfermos terminales, sino también las de la mayoría de los enfermos mentales, los retrasados psíquicos y los niños retardados y deformes. Los autores dan al concepto de eutanasia un contenido estrictamente "terapéutico", afirmando que es un tratamiento sanador y una obra higiénica.

El 16 de octubre de 1931, se puede decir que nace en Inglaterra el movimiento eutanásico, con el discurso expuesto por el Dr. Killick Millard proponiendo la legalización de la eutanasia, ante la Society of Medical Officers of Health.

El discurso de Millard contenía las siguientes afirmaciones:

- a) La mayoría de los hombres mueren en medio de terribles dolores.
- b) El que no mata a un animal muy enfermo es culpable de crueldad, ¿porqué no ser humanos con el hombre?
- c) El suicidio en general es malo, pero la eutanasia en ciertas circunstancias puede ser correcta.
- d) Hay que legalizar la eutanasia como un acto racional, valiente, frecuentemente altruista.
- e) La propuesta legislativa puede parecer complicada, pero el procedimiento es semejante al necesario para la cremación.

Como consecuencia de éste discurso y la enorme publicidad que se le dió, hubo un gran número de adhesiones al movimiento, y en 1935 el Dr. Millard

fundó la Sociedad Eutanásica. Sin embargo el proyecto de ley fué rechazado por la Cámara de los Lorens en 1936.

Siguiendo el ejemplo de Inglaterra, en 1938, el Reverendo Charles Potter fundó en los Estados Unidos la Sociedad Eutanásica de América, imitando el modelo inglés, pero su propuesta fue rechazada ese mismo año por la Asamblea de Nebraska.

La Eutanasia en la Alemania nazi

El terrible caso de la eutanasia en Alemania tuvo su origen con la publicación del libro escrito por Alfred Hoche y Karl Binding, mencionado anteriormente. Ambos autores destacan las ventajas económicas que reportaría la supresión de determinados pacientes cuya vida "carecía de valor".

Este concepto de vida sin valor fue tomando fuerza en los medios intelectuales alemanes; los médicos alemanes fueron influenciados profundamente por una ética utilitarista, quienes realizaban los actos eutanásicos en forma voluntaria y no como respuesta a una orden dada por un superior. Los médicos que se negaron a participar en los experimentos no fueron molestados. Se sabe que Hitler en un documento autorizaba condicionalmente a los médicos a proporcionar una "muerte por compasión", siempre que se diera un diagnóstico sumamente cuidadoso; el caso fue que el programa de eutanasia fue proyectado y fomentado por los médicos.

El programa eutanásico fue cobrando auge poco a poco. Primero se exterminaba a los gravemente enfermos, a los retrasados mentales, luego a los deformes, después a los improductivos, luego a los indeseables ideológicamente, posteriormente a los indeseables racialmente, y finalmente se dió el brinco a los asesinatos genocidas a todo el que no fuera alemán, como fueron los gitanos, judíos, polacos y rusos, en ese orden.

Los nazis no utilizaron el término eutanasia en el sentido que se le dá en la actualidad, sino para poder desarrollar un plan de eugenesia negativa guiados por una mentalidad racista. Esta presentaba dos motivaciones: la misericordia y el motivo social del beneficio de la raza.

El nazismo llevó a la exageración la idea de la excelencia racial, y creó en sus leyes penales dos delitos con el propósito de velar por la pureza racial. Es así que las uniones conyugales entre seres de distinto tipo étnico, configuraba el delito de "traición a la raza". Las relaciones sexuales entre alemanes y seres pertenecientes a otra raza, eran delictuosas, pues se

consideraba que atacaban la pureza de la raza, aún cuando se hubiesen empleado medios anticonceptivos; se creó además, el delito de "ofensa contra el honor de la raza", constituido por simples relaciones sociales en lugares públicos entre seres de raza aria, con seres pertenecientes a razas de color.

Ulteriores intentos de legislaciones en Inglaterra

Todavía no se extinguía el eco de la eutanasia nazi, cuando en 1950 en Inglaterra se debatía en la Cámara de los Lores una nueva moción en favor de la eutanasia, la cual fué rechazada sin ser votada.

En cambio, en este mismo año, la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial aprobaba una resolución que exhortaba a todos sus miembros a condenar la práctica de la eutanasia en cualquier circunstancia. Sin embargo, en 1952, un grupo de científicos, médicos y clérigos británicos y norteamericanos solicitaba a las Naciones Unidas una enmienda de la Declaración de los Derechos Humanos, en la que se concediera a los enfermos incurables derecho a la eutanasia voluntaria. Pero las firmas obtenidas resultaron insuficientes para que el documento fuera aprobado.

Por estos años, surge un nuevo y prominente impulsor del movimiento eutanásico inglés, el profesor Glanville Williams, catedrático de Derecho en las Universidades de Cambridge y Londres. El analiza las fallas de las anteriores propuestas legislativas y sugiere una vía de compromiso. Afirma que la eutanasia es frecuentemente practicada por los médicos, y enfatiza que no hay diferencia ni lógica ni moral entre permitir morir (aceptado por la ley) y anticipar la muerte. Animada por Williams, la Sociedad Eutanásica presentó otro proyecto a favor de la eutanasia en la Cámara de los Lores en 1969, pero la votación resultó 40 a favor y 61 en contra por lo que el documento no pasó a la Cámara de los Comunes.

Glanville Williams se dió cuenta de que el proyecto eutanásico inglés llevaba demasiadas formalidades al cuarto del enfermo y destruía la relación médico-paciente, y por lo tanto propuso que los médicos no fueran considerados culpables si intencionalmente aceleraban la muerte de un paciente gravemente enfermo, a no ser que se probara que la acción no procediera de buena fé y fuera ejecutada sin el consentimiento del paciente.

Este plan asumido por la Sociedad eutanásica inglesa consagraba los términos "paciente cualificado" e "irremediable condición". Por ésta se entendía:

- a) Enfermedad física en casos incurables y terminales.

b) Dolorosa afección física que ocasione al paciente serio daño o incapacidad permanente o severa afección.

c) Daño cerebral físico que ocasione grave e irreparable deficiencia de las facultades mentales normales.

El paciente "cualificado" debe ser considerado como tal por dos médicos y certificado por escrito. Hecha esta declaración no se llevará a cabo la eutanasia sino pasado un mes, a no ser que sea revocado. El paciente debería ser mayor de edad.

El proyecto fue presentado en la Cámara de los Lores en 1969, sin embargo fué rechazado por el 60% de los miembros de la Cámara. De nuevo fue rechazado otro anteproyecto de ley porque presentaba un "suicidio por poder". La oposición mayor venía del campo médico y religioso, pero más de aquél porque asumía el papel de verdugo.

Nuevos intentos legislativos en Estados Unidos.

Con la legislación del aborto del 22 de enero de 1973, muchos defensores de la eutanasia cobraron nuevos bríos por legalizarla. Hasta 1975 se habían presentado peticiones formales de legalización en 13 Estados de la Unión Americana: Iowa, Oregon, Pennsylvania, Virginia, Rhode Island, Massachusetts, Maryland, Illinois, Idaho, Florida, Hawaii, Delaware y Montana.

Suiza.

El 25 de septiembre de 1977 en el cantón suizo de Zurich fue votado en referendun un documento a favor de la eutanasia. Por un lado se constata una evolución hacia una creciente liberalización de la eutanasia legal, por otro lado, en cambio, se establecen rígidos controles para evitar abusos y manipulaciones.

Holanda y Alemania.

En 1973 fue fundada en Holanda la Sociedad para la eutanasia voluntaria, sus miembros son más de 25,000. El Dr. Philippe Schepens secretario general de la Federación mundial de médicos que respeta la vida humana afirma que en Holanda como el 15% de muertes son por eutanasia.

En Alemania el horizonte no es muy diverso. Hans Henning Atrott presidente de la Sociedad eutanásica ("para la muerte humana") informa que ha

proporcionado cianuro a 5 minusválidos e inducido a la eutanasia a más de 2,000 personas cada año.

Sociedades y Manifiestos Eutanásicos.

"Exit" fue la asociación pionera de sociedades no lucrativas y humanitarias en pro de la muerte digna. Fue fundada en Londres en 1935. En la actualidad el promedio de edad de sus miembros es de 60 años, y la mayoría son mujeres.

Actualmente existen más de 40 asociaciones similares en todo el mundo. La Asociación francesa expide a sus socios un carnet que en el reverso declara: "No a los métodos artificiales. Sí a los calmantes aunque adelanten la muerte. Recurran a la eutanasia activa si la medicina no puede garantizar el restablecimiento de mis facultades físicas o mentales". A los socios mayores de 20 años se les proporciona una lista de productos útiles para sus propósitos.

Una de las asociaciones más recientes es la española (ADMD). Fue reconocida legalmente en diciembre de 1984. Declara que sus fines son: "El derecho de toda persona a disponer con libertad de su cuerpo y de su vida, y a elegir libre y dignamente el momento y los medios para finalizarla; el derecho de los enfermos terminales a, llegado el momento, morir pacíficamente y sin sufrimiento si éste es su deseo".

En el año de 1974, se realizó un importante simposium sobre la eutanasia patrocinado por una Asociación de Hospitales Católicos de los Estados Unidos, en la cual se presentó una interesante ponencia de Kenneth Vaux, "La aceptación Social de la Eutanasia: perspectivas y problemas". En ella se sostuvo que una amplia aceptación de la eutanasia no ocurrirá, ya que el hombre es incapaz en su constitución de conformarse ante el rostro de la muerte". Según el ponente, esta incapacidad tiene profundas raíces biológicas y espirituales que se expresan en el compromiso del médico de preservar la vida y en la prohibición social de la eutanasia. Lo único que va a quedar de la presente crisis es un freno a los excesos tecnológicos de prolongar la vida.

En caso de aceptarse la eutanasia, Vaux prevé tres consecuencias: a) la degradación del valor del individuo, b) la conversión del médico en técnico al servicio de la política pública, y c) la erosión de nuestra responsabilidad como sociedad capaz de encarar constructivamente los problemas de salud.

También en México se celebró hace algunos años un Simposio interdisciplinario (Simposio Syntex, editado en abril de 1979) sobre Eugenesia y Eutanasia Médicas. En él participaron médicos, juristas, filósofos y psicólogos, los cuales en el fondo se declararon en contra de la eutanasia.

Finalmente, para cerrar este capítulo, es necesario hacer mención del Congreso de Niza, celebrado en septiembre de 1984, el cual fue promovido por las asociaciones "por el derecho de morir con dignidad", habiendo preparado y firmado un grupo de médicos la siguiente declaración:

"Convencido de que la ética médica implica antes que nada el respeto de la persona humana y el respeto por la vida; convencido de que la petición de alguien que sufre no puede ser ignorada y que respetar su vida significa también respetar las condiciones de su muerte, el suscrito, doctor de medicina, afirma que ha llegado el momento, con la formación médica y la institución de médicos adecuados, de responder a la demanda de una mejor calidad del último período de vida y de una muerte con la prevención del sufrimiento y la salvaguarda de la dignidad. Contrario a cualquier práctica sistemática, y al encamizamiento terapéutico, que no tienen cuenta de la personalidad y del ruego del paciente, el suscrito declara de haber sido llevado en el curso de su carrera, a ayudar a los enfermos en su fase final a concluir su vida en las condiciones menos malas posibles, y esto con la conciencia de haber cumplido mi propia misión. Se declara pronto a afrontar con sus enfermos y su petición, el problema de su muerte y de reflexionar con ellos acerca del medio para asegurar un final sin sufrimiento y angustia".¹⁷

¹⁷Siervos de María, Septiembre-Octubre 1985.

CAPITULO III

LA MUERTE HOY

Después de tantos siglos durante los cuales se había llegado a aceptar el hecho de la muerte como algo "normal" e ineludible tanto por parte de los médicos como de la sociedad, ahora se intenta reexaminar el concepto de muerte, y esto se debe en gran medida a que con el desarrollo de aparatos complicados y nuevos medicamentos se ha podido conservar la vida durante horas o bien días, algunos órganos y partes del cuerpo como corazones, riñones, pulmones y otros órganos separados del cuerpo, mediante un equipo especial, aún cuando el cerebro se encuentre totalmente destrozado.

Los sistemas actuales de vida artificial altamente desarrollados, que bombean mecánicamente oxígeno a los pulmones o bien mantienen el corazón latiendo a una frecuencia dada, pueden producir diferentes efectos. Mantienen a un paciente vivo mientras se logra su recuperación; pueden prolongar la agonía durante unas cuantas horas o hasta días; en ocasiones pueden encubrir el hecho de que el paciente ya está muerto.

La nueva tecnología obliga a que se reconsidere lo que es la muerte, no a que se la vuelva a definir, sino a que se le comprenda mejor, se investigue a fondo su naturaleza y se alineé su nueva concepción con la vida y con la moderna tecnología.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Para introducirnos con bases firmes en el tema objeto del presente trabajo, considero necesario comenzar hablando de la muerte, pues dejando a un lado el concepto, las diversas clasificaciones, cualquier tipo de debate médico, legal o religioso, el fin último de la eutanasia es la muerte, por lo que es importante que tengamos un panorama, aunque sea leve, de lo que ésta representa para el hombre desde un punto de vista antropológico, psicológico, filosófico, médico, legal y ético.

A) ASPECTO ANTROPOLOGICO.

Empezemos pues, a tratar a la muerte en su aspecto *antropológico*, entendiendo por éste el estudio descriptivo y sistemático de las distintas costumbres relacionadas con el morir, según se configuran en el contexto de los distintos pueblos y épocas.

El hecho mayor con que tiene que contar la antropología de la muerte es el hallazgo de que al surgir la especie humana en la prehistoria, aparecen a la vez signos de que se asocian a la muerte prácticas totalmente inexistentes entre los antecesores del hombre. Tales prácticas indican que la muerte de sus congéneres se ve por los humanos de una manera distinta que por los no humanos y que la incidencia de la muerte, al verse de forma distinta, se sobrecarga con unos significados peculiares. La diferencia y la peculiaridad se marcan elementalmente por el aparecer constatado de ritos.

Por lo pronto bueno será que mencionemos los dos significados que se le dá a lo ritual, según se hable en términos sociobiológicos o en términos antropológicos. En *sociobiología* se denominan rituales a "todas aquellas conductas no comunicativas que en la evolución de una especie se vuelven comunicativas y funcionan como una comunicación"¹⁸. Por ejemplo, los movimientos y señales que los animales emiten durante el acto sexual, los cuales en su origen eran una reacción no comunicativa, desencadenada por la excitación sexual, y que con el tiempo dichas señales se han ido integrando al proceso de apareamiento con un sentido estrictamente biológico. Resumiendo, los rituales sociobiológicos son comportamientos comunicativos evolucionados a partir de reacciones elementales del organismo, en los cuales se organizan, integran y reproducen conductas de capital importancia biológica.

Los rituales en la *antropología* y en las ciencias religiosas, tienen un significado más amplio, pues, de "una parte, designan conductas interactivas más complejas y, de otra parte, no demandan una radicación biológica evolutiva tan estricta, sin embargo, implican igualmente la sobredeterminación de unos sucesos o tiempos ya relevantes de por sí, con acciones más evolucionadas y de configuración compartida"¹⁹. Por ejemplo, el nacimiento, la llegada de la primavera, la construcción de una casa.

Ahora bien, si relacionamos la anterior explicación con el tema de la muerte, podríamos pensar que los rituales funerarios del hombre primitivo, eran de tipo antropológico, pues siempre expresaban una clase de reacciones vividas ante la muerte humana, que se pueden explicar si esa muerte daba lugar a experiencias elementales muy vivas, muy compartidas, y muy diferentes de las que la muerte producía en otros animales superiores.

Los estudios antropológicos muestran que dentro de una gran variedad de mitologías interpretativas de la muerte, hay partes en las que todas ellas coinciden, marcando la especie de significados a que se refieren los ritos mortuorios: en ser siempre algo social, algo biográfico y algo religioso o mágico.

¹⁸Tornos, Andrés. Sobre la Antropología de la muerte. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1990.

¹⁹Tornos, Andrés. Obra Citada.

Andrés Tornos nos explica lo que se debe entender al respecto por dimensión social, biográfica y religiosa o mágica.

a) **Dimensión social.** Ella muestra que la muerte significaba algo importante para toda la comunidad y no sólo para el individuo que moría; como un suceso colectivo relevante y no sólo como un hecho natural. Esto se nos hace patente con la construcción colectiva de monumentos.

b) **Dimensión biográfica.** El significado que se le dá en este caso se refiere a que la muerte no se veía como un hecho puntual, sino que se distendía en una línea temporal prolongada hacia antes y después de la muerte. Las formas de enterramiento en que junto al individuo se colocaban armas y alimentos o se situaba a éste en posición fetal, lo indican, así como también los vestidos con que frecuentemente se le adornó, o los ritos de canibalismo que parecen haber abundado, pero no con un carácter de sadismo, sino más bien significando una trascendencia del difunto dentro de quienes lo comían (vgr. al sorber el cerebro, pretendían asumir en herencia su fuerza vital).

c) **Dimensión mágica o religiosa.** Ella implicaba un considerar a la muerte como acontecimiento relacionado con los límites del mundo y no como uno más entre los hechos del mundo.

Para articular la dimensión social, biográfica y religiosa o mágica con los ritos de la muerte, E. Morin ²⁰, señala que hay sin duda un traumatismo de la muerte en la base, un fuerte impacto emocional derivado de la violenta supresión de la vida del ser querido. De este traumatismo nace en la conciencia la representación atemorizada de la muerte de seres queridos o de uno mismo, la sensación de la cercanía de la muerte. Y la imposibilidad de pensar el no ser de uno, lleva a concebir el ser superviviente, la idea de la inmortalidad, constituyendo una respuesta psicológica a lo inexplicable.

B) ASPECTO PSICOLOGICO.

Desde la perspectiva *psicológica*, Freud llama la atención respecto de nuestra actitud frente a la muerte, explica que la vida podría sufrir un empobrecimiento si se desterrara eficazmente de la conciencia, la representación de la muerte propia. Lo que subrayaba es que ya en aquel tiempo, se había multiplicado la representación de la muerte en los diversos medios de comunicación, pero de tal manera que la muerte apareciera como lo ajeno, en personas con las que uno no se identificara, como cosa de otro, como

²⁰F. Morin. El hombre y la muerte en la Historia, Corr ea, Par is, 1951.

aquello que si le sobreviniera a uno sería por una incidencia injustificada del destino o de la suerte.

Posteriormente fué Erikson quien desarrolló más sistemáticamente, dentro del campo de lo psicoanalítico, el tema de lo necesario que nos es configurar nuestra vida, a partir de una cierta edad, a conciencia de la ineludible limitación de ésta causada por la muerte. Para Erikson resulta clave para el sano desenvolvimiento de la identidad personal, el saberse uno radicalmente opuesto ante la muerte. Asumir esta perspectiva y modular con respeto a ella los propios proyectos de vida y las conductas correspondientes constituiría la única alternativa válida frente al huir hacia la inconsciencia o hacia exageraciones compensatorias. Y en todo caso, la equilibrada consumación social de las tareas que a uno le incumben no se lograría sin esa asunción de la muerte, única llave para el logro de la integridad psicológica y ética de la vida.

En este mismo sentido, Heidegger establece que quien no asuma la conciencia de la muerte, planteará en falso o inauténticamente el conjunto de la vida.

C) ASPECTO FILOSOFICO.

En el presente apartado, presentaré, algunas ideas que de la muerte se tienen desde una perspectiva *filosófica*, si bien lo que sabe el hombre de la muerte se reduce a poca cosa: a los hechos que la preceden y a los que la siguen. No conocemos nada cierto respecto de ella misma. Lo único que podemos afirmar con seguridad es lo que todo el mundo sabe, esto es, que la muerte consiste en la cesación de la vida. No obstante, la vejez y el sueño nos proporcionan ideas aproximadas respecto de la muerte, pero de ninguna manera equivale al conocimiento directo de la muerte, que nadie puede comunicarnos, vemos morir a los demás, pero no nos vemos morir a nosotros mismos porque cuando llega la muerte, hemos dejado de existir.

Enrique Varigny en su obra "la Muerte y la Biología", demuestra que desde que apunta la vida se encuentra acompañada de la muerte.

Santo Tomás sostiene en la Suma Teológica que "la muerte, la enfermedad y cualquier defecto corporal dependen de un defecto de la sujeción del cuerpo al alma. Y como la rebelión del apetito carnal al espíritu es la pena del pecado de los primeros padres, tal es también la muerte, y todo otro defecto corpóreo."

Respecto a la cuestión de si la muerte es una cosa natural al hombre, formula una tesis dualista: Aunque la muerte y los otros defectos corporales se refieren a la naturaleza particular, sin embargo, son naturales al hombre según

aquello que si le sobreviniera a uno sería por una incidencia injustificada del destino o de la suerte.

Posteriormente fué Erikson quien desarrolló más sistemáticamente, dentro del campo de lo psicoanalítico, el tema de lo necesario que nos es configurar nuestra vida, a partir de una cierta edad, a conciencia de la ineludible limitación de ésta causada por la muerte. Para Erikson resulta clave para el sano desenvolvimiento de la identidad personal, el saberse uno radicalmente opuesto ante la muerte. Asumir esta perspectiva y modular con respeto a ella los propios proyectos de vida y las conductas correspondientes constituiría la única alternativa válida frente al huir hacia la inconsciencia o hacia exageraciones compensatorias. Y en todo caso, la equilibrada consumación social de las tareas que a uno le incumben no se lograría sin esa asunción de la muerte, única llave para el logro de la integridad psicológica y ética de la vida.

En este mismo sentido, Heidegger establece que quien no asuma la conciencia de la muerte, planteará en falso o inauténticamente el conjunto de la vida.

C) ASPECTO FILOSOFICO.

En el presente apartado, presentaré, algunas ideas que de la muerte se tienen desde una perspectiva *filosófica*, si bien lo que sabe el hombre de la muerte se reduce a poca cosa: a los hechos que la preceden y a los que la siguen. No conocemos nada cierto respecto de ella misma. Lo único que podemos afirmar con seguridad es lo que todo el mundo sabe, esto es, que la muerte consiste en la cesación de la vida. No obstante, la vejez y el sueño nos proporcionan ideas aproximadas respecto de la muerte, pero de ninguna manera equivale al conocimiento directo de la muerte, que nadie puede comunicarnos, vemos morir a los demás, pero no nos vemos morir a nosotros mismos porque cuando llega la muerte , hemos dejado de existir.

Enrique Varigny en su obra "la Muerte y la Biología", demuestra que desde que apunta la vida se encuentra acompañada de la muerte.

Santo Tomás sostiene en la Suma Teológica que "la muerte, la enfermedad y cualquier defecto corporal dependen de un defecto de la sujeción del cuerpo al alma. Y como la rebelión del apetito carnal al espíritu es la pena del pecado de los primeros padres, tal es también la muerte , y todo otro defecto corpóreo."

Respecto a la cuestión de si la muerte es una cosa natural al hombre, formula una tesis dualista: Aunque la muerte y los otros defectos corporales se refieren a la naturaleza particular, sin embargo, son naturales al hombre según

su naturaleza universal, no de parte de la forma, esto es, del alma, sino de parte de la materia, del cuerpo." En otras palabras, la muerte es una cosa natural, en tanto que poseemos un cuerpo corruptible, pero no lo es con relación a nuestra alma, de suyo inmortal.

El **Conde de Keyeserling** (filósofo alemán 1880-1946), es de opinión que los individuos que viven para el espíritu y se han emancipado del imperio de la carne, no temen a la muerte. Más aún, sostiene que sólo en aquellos que están desprovistos de toda espiritualidad, la muerte sobreviene por causas meramente físicas.

Subraya la compenetración íntima de la vida con la muerte comparando a la primera con la melodía: "Al considerar la vida a través de la imagen simbólica de la música hemos visto que cada instante vital es siempre constructor y destructor, nacimiento y muerte a la vez. Siendo así, toda alegría de vivir es, simultáneamente, alegría de morir.

Insiste en que la muerte no es ningún problema espiritual, desde el punto de vista del espíritu no existe. "No es más que tránsito a otra vida espiritual, o a una metamorfosis. Pero este conocimiento no modifica en nada su patetismo, que pertenece al plano del mundo abismal y representa en él el más poderoso de todos los hechos, apareciendo como la más extrema expresión posible del padecer."

Sartre, se encuentra en el extremo opuesto del Conde de Keyeserling. Se burla de quienes, siguiendo el ejemplo de Sócrates, de los estoicos y de los místicos, quieren hacer de la muerte un acto teatral, solemne en el que se pronuncian frases nobles y el individuo cae, al rendir su tributo a la naturaleza "como fruto maduro que debe dar gracias a la tierra que lo ha asimilado."

Sartre ha insistido en la insignificancia de la muerte: "la muerte es un puro hecho, como el nacimiento; viene hacia nosotros desde el exterior y nos transforma en exterioridad. En el fondo no se distingue de manera alguna del nacimiento y denominamos facticidad a la identidad del nacimiento y de la muerte."

Para él la muerte es la revelación de lo absurdo de toda espera, aún de la espera de la muerte misma, porque ésta llega cuando quiere y no cuando queremos. El sentido que pueden tener los actos que forman la vida de una persona, se pierde totalmente por el hecho de que la muerte destruye con mano inexorable, las esperanzas, las ilusiones y los proyectos del ser que ha vivido.

El sentido filosófico, nos dice, consiste en comprender, o más bien sentir, hasta qué punto es necesaria la muerte, no sólo para la subsistencia y armonía del Universo, en general, sino para el individuo mismo que ha de morir,

debiendo éste esperar la muerte tranquila y serenamente, pensando que el viaje ha concluido y es necesario descansar en un lugar de reposo y silencio.

Las religiones han tenido que acudir a la idea de que el pecado es causa de la muerte o que ésta ha sido impuesta al género humano como castigo. Olvidan que los animales también mueren y que todo en el Universo está sujeto a los procesos de integración y destrucción.

San Pablo escribió: " Un hombre ha introducido el pecado en este mundo y por el pecado la muerte, y de este modo la muerte ha pasado a todos los hombres."

Job, muchos años antes que San Pablo pensaba de la misma manera "la muerte es la hija del pecado."

En términos de filosofía ontologista Jules Pacheu repite la misma idea: "el pecado es la fuente de la muerte, es la causa permanente, no por accidente, sino por virtud de una ley que tiene su raíz en la naturaleza misma de las cosas", y el Apóstol Santiago, la relaciona con la concupiscencia: "cuando la concupiscencia ha concebido, da nacimiento al pecado; y cuando el pecado está consumado, engendra la muerte."

Carlos Marx; no consideró la muerte como un problema. En el *Manuscrito económico-filosófico*, se encuentran simplemente algunos restos de la concepción hegeliana de la muerte (triunfo necesario de la especie sobre el individuo), pero sin profundizar en el tema.

La gran revolución marxista en la filosofía, es la afirmación de que "la solución de las oposiciones teóricas sólo es posible de una manera práctica, por la energía del hombre, solución ésta que no sólo es tarea del conocimiento, sino una tarea vital real, que la filosofía no podía resolver, precisamente porque ella no ve ahí más que una tarea puramente teórica".

Marx dejó al margen a la muerte, como cosa fuera del alcance de la "energía del hombre". Todo problema inaccesible a la práctica es insoluble; luego es un falso problema: o verdadero, si el problema es justamente soluble. Marx también dejó al margen a la muerte porque la praxis revolucionaria contiene en sí misma las participaciones biológicas, cívicas, culturales, y filosóficas que rechazan la muerte. Por otra parte, la acción revolucionaria implica el riesgo de muerte porque necesariamente dá prioridad, antes que a cualquier otro problema, al de la realización del propio hombre.

Entre las diversas concepciones sobre la muerte cabe mencionar a las siguientes:

1. Como iniciación de un ciclo de vida. De esta manera es entendida la muerte por muchas doctrinas que admiten la inmortalidad del alma. Para tales doctrinas la muerte es lo que decía Platón: "la separación del alma del cuerpo". Si la vida y el alma existen después de la muerte, la muerte es un bien para el alma porque ejerce mejor su actividad sin el cuerpo.

2. Como fin de un ciclo de vida; con ella se acaba todo. Leibnitz concibió el fin del ciclo vital como disminución o decadencia de la vida.

Por su parte Hegel considera la muerte como el fin del ciclo de la existencia individual o finita por su imposibilidad de adecuarse a lo universal.

3. Como posibilidad existencial. "La idea importante que Dilthey aquí expresa es la de que la muerte constituye "una limitación de la existencia" no ya en cuanto constituye el término, sino en cuanto constituye una condición que acompaña todos sus momentos. Esta concepción que reproduce de alguna manera, en el plano filosófico, la concepción de la muerte de la teología cristiana, ha sido expresada por Jaspers mediante el concepto de la situación-límite, esto es, de una "situación-decisiva, esencial, ligada a la naturaleza humana en cuanto tal e inevitablemente dada con el ser finito".

4. Posibilidad presente a la vida del hombre que determina sus características fundamentales. Se adhieren a ella Dilthey y Sartre.

Finalmente, la mayor parte de las religiones consideran a la muerte como el principio de una nueva vida, la "vida futura" de premios y de castigos.

D) ASPECTO RELIGIOSO.

La Iglesia Católica, recién nacida, provenía de un mundo semita, marcado por una fuerte conciencia religiosa y cultural y que en seguida, con la apertura de San Pablo al mundo grecorromano, penetra en un universo muy distinto y al que había opuesto históricamente una fuerte resistencia. En una de sus epístolas, San Pablo afirma: "Todo lo que sea bueno, todo lo que sea respetable, todo lo justo, todo lo limpio, todo lo estimable, todo lo de buena fama, cualquier valor o mérito que haya, eso tenedlo por vuestro".²¹ De esta manera, estaba poniendo los cimientos de la llamada carta del humanismo cristiano. Es el reconocimiento y la afirmación de los valores existentes en una cultura diversa y que el neoconverso a la fe cristiana podía "tener por suyos".

²¹Gafo, Javier. "La eutanasia y la Iglesia Católica". Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid, 1990.

Este proceso de inculturación fue realizado por el primer cristianismo de una forma muy importante a través de su aproximación al pensamiento del estoicismo, pues sus valores fueron percibidos como especialmente próximos a los del mensaje de Jesús, sin embargo, tuvo que afrontar el problema ético de la práctica de la eutanasia que era defendida por ésta filosofía, y contraria a las ideas cristianas.

Los estoicos, aunque no utilizaban el término de eutanasia en el sentido actual, constituyen el más claro exponente de un sistema filosófico-ético de nuestra antigüedad, que admite la práctica de la eutanasia. Consideraban el suicidio como una alternativa heroica y consecuente contra una existencia gravosa y sin sentido. Séneca, uno de los autores más representativos del estoicismo, afirma en sus cartas: "el sabio se separa de la vida por motivos bien fundados: para salvar a la patria o a los amigos, pero igualmente cuando está agobiado por dolores demasiado crueles, en casos de mutilaciones o de una enfermedad incurable"; "no se dará muerte, si se trata de una enfermedad que puede ser curada y no daña al alma; no se matará por los dolores, sino cuando el dolor impida todo aquello por lo que se vive"; "prefiero matarme a ver cómo se pierden las fuerzas y cómo se está muerto en vida".²²

Por el contrario, el cristianismo adopta una actitud contraria a la eutanasia. La ética cristiana no se centra en lo bello y sano, como lo hacía la cultura griega, sino que se considera al enfermo como una persona cuya atención debe ser privilegiada por el que sigue a un Jesús que toma como hecho a sí mismo lo que se haga con los enfermos. Lactancio, uno de los primeros escritores cristianos, se refirió a los que hoy llamamos enfermos terminales: "son inútiles para los hombres, pero son útiles para Dios, que les conserva la vida, que les da el espíritu y les concede la salud".

La teología católica medieval, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, afirma la inviolabilidad de la vida humana, basándose en un triple argumento: es apropiación de un derecho que corresponde a Dios; es falta de amor a uno mismo y, finalmente, es una indebida dejación de las responsabilidades sociales.

A continuación presentaré algunos puntos importantes que la Iglesia Católica ha manifestado con relación a la eutanasia²³ y me referiré únicamente a la religión católica por la razón de que en nuestro país la religión que impera es precisamente ésta, y es por eso que los pronunciamientos efectuados por sus representantes deben ser considerados en gran forma, independientemente

²²Gafo, Javier. Obra citada, 115.

²³Vela, Treviño Sergio. "La eutanasia a la luz del Catecismo de la Iglesia Católica de 1992". El Foro. Organó de la Barra Mexicana de Abogados, A.C., México, D.F. 1992.

de las creencias religiosas que se tengan, pues todos sabemos la enorme influencia que ésta ejerce sobre sus fieles, y que por lo tanto, representan un importante indicador del sentir de la mayor parte de nuestra sociedad, y que de una forma u otra repercute en la realización o bien modificación de las leyes.

Lo primero que debe ser materia de comentario a partir del texto del Catecismo es que la vida humana es un bien de elevada importancia, lo cual lo podemos ver plasmado en el párrafo 2258, en donde se informa que:

"La vida humana es sagrada, porque desde su inicio es parte de la acción creadora de Dios y permanece siempre en una especial relación con el Creador, su único fin. Sólo Dios es Señor de la Vida, desde su comienzo hasta su término; nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente.

Relacionado con la eutanasia, hemos de mencionar lo que al respecto nos dicen los párrafos 2276, 2277 y 2280:

"Aquellos cuya vida se encuentra disminuida o debilitada tienen derecho a un respeto especial. Las personas enfermas o disminuidas deben ser atendidas para que lleven una vida tan normal como sea posible".

"Cualesquiera que sean los motivos y los medios, la eutanasia directa consiste en poner fin a la vida de personas disminuidas, enfermas o moribundas. Es moralmente inaceptable".

"Cada cual es responsable de su vida delante de Dios que se la ha dado. El sigue siendo su soberano dueño. Nosotros estamos obligados a recibirla con gratitud y a conservarla para su honor y para la salvación de nuestras almas. Somos administradores y no propietarios de la vida que Dios no ha confiado. No disponemos de ella".

Por tanto, una acción o una omisión que, de suyo o en la intención, provoca la muerte para suprimir el dolor, constituye un homicidio gravemente contrario a la dignidad de la persona humana y al respeto de Dios, su creador. Al respecto nos hablan los párrafos 2278 y 2279 del Catecismo y que en ese orden transcribiremos a continuación:

"La interrupción de tratamientos médicos onerosos, peligrosos, extraordinarios o desproporcionados a los resultados, *puede ser legítima*. Interrumpir estos tratamientos es rechazar el "encarnizamiento terapéutico". Con esto no se pretende provocar la muerte; se *acepta no poder impedirla*. Las decisiones deben ser tomadas por el paciente, si para ello tiene competencia y capacidad, o si no, por los que tienen derechos legales, respetando siempre la voluntad razonable y los intereses legítimos del paciente".

"Aunque la muerte se considere inminente, los cuidados ordinarios debidos a una persona enferma no pueden ser legítimamente interrumpidos. El uso de analgésicos para aliviar los sufrimientos del moribundo, incluso con riesgo de abreviar sus días, puede ser moralmente conforme a la dignidad humana si la muerte no es pretendida, ni como fin ni como medio, sino solamente prevista y tolerada como inevitable. Los cuidados paliativos constituyen una forma privilegiada de la caridad desinteresada. Por esta razón deben ser alentados".

Pío XII dedicó muchos discursos a temas de moral médica y se refirió al tema de la eutanasia puesto dramáticamente de actualidad como consecuencia de su aceptación legal por el III Reich. Hay dos textos especialmente relevantes del Papa Pacelli:

1. "No basta con que el corazón sea bueno, sensible, generoso; debe ser sabio y fuerte... Una de estas falsas piedades es la que pretende justificar la eutanasia y sustraer al hombre del sufrimiento purificador y meritorio, no por medio de un consuelo laudable y caritativo, sino con la muerte, como se hace con un animal sin razón y sin inmortalidad. (12 de septiembre de 1947). Este texto significa un rechazo general de la eutanasia entendida como "muerte pladosa".
2. "Si entre la narcosis y el acortamiento de la vida no existe nexo causal alguno directo, puesto por la voluntad de los interesados o por la naturaleza de las cosas...y, si por el contrario, la administración de narcóticos produjese por sí misma dos efectos distintos, por una parte, el alivio de los dolores y, por otra, la abreviación de la vida, entonces es lícita" (24 de febrero 1957). Pío XII acepta la llamada clásicamente *eutanasia activa indirecta*; es decir, la citada administración de calmantes que pudiesen también de forma indirecta, acelerar la muerte del enfermo.

Hay además un tercer texto del tiempo de Pío XII, publicado por el Santo Oficio y en el que se alude a la eutanasia nazi:

3. "No es lícito matar directamente, por orden de la autoridad pública, a aquellos , que sin haber cometido delito alguno que merezca la muerte, por el hecho de que no estén en condiciones, a causa de sus deficiencias físicas o mentales, de ser útiles a la nación y son considerados más bien como carga y obstáculo para su progreso y desarrollo" (22 de febrero 1941). Hay una indiscutible alusión al concepto de "vidas sin valor vital" y una también implícita afirmación de la legitimidad de la pena de muerte.

El 5 de mayo de 1980, la *Congregación para la Doctrina de la Fé*, publicó una toma de postura de la Iglesia Católica sobre el tema de la eutanasia. Es un importante documento del Magisterio de la Iglesia Católica y que resume la actual doctrina católica sobre éste tema tan debatido en nuestros días.

Los puntos más destacados de esta *Declaración sobre la eutanasia* son los siguientes:

a) **Condena de la eutanasia activa directa:** "Nadie puede atentar contra la vida de un hombre inocente... sin violar un derecho fundamental, irrenunciable e inalienable". No se acepta la eutanasia "con el fin de eliminar radicalmente los últimos sufrimientos o de evitar a los niños subnormales, a los enfermos mentales o a los incurables la prolongación de una vida desdichada, quizá por muchos años, que podría imponer cargas demasiado pesadas a las familias o a la sociedad". "Nadie, además, puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo".

b) **Subraya el valor cristiano del dolor** y la posibilidad de que el creyente pueda asumirlo voluntariamente. Pero añade, "no sería, sin embargo, prudente imponer como norma general un comportamiento heroico determinado. Al contrario, la prudencia humana y cristiana sugiere para la mayor parte de los enfermos al uso de las medicinas que sean adecuadas para aliviar o suprimir el dolor". Se vuelve a repetir la doctrina clásica eclesial de la *legitimidad del uso de calmantes* que pudiesen abreviar *indirectamente* la vida: "en este caso, en efecto, está claro que la muerte no es querida o buscada de ningún modo... simplemente se intenta mitigar el dolor de manera eficaz, usando a tal fin los analgésicos a disposición de la medicina".

c) La Declaración condena el *encarnizamiento terapéutico*: "es muy importante hoy día proteger, en el momento de la muerte, la dignidad de la persona humana y la concepción cristiana de la vida contra un tecnicismo que corre el riesgo de hacerse abusivo".

d) Acepta el *derecho a morir* que la Declaración lo entiende como "el derecho de morir, con toda serenidad, con toda dignidad humana y cristiana", y no el derecho a procurarse o hacerse procurar la muerte como se quiere.

e) La Declaración supera la terminología de medios *ordinarios y extraordinarios*, y utiliza en su lugar los términos de medios *proporcionados y desproporcionados*. Considera que éste cambio debe realizarse tanto por la impresión del término (ordinario) como por los rápidos progresos de la terapia. Para evaluar el carácter de proporcionado o no de un medio terapéutico habrá que tener en cuenta: el tipo de terapia, el grado de dificultad y riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado que se puede esperar de todo ello, teniendo en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales. Este cambio terminológico es importante y no es meramente un cambio de nombre: significa no centrarse exclusivamente en las características de las terapias médicas usadas, sino tener también muy en cuenta el conjunto de circunstancias que rodean al propio enfermo.

f) Como consecuencia de lo anterior, el documento del Vaticano significa un claro sí a lo que se conoce como *ortotanasia* o eutanasia pasiva: "es también lícito interrumpir la aplicación de los medios desproporcionados, cuando los resultados defraudan las esperanzas puestas en ellos". A la pregunta sobre quién debe decidir en estos casos se citan, en primer lugar, al propio enfermo y a sus familiares y después al médico.

g) Se afirma claramente la *legitimidad del dejar morir en paz*: es siempre lícito contentarse con los medios normales que la medicina puede ofrecer. El no recurrir a una terapia costosa o arriesgada no equivale al suicidio.

h) Finalmente, hay un punto que se refiere al *significado de la petición de eutanasia* por parte del enfermo: "las súplicas de los enfermos muy graves que alguna vez invocan la muerte no deben ser entendidas como expresión de una verdadera voluntad de eutanasia: éstas en efecto son casi siempre peticiones angustiadas de asistencia y de afecto.

La Comisión Episcopal Española para la Doctrina de la Fe publicó el 15 de abril de 1986 una nota sobre eutanasia. Este documento empalma con el anteriormente reseñado, pero me parece importante resaltar el siguiente punto: subraya la coloración específicamente cristiana al abordar el tema ético de la eutanasia. "Para Jesús, la vida biológica y temporal del hombre, aún siendo un valor fundamental, no es el valor absoluto y supremo. Para el creyente en Jesús, su forma de asumir la muerte es un modelo a seguir por el cristiano, ya que en la vida y en la muerte somos del Señor. Para la ética de Jesús, la vida es un valor fundamental, pero no constituye un absoluto; el único absoluto para Jesús es la causa del Reino de Dios".

Testamento en vida

Fue Lewis Kutner, abogado de Boston y partidario de la eutanasia, el primero en propugnar la difusión de los Living-Will o testamentos vitales que, desde entonces han sido siempre promovidos por las asociaciones en favor de la eutanasia. Se trata de un documento, suscrito por el propio interesado en plenitud de conciencia, por el que pide a sus médicos, abogados y familiares que no se le prolongue la vida artificialmente y por medios extraordinarios, en caso de entrar en un proceso irreversible. Estos documentos también llamados *testamentos biológicos*, han sido reconocidos por numerosos estados de EUA.

En sintonía con los documentos anteriormente relacionados, los obispos españoles publicaron el 27 de septiembre de 1989, una recomendación de un testamento vital inspirado en los principios éticos de la moral católica y en una visión cristiana de la vida. El contenido del testamento vital es el siguiente:

"A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que esta Declaración sea considerada como expresión formal de mi voluntad, asumida de forma consciente, responsable y libre, y que sea respetada como si se tratara de un testamento.

Considero que la vida en este mundo es un don y una bendición de Dios, pero no es el valor supremo y absoluto. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde la fé creo que me abre el camino a la vida que no se acaba junto a Dios.

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

Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento final de mi existencia, en paz, con la compañía de mis seres queridos, y el consuelo de mi fé cristiana.

Suscribo esta Declaración después de una madura reflexión. Y pido que los que tengan que cuidarme respeten mi voluntad. Soy consciente de que les pido una grave y difícil responsabilidad. Precisamente para compartirla con

ustedes y para atenuarles cualquier sentimiento de culpa, he redactado y firmo esta Declaración.

Firma:

Fecha:

Nos parece que este testamento vital cristiano es un magnífico documento y que expresa muy bien la actitud que el cristiano debe tener ante la muerte. Este testamento vital no añade contenidos doctrinales nuevos, pero sí saca las consecuencias de las recientes tomas de postura eclesiales. Rechaza la eutanasia activa, pero afirma explícitamente que la vida no es para el cristiano un valor absoluto, y que por ende, existen situaciones en que, desde la fé cristiana se puede asumir la propia muerte, renunciando a medidas desproporcionadas. Es importante que éste testamento subraye la necesidad de humanizar el proceso de la muerte, no sólo con el recurso de los analgésicos, sino insistiendo en la gran importancia del acompañamiento personal al enfermo terminal.

2. BREVE HISTORIA DEL DIAGNOSTICO DE LA MUERTE.

A continuación trataremos el tema de la muerte en el ámbito *médico*, que aunque podría parecer no tener relación con nuestra materia, resulta de gran importancia para el Derecho, pues a partir de las definiciones que se elaboren en el campo médico, será de donde partan nuestras leyes relativas al tema. Comencemos pues, con una leve explicación del desarrollo del diagnóstico de la muerte.

Hace ya muchos años que se busca llegar, sin descanso, a un diagnóstico de la muerte que sea lo suficientemente certero y preciso para dar fin a todos los problemas jurídicos, médicos y morales que su falta dan origen.

En 1707 Giovanni Lancisi, por mandato de Clemente XII, escribió su libro "De subitaneis mortibus", que durante muchas generaciones fue el tratado clásico que discernía entre la muerte real y la aparente.

Así durante varios siglos, en la medicina, en las legislaciones y en la opinión pública, se impusieron para determinar la muerte como criterios clásicos la cesación de la actividad del corazón y de los pulmones.

En 1776 el arzobispo Donnet de Burdos, estableció un plazo obligatorio de veinticuatro horas antes de la inhumación del cadáver, y además estatuyó que la comprobación de la muerte es responsabilidad del médico, quien debe redactar y firmar el certificado de defunción.

En Francia, en el año de 1837, se ofreció el premio Manni, para el mejor trabajo científico sobre el diagnóstico de la muerte que se escribiera, pero éste quedó vacante. En 1846 Bouchut señaló la presencia de tres signos inequívocos de la muerte: la ausencia prolongada de latidos cardiacos, el relajamiento simultáneo de los esfínteres y el hundimiento de la córnea. En 1864, Josat precisó como signo ineludible de la muerte la descomposición.

El mismo Bouchut ganó con sus estudios sobre la evolución de la temperatura del cadáver el premio que el Marqués D'Ourches ofreció en 1870. Sin embargo, se siguieron ofreciendo premios y presentando trabajos sin que se llegara a un concepto franco del diagnóstico buscado. Todavía en 1929 se habló de que la mancha verde abdominal es el único dato cierto de la muerte real.

Thomas W. Furlow, citado por Pérez Valera, concibe el morir como un proceso (a modo de tres círculos concéntricos): primero se da la muerte social, es el círculo exterior, más vulnerable, y constituye el primer síntoma de muerte, en seguida viene la vida intelectual humana, que se caracteriza por la conciencia y las funciones racionales. Dichas funciones derivan de la región superior del encéfalo (cerebro). Finalmente está la vida biológica que depende del tronco cerebral (no es específicamente humana) y controla el latido del corazón, la respiración y otras funciones biológicas básicas. La definición de muerte tiende a desplazarse del círculo central al intermedio.²⁴

Ya en 1966, un grupo interdisciplinario (médicos, juristas y sacerdotes), reunido en Londres, propuso, para determinar la muerte clínica, cinco criterios en el que se incluía, como dato clave un trazado plano del electroencefalograma, durante varios minutos. La cesación total de los latidos del corazón no fue considerada como signo evidente de muerte clínica. En realidad si se da la degeneración de los centros superiores, la reactivación de algunas funciones del organismo no es significativa: se daría vida biológica en un sujeto clínicamente muerto.²⁵

Dos años después, en 1968, se constituyó en la Escuela de Medicina de Harvard, un Comité especial integrado por médicos, teólogos, abogados y filósofos, y que estudiara una nueva definición de muerte, sugiriendo los siguientes cuatro criterios:

a) **Falta de receptividad y de respuesta:** ignorancia total a los estímulos aplicados externamente y falta completa de respuesta incluso a los estímulos más intensamente dolorosos.

²⁴Pérez, Valera Victor. "Eutanasia, Piedad, Delito?", Editorial Jus. México, 1989.

²⁵Vidal, M. Moral de Actitudes, Perpetuo Socorro, Madrid, 1979.

b) **Movimientos o respiración:** no hay movimientos musculares espontáneos o respuesta a cualquier estímulo (dolor, luz, sonido, toques), o respiración espontánea. Después de que el paciente esté en un respirador mecánico, la ausencia total de respiración espontánea se comprueba desconectando el respirador tres minutos y observando si hay cualquier esfuerzo para respirar.

c) **No hay reflejos:** pupilas fijas y dilatadas que no responden a la luz intensa; no hay movimientos oculares cuando la cabeza se le vuelve o tras el riego de los ojos con agua helada, no hay parpadeo; no hay evidencia de actividad postural; reflejos corneales y faríngeos ausentes; no se traga ni se bosteza, ni hay reflejos de vocalización; no hay reflejos motores; todo lo que precede es indicativo de coma irreversible.

d) **Electroencefalograma plano:** registro durante diez minutos por lo menos. Esta prueba final es solamente confirmativa y no diagnóstica.

Todas las pruebas que se han mencionado no deben acusar ningún cambio al repetir las veinticuatro horas más tarde. Si los procedimientos descritos no revelan ninguna actividad, el paciente puede ser juzgado como muerto basándose en el daño cerebral irreversible, aunque existen dos excepciones a estos criterios: el paciente que está sufriendo hipotermia (temperatura interna del cuerpo por debajo de 32°), o el paciente que está bajo la acción de productos depresores del sistema nervioso (vgr. barbituratos), pues en estos casos no deben tomarse como definitivas las pruebas anteriores, pues diversos órganos del cuerpo se encuentran inhibidos debido a las sustancias ingeridas o bien a la baja temperatura a la que se han sometido y no reaccionan normalmente, sin que eso quiera decir, que el sujeto haya muerto.

No todos estuvieron de acuerdo con los criterios del comité de Harvard, especialmente el nuevo criterio del encefalograma plano parecía fallar. En 1969 se dieron a conocer tres casos excepcionales: uno de un soldado americano herido en Vietnam, cuyo electroencefalograma fue plano durante cinco minutos, otro caso en Tokyo, en el que el cerebro funcionó normalmente después de un mes de silencio encefalográfico total, finalmente el caso de un niño en Israel, cuyo cerebro, después de dos semanas de electroencefalograma plano, mostró actividad y a los dos meses todo estaba normal.

A consecuencia de lo anterior, se ha sugerido un criterio adicional consistente en verificar la falta de consumo de oxígeno por el cerebro. Uno de los métodos para constatar esto consiste en inyectar óxido nitroso en la arteria carótida y medir el contenido de oxígeno en la sangre que ha pasado a través de ella.

En 1971 y 1972, el Instituto Nacional de Enfermedades Neumológicas y Accidentes Cerebrales de los Estados Unidos de Norteamérica llevó a cabo, un

estudio para encontrar un criterio más confiable que los de Harvard. Exigían una prueba que confirmara la ausencia de circulación de sangre en el encéfalo.

Debemos mencionar, que en condiciones favorables, el corazón sobrevive a la interrupción del flujo sanguíneo de una hora y media, los riñones alrededor de dos horas y media, los pulmones de treinta a sesenta minutos, el hígado de veinte a treinta minutos, y el cerebro a lo sumo de ocho a diez minutos²⁶.

Para algunos casos límites de eutanasia es necesario considerar que una vez pasado el corto tiempo dentro del cual es posible una reactivación de las células cerebrales el estado conciente se pierde para siempre. A pesar de que se restablezca el funcionamiento cardíaco y circulatorio, en el estado que resulta ha desaparecido la personalidad humana; ya no responde cuando se le habla, ni puede ponerse en contacto con el mundo que lo rodea, aunque el enfermo reaccione todavía a los estímulos dolorosos. Estos fenómenos se denominan síndrome apático, y revelan que se ha destruido la corteza cerebral, que se juzga determinante de lo específicamente humano.

3. EL PROCESO DE LA MUERTE.

La muerte es un estado irreversible para una célula dada, caracterizado por la ausencia de cualquier actividad química, física o eléctrica, necesaria para su funcionamiento. El momento en que ocurre esta muerte celular, es el momento en que esa condición se vuelve irreversible.

Para la medicina forense, la muerte de una persona solamente puede determinarse cuando se dá la abolición definitiva de las funciones vitales del organismo, lo cual unicamente puede determinarse mediante el electroencefalograma y el electrocardiograma, que son las ondas que acusan si se han suspendido las funciones cerebral y de circulación ²⁷. Así mismo, el médico forense debe tomar en cuenta los signos abióticos inmediatos como son: los de insensibilidad, de inconsciencia, de inmovilidad, de enfriamiento, de rigidez cadavérica y de manchas azuladas en varias partes del cuerpo, preferentemente en los pies y en las manos. De las observaciones que el forense realiza, surgen los términos progresivos de "muerte aparente", "muerte sospechosa", "muerte violenta o muerte legal".

²⁶Martínez, Murillo y Saldivar S. "Medicina Legal", Mendez Editores, México, 1991.

²⁷Rojas, Avendaño Mario. "El Corazón, la Muerte y la Ley", Ediciones Botas, México, 1969.

Al respecto el Doctor Gilbon añade: "la muerte verdadera, la gran muerte, la que no admitirá "resucitador", ni otros medios de reversibilidad de las funciones vitales, es la que indica en sus signos externos la descomposición, la disgregación de las células". Consecuentemente hay que estar concientes de que aunque técnicamente se pueda concebir a la muerte humana como la suspensión total de toda actividad celular, no se puede, de acuerdo a la razón, definirla en esta forma, pues resultaría ridículo pensar que gente que ha sido declarada muerta se le ha enterrado estando parcialmente viva, pues determinadas células, (como es el caso del pelo o las uñas) continúan funcionando; por lo que debemos distinguir entre "la muerte total del cuerpo", y "muerte humana", entendiéndose por ésta la pérdida del funcionamiento humano, como en el coma irreversible, y la ausencia irreversible de la respiración espontánea.

Ante los hechos, a veces se piensa en un proceso de muerte, y no en un solo momento ni en un solo paso brusco e irreversible de la vida, a la cesación de ésta. "En realidad la muerte es una sucesión de muertes, y es por eso que resulta siempre un pronóstico, siempre inevitable y fatal, que un diagnóstico. El organismo no muere de golpe, simultáneamente. Después de la muerte real, prosiguen las funciones glicogénicas y uropoyéticas del hígado; el estómago continúa con el proceso de digestión; los espermatozoides viven horas"²⁶.

Pienso yo que ese momento sí existe, y está precisamente determinado por el suceso de la muerte cerebral, si bien no sea tan instantáneo como se cree y sí muy difícil de identificar, es por eso que todavía hay quien espera hasta que termine la secuencia de datos como proceso secundario de la misma muerte.

El Doctor Heifetz, citado en la obra de García Herrera, propone los siguientes puntos a la consideración de médicos y legisladores con la esperanza de que resulten útiles para formular una adecuada definición de muerte.

1. La muerte es un momento preciso dentro de un acontecimiento que prosigue. La muerte humana es ese momento en el que el proceso que lleva a la muerte celular total se manifiesta como inminente e irreversible. Esta ha sido la base de la aceptación de la muerte a lo largo de la historia, y continúa siendo válida.

2. No se deben aceptar definiciones duales de la muerte. Esto implicaría necesidades duales y motivos ulteriores.

²⁶Quiróz, Cuarón Alfonso, "¿Cuándo estamos muertos?", Ediciones Botas, México, 1969.

3. Los puntos guías establecidos por los comités médicos a fin de esclarecer el estado de coma irreversible tienen como finalidad ayudar al médico a formular un diagnóstico de muerte correctamente. Por lo tanto no deberán formar parte de ninguna definición médica o legal de la muerte.

4. Nunca se debe tomar en consideración la necesidad de tomar órganos vitales del cuerpo con fines de trasplante, al emitir una definición de la muerte.

5. La definición de muerte debe ser la misma para la medicina que para la ley.

Por último sugiere la siguiente definición de muerte humana para uso médico y legal: Se puede definir la muerte como aquel momento y estado en el que la pérdida de la respiración espontánea y del esfuerzo respiratorio, se vuelven irreversibles en una persona que se encuentra en estado de coma irreversible."²⁹

4. NUEVO CONCEPTO DE MUERTE

No sólo en relación con la eutanasia, sino también en relación, sobre todo, con la problemática de los trasplantes de órganos, es necesario e imprescindible para el orden jurídico en general, y para el derecho penal en particular, poder delimitar un momento exacto en el que se produzca la muerte del ser humano. En torno a nuestro estudio, las dudas que puedan surgir referidas a la práctica de la eutanasia pasiva se disuelven cuando el sujeto está clínicamente muerto, aunque mantenga algunas constantes vitales.

Es obvio que este problema no puede ser resuelto acudiendo a la vía jurídico penal, sino que, de forma inexcusable, se ha de recurrir al criterio médico científico. Como dice Hans Luttger, "el concepto jurídico de "muerte" resulta ser un concepto abierto, que obtendrá su contenido de los conocimientos médicos y de las reglas de interpretación jurídicas".³⁰

Como ya he señalado, durante siglos la comprobación de la muerte estuvo basada en la supresión de las funciones cardíacas y respiratorias, pero actualmente el desarrollo de la ciencia médica ha venido a demostrar que tal

²⁹García, Herrera A., "Quien debe morir". Editorial Costa-Amic, México, 1976.

³⁰Luttger, Hans. "El concepto de muerte en el Derecho Penal". Editorial Edersa. Madrid, 1984.

criterio es inadecuado e insatisfactorio, pues ya existen técnicas médicas que permiten la sustitución de la actividad cardíaca y pulmonar. Esta nueva reversibilidad de la suspensión de las funciones vitales es lo que nos hace pensar en un nuevo concepto, búsqueda estimulada por la necesidad práctica que del mismo se tiene.

Todas estas aportaciones de distinto signo han llevado a que hoy en día se considere como momento definitivo y decisivo de la muerte, la denominada muerte cerebral. Esta idea de muerte es, entre otras cosas, imprescindible para la práctica de los trasplantes en las diversas ocasiones en que la muerte cerebral precede al cese de las funciones de los distintos órganos para dicha práctica.

Por otra parte, debemos recordar que el hombre no es un organismo viviente nada más, comparable con cualquier otro ser de la naturaleza. En nuestra cultura occidental se reconoce que el hombre es un ser compuesto por cuerpo y alma y, aún más, este concepto ha permitido referirse al hombre actualmente como "un complejo morfo-físico-psicológico, ético y social". De esto se deduce que cuando ese complejo deja de ser, cuando falta alguno de sus elementos, ya no estamos en presencia de un hombre; la muerte cerebral produce el fin de la existencia del ser humano como persona, a lo cual me permito añadir que éste criterio es visto desde un punto de vista filosófico, pues sabemos, que para el derecho un individuo no pierde su personalidad jurídica hasta que muere, como lo veremos más ampliamente en el próximo capítulo. No podemos ahora distraernos en analizar el concepto de hombre, problema filosófico que ha ocupado la atención de muchos pensadores a lo largo de la historia, pero debemos reconocer que si las funciones descritas como vitales se mantienen gracias a la intervención de aparatos mecánicos, sin mediar para nada el cerebro, no estamos entonces ante una persona, sino ante un artificio mecánico carente de personalidad.

No es el caso de los riñones artificiales, algunos de los cuales ya son portátiles, ni de los ventiladores mecánicos que abundan en los hospitales y que sirven para ayudar o sustituir las funciones respiratorias, en estos casos si está funcionando el cerebro del enfermo, inclusive muchas veces está consciente. Encontramos aquí una esperanza de vida plena, determinada por todos esos elementos que integran la personalidad. Aquí sólo se están supliendo funciones orgánicas averiadas. Pero no sucede igual, por ejemplo, con todas esas "personas" cuyo cerebro ha dejado de funcionar por falta de oxígeno, y sus funciones vitales se mantienen gracias a mecanismos como los respiradores artificiales y técnicas como la gastrostomía que sirve para nutrir e hidratar al paciente que ya es incapaz de hacerlo por sí mismo.

5. DIVERSAS CLASES DE MUERTE

La idea que se tiene de la muerte como un proceso ha permitido a ciertos autores dividir, a su vez, a este proceso en distintos momentos, lo que da a lugar una clasificación de la muerte en diversas clases.

Primeramente se habla de una muerte histológica y una muerte anatómica, refiriéndose a los tejidos y a los órganos respectivamente, que no mueren al mismo tiempo.

José W. Tobías, en su obra "Fin de la existencia de las personas físicas", nos menciona las fases en las que Mantovani individualiza las distintas etapas del proceso de la muerte:

a) *Muerte relativa*, es aquella que se produce en el momento en que las funciones del sujeto (nerviosa, cardiocirculatoria, respiratoria) quedan suprimidas, aunque por un lapso breve -al menos teóricamente- es posible todavía su restablecimiento, espontáneamente o por medios instrumentales. Esta fase no constituye una etapa obligada en el proceso.

He de mencionar, que a mi parecer, el término de "muerte relativa" puede crear confusión o bien error, pues la muerte por definición es irreversible, por lo que mientras exista la posibilidad de restablecimiento de las funciones no debería de hablarse de muerte.

b) *Muerte intermedia*, que se presenta en el momento en que aquellas funciones quedan detenidas de una manera irreversible. A diferencia de la anterior, es descartable aquí cualquier posibilidad de restablecimiento: el sustento anatómico que posibilita las funciones ha quedado afectado por lesiones irreparables, siendo imposible, en términos científicos; la vida, subsistiendo no obstante, la supervivencia biológica de algunos grupos de células.

Esta fase tiene gran importancia desde el punto de vista religioso, pues permite al moribundo recibir sacramentos tales como la extremaunción o el bautismo. A ésta se refiere el Código de Derecho Canónico, al afirmar que "el estado de vida real se prolonga de media a dos horas después de que aparentemente ha sobrevenido la muerte".

c) *Muerte absoluta*, (también denominada biológica), hay cesación de cualquier clase de vida celular; se produce la ausencia definitiva de toda actividad biológica en lo que fue el organismo humano.

En el campo, de la medicina legal³¹, encontramos otra clasificación, integrada por:

³¹Martínez Murillo y Saldivar S., "Medicina legal", Méndez editores,

a) *Muerte real*, es la abolición definitiva y permanente de las funciones vitales de un organismo.

b) *Muerte súbita o repentina*, es aquella que sobreviene de manera inesperada, sin causa aparente, durante un estado de salud que parecía bueno. La muerte puede presentarse con mayor o menor rapidez, siendo en la mayoría de los casos de causa patológica; aunque hay veces que ocurre en personas perfectamente sanas. (Vgr. sofocación, envenenamientos, traumatismos).

c) *Muerte violenta* es la producida por un agente externo, es la que se ve claramente la relación causa a efecto.

d) *Muerte aparente*, ésta puede simular la muerte real y dar por lo tanto a lamentables errores. Las funciones vitales siguen actuando pero de una manera atenuada o mínima. Algunas enfermedades o accidentes que pueden simular la muerte son: el histerismo (catalepsia), la asfixia, la congelación y algunos envenenamientos como el alcoholismo agudo, la conmoción cerebral, la anemia y el síncope.

e) *Muerte social* ³² (estado vegetativo persistente), representa un daño cerebral grave e irreversible, en un paciente que se mantiene inconsciente y sin respuestas, pero que tiene un electroencefalograma activo y algunos reflejos intactos. Esto debe ser diferenciado de la muerte *cerebral cortical*, en la cual el electroencefalograma es silencioso, pues ha habido una destrucción irreversible del cerebro superior, que es el que regula la vida intelectual y la vida sensitiva, aunque se mantienen autonomamente las funciones respiratoria y cardiorespiratoria, y de la *muerte cerebral* en la cual están ausentes además todos los reflejos de los nervios craneales y los esfuerzos respiratorios espontáneos. En un estado vegetativo puede haber ciclos de vigilia-sueño.

f) *Muerte clínica* consiste en la ausencia de movimientos respiratorios espontáneos, el paro circulatorio total y la actividad cerebral suspendida, pero no de forma irreversible. Es en este periodo temprano de la muerte cuando la iniciación de la reanimación, con la condición de que la terapia sea óptima, puede ser seguida de una restauración de todas las funciones de los sistemas de órganos vitales, incluyendo un funcionamiento cerebral normal.

6. LA MUERTE CEREBRAL COMO DEFINITIVA

México, 1991.

³²Safar, Peter, "Reanimación cardiopulmonar y cerebral", editorial Interamericana, México 1983.

Generalmente, se reconoce a la muerte como la abolición absoluta, definitiva e irreversible de las funciones vitales, comprendiendo éstas la respiratoria, cardíaca y cerebral.

No siempre se presenta la cesación de las tres funciones anteriormente mencionadas al mismo tiempo, pudiendo darse el caso (y es muy frecuente) de que falte la función cerebral solamente, persistiendo la cardíaca y la respiratoria gracias a la reanimación manual, a la administración de medicamentos y al respirador artificial.

En muchos casos se logra restaurar por medios mecánicos la función cardíaca y respiratoria, si bien el cerebro se encuentra ya dañado irreversiblemente y no emite ninguna señal que comande las demás funciones del organismo. Las funciones vitales se mantienen gracias a los estímulos externos artificiales, como sucede con los sujetos descerebrados, que adquieren en esta forma una vida vegetativa. Están ya inconscientes, sin posibilidad de recuperarse, y falta en su organismo toda clase de estímulo cerebral. Este es precisamente el criterio que se está aceptando últimamente en todos los medios legales y médicos para determinar la presencia de la muerte. Tiene la ventaja de que permite, entre otras cosas, la práctica de trasplantes, especialmente de corazón, pues el donador ya está médica y legalmente muerto, pero el corazón sigue activo. Además dá a muchos médicos tranquilidad de conciencia, permitiéndoles en muchos casos retirar el respirador artificial a pacientes descerebrados sin incurrir en ningún delito. También ésto permite utilizar con otros pacientes con verdaderas posibilidades de vivir el equipo médico, generalmente muy costoso y por lo mismo muy escaso.

La mayoría de las autoridades médicas y legales, definen actualmente la "muerte" en términos de muerte cerebral, aún cuando el corazón pueda estar todavía latiendo y se mantenga la ventilación artificial.

Con la muerte cerebral o encefálica, aparece no sólo la imposibilidad de la vida interactiva, sino también la prosecución autónoma de la vida vegetativa (actividad respiratoria y cardiocirculatoria) que, sin embargo puede ser artificialmente mantenida con el empleo permanente de medios artificiales. En estas condiciones no se puede hablar de "vida humana", la vida sólo puede existir cuando subsisten las manifestaciones que sirven para caracterizarla: las intelectuales y sensitivas, las instintivas y afectivas y las inferiores o vegetativas, y con la muerte del encéfalo decaen tales funciones, produciéndose así la muerte real del ser humano. Y es con este serie de ideas que debemos adoptar un enfoque basado en la importancia de la "calidad" de la existencia y no aferramos en defender una vida que ya ha dejado de serlo.

En líneas generales un individuo está muerto cerebralmente cuando se sitúa en coma profundo irreversible, sin respiración espontánea, flacidez

generalizada, ausencia de respuesta a la estimulación de nervios craneales y electroencefalograma isoelectrico (plano) de varias horas de duracion.

7. MANIFESTACIONES EN LA MUERTE CEREBRAL

Presentándose la muerte cerebral, obviamente deja este órgano de emitir las señales que normalmente rigen el resto del cuerpo humano, como ya lo he mencionado. Es precisamente la falta de esta actividad cerebral la que nos dá el diagnóstico de muerte que buscamos. Cuando se demuestra que el sistema nervioso ya ha sufrido daños irreversibles que le impiden funcionar, puede decirse que la persona está muerta.

Como mayor aclaración a este punto, no está de más esquematizar a *grosso modo* las diversas situaciones que pueden darse hasta concluir el momento preciso de la muerte cerebral. La diversa afectación neurológica de los centros nerviosos, cerebro, cerebelo, tronco cerebral (mesencéfalo, protuberancias y bulbo raquídeo) principalmente, determinará en su caso, el momento exacto de la muerte definitiva del individuo.

Cuando la zona afectada ausente de funcionalidad y reflejo cefálico es la corteza del cerebro y cerebelo, estamos ante una situación de *decorticación cerebral*. En la "postura decorticada", los brazos están flexionados sobre el pecho, las manos presentan los puños cerrados y las piernas se hallan extendidas. Hemos de mencionar que la medicina actual no pretende certificar la muerte en esas condiciones.

Si a esta zona cortical, se une en su inhabilitación la sustancia interior de ambos órganos, el cuadro clínico recibe el nombre de *descerebración*. La "postura descerebrada", se caracteriza por pronación y extensión, con rigidez de los brazos y extensión de las piernas, a menudo como una respuesta a un estímulo doloroso. La descerebración tampoco autoriza a certificar la muerte del individuo.

Es en este momento en el que ha de establecerse la distinción fundamental, pues aún en el instante de producirse las dos fases descritas existe "vida vegetativa", es decir, el individuo se encuentra incapacitado para mantener su homeostasis externa (no hay conciencia, ni posibilidades, por tanto, de autoalimentación, ni de cumplir con otras funciones biológicas simples), aunque el tallo cerebral sigue funcionando, por lo cual es posible mantener la vida vegetativa.

Ahora bien, si el daño sufrido alcanza en su inhabilitación alguna parte del tronco cerebral, nos encontramos ante una situación de irreversibilidad. (El tronco cerebral tiene encomendadas importantes funciones, siendo el eje donde

se reúnen para entrar en relación unos con otros, los elementos constitutivos de la médula espinal, cerebro, cerebelo y gran número de nervios bulbares, amén del sistema de alerta del individuo que estimula todas las funciones de los hemisferios cerebrales). Es lo que se conoce con el nombre de *Espinalización*, y que produce una auténtica decapitación funcional en el individuo.

Más concretamente, en la *descerebración*, están aún conectados al aparato cardiorrespiratorio el bulbo, la protuberancia y el cerebro, así como la parte inferior del mesencéfalo, por lo que la respiración es aún eficiente, late el corazón, la presión arterial es válida, pese a existir signos de rigidez en las extremidades inferiores o se comprueben situaciones de hipotermia. En la *espinalización*, por el contrario, las lesiones afectan también los centros cardiorrespiratorios bulboprotuberenciales. La actividad respiratoria, anulada, debe ser sustituida por medios mecánicos, en tanto que la cardíaca, aunque esté conservada, tiene el ilógico significado de un simple automatismo. En ese instante la vida humana es mera apariencia y el ser humano por definición revela la reducción completa al estado de cosa.

Es en ese momento cuando la medicina habla de muerte cerebral, clínica o neurológica.³³

En conclusión, llegada la espinalización, toda acción encaminada a desconectar medios artificiales de mantenimiento, no atenta, por razones evidentes, contra la vida humana; y por el contrario, toda medida llevada a cabo antes de la espinalización estaría incluida dentro del concepto de eutanasia que nos ocupa.

8. DETERMINACION DE LA MUERTE.

Partiendo del aludido concepto de muerte, es necesario establecer los métodos o procedimientos tendientes a su determinación.

Los métodos tradicionales son los basados en la normal sintomatología clínica³⁴, se usan normalmente procedimientos simples: constatación del cese del latido cardíaco o de la respiración, verificación de la rigidez cadavérica, etc. La posible falta de precisión de ese sistema quede compensada con el período de observación, durante un determinado lapso, en el cual no es posible practicar la inhumación.

³³Cabello Mohedano, Francisco y García Gil, José M., "Entre los límites Personales y Penales de la Eutanasia". Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. España, 1990.

³⁴Martínez Murillo y Saldivar S. Obra citada.

Con la aparición de la técnica de los trasplantes, el señalado período de observación se constituía en un impedimento insalvable para el éxito del intento, por lo cual el diagnóstico precoz de la muerte viene a constituirse, en un presupuesto esencial para el desarrollo de esta técnica. Ni siquiera el *electrocardiograma* constituye un procedimiento que se adecúe a la mencionada necesidad de un diagnóstico precoz. Por ese medio se puede constatar, por vía indirecta, el acaecimiento de la muerte: si previa estimulación cardíaca durante al menos quince o veinte minutos, el trazado electrocardiográfico es plano, se podrá certificar el hecho de la muerte.

Sin embargo, el transcurso del indicado término puede resultar fatal para algún tipo de trasplantes, como en el caso de trasplante de riñón o de corazón, por lo que surge la necesidad de establecer el diagnóstico a través de signos neurológicos que demuestren la irreversibilidad de las lesiones cerebrales, y por lo tanto, la comprobación directa de la muerte del sistema nervioso central, siendo esto, el inicio de la era del *electroencefalograma*. A través de su uso, la constatación de un trazado lineal absoluto permite establecer el cese de la actividad celular cerebral.

Sin embargo ello sólo indica, el cese de las funciones superiores (muerte cortical), pero no necesariamente la muerte cerebral total, por lo que actualmente no se le adjudica un valor exclusivo, manteniéndose como un método de diagnóstico, sumado con otros signos, coexistiendo de este modo, los métodos tradicionales con los modernos y precoces con el objeto de determinar el cese irreversible y total de las funciones encefálicas.

Para determinar la muerte cerebral, se han establecido los siguientes criterios médicos:³⁵

1. Ausencia de toda función cerebral, incluidas las respuestas pupilares, los intentos de respiración espontánea y la ausencia de todos los reflejos, excepto los medulares locales, durante un período al menos de 24 horas.
2. Ausencia de ondas cerebrales en al menos dos registros del electroencefalograma, hechos con un intervalo de 24 horas.
3. Certeza de que la ausencia de funciones cerebrales no está producida por una intoxicación farmacológica o por hipotermia. La finalización de maniobras de reanimación está justificada cuando se han verificado, apropiadamente, estas condiciones.

³⁵R.E. Berhman y V.C. Vaughan, "Tratado de Pediatría", Ed. Interamericana Mc. Graw Hill, 13a. edición, Vol. II. España, 1989.

9. LA MUERTE EN NUESTRA LEGISLACION.

Para cerrar este capítulo, hemos de concluir haciendo mención de los signos que los legisladores han considerado como determinantes para establecer el hecho de la muerte en un sujeto. Para tal efecto, retomaremos lo que la Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, preceptúan.

La Ley General de Salud, en su Título decimocuarto, establece la competencia que tiene la Secretaría de Salud en materia de control sanitario en la disposición de órganos, tejidos y sus componentes así como de cadáveres de seres humanos, teniendo a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y Trasfusiones (art. 313).

ART. 317. Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. La ausencia permanente de la respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible;
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

Sin embargo, me surge la duda de qué es lo que pasa en los casos de trasplantes de organos vitales como sería el caso del corazón, ¿al donador del órgano se le practica la eutanasia?, dado que el corazón permanece en condiciones de ser transplantado solamente 20 o 30 minutos después que ha dejado de latir, y nuestras leyes, como es el caso del Código Civil en su artículo 117 establece que "no se procederá a la inhumación o cremación sino hasta después de veinticuatro horas", así mismo, la Ley General de Salud establece como requisito en el artículo 318 que persistan durante seis horas los signos indicados en las fracciones I, II, III y IV del artículo 317 para la disposición de órganos; y la misma Ley en su artículo 339 indica que las inhumaciones,

incineraciones, o embalsamamientos deberán realizarse entre las doce y cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte. Al respecto el artículo 318 de la Ley General de Salud nos dice:

ART. 318. La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquellos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del mismo artículo, y además las siguientes circunstancias:

I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado, y

II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

Si antes de este término se presentara un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante.

Me parece, que según esta disposición, para efectos de trasplante de corazón, se "da" por muerto al cesionario del órgano, aunque no se den todos los supuestos requeridos y mencionados en el artículo 317 de la ley referida para que se declare muerta la persona; y de no ser para trasplante, para que sea esa misma persona considerada "muerta", deberán cumplirse las fracciones restantes enunciadas en el mismo artículo. Este enfoque puede inducir a creer en la existencia de distintos criterios de muerte según la finalidad de que se trate: un criterio "anticipado" de la muerte para los casos de ablación con la finalidad de trasplantar órganos, y otro general para el resto de las situaciones.

Empero, el concepto de muerte es único, y estarán de acuerdo en que una persona está muerta, independientemente de estimaciones jurídicas; por lo que considero que para esta disposición legal, una misma persona está "muerta" o está "viva", dependiendo de lo que dicte una norma jurídica, en función de una necesidad, lo que a mi parecer es parte de una visión utilitarista que tanto critican los moralistas.

CAPITULO IV

VIDA Y MUERTE EN EL DERECHO

TEMA I

CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA

Esperando haber logrado mi intención de crear hasta ahora una visión panorámica de la eutanasia, lo que pretendo en éste nuevo capítulo, es realizar un análisis de la eutanasia desde una perspectiva jurídica, para lo cual considero importante comenzar por explicar lo que es la persona en el mundo del derecho, cuestión determinante para, posteriormente, tratar de establecer que tipo de derechos poseen las personas sobre su propio cuerpo y determinar el grado de valor que pueda tener el consentimiento para decidir el momento de su muerte.

A) LA PERSONA. La palabra persona viene del latín *sonus*, as, are y del prefijo *per*: sonar fuertemente. En el teatro antiguo se llamaba persona a la máscara que los actores empleaban para representar sus papeles; y según era la máscara cómica o trágica, así era el personaje representado. Del teatro pasó a la vida común el decir que una persona era trágica, cómica, triste; de donde persona significó el ser humano representando su papel vivido en la comunidad social.

En el mundo latino, Serenio Boecio da la definición clásica de persona: "*rationalis naturae individuum substantia*", es decir, substancia individual de naturaleza racional.³⁶

Santo Tomás afirma que, a diferencia del individuo que en sí es indistinto, "persona, cualquiera que sea su naturaleza, significa lo que es distinto en aquella naturaleza, y así, en la naturaleza humana significa esta carne, estos huesos y esta alma que son los principios que individualizan al hombre".³⁷

Por lo tanto, la persona es, distinción y relación. A partir de la característica individual de la definición trascrita, Santo Tomás insiste en que la persona es incomunicable. De las características expuestas, los hombres del

³⁶Pacheco Escobedo, A. "La persona en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama, México. 1985.

³⁷Nicola Abagnano. "Diccionario de Filosofía". México, 1980.

medievo deducen la necesaria apertura hacia los demás seres, insistiendo firmemente en la **dignidad** que da al individuo su racionalidad. La persona es el ser que, por racional e inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí; es libre, lo que le da la responsabilidad de alcanzar los fines trascendentales, inherentes a su naturaleza.

Para el maestro Javier Hervada, "toda persona humana se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. Este dominio radical se manifiesta en el dominio real, libre de sus actos. Ahora bien, esta manifestación puede venir obstaculizada por enfermedades y defectos (dementes, subnormales, etc.); en estos casos cabe una tutela o cuidado, pero no un verdadero y propio dominio -pertenencia en sentido estricto- sobre la persona, en su radicalidad ontológica, toda persona se pertenece **A SI MISMA**."³⁸

El hombre es persona por ser substancia individual, por ser racional, y por tanto subsistente o sea que existe realmente no como apariencia y existe en sí. Por ser material es además social y necesita de la sociedad para realizarse plenamente como persona. Por ser persona, goza de un dignidad superior a todo lo material.

B) DEFINICION DE PERSONALIDAD. Las personas jurídicas dividen en dos grupos: *físicas* y *morales*. El primer término corresponde al sujeto jurídico individual, es decir, al hombre, en cuanto tiene derechos y obligaciones; se da el segundo a las asociaciones dotadas de personalidad (un sindicato o una sociedad mercantil, por ejemplo); de la cual no nos referiremos en el presente trabajo, pues lo único que resulta importante resaltar, con relación a la eutanasia, es cómo el derecho determina el nacimiento y el fin de la personalidad jurídica individual y sus efectos en el mundo de derecho; sin embargo hemos de decir que la esencia de la personalidad jurídica, tanto de la individual o física, como de la colectiva o moral, consiste en ser sujeto de deberes jurídicos y derechos subjetivos.

La palabra persona posee múltiples acepciones, siendo las más importantes la jurídica y la moral.

Desde el punto de vista *ético*, persona es el sujeto dotado de voluntad y razón, es decir, capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos.³⁹

³⁸Hervada, J. "Introducción Crítica al Derecho Natural". Editorial de Revistas". México. 1985.

³⁹García, Maynez Eduardo. "Introducción al estudio del Derecho". Editorial Porrúa, México D.F. 1988. P. 274.

Nos dice Recasens Siches, en su Introducción al estudio del Derecho, que para comprender qué es la persona humana es posible contemplándola no solamente en cuanto a su realidad, sino también desde el punto de vista de que ella constituye el sujeto de la ética, el sujeto a cumplir con unos valores éticos. "La persona hay que definirla atendiendo no sólo a las especiales dimensiones de su ser (racionalidad, albedrío, indivisibilidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto de la mera realidad, a saber, la proyección del mundo de los valores éticos; y subrayando que la persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y debe cumplirlo por propia decisión: aquel ser que tiene su fin en sí mismo, y que, precisamente por eso posee dignidad, a diferencia de todos los demás seres, de las cosas, que pueden tener un fin fuera de sí, las cuales sirven como meros medios para fines ajenos, y por lo tanto tienen *precio*. La persona humana tiene fines supremos que cumplir, trascendentes, bajo su propia responsabilidad, como individuo insustituible, incanjeable y único, esto es, con unicidad irremplazable".⁴⁰

Los bienes de la persona individual son de diferente naturaleza: los "*personales*", como la vida, la integridad física, el honor. Los "*patrimoniales*", que existen en el medio de carácter económico que rodea a la persona. Los "*familiares y sociales*", que representan el poder de la persona dentro de las organizaciones en que se desenvuelve. La defensa o protección de la categoría fundamental de los bienes de la persona individual, se conoce también como "Derechos de la Personalidad", que desde el nacimiento del ser aparecen como un conjunto de derechos innatos, originarios, y vitalicios, que le corresponden por el simple hecho de ser humano.⁴¹

La doctrina tradicional, entiende por derechos de la personalidad los derechos *subjetivos*, cuyo objeto son los atributos esenciales de la persona, y cuyo fundamento se halla en la personalidad misma. "Este grupo de derechos subjetivos garantiza a la persona el goce de las facultades físicas y morales, como *modos de ser* del individuo y como condiciones básicas de la existencia y de la actividad de la personalidad, con exclusión de cualquier interferencia de otros sujetos."⁴²

Elevados esos *modos de ser* a la categoría de "bienes", diversos de aquellos a cuyo goce tienden los derechos de familia y los derechos patrimoniales, constituyen ingredientes objetivos de relaciones jurídicas,

⁴⁰Recasens Siches, Luis. "Introducción al estudio del Derecho". Editorial Porrúa, México, D.F. 1985. P. 149.

⁴¹Gutiérrez y González, Ernesto. "El Patrimonio pecuniario o moral o Derechos de la personalidad y Derecho Sucesorio...". Editorial Cajica. México, 1982.

⁴²Messineo, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.

dandose así la separación entre objeto y sujeto, siendo el objeto, no la persona sino uno de sus atributos, un modo de ser, materia de tutela jurídica en la medida en que el sistema normativo cree los instrumentos de protección contra las interferencias (abusos, usurpaciones, lesiones) imputables a otros sujetos.

Los rasgos individualizadores de los derechos de la personalidad aparecen trazados por la doctrina sobre el siguiente esquema:

1. *Generalidad*, en la medida en que toda persona es titular de ellos y dispone de las acciones de defensa adecuadas.

2. *Absolutividad e inestimabilidad en dinero*. La absolutividad de los derechos de la personalidad impone un deber general de abstención de cualquier tentativa de turbación de su mecanismo, y destaca su oponibilidad frente a todos. Los derechos de la personalidad son irreductibles a términos pecuniarios, lo cual no va en contra de la resarcibilidad por daño (físico o moral) o perjuicio originados por la conducta contraria al deber de abstención que se impone a terceros.

3. *Irrenunciabilidad e indisponibilidad*. La facultad de disponer entendida no en el sentido limitado de enajenar, sino como poder de determinar el destino del derecho (subjetivo), o de decidir sobre el mismo de cualquier manera, abarca en términos amplios, la facultad de renunciar, debido al carácter de esencialidad de los derechos de la personalidad, por lo cual resulta ineficaz cualquier negocio que verse sobre la transferencia o limitación de los mismos. Por otro lado, la intransmisibilidad veda cualquier exposición de esos derechos al poder de agresión de los acreedores del titular, y en último grado, la ejecución forzada en forma específica del deber asumido en virtud de un acto negocial.

4. *Imprescriptibilidad*, desde el momento en que los coloca fuera del comercio.

Aún cuando para la doctrina los anteriores elementos constituyen parte esencial de los derechos de la personalidad, en la actualidad, debido a los avances médicos, la esencialidad se ve mermada en actos como el trasplante de órganos, pues para ello, previamente el donante hubo de hacer una disposición sobre un órgano, o bien de todo el cuerpo, una vez muerto, lo cual a mi modo de ver, implica un acto absolutamente lícito de libre disposición sobre el propio cuerpo.

C) CLASIFICACION DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS. Dentro de esta clasificación de los derechos de las personas, encontramos cinco grupos que se integran de la siguiente manera⁴³:

⁴³Castán Tobeñas, José. "Los Derechos de la Personalidad". Revista

- I. Derecho a la vida y a la integridad física, que comprende:
 - a) Derecho a la vida
 - b) Derecho a la integridad física
 - c) Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver

- II. Derecho a la libertad

- III. Derecho al Honor y a la Reserva, que comprende:
 - a) Derecho al honor
 - b) Derecho a la reserva
 - c) Derecho al secreto

- IV. Derecho a la integridad personal, que comprende:
 - a) Derecho al nombre
 - b) Derecho al título
 - c) Derecho al signo figurativo

- V. Derecho moral del autor o del inventor.

D) LOS ORIGENES DE ESTOS DERECHOS. En la Antigüedad, existieron manifestaciones aisladas referidas a la protección de la personalidad individual, pero no una consideración sistemática de lo que hoy llamamos derecho a la personalidad. Ejemplos de estas manifestaciones aisladas se dieron en Grecia, con las "humanitas" (esencia del hombre) y en Roma, donde la protección de la personalidad se daba a través del "Actio Injuriarum".

Sin duda el cristianismo sentó la base moral sobre la que se sustenta el reconocimiento de los derechos de la personalidad humana con la idea de la verdadera fraternidad universal, implicando la igualdad de derechos y la inviolabilidad de la persona.

En la Edad Media, no se destacaron los derechos naturales de las personas, y no fué hasta el Renacimiento cuando se empiezan a dar las bases jurídicas; entre ellas se encuentra la figura de la "Potestas" (*Un se ipsum o lus in corpus*), que se considera como principal antecedente de la moderna doctrina de los derechos de la personalidad.

A partir del siglo XVII, la escuela de Derecho Natural, reconoce y exalta los derechos de la personalidad a través de los llamados "Derechos Naturales del Hombre"; nacen con él, están indisolublemente unidos a las personas y existen antes del reconocimiento del Estado.

En el siglo XVIII, la teoría de estos derechos, llamados *originarios, esenciales, fundamentales y absolutos*, se va uniendo poco a poco, transformándose en una doctrina de matiz revolucionario: "Los Derechos del Hombre y del Ciudadano"

La Escuela Histórica y la del Positivismo Jurídico del siglo XIX, dejaron a un lado la idea de estos derechos innatos, solo los escritores católicos siguieron fieles a esta concepción; posteriormente los pandectistas y los civilistas llevaron al derecho privado, la doctrina que admite la existencia de estos derechos que se ejercitan sobre la propia persona, sus cualidades o atributos, asegurando y protegiendo el goce de nuestros bienes internos, de nuestras energías físicas y espirituales. Tal es el origen de la concepción de los derechos de la personalidad, como una nueva especie de derechos privados.

E) CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA O CIVIL. La capacidad jurídica no es otra cosa que la facultad que todo hombre tiene de ser sujeto de derechos; pero como la masa de Derecho en que se desenvuelve puede en determinadas circunstancias privarle de algunos derechos por razón de edad, salud o condena penal, conviene distinguir hasta dónde el individuo tiene sus límites de capacidad jurídica. Esos límites encierran la capacidad civil.

Se puede decir que la capacidad parece desdoblarse en dos manifestaciones determinadas: aptitud del sujeto para tener y gozar derechos; y aptitud del sujeto para ejercitarlos. La primera suele denominarse capacidad de derecho, y la segunda capacidad de obrar. La primera es privativa de todos los hombres por el mero hecho de serlo, y se confunde con la personalidad a la cual acompaña; la segunda, es decir, la capacidad de obrar, es privativa de aquellas personas que, debido a la madurez de su razón y por gozar de un pleno discernimiento, conocen el alcance y límite de sus derechos y deberes (Valverde).

Redondeando, podemos decir, que la *capacidad de goce* es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Basta ser hombre para tenerla y no es necesario para ello el tener voluntad consciente. Por esto los niños y los enfermos mentales, también son personas aunque por su situación no puedan expresar libremente su voluntad. Son sujetos de derechos y obligaciones, gozan de ellas, pero no pueden adquirir situaciones jurídicas creadas por actos de voluntad, simplemente porque no los pueden realizar. Por lo mismo necesitan de un representante que supla, siempre tendiendo a su beneficio, su voluntad ausente.

Por el contrario, se habla de *capacidad de ejercicio* cuando una persona tiene la aptitud para ejercitar por sí misma sus derechos y cumplir con sus obligaciones, aptitud que es reconocida por la ley. Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Aquí interviene libremente la voluntad, por lo que no es necesaria la intervención de ningún representante.

En principio todo hombre tendrá personalidad; pero ningún hombre asumirá todas las capacidades de derecho, porque en ninguno se darán los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, es decir, la persona es en potencia sujeto de todas las capacidades; pero para que pueda ejercitar un derecho necesita tenerlo, y siendo múltiples los derechos reales, de obligaciones, de familia, de sucesión, a cada uno corresponderá una capacidad determinada.

F) DERECHO POSITIVO. "La capacidad jurídica de las personas físicas, dice el artículo 22 del Código Civil de 1928, se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Podemos observar los efectos que la ley confiere al mero hecho de la concepción; ya se le reconoce al embrión una capacidad de goce, aunque sea mínima. Gracias a este reconocimiento, el individuo ya concebido puede, por ejemplo, ser heredero, legatario, e inclusive recibir donaciones.

En la expresión capacidad jurídica derivada del artículo anteriormente mencionado, se comprende la personalidad y la capacidad civil. Respecto a esta última, el Código nos habla en su artículo 23 de restricciones cuando no se puede ejercitar plenamente:

"Art. 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción, y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".

A su vez, el mismo Código, establece como requisito para contar con la capacidad de ejercicio, la mayoría de edad, según se desprende de los artículos que integran el capítulo segundo intitulado "De la mayor edad", del Título Décimo, en los cuales se establece que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos (art. 646), y que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes (art. 647).

G) NACIMIENTO, MODIFICACION Y EXTINCION DE LA CAPACIDAD. La capacidad nace con la persona y se extingue con ella. En el trascurso de la vida sufre más o menos modificaciones, permanentes o temporales, según los casos determinados por la ley. Esos casos son el sexo, la edad, la enfermedad, la interdicción por sus diversas causas, etc..

1. El principio de la personalidad jurídica. La personalidad, como cualidad inherente al ser humano, surge ante el Derecho con el nacimiento. Pero la ley exige ciertos requisitos para que el nacido sea considerado sujeto de derechos y obligaciones y por tanto susceptible de que se le pueda suceder en esos derechos y obligaciones.

En virtud del elevado índice de mortalidad en los recién nacidos, las legislaciones antiguas adoptaron numerosas precauciones para evitar que el simple hecho de haber venido al mundo un ser humano, diese lugar a que se sucediese en bienes considerables en virtud de una paternidad o maternidad frustradas. Actualmente la influencia del Derecho romano es manifiesta en la mayoría de los Códigos civiles, y especialmente, en el Derecho mexicano.

En el Derecho romano los requisitos para la existencia de un hombre, eran tres: que hubiera nacido vivo, viable y con forma humana. La condición esencial consistía en que el feto estuviera completamente desprendido del cuerpo materno, ya fuera de manera natural, o por los esfuerzos artificiales de quien asistiera el parto. Antes de esa separación, el feto formaba parte de las entrañas de la madre; pero la ley le reconocía individualidad independiente y por ello le reserva sus derechos retrotrayendo la efectividad de éstos al momento de la concepción si nacía viable. Este principio de considerar al concebido como nacido, ha sido adoptado por todas las legislaciones actuales.

Para la doctrina, la determinación de cuándo principia la personalidad jurídica del recién nacido tiene dos aspectos:

a) *Fisiológico.* El cual se resuelve por la declaración médica o por el testimonio de las personas que presenciaron el parto y vieron vivo o muerto al feto.

b) *Jurídico.* Son tres las doctrinas que se han enunciado acerca del momento en que se ha de considerar como existente la personalidad jurídica:

1. La que opina que la personalidad del individuo humano empieza desde el momento mismo de su nacimiento, sin más requisitos que nacer con vida.

2. La que agrega a la condición anterior la retroacción de la personalidad al momento de la concepción.

3. La que exige que además del nacimiento, el nacido posea determinadas condiciones de vida, y muy especialmente, la condición de la viabilidad.

Con relación a los efectos que la ley reconoce al nacimiento y concepción de un individuo, el artículo 337 del Código Civil, nos dice que "para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que desprendido del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

En éste artículo el legislador fija las bases para reconocer, en un momento dado, la existencia de una nueva persona de derecho. La criatura tiene que nacer viva y viable, y la ley presume la presencia de viabilidad cuando el recién nacido alcanza a vivir veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Así que si el producto nace muerto, o muere inmediatamente después del parto o cesárea, no existió nunca como persona para el Derecho.

Esa misma viabilidad determina que el reconocimiento que la ley hace en su artículo 22 de la capacidad jurídica de los nacidos se retrotraiga hasta el momento de su concepción. Nacido viable un sujeto, ya tuvo la posibilidad de haber adquirido derechos en lo que sólo era un ser concebido.

2. Fin de la personalidad jurídica. La muerte es el único hecho que termina con la personalidad jurídica de una persona física. Así lo reconoce la doctrina, y de la misma manera nuestra legislación en el consabido artículo 22 del Código Civil: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte..."

El único caso en el que la muerte no extingue la personalidad de un sujeto es cuando se ignora el momento en que se presentó. Esto ocurre con las personas ausentes, para las cuales existe el sistema de presunción de muerte. Primeramente, corre cierto plazo hasta que haya una declaración judicial de ausencia. Posteriormente viene la presunción de muerte, hecho que determina el fin de la personalidad. Esto lo establece el artículo 1649 de nuestro Código Civil, al decir que la sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.

La presunción de muerte es el único hecho que, aparte de la misma muerte, determina el fin de la personalidad jurídica y, por lo tanto, la apertura de una sucesión. Sin embargo, es necesario mencionar su relatividad, ya que sus

efectos están sujetos a la condición de que el presunto muerto aparezca de repente. Si apareciera, todos los efectos jurídicos nacidos de la presunción desaparecerán, inclusive, los bienes pasados a sus herederos regresarán a su original dueño.

Ahora bien, la extinción de la personalidad no significa que con la desaparición física de la persona se extinguen también todos los derechos y obligaciones en cuyas relaciones el fallecido era sujeto activo o pasivo, titular u obligado. Algunos derechos y obligaciones se extinguen con la personalidad, pero otros subsisten para transmitirse a sus sucesores o permanecen en suspenso hasta que aparezca el heredero que sustente la sucesión, o ésta con cualidad de yacente, siga el destino que la ley señale. Lo que sucede es que por conveniencias de práctica jurídica y con el fin de salvaguardar derechos de tercero, se retrotraen algunos negocios al tiempo en que vivía el causante; o por una ficción de la ley se considera que éste quiso determinada relación jurídica.

G) LA PRUEBA DEL MOMENTO DE LA MUERTE. De acuerdo al Código de Procedimientos Civiles, la muerte se prueba con el Acta de Defunción y si no, con instrumentos o testigos. Así lo dice en su artículo 774: "Al promoverse el juicio sucesorio debe presentarse la partida de defunción del autor de la herencia, y no siendo ésto posible, otro documento o prueba bastante".

Esta Acta de Defunción es tan precisa que el artículo 119 del Código Civil, que dispone los datos que debe contener, incluye la hora de la muerte en su fracción sexta.

Si no se pudieran obtener los datos de un Acta de Defunción por carencia de registros, el artículo 40 del Código Civil nos dá la solución al establecer que "cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieran ilegibles y faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos".

TEMA II

DERECHOS SOBRE NUESTRO PROPIO CUERPO

Como vimos en el apartado anterior, el hombre, por el simple hecho de serlo, **posee personalidad jurídica desde el momento de ser concebido**, con la condición suspensiva de que nazca vivo y viable, siendo sujeto de derechos y obligaciones, que podrá ejercitar él mismo o a través de representante legal,

dependiendo de determinadas circunstancias como sería el caso de la mayoría de edad o la lucidez mental. Pues bien, lo que pretendo en este apartado, es precisamente determinar que tipo de derechos tenemos sobre nuestro propio cuerpo y hasta que punto podemos ejercitarlos libremente.

La disposición del propio cuerpo, tiene en nuestros días proyecciones vastísimas. Esta no es sin embargo una nueva cuestión. Con el correr de la historia, la problemática ha ido pasando del puro ámbito especulativo, a una concreción práctica en la que ya se hace necesaria la intervención de la norma jurídica. La situación fáctica, indiferente al derecho en una primera época, adquiere relevancia jurídica cuando la comunidad le adjudica trascendencia social. En el marco de estas facultades dispositivas, encontramos actos que revisten distintos matices de gravedad, desde la comercialización de los cabellos, la donación de sangre para transfusiones, pasando por la asunción de riesgos en actividades deportivas y laborales, hasta llegar a los supuestos más compromisorios de los trasplantes de órgano y la experimentación científica en seres humanos, advertimos que esta disponibilidad adquiere cada día mayor trascendencia. Dentro de este ámbito se incluyen temas como la autolesión o automutilación, autoflagelamiento, inseminación artificial, esterilización, o la fecundación extracorporal.

La naturaleza de las facultades que ostenta la persona en el área de la disponibilidad corpórea ha sido una cuestión muy debatida en el campo del Derecho Privado, razón por la cual a continuación presentaré algunas ideas sobresalientes dentro de la doctrina referentes a la disponibilidad del propio cuerpo.

Algunos autores sostienen que el hombre sólo puede disponer libremente de ciertos derechos, y hay otros cuya disposición le está vedada. No podemos coincidir con las ideas de aquellos autores, en primer lugar no creemos que haya algún derecho cuyo ejercicio sea absolutamente libre, porque las limitaciones se imponen para salvaguardar a los demás de los perjuicios que pueden derivar del libre ejercicio de un derecho. Por otro lado, tampoco podremos encontrarlos con algunos derechos cuyo ejercicio esté vedado (salvo disposición legal, vgr. suspensión de garantías) porque es obvio que todo derecho que se otorga o reconoce por el Estado, lleva implícito en sí la facultad de su ejercicio.

El Estado otorga ciertos derechos a las personas, en virtud de ciertas obligaciones que les son impuestas; (contribuciones, impuestos, etc.) pero hay otros derechos que no pueden otorgar, por lo que tan sólo los reconoce (los llamados derechos humanos o naturales) encontrándose en primer lugar el derecho a la vida.

He ahí precisamente el porqué no puede el Estado establecer sanción alguna para los casos de frustración del suicidio y el porqué de que no se establezca la figura de tentativa de ese mismo fenómeno. El Estado se haya imposibilitado para controlar eficazmente los actos tendientes a la autoprivación de la vida, teniendo entonces que reconocer que como derecho propio de las personas, éstas podrán disponer de él llegando incluso hasta su destrucción, pero siempre y cuando en la destrucción del derecho no intervenga un tercero, porque en ese caso la situación cambia ya que el nuevo agente no tiene ningún derecho sobre la vida de sus semejantes, lo que daría lugar al delito de homicidio.

Pero entonces surge el problema de poder determinar si debe haber o no impunidad del victimario, cuando la víctima le haya autorizado para que le prive de la existencia. Y el segundo problema: decidir sobre el valor que deba darse a la manifestación de voluntad hecha por el sujeto pasivo.

Windscheid⁴⁴, era de la opinión de que así como el orden jurídico al conceder un derecho real declara que la voluntad del titular es decisiva para la cosa, así la misma voluntad es decisiva con relación a la propia persona.

Es a Ihering a quien se le ha atribuido el reconocimiento de un "derecho sobre el propio cuerpo" a partir de la distinción que realizara entre "pertenencia y propiedad". Este razonamiento se explica al afirmar que ciertas cosas pueden pertenecer a la persona, mas luego que el mismo ha sido cortado, puede ser objeto de comercio y propiedad. Este concepto genérico de pertenencia tuvo muchos opositores, como los han tenido todas las posturas que vinculan la disponibilidad corporal con el derecho de propiedad.

Al respecto Savigny, nos dice que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades, sin necesidad de que éste poder sea reconocido y defendido por el derecho positivo. Aunque muchas instituciones de derecho positivo examinadas en su principio están destinadas a proteger este poder natural del hombre sobre su propia persona contra las agresiones de sus semejantes, no se les debe considerar como simples consecuencias de esta inviolabilidad, sino como instituciones enteramente positivas, cuyo contenido difiere de la personalidad.

Para Ferrara, las facultades de disposición del cuerpo humano constituyen la exteriorización de una actividad lícita, no el ejercicio de un derecho.

⁴⁴Citado por Bergoglio de Browner de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, Virginia. "Trasplantes de órganos entre personas". Editorial Hammurabi. Argentina.

Nuestra persona, dice Castán, es una e indivisible, tiene la facultad de libre determinación en gran número de actos que la afectan de una manera directa, y que se encontrarían limitados en el supuesto de que otros hombres invadieran la esfera de nuestra personalidad. A manera de semejanza de derecho real, tenemos una facultad dispositiva sobre nuestro propio cuerpo, y la protección de la ley para impedir que nadie pueda, sin nuestra autorización usar del mismo.

Así mismo, Planiol nos dice, que es contrario a la moral disponer sin motivo de la propia vida, de la salud, del cuerpo, de la libertad; que las convenciones comprometiéndolo inútilmente la vida, la integridad de la persona son nulas.

La teoría tradicional encuentra dificultades para amoldarse al reconocimiento del derecho sobre la propia persona. En las relaciones de dominio o de propiedad, busca un sujeto y un objeto, debiendo ser éstos independientes el uno del otro. Se ha dicho que admitiendo el derecho sobre el propio cuerpo se viene a hacer de la persona, sujeto de derecho y el objeto del mismo; y que el concepto de dominio implica necesariamente duplicidad de sujetos (el pasivo y el activo, el que posee y la cosa poseída) en una misma acción, y si el hombre tuviera dominio directo sobre sí mismo, el poseedor y la cosa poseída se identificarían en un solo sujeto.

Al respecto dice Campogrando, citado por Castán, "el sujeto de derecho es todo el hombre considerado como entidad física y moral, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona propia consistente en una manifestación determinada de la personalidad humana, bien sea física o moral".⁴⁵

Hay quienes opinan que el hombre no tiene dominio sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo; que, destinado desde su nacimiento a unas finalidades concretas y determinadas, que le fijó su Creador, constituyen éstas los principios de los que se derivan sus leyes, y a éstas debe atenerse, sin que pueda vulnerarlas. Pero dado el caso, nuestro libre albedrío puede, prescindiendo de ellas, actuar y violarlas.

Ahora bien, si el libre albedrío es reconocido y aceptado en el hombre en relación a los actos dirigidos al mundo exterior, también debe serlo en los que miran a su persona; en nuestras manos está destruir nuestra propia vida; suicidarnos, mutilarnos, etc.; pero esto no es usar de un derecho, dice Antonio Borrell ⁴⁶, es abusar de él, no es propio de las facultades que integran el

⁴⁵Castán Tobeñas, José. ob. cit.

⁴⁶Borrell, Macía Antonio. "La Persona Humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto". Editorial Bosch. Barcelona, España 1954.

dominio destruir la cosa sobre la que pesa, sin una causa que lo justifique. Sin embargo, yo no estoy de acuerdo en considerarlo como un abuso del derecho, pues a mi parecer para hablar de abuso de los derechos, y basándome en la teoría subjetiva que propone Bonnecase, además de la existencia de un elemento objetivo que sería el derecho y el ejercicio del mismo, es condición necesaria que se dé la comisión de un daño por ese hecho, es decir, un elemento subjetivo consistente en el deseo de dañar, y sería ilógico pensar que el acto suicida o el hecho de automutilación pueda perjudicar a alguien en mayor medida que al propio autor del hecho.

De acuerdo con Planiol, de todos los derechos que una persona puede ejercer sobre una cosa, el derecho de propiedad es el más completo. Otras características son su exclusividad en el uso y disposición en cuanto a los demás hombres y su perpetuidad. Notas y características éstas que encontramos en el derecho sobre nuestro propio cuerpo, sobre los miembros del mismo.

Borrell continúa exponiendo que el hecho de que se acepte el dominio sobre nuestro propio cuerpo, no significa un reconocimiento o facultad al abuso del mismo. Significa la libre actividad sobre nuestro cuerpo frente al Estado y a terceras personas, pero nuestros actos, en todo momento, deben estar sometidos a las leyes morales.

Por otro lado, se dice que el presupuesto necesario de la relación dominical es la existencia de un *res*, de una cosa en sentido técnico, y el cuerpo viviente no lo es, pues no reúne los requisitos de apropiabilidad, ni patrimonialidad; y además que no presenta los caracteres técnicos de la propiedad ni sus facultades, pues el titular no puede destruir ni limitar su propio cuerpo.

Creo que no es conveniente sostener la imposibilidad del dominio sobre el propio cuerpo a base de argumentar que el derecho de propiedad debe de recaer sobre una *res*, y que el cuerpo humano no lo sea. Si el hombre tiene facultades sobre uno de sus miembros, sobre su cuerpo, de las características que atribuyen los derechos dominicales, habremos de concluir que tiene el derecho sobre ellos, se consideren o no como *res*. (Vgr. el hombre tiene la facultad de cortar su cabello y venderlo, sin necesidad de autorización alguna, al igual que puede cortar el trigo de sus campos y venderlo).

De aceptar el dominio sobre nuestro cuerpo, aparece justificado que percibamos una indemnización por los daños morales, resultado de lesiones sufridas en nuestro cuerpo, con independencia de la que pudiéramos percibir en razón a los perjuicios económicos que de ello pueda derivarse. En cambio si no se admite el dominio sobre nuestro propio cuerpo, resultaría difícil justificar

la indemnización por lesiones, así como la propiedad y comercialidad de los productos separados del cuerpo.

Se ha dicho que puede admitirse una analogía con la adquisición, por parte del propietario, de los frutos de las cosas de su propiedad; que tales bienes cambian de naturaleza al ser separados, como los bienes destinados al uso público y a la defensa nacional, al cesar en tal utilidad y pasar al patrimonio del Estado, pueden ser enajenados a los particulares. Se dice que al independizarse del cuerpo de que forman parte y dejar, por consiguiente de ser considerados como personas, entran al comercio humano como *res nullus*, y pasan al poder del primer ocupante que es la persona de la que se separan, pues antes de su extracción ya eran propias de ella.

Concluyendo con esta serie de ideas, hemos de decir que este "derecho de disposición corporal" debe reconocerse como auténtico e independiente derecho de la personalidad, ya que tiene un contenido positivo, dado por los poderes o facultades que le permiten al hombre disponer de su cuerpo o manifestaciones somáticas, con las limitaciones impuestas por las leyes, la moral o las buenas costumbres.

No puede ignorarse por más tiempo la numerosa repetición de actividades con innegable alcance jurídico y relacionadas con la esfera corporal; creo entonces, que un derecho a la disposición del propio cuerpo, por la amplia gama de situaciones en las que se proyecta, debe ser recetado expresamente en el cuadro de los derechos de la personalidad. El reconocimiento de este derecho habrá de condicionarse, pues una conveniente facultad de disposición al respecto exige señalar cuales son los límites dentro de los cuales aquella disponibilidad pueda legítimamente ejercitarse.

2.1 CALIFICACION JURIDICA DEL CUERPO HUMANO VIVO Y MUERTO

1. Aún cuando en ocasiones, el cuerpo humano ha sido incluido dentro de las cosas "extra commercium", la doctrina más común le niega la consideración de cosa. Diríase que en cualquier caso, se atiende ante todo a excluir la libre disponibilidad del propio cuerpo; la consideración jurídica al respecto es la negación de calidad de cosa al cuerpo humano. El cuerpo humano no puede reducirse a la condición de cosa sin que con ello se resienta el valor supremo de la personalidad, sufriendo un deterioro la dignidad de la persona, al ser el cuerpo humano, patrimonializado.

Por otro lado, nos dice Gordillo⁴⁷, que tras identificar cosa y objeto de derechos, se niega al cuerpo esta última condición. Objeto y sujeto, continúa diciendo, son categorías contrapuestas; afirmadas una y otra en su oposición lógica contraria. Si la persona es el sujeto de los derechos, y el cuerpo es integrante necesario de la persona, la conclusión no puede ser otra que la negación de que el cuerpo humano pueda ser considerado como objeto de derechos.

A su amparo queda reconocido a la persona un campo de libre y lícita actuación en lo concerniente, fundamentalmente, a la propia vida y salud. Obviamente, también aquí el derecho tiene sus límites. El bien de la personalidad supone un valor absoluto con inevitables derivaciones de indisponibilidad. También dentro del campo de la moral, existen normas que obligan al propio individuo a su plenitud personal, pero siempre viviendo de conformidad con su calidad de persona.

2. La Muerte es el hecho jurídico que muta la calificación jurídica del cuerpo. Extinguida la personalidad, el cuerpo deviene en cadáver, de elemento personal pasa a ser jurídicamente cosa. El cadáver es cosa, pero no objeto de derechos patrimoniales, pues no es reducible al régimen general de las cosas. En definitiva, el cadáver se calificará como cosa, pero cosa "sui generis", fuertemente implantada en su peculiar tratamiento jurídico, por su consideración de ser huella y residuo de la personalidad. El cadáver es "cosa" en atención a su sustancia material, a su realidad como objeto espacialmente delimitado, pero con la característica distintiva del resto de las cosas, en que es un objeto más de respeto y de culto, que de poder o dominio: sobre el cadáver no hay en lo fundamental, más margen de lícita actuación que el de proveer a sus honras fúnebres y a su sepultura.

3. En consideración a las partes independientes del cuerpo humano, podemos decir que la separación es ahora el hecho jurídico determinante de la mutación: de participar de la naturaleza del cuerpo íntegro, pasan a convertirse en cosas, carentes de personalidad, a diferencia del cadáver. Por ello, las partes separadas del cuerpo, se entienden objeto de un derecho de naturaleza real, en concreto, de propiedad.

Las partes corporales separadas pertenecen en propiedad a la persona de cuyo cuerpo proceden, dice el ya citado Antonio Gordillo, no porque advenidas "nullius" tras la separación, haya sido esta su primer ocupante, sino en razón de la relación en que la parte corporal se encontraba con la persona antes de su separación: La conciencia jurídica, continúa argumentando, no puede admitir que al derecho personal sobre el propio cuerpo con proyección

⁴⁷Gordillo, Cañas Antonio. "Trasplantes de órganos, pietás familia y solidaridad humana". Editorial Esfinge. España, 1976.

en la integridad de sus partes, suceda, aunque solo sea transitoriamente, la total ausencia de derecho, de cualquier tipo, del individuo.

Recientemente, con la problemática de la extracción y trasplantes de órganos, y al objeto de asentar en fundamento de mayor entidad la necesidad de cumplimiento de la voluntad del donante, ha querido calificarse como derecho de la personalidad, el que tendría como objeto la propia parte corporal separada. Siendo oportuno indicar, que si bien la parte separada, no es apta de suyo para constituir el reflejo o residuo de la total personalidad, su específica naturaleza aconsejaría una calificación peculiar, y en consecuencia un régimen distinto al patrimonial ordinario.

Por último, retomaré la ya estudiada tesis de Enrique Ferri, que considero la más acertada y que se acopla en mayor medida a la realidad social, al establecer que el individuo tiene deberes jurídicos respecto a la sociedad únicamente mientras vive, pero estos concluyen cuando el sujeto renuncia a la vida. El hombre como miembro social no existe más que en cuanto existe como individuo, pero cuando el hombre deja de formar parte de la sociedad, cesa toda relación jurídica. Es por ello que mientras el hombre vive en sociedad, debe responder a los derechos y deberes que ésta le imponga, a manera de límites para salvaguardar los derechos de terceros; pero la sociedad no tiene derecho de imponer al hombre la obligación jurídica de existir o de permanecer en ella, y por lo tanto, el hombre tiene la libre disposición de su propia vida y tiene derecho a morir.

A manera de conclusión, quisiera expresar mi sentir con relación a si podemos o no disponer libremente de nuestro cuerpo y aún más de nuestra vida, teniendo como punto de partida nuestro Código Penal, en el cual, habiendo hecho un análisis de los artículos relativos a lesiones y homicidio, pudimos observar, por un lado, que las lesiones autoinferidas no son penadas, pues los artículos que establecen las sanciones, se refieren únicamente a una tercera persona que cause daño al ofendido (arts. 288 al 301), otorgando de esta manera el derecho de libre disposición sobre el propio cuerpo.

Por otro lado, en el Código Penal, no se encuentra tipificado ningún delito consistente en privarse de la vida, es más, ni siquiera está penado el hecho de un suicidio frustrado, lo único que se considera delito es el hecho de prestar auxilio o inducir a otro para que se suicide. Consecuentemente, cifándonos a la norma legal que no prohíbe el suicidio ni civil ni penalmente, lo consideramos un acto lícito. Su moralidad o inmoralidad deberá determinarse por los móviles y circunstancias concurrentes en cada caso particular; cuestión que me parece incoherente con la tendencia del Derecho, que como hemos visto una de sus principales premisas es la de proteger la vida del ser humano.

En otro orden de ideas, me referiré al aborto, y en especial al aborto ético que aunque no es objeto de estudio del presente trabajo, he de mencionarlo por la relación que guarda con el derecho a la vida, y he de decir que me parece ilógico el hecho de que no esté sancionado en nuestra ley penal, pues si el derecho a la vida, constituye, como lo hemos venido viendo, una máxima dentro del Derecho Mexicano, es absurdo que por el hecho de que una mujer se encuentre preñada como resultado de una violación, se le permita el aborto, es decir, quitarle la vida a un ser, que aunque indeseado tiene vida propia y derecho a concluir su desarrollo dentro del vientre materno. Es decir, en este caso estamos viendo que en la escala de valores en que se funda el derecho para proteger con mayor o menor intensidad determinados bienes, la vida de un ser humano presto a nacer, se encuentra por debajo de las consideraciones que se le tengan a una mujer violada por los sufrimientos físicos y mentales que el acto lesivo le hubo ocasionado.

Antes de pasar al siguiente apartado quisiera dejar sentado que desde mi punto de vista, el hombre es legítimo poseedor de un derecho a morir como consecuencia directa del reconocimiento en él de un derecho a vivir, que puede ser anulado por el Estado en el caso de la pena de muerte, por el individuo en los casos de legítima defensa y por el propio sujeto, con mayor razón en el caso del suicidio.

TEMA III

EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO EN LA EUTANASIA

El punto que se plantea en este tercer tema, es la cuestión consistente en determinar si el derecho a la vida del sujeto puede ser transmisible, y si el consentimiento del paciente a la propia muerte tiene valor jurídico, y hasta que límites para el autor o el que auxilia a la muerte.

Al tratar de evaluar la eficacia del consentimiento a la propia muerte hay que tener presente que se trata de un problema de Derecho Penal, y por ende de Derecho Público y no de un problema de Derecho Privado. La persona que

consiente, no es, en consecuencia el sujeto decisivo y soberano de un "negocio jurídico", sino una figura accesoria en el hecho que se estudia, porque en este caso el protagonista es el agente. Este es precisamente el fin que persigue la Escuela Criminalista Positiva al substituir al método deductivo de la Escuela Clásica tradicional, que sólo tiene en cuenta al delito, y eso considerándolo como una expresión sintomática de una personalidad delincuente, como una "entidad jurídica", independiente de la personalidad de quien lo perpetra. La Escuela Penal Positiva al contrario, considera que si se quiere tener un conocimiento integral del delito, precisa ante todo estudiarlo con referencia al hombre delincuente y al ambiente social en que éste vive y actúa, para después definir y analizar el delito jurídicamente; pero nunca como "entidad jurídica" existente por sí misma.

Aplicando el método positivo al problema del consentimiento a la propia muerte, es evidente que no debe considerarse el consentimiento como relación o asunto jurídico, sino aceptarlo como un hecho consentido por otro. Por el consentimiento se conoce y define la condición psicológica y por ende moral, social o jurídica de quien ha actuado en su nombre. En el caso del homicidio-suicidio, el consentimiento no es suficiente para valorar jurídicamente la responsabilidad penal, es preciso considerar los motivos que impulsaron al matador o ayudante del suicida. En Derecho Penal, el criterio subjetivo (relativo a la persona del agente relacionada con los móviles) es fundamental y decisivo frente al criterio objetivo (el hecho material).

1. Historia. Los romanos antiguos trataron el problema del consentimiento, al establecer: "*Volenti et consentienti non fit injuria*" es decir, que mediando el consentimiento en las lesiones no hay injuria, entendiéndose por injuria "una serie de lesiones personales, ya sea en su cuerpo, en su situación jurídica o en su honor", en otras palabras los romanos consideraron como una atenuante el consentimiento. "*Nulla injuria est, quae in volentem fiat*", no es ninguna injuria la que se hace contra el que la acepta, decía el Digesto. "El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de *injuria*, más el homicidio cometido tras el consentimiento del sujeto pasivo no se consideró como *injuria*, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad;"⁴⁸ es decir, para Jiménez de Asúa el concepto de consentimiento en el derecho romano tenía un valor limitado, pues procedía la impunidad en caso de lesiones, pero no en homicidio, pues éste era considerado no como una injuria, sino como un delito que trascendía dañando a la sociedad misma.

Actualmente entre las causas impeditivas del nacimiento de la antijuricidad, destaca, en primer término, el consentimiento del interesado, también mal llamado consentimiento del ofendido o de la víctima, ya que si el

⁴⁸Jiménez de Asúa, Luis. "Libertad de amar y Derecho a morir". Ediciones Depalma. 7a. edición. Buenos Aires, 1992.

consiente, no es, en consecuencia el sujeto decisivo y soberano de un "negocio jurídico", sino una figura accesoria en el hecho que se estudia, porque en este caso el protagonista es el agente. Este es precisamente el fin que persigue la Escuela Criminalista Positiva al substituir al método deductivo de la Escuela Clásica tradicional, que sólo tiene en cuenta al delito, y eso considerándolo como una expresión sintomática de una personalidad delincuente, como una "entidad jurídica", independiente de la personalidad de quien lo perpetra. La Escuela Penal Positiva al contrario, considera que si se quiere tener un conocimiento integral del delito, precisa ante todo estudiarlo con referencia al hombre delincuente y al ambiente social en que éste vive y actúa, para después definir y analizar el delito jurídicamente; pero nunca como "entidad jurídica" existente por sí misma.

Aplicando el método positivo al problema del consentimiento a la propia muerte, es evidente que no debe considerarse el consentimiento como relación o asunto jurídico, sino aceptarlo como un hecho consentido por otro. Por el consentimiento se conoce y define la condición psicológica y por ende moral, social o jurídica de quien ha actuado en su nombre. En el caso del homicidio-suicidio, el consentimiento no es suficiente para valuar jurídicamente la responsabilidad penal, es preciso considerar los motivos que impulsaron al matador o ayudante del suicida. En Derecho Penal, el criterio subjetivo (relativo a la persona del agente relacionada con los móviles) es fundamental y decisivo frente al criterio objetivo (el hecho material).

1. Historia. Los romanos antiguos trataron el problema del consentimiento, al establecer: "*Volenti et consentienti non fit injuria*" es decir, que mediando el consentimiento en las lesiones no hay injuria, entendiéndose por injuria "una serie de lesiones personales, ya sea en su cuerpo, en su situación jurídica o en su honor", en otras palabras los romanos consideraron como una atenuante el consentimiento. "*Nulla injuria est, quae in volentem fiat*", no es ninguna injuria la que se hace contra el que la acepte, decía el Digesto. "El consentimiento de la víctima excluía, pues, el delito de *injuria*, más el homicidio cometido tras el consentimiento del sujeto pasivo no se consideró como *injuria*, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad;"⁴⁸ es decir, para Jiménez de Asúa el concepto de consentimiento en el derecho romano tenía un valor limitado, pues procedía la impunidad en caso de lesiones, pero no en homicidio, pues éste era considerado no como una injuria, sino como un delito que trascendía dañando a la sociedad misma.

Actualmente entre las causas impositivas del nacimiento de la antijuricidad, destaca, en primer término, *el consentimiento del interesado*, también mal llamado consentimiento del ofendido o de la víctima, ya que si el

⁴⁸Jiménez de Asúa, Luis. "Libertad de amar y Derecho a morir". Ediciones Depalma. 7a. edición. Buenos Aires, 1992.

consentimiento actúa como causa impeditiva del nacimiento de la antijuricidad, es obvio que no existe víctima u ofendido.

2. Naturaleza Jurídica del Consentimiento. La naturaleza jurídica del consentimiento consiste en que un hecho que, según el modelo legal, sería un delito, deja de serlo por el simple consentimiento del titular del Derecho violado o expuesto a peligro.⁴⁹ La justificación jurídica de esta afirmación se localiza en la excepción a la regla general de la tutela de los bienes jurídicos. Esta excepción surge de una estimación realizada por el Estado, fundada en valoraciones éticas, por lo cual se legitima la lesión o puesta en peligro de ciertos intereses jurídicos cuando existe una voluntad manifestada en tal acontecimiento, proveniente de la voluntad del titular de los intereses.

La conducta que se realiza en afectación a un bien jurídicamente tutelado es en principio antijurídica por ser típica; pero si el titular del interés se ha desinteresado en esa tutela y el bien permite, dada su calidad, ese desinterés, se estará hablando de un caso de ausencia de antijuricidad o de una conducta típica conforme a Derecho.

El consentimiento es absolutamente revocable. La subsistencia del consentimiento debe ser plena durante todo el curso de la conducta. En el momento preciso en que el consentimiento dado se revoca por la voluntad del titular de la tutela, la conducta debe cesar, o de lo contrario podrá ser calificada de antijurídica.

Es conveniente citar la opinión sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que al respecto ha precisado su criterio en los siguientes términos:

Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado en virtud del proceder delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la Antijuricidad o el tipo; es decir, si el pasivo de la conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice, no resulta dañado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de éste último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara a cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuricidad y no puede imponerse pena cuando la conducta no es antijurídica.

⁴⁹Maggiore. "Derecho Penal", tomo I. Editorial Temis. Bogotá. 1954.

Semanario Judicial de la Federación, tomo CXXII, páginas 1 348-1 349, quinta época.

3. El Valor del Consentimiento. El valor del consentimiento en el ámbito del Derecho Penal ha sido controvertido profundamente. Gran cantidad de estudiosos de la materia han tratado de dilucidar si la autorización que presta el titular del bien jurídico afectado por la conducta que se enjuicia, impide el nacimiento de su antijuricidad. En este sentido, ya René Garraud (1892), afirmaba "que ciertas infracciones suponen, para ser punibles, que el hecho haya tenido lugar contra la voluntad de la persona que es víctima, no hay robo, por ejemplo, si el propietario del objeto sustraído ha consentido en su aprehensión; no hay violación o atentado al pudor, si la víctima no se opone a la realización del acto inculcado: pues el inculcado, en demostrando, en estos diversos casos, que ha actuado con el consentimiento de la víctima, invoca al menos un hecho justificado que es la ausencia de uno de los elementos constitutivos del robo, de la violación o del atentado violento al pudor."

Pero existen otros casos en que la ley penal no incluye como elemento típico la *voluntad contraria* del titular del bien jurídico que es afectado por la acción y; por el contrario, su carácter antijurídico brota con independencia de la voluntad del sujeto pasivo del delito y, en consecuencia el legislador las tipifica sin hacer referencia alguna a dicho consentimiento o voluntad.

En principio se ha negado todo valor al consentimiento en el ámbito del Derecho Penal por estimarse que, dada la naturaleza pública de esta rama del Derecho, "no es posible derogar, por convicciones particulares, las leyes de orden público". Pero si se cala en las raíces de nuestra ciencia, dice Mariano Jiménez Huerta⁵⁰, inmediatamente aparece el verdadero y hondo valor que reviste el consentimiento en el área jurídico-penal. "Decir que la ley penal tutela siempre (escribe Vannini, citado por Jiménez Huerta) intereses públicos, es decir, intereses de la colectividad sobre los que no puede ejercer ningún poder de disposición la voluntad privada aún en el caso en que se individualice en ella el interés social tutelado por la ley penal misma, es afirmar cosa no exacta. La ley penal tutela directamente intereses públicos siempre que el sujeto pasivo del hecho inculcado sea la colectividad, la familia o el Estado mismo. En estos delitos ningún poder tiene el consentimiento del particular. Tutela, en cambio, *indirectamente* intereses públicos, cuando el interés público es reflejo colectivo de un interés privado, ya que el interés tutelado no es el interés público a la conservación del bien jurídico como tal, sino el interés público a la inviolabilidad en el particular de un bien de su pertenencia. En estos casos el Estado tiene solamente interés (indirecto, reflejo) a que sus súbditos no violen el interés del particular en la conservación del bien de su pertenencia. Por

⁵⁰Jiménez Huerta, Mariano. "La Antijuricidad". pag. 140.

tanto, el consentimiento de éste, en cuanto expresa ausencia del interés y renuncia a la conservación del bien protegido en la ley penal, determina, como consecuencia lógica, la carencia de interés estatal, pues deviene imposible la jurídica violación del interés que la ley protege. Se habla en la doctrina, agrega Vannini, de una inadmisibile renuncia del particular a la tutela penal; se habla de la imposibilidad de invalidar mediante el consentimiento del sujeto pasivo, la norma jurídica, todo esto demuestra que el problema del consentimiento no ha sido puesto sobre la debida base de observación. *No hay renuncia privada a la tutela jurídica*. El concepto de renuncia a la tutela jurídica nada tiene que ver con el consentimiento. A la tutela jurídica renuncia aquel que no hace uso de la facultad que la ley le concede para la defensa y la reintegración del interés protegido; en el consentimiento no puede decirse que el interesado omita hacer uso de la tutela jurídica; lo que acontece es que se crea un estado de hecho que es diverso de aquel que la norma tutela penalmente".

En Alemania, Feuerbach, con marcada influencia privatista, hizo depender la validez del consentimiento de la naturaleza de los derechos y de la capacidad para disponer de ellos según las normas del Derecho Privado. Afirmaba Feuerbach que "cuando una persona puede ceder sus derechos, el consentimiento a la acción por parte del lesionado hace desaparecer el delito. Ahora bien, el derecho contra el que es dirigida la acción consentida debe ser objeto de posible disposición por parte del ofendido; si el derecho en sí es sustraído a la libre disposición de su titular o si éste es incapaz de disponer de él, el consentimiento no produce efecto jurídico alguno"⁵¹.

Los penalistas modernos centran el problema en el ámbito de la antijuricidad. Zitelmann afirma que la acción consentida es lícita en cuanto el consentimiento ha hecho surgir en el destinatario un específico derecho que excluye la antijuricidad.

Liszt y Beling, estiman que el consentimiento es causa de exclusión de la ilicitud, en tanto en cuanto la regla jurídica concede al titular del bien jurídico la facultad de disponer de él porque sólo se trata de sus intereses. Sauer sostiene que el consentimiento excluye la antijuricidad siempre que el interés particular lesionado no revista, dada su naturaleza específica, una simultánea y preferente importancia para el interés público.

Hippel proclama que el consentimiento es causa de exclusión de la antijuricidad en algunos delitos, según el sentido y el fin de la protección de los bienes jurídicos. Cuando está en primer plano el *interés privado*, el consentimiento excluye la antijuricidad; cuando *intereses de terceras personas* o *intereses públicos* tienen importancia decisiva, el consentimiento es irrelevante.

⁵¹Jiménez, Ob. Cit., pag. 141.

Mezger⁵² sintetiza el principio general de ausencia de interés que fundamenta la inexistencia de antijuricidad, al decir: "Una justificación con arreglo al principio de *ausencia de interés* aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto". Su eficacia se hace depender, agrega, de si el lesionado que consiente, posee o no en el delito de que se trata una facultad de disposición. Niega Mezger el valor del consentimiento cuando mediante la acción han sido lesionados intereses esenciales de la colectividad.

Aplica Mezger como criterio para dilucidar el valor del consentimiento, la distinción por él establecida, en orden al *objeto del delito*, entre *objeto de la acción* (el objeto corporal sobre el que la acción se realiza: el hombre, en el homicidio; la cosa, en el robo), y el *objeto de protección* (el objeto *valorativo* protegido en el tipo, esto es, el bien jurídico protegido por el Derecho Penal y atacado por el delito: la vida como bien jurídico, en el homicidio; la propiedad como bien jurídico, en el robo). Luego Edmundo Mezger, adoptando un criterio casuístico, distingue estos casos⁵³: **1)** en aquellos en que el consentimiento no es problema de exclusión de lo injusto, sino de tipicidad; **2)** en el homicidio, el consentimiento no excluye la antijuricidad; **3)** en las lesiones corporales es ineficaz cuando el acto del agente representa un ataque a las buenas costumbres (vgr. una lesión corporal causada, por ejemplo con fines sádicos, es punible aún con el consentimiento del lesionado). **4)** Notable es el consentimiento en los delitos contra el patrimonio, en virtud de que el lesionado tiene la libre disposición sobre esos bienes.

Así mismo, Mezger da el carácter de causa justificante al "consentimiento presunto": "No actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que, de conocer el lesionado la situación del hecho, habría consentido eficazmente en la acción". Tomemos un ejemplo para aclarar su pensamiento: el agente entra en la casa de su vecino, y en ausencia de éste, para reparar la cañería del agua, descompuesta. Falta en este caso el consentimiento real; pero es de suponerse que si el sujeto hubiera conocido la situación de hecho, lo hubiera otorgado.

Para efectos de antijuricidad, por lesión se entiende la desprotección que se causa a un interés jurídicamente tutelado en un tipo, como consecuencia de una conducta. En el caso del consentimiento, la desprotección no existe, pues en realidad lo que falta es la protección legal, ya que el sujeto que consiente válidamente se ha excluido del ámbito de la tutela del tipo penal.⁵⁴

⁵²Mezger, Edmundo. Derecho Penal" Parte General. Cárdenas Editor. Tijuana, México. 1955.

⁵³Ibid. pag. 164.

⁵⁴Vela Treviño, Sergio. "Antijuricidad y Justificación". Editorial Trillas. 2a. edición. México D.F. 1986.

Grispigni formula el siguiente concepto del consentimiento del interesado: "Es la autorización dada por el titular del bien jurídico a otra persona, facultándola para lesionar o poner en peligro el bien de ese titular." Para dilucidar el valor del consentimiento, parte de esta premisa: Los bienes protegidos por el derecho son diferentes desde el punto de vista de su importancia. Existen bienes que son tutelados jurídicamente, en tanto que el titular de ellos no permite su lesión o puesta en peligro. Tales bienes, precisamente por la forma en que son tutelados, podemos llamarlos *bienes jurídicos condicionados*, esto es, que su tutela jurídica en relación a una o varias personas está condicionada a la ausencia de la voluntad del titular de permitir la lesión; mientras los otros bienes podemos llamarlos *bienes jurídicos incondicionados*, porque la tutela de ellos es actuada por el Derecho incluso contra la voluntad del titular.

Ranieri considera que "el consentimiento del titular del derecho es una manifestación unilateral de voluntad por medio de la cual aquel que es capaz de obrar, renuncia a un interés jurídicamente protegido, del que puede válidamente disponer".

Para *Maggiore* el consentimiento del titular del derecho constituye un instituto en sí estable, de carácter penalístico, mediante el cual el Estado hace depender la exclusión de la antijuricidad del hecho, de una declaración de voluntad del titular del derecho agredido. Estima que el consentimiento del titular del derecho es una verdadera causa de *justificación*. El consentimiento del ofendido excluye el delito, pues aunque el hecho queda tal cual es, su ilicitud es anulada, ya que el Estado en algunos casos otorga relevancia a la voluntad privada como excluyente del carácter antijurídico de un hecho.

El problema relativo a la eficacia del consentimiento ha sido también abordado por penalistas de habla hispana, como es el caso del maestro *Cuello Calón* quien estima que si no es posible proclamar con carácter de regla general que el consentimiento del sujeto pasivo justifica la conducta del agresor,⁵⁵ reconoce que puede tener eficacia anuladora del delito cuando se trata de bienes jurídicos de los que pueden disponer sus titulares, como acontece con los derechos de carácter privado y patrimonial.

Por su parte *Soler*, condiciona el influjo del consentimiento a la naturaleza del bien jurídico que la figura penal tutela, y sobre todo, a los motivos y a la forma de esa tutela por parte del Estado. Siempre que la tutela sea expresiva de un interés general o público, aunque simultáneamente coincidente con un derecho subjetivo privado, el consentimiento no será eficaz, por cuanto la aplicación de la pena no tiene por fin exclusivo la tutela de ese

⁵⁵Cuello Calón. "Derecho Penal" tomo I. Editorial Porrúa. México D.F.

derecho subjetivo. Solamente en lo que constituya un derecho subjetivo puede eventualmente ser eficaz el consentimiento, como es el caso de los delitos contra la libertad, contra la honestidad y contra el honor, pero en los delitos que atacan los derechos patrimoniales, reconoce una absoluta eficacia al consentimiento, ya que sobre estos bienes la libre disposición es regla. De aquí que, por ser de interés público la vida, "no pueda validamente consentirse en la propia muerte, ni en la lesión de la propia integridad personal". El fundamento de su influjo en este caso, radica en que los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere, son bienes jurídicos (objetos de tutela) en cuanto su titular los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar permiso para su destrucción, ellos se tornan en inidóneos como objetos de una violación jurídica ya que no son protegidos en su materialidad por el derecho, sino en cuanto son objeto de interés por parte de su titular.

Por último, Jiménez de Asúa, niega que el consentimiento pueda tener alcance de una causa de exclusión de la antijuricidad, pues considera que si las causas de justificación tienen como importante carácter ser generales a todas las especies de delitos, y actuar en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que, hasta los partidarios de darle ese papel, confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse.⁵⁶ Establece que dentro de la distinción entre *derechos innatos*, de los que podemos distinguir el derecho a la vida, al integridad personal, a la legítima defensa, derecho a la libertad, a la igualdad, a la asistencia y al trabajo y los *derechos adquiridos* constituidos por los derechos patrimoniales, éstos últimos son los únicos con carácter renunciabile.

4. Efectos del consentimiento. En la actualidad, es aceptado por muchos, la *doble* función del consentimiento, que puede originar una causa de *atipicidad* de la conducta o una causa de *justificación*. Llegar al conocimiento de si se encuentra frente a una u otra hipótesis, escribe *Porte Petit*, hace necesario indagar si el tipo exige una conducta contra la voluntad del sujeto pasivo ya que en tal situación el efecto del consentimiento es la de impedir la adecuación al tipo", *Jiménez de Asúa* reconoce, en tal caso, que el consentimiento constituye un obstáculo para realizar los elementos de la figura delictiva. No habrá robo, violación, detención ilegal, etc., si el sujeto pasivo ha consentido en la acción.

Hans Welzel comparte el criterio de esa doble función al considerar que puede el consentimiento tener, en Derecho Penal, distinta significación: *puede excluir el tipo*, lo cual ocurre cuando la norma penal se construye tomando en cuenta un actuar contra la voluntad del afectado, impidiendo en tales casos el consentimiento la integración de ese elemento del tipo. *Puede excluir la*

⁵⁶Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pag. 421.

antijuricidad, lo cual supone la adecuación de la conducta o del hecho a la norma, pero no su ilicitud.⁵⁷

Resumiendo las ideas de los autores que hemos venido estudiando en este segundo tema, podemos concluir diciendo que el ordenamiento jurídico valora como antijurídicas determinadas conductas cuando han sido realizadas contra la voluntad del titular del bien jurídico que resulta afectado; sin dicha contraria voluntad, la acción no solamente no es antijurídica, sino perfectamente lícita, por encuadrar en la zona en que el hombre tiene absoluta libertad de disposición sobre sus bienes, ya que no invade la esfera de los intereses públicos o los derechos subjetivos de sus semejantes.

5. El Consentimiento en los Delitos Contra la Vida. Estando concientes de que el valor del consentimiento en el ámbito jurídico penal, no puede, en manera alguna, ser resuelto de un modo general en todas las situaciones que la vida ofrece a la valoración jurídica, sino sólo mediante un minucioso exámen de los intereses que entran en juego en las diversas especies delictivas, a continuación plantearé el problema del consentimiento en los delitos contra la vida, que es lo que atañe directamente al presente trabajo.

Mariano Jiménez Huerta, comenta en su obra "La Antijuricidad", que nuestro ordenamiento positivo pone de relieve que el consentimiento no impide el nacimiento de la antijuricidad en aquellas conductas que aún afectando de manera inmediata a un derecho materialmente vinculado al sujeto que consiente, simultáneamente lesiona también intereses colectivos. Continúa diciendo que el consentimiento es inoperante en el delito de homicidio, pues en él, al destruirse el derecho a la vida del sujeto pasivo, se atacan también los intereses vitales de la colectividad. La demostración de que el consentimiento es inoperante en el homicidio parte del Código Penal, ya que en su artículo 312 se describe expresamente la antijuricidad que encierra la conducta del que *para prestar auxilio a otro para que se suicide, ejecuta su muerte*. Lo mismo se deduce del artículo 308 donde se tipifica expresamente el homicidio cometido en duelo o en riña, no obstante que aceptar tomar parte en un duelo o riña, implica el consentimiento tácito de los duelistas o rijosos a ser privados de la vida o a ser lesionados.

De lo anterior, podemos observar que desde el instante en que el Código a través de sus artículos 312 y 308, sanciona el hecho de privar de la vida a otro con *menor pena* de la que correspondería al homicidio simple intencional (art. 307) si no mediaran las circunstancias que aquellos describen, el ordenamiento positivo nos dá la base inequívoca para concluir que el

⁵⁷Pavón Vasconcelos, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. México D.F. 1987.

consentimiento tiene eficacia para graduar el matiz antijurídico que reviste la conducta de privar de la vida a otra persona.

El homicidio consentido definitivamente encuadra en el tipo del delito de homicidio, ya que con dicha conducta se ataca un interés público, pero la pena atenuada con que es sancionado, constituye a nuestro juicio, fundamento válido para estimar que, incluso en el delito de homicidio, tiene cierto influjo el consentimiento del sujeto pasivo. Dicho consentimiento, tiene en el ordenamiento jurídico mexicano cierta trascendencia para matizar la intensidad cuantitativa del injusto en el delito de homicidio, pues aunque resulte ineficaz en lo que corresponde a los intereses de la colectividad, trasciende a favor de quien otorga su consentimiento disponiendo validamente de su vida. Tan es así, que en referencia al homicidio-suicidio que tipifica el artículo 312, se dispone en el 313, completando la reglamentación de aquél, que "si el occiso... fuere menor de edad o padeciese alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida... las sanciones señaladas al homicidio calificado..." Al negarse en este precepto por causa de minoría de edad o de enajenación, el influjo que en las situaciones normales tiene el consentimiento conforme al artículo 312, se pone de manifiesto que la autorización validamente otorgada por el sujeto portador del interés a la vida, ejerce valor indiscutible para matizar cuantitativamente la intensidad antijurídica de conductas de la misma dimensión pública; en otras palabras, el consentimiento no impide la antijuricidad de la acción, pero puede ser causa de atenuante de la pena.

TEMA IV

EL TRASPLANTE DE ORGANOS

1. Generalidades.

Desde los orígenes de la cultura, el hombre soñó mitológicamente con trasplantes e ideó sirenas, centauros alados y otras figuras míticas. Muchos siglos después de esos sueños los vertiginosos avances tecnológicos y científicos hicieron realidad investigativa los xenoinjertos, es decir, injertos de especies diferentes, como se hizo por ejemplo con los trasplantes de válvulas cardíacas de cerdos y de terneros para instalarlas en anillos aórticos de personas que sufrían daños irreversibles de su aparato valvular. Los autoinjertos, siguiendo con el mismo ejemplo valvular, que se hicieron del propio músculo de la fascia lata (del muslo), fueron de amplia utilidad. Heteroinjertos, tomando válvulas de cadáveres humanos, o construyéndolas de la membrana meníngea de la duramadre, fueron y son de enorme funcionalidad.

Trasplantes más complejos de órganos enteros, tal es el caso de riñón, hígado, corazón, páncreas y pulmón en bloque, son en la actualidad una realidad terapéutica.

Llegar a esa realidad requirió no sólo dilatado y paciente proceso de investigación, sino que hubo también de revolucionar conceptos filosóficos, éticos, culturales y legales que tenían que ver con la concepción de la muerte.

Antes de conocerse y practicarse el trasplante de órganos y tejidos, el problema de la propiedad del cadáver no tenía importancia, excepto en lo relacionado con la religión y con los conceptos de respeto al cadáver. En la actualidad con los avances quirúrgicos, que han hecho posible la tarea de trasplantar órganos, es necesario puntualizar legalmente a quién pertenece el cuerpo del difunto, a fin de disponer sin trabas o impedimentos legales de sus tejidos u órganos.

Al respecto, fundándonos en nuestra Ley General de Salud, podemos determinar que los disponentes secundarios serán el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario; a falta de los anteriores, la autoridad sanitaria, y los demás a quienes esa ley u otra ley general aplicable le confiera tal carácter. Lo anterior deriva del artículo 325 de la mencionada ley, el cual establece como requisito para extraer órganos o tejidos de un cadáver que no hubiere expresado en vida su consentimiento para dicha ablación, de la autorización de los disponentes secundarios, con lo cual podemos considerar que la situación de *res nullius* del cadáver queda suprimida, pues los parientes indicados anteriormente están legitimados para disponer de él.

2. Criterios médicos.

Por su situación dentro de la sociedad, ha correspondido al médico emitir el fallo sobre si un viviente ha dejado de existir.

Debido a la estrecha relación que guarda este apartado con el tema de la muerte desde un aspecto médico, me permitiré retomar algunos puntos expuestos en el capítulo tercero del presente trabajo, con el fin de recordar lo que la muerte es y en que momento puede determinarse como definitiva, pues como es sabido, constituyen dichos criterios cuestión determinante para proceder con la extracción de órganos de un cuerpo declarado sin vida, para ser trasplantados a un enfermo, cuya existencia depende de la presteza con que se realice dicha operación quirúrgica.

El criterio determinante en los inicios de la ciencia médica como tal, se basó en la terminación de la actividad respiratoria, pronto se añadió el criterio de cese en la actividad cardíaca y ambos prevalecieron por mucho tiempo como determinantes. Esto es, se declaraba muerta a una persona que dejaba de respirar y el corazón cesaba de latir.

Al progresar la ciencia médica se ha hecho posible la recuperación y mantenimiento de ambas funciones mediante equipos que, independientemente del estado en general del individuo, pueden conservarse funcionando por tiempo ilimitado, con lo cual se han resquebrajado los criterios de ausencia respiratoria y cardíacas. En consecuencia, surgió un nuevo criterio: el de la desaparición de las funciones del sistema nervioso, la mal llamada "muerte cerebral", pues correctamente debería hablarse de muerte encefálica, pues incluye la afección de todas las porciones del encéfalo, y no sólo del cerebro, la que justifica dicho concepto. Como tal se entiende la pérdida total e irreversible de las funciones no sólo cerebrales, sino de todo el encéfalo.

Este criterio se originó en la repetida observación de que los pacientes con datos clínicos sugestivos de ausencias de funciones del sistema nervioso con carácter definitivo, no se recuperaban a pesar de las medidas terapéuticas de sostén más adelantadas y fallecían en un plazo no mayor de tres meses.

En 1968 un grupo de especialistas de la Escuela de Medicina de Harvard estableció los siguientes requisitos para el diagnóstico de muerte cerebral:

1. No hay percepción de estímulos ni respuesta a ellos.
2. No hay acción muscular, incluyendo la movilidad respiratoria espontánea, misma que se considera ausente si no aparece dentro de un tiempo máximo de tres minutos después de que se ha desconectado el respirador.
3. No existen reflejos.
4. El electroencefalograma muestra sólo un trazo lineal horizontal.

Para otorgarle valor total a los anteriores datos deberán haberse descartado la hipotermia y las intoxicaciones por drogas depresoras del sistema nervioso central, tales como barbitúricos, diazepam, meprobamatos, etc., y deberán persistir durante 24 horas cuando menos.

En 1971 y 1972 el Instituto Nacional de Enfermedades Neurológicas y Accidentes Cerebrales de Estados Unidos realizó un estudio en el que colaboraron nueve centros hospitalarios buscando obtener criterios más confiables que los propuestos por la Escuela de Medicina de Harvard y llegaron a lo siguiente:

1. Se exige el prerrequisito de que se hayan cumplido todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos apropiados para el caso.

2. Los siguientes hallazgos deberán estar presentes por lo menos 6 horas después del inicio del coma y de la falta de respiración y por un lapso no menor de 30 minutos: **a) coma** (falta de respuesta a órdenes o estímulos dolorosos); **b) apnea** considerada como ausencia de movimientos respiratorios espontáneos por un máximo de 15 minutos (no se exige desconectar el respirador); **c) dilatación pupilar**; **d) ausencia de reflejos "cefálicos"; electroencefalograma Isoeléctrico.**

3. Deberá obtenerse una prueba que confirme la ausencia de circulación de la sangre al encéfalo.

Como se anota, las diferencias básicas con los criterios de Harvard, establece con toda claridad el prerrequisito de atención exhaustiva previa. Lo anterior significa que se acorta el período de persistencia de los datos de 24 a 6 horas, no se requiere desconexión del respirador para calificar a la apnea y se amplía de 3 a 15 minutos el tiempo de su duración, se añade la confirmación de ausencia de circulación encefálica.

3. Aspectos éticos y sociales.

Una vez que se ha llegado a determinar el estado de muerte encefálica, se plantea ante el médico la posibilidad de suspender las medidas de sostén que a pesar de la lesión encefálica global mantiene los movimientos respiratorios y el latido del corazón. Esta decisión no es fácil, y pudiera confundirse con una conducta calificable de eutanasia. En realidad no sería así, en virtud de que el individuo ya ha sido diagnosticado con muerte encefálica. Es conveniente enfatizar, que la muerte de una persona no es evento súbito e instantáneo, sino que es un proceso con eventos sucesivos. Por lo anterior será mejor hablar de un estado de muerte, queriendo con ello expresar que el individuo va perdiendo progresivamente determinadas funciones y la vitalidad de determinados sistemas, órganos, tejidos y finalmente células. Así mismo que en algunas ocasiones estos pasos se dan con celeridad; sin embargo en otras pueden llevarse días, semanas y hasta meses, al cabo de los cuales el desenlace será indefectiblemente la muerte total.

Bajo esta consideración se entenderá que se ha llevado a la muerte a un paciente que se encontraba en una etapa avanzada del estado de muerte (como lo es la muerte encefálica) y en el que artificialmente se han retardado otras manifestaciones de dicho estado (movimientos respiratorios, contracciones cardiacas, etc.).

No se trata de eutanasia ni en su modalidad positiva, puesto que no existe la acción causante de la muerte, ni en la modalidad negativa, dado que la posibilidad de vida natural espontánea ha desaparecido.

La toma de esta decisión choca con la imagen tradicional de la medicina que lucha con todos los medios contra la muerte, pero debe reconocerse que hay un límite en lo que se puede y es adecuado hacer para retardarla.

No es discutible el derecho a la vida que le corresponde al ser humano; pero este mismo derecho incluye el que esa vida tenga un término natural, lo que se ha venido denominando, el derecho a morir. La muerte de un paciente deberá considerarse como un hecho biológico natural y no como un fracaso de la medicina.

Ahora bien, si por el contrario se persiste en mantener conectados los equipos de sostenimiento vital, ¿que le espera al paciente? ¿que valor pueden tener para él algunos días o semanas de esta "pseudovida"? y ¿que de las angustias de los familiares en vigiliias interminables, en pena constante y con fuertes erogaciones monetarias?. El mantenimiento de los pacientes con muerte encefálica significa altos costos en equipo, material y actividad de personal médico y paramédico. Para el servicio que dá el hospital a la sociedad, la cama ocupada, las horas-hombre de trabajo y los gastos pueden significar el dejar si atención a pacientes en los que la acción médica tendría mejores augurios.

En este punto, aprovecho para reiterar mi postura en favor de la emisión de pliegos testamentarios en los que el paciente, o aún el sujeto en plena salud, pide y autoriza que llegado el caso no se le mantenga con medios artificiales si el dictámen médico lo califica como irrecuperable. En tal caso el médico tendría la obligación legal y moral de seguir los deseos expresos del paciente, gozando el médico de la protección legal que debe corresponderle por efectuar tan importante acción.

En el campo ético, las dudas han arreciado por el hecho de tomar un "corazón batiente" para transplantarlo de quien ya se ha establecido y comprobado que ha muerto encefálicamente, con las formalidades de ley y el rigor de la ciencia, pero el trasplante de hígado, de riñón, de pulmones y de páncreas, se ha hecho también con el "corazón batiente" de quien ha perdido funcionalmente la vida.

En relación a este tema, aún desde el punto de vista religioso, y con esto me refiero unicamente a la Iglesia Católica por tratarse de la religión predominante en el pueblo mexicano; se han emitido declaraciones como la hecha por el Papa Pío XII, quien con motivo de celebrarse un congreso en

Roma dijo a los miembros del Instituto Italiano de Genética⁵⁸: "Si la lesión del cerebro es tan grave, que es muy probable e incluso prácticamente cierto, que el paciente no sobrevivirá, el anestesista se plantea la cuestión angustiosa de valorar las maniobras de resucitación...". "Pero puede encontrarse en una situación delicada si la familia considera estos esfuerzos inconvenientes y no se aviene a ellos. La mayor parte de las veces, esto se produce, no al principio de las tentativas de reanimación, sino cuando el estado del paciente, después de una ligera mejoría, no progresa y cuando está claro que sólo la respiración artificial automática mantiene la vida. Se pregunta entonces si se debe o si se puede proseguir la tentativa de reanimación, aunque el alma quizá haya salido del cuerpo".

Por otro lado, La Academia de Ciencias Pontificias, en un documento publicado por L'Observatore Romano⁵⁹, que es órgano oficial del Vaticano, hizo la siguiente declaración: "Por invitación de la Pontificia Academia de Ciencias, un grupo de trabajo se ha reunido los días 10, 19 y 21 de octubre de 1985 para estudiar la prolongación artificial de la vida y la determinación exacta del momento de la muerte".

"Después de haber constatado los recientes progresos de técnicas de reanimación y de los efectos inmediatos y a largo plazo de los daños cerebrales, el grupo de trabajo ha discutido los criterios objetivos de la muerte y de las reglas de conducta frente a un estado persistente de muerte aparente".

"Por una parte los experimentos realizados revelan que la resistencia del cerebro a la ausencia de circulación cerebral puede permitir recuperaciones de otra manera considerados imposibles".

"Por otra parte se ha comprobado que cuando la totalidad del cerebro ha sufrido un daño irreversible (muerte cerebral), toda posibilidad de vida sensitiva y cognoscitiva está definitivamente anulada, mientras una breve supervivencia vegetativa puede mantenerse mediante la prolongación artificial de la respiración y de la circulación".

Si bien en la obra de donde se extrajeron las ideas anteriores, no se hace mención de las conclusiones a la que llegaron, podría deducir, quizá erróneamente, basándose en la declaración hecha por el Papa Pío XII, que para la Iglesia no es inmoral el terminar con la ayuda mecánica prestada a un paciente, cuando éste ha sufrido daño cerebral irreversible, pues al parecer el alma ya ha abandonado el cuerpo.

⁵⁸Giraldo, Cesar Augusto. "Medicina Forense". Editorial Señal, sexta ed., Colombia, 1991.

⁵⁹Idem.

4. Aspectos legales.

Dos son los principales hechos que originan consecuencias legales tratándose de la determinación del estado de muerte: *el primero* consiste en la posibilidad de prolongar la vida con las modernas técnicas de la medicina y de ello, tener que decidir en un momento determinado si se retira tal apoyo o se mantiene indefinidamente; *el segundo* se relaciona con la toma de órganos para trasplante, ya que, como es bien sabido, los órganos obtenidos de paciente con muerte encefálica ofrecen mejores posibilidades de éxito para el receptor, que los que se toma de un cuerpo una vez que se ha interrumpido la circulación sanguínea. Esta circunstancia que resiente el médico o el grupo tratante, ha dado lugar a una cierta presión por parte de los equipos médicos interesados en los trasplantes.

En relación con el primar punto es conveniente citar que la Ley General de Salud, que entró en vigor el 1 de julio de 1984, señala en el artículo 317 que "para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de la conciencia;
- II. La ausencia completa de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta de los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible y,
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente."

Se observa que en este artículo se manejan algunos de los criterios a que nos referimos con anterioridad, pero no se habla específicamente de las condiciones que deberían llenarse para retirar el apoyo externo al individuo con muerte encefálica, ni de los requisitos para establecerlo o mantenerlo, ni de las situaciones legales que de todo ello pudieran derivarse. Por ello tales problemas han quedado por lo pronto bajo la responsabilidad del médico con la consulta de los familiares o allegados.

En el segundo punto que se refiere a la toma de órganos para trasplante, resulta pertinente citar el artículo 318 de la mencionada ley: "La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquellos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III, y IV del mismo artículo" (ausencia de

conciencia, de respiración, de reflejos craneales y medulares y falta de percepción y respuesta a los estímulos externos) " y además las siguientes circunstancias:

I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado.

II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bomuros, barbitúricos, alcohol, y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

"Si antes de ese término se presentara un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integran el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante".

Este artículo establece la posibilidad de retirar órganos o tejidos del cuerpo del fallecido tempranamente a fin de que sean útiles para su trasplante. Esta posibilidad se regula en los siguientes artículos:

El artículo 321 de la Ley General de Salud, implica que exista capacidad técnica y las condiciones apropiadas para efectuar los trasplantes: "Los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, *representen un riesgo aceptable* para la salud y la vida del disponente originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico".

Debido al riesgo que conlleva una intervención quirúrgica y sus posibles secuelas una vez realizada la ablación del órgano del donador, la Ley determina en su artículo 322 que salvo tratándose de sangre o sus componentes, la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humano con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres.

Atendiendo al requerimiento de un cuidadoso estudio del donador y del receptor, sobre todo en lo referente a la compatibilidad que ofrezca un máximo de posibilidades para un resultado satisfactorio, la selección del disponente originario y del receptor de órganos o tejidos para trasplante o transfusión, se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud, así lo dictamina el artículo 323 de la L.G.S.

Un artículo que a mi parecer es de gran importancia para la realización de la donación, es el artículo 324 de la L.G.S., el cual determina que "para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos, y con las

demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En el caso de la sangre, no será necesario que el consentimiento sea manifiesto por escrito".

Este artículo precisa el derecho que tiene el presunto donador a ceder porciones de su cuerpo; pero condicionándolo a la formalidad de un documento con validez legal, es decir, el consentimiento del disponente originario configura un ingrediente fundamental en el terreno de la eficacia de las vinculaciones provenientes del acto jurídico cuyo derivado final sea el atentado a la integridad física.

Así mismo, el artículo en su parte final establece que "el disponente originario *podrá revocar* el consentimiento en cualquier momento sin responsabilidad de su parte".

Con respecto a este punto de revocabilidad sin responsabilidad me encuentro absolutamente en contra, pues me parece injusto, ya que dicha revocación puede causarle al donatario terribles daños y perjuicios, no sólo en el aspecto económico, como podría ser el traslado al lugar donde se efectuará el trasplante, hospitalización o bien alojamiento en algún hotel, el costo de los estudios médicos necesarios para efectuar la intervención quirúrgica, etc., sino principalmente el tiempo perdido que en estos casos resulta vital, pues el donatario ha dejado de buscar otro órgano para el trasplante, quizá ha perdido su lugar en las listas de espera de los bancos de órganos, ¿y qué pasa entonces?, ¿ha de dar las gracias y volver a empezar, sabiendo que su vida pende de un hilo?, la verdad es algo aberrante. Estoy de acuerdo en que el dinero que pudiera recibir por concepto de pago de daños y perjuicios no subsana el tiempo perdido, pero probablemente con esa cantidad pudiera acudir a un mejor centro médico ya sea nacional o extranjero, en donde le garantizaran un trasplante en un plazo breve, pues todos sabemos que desgraciadamente cuando media dinero todos los trámites son más ágiles.

Ahora bien, mi postura no está basada únicamente en lo injusto que pueda parecerme este acto, también existen algunos aspectos legales que fundamentan mi opinión. Empecemos aclarando que la donación es un contrato, pues así está definido en el artículo 2332 de nuestro Código Civil, y tan es así que en el caso de la donación de órganos la misma Ley (Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos), establece en el artículo 24 los requisitos que debe contener el documento que haga el disponente originario o donante para la disposición de sus órganos, el cual deberá hacerse ante la presencia de dos testigos idóneos o ante un notario; así como también los requisitos que debe cumplir para ser donante. Por otro lado, el reglamento mencionado también establece los requisitos para ser donatario y receptor, así como las características con que ha de contar el documento en donde exprese

su voluntad. Con esto, se puede considerar que se han reunido los elementos de existencia requeridos por el Código Civil, pues se cuenta con el consentimiento de ambas partes, y el objeto del contrato queda establecido en dichos documentos. Antes de continuar debemos recordar que la donación se perfecciona cuando el donatario acepta y hace saber su aceptación al donador (artículo 2340 Código Civil).

Con lo anterior hemos establecido que una vez aceptada la donación, se conforma un contrato y por tanto es aplicable el precepto civil que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1779 Código Civil), con lo cual podemos decir, que en términos generales, la donación no puede revocarse sin justa causa, momento en el cual será aplicable lo establecido por el artículo 2104 del ordenamiento Civil, mismo que a la letra nos dice "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...", sin embargo, la revocabilidad del consentimiento, en este orden de ideas, operará con plena eficacia liberatoria en el sector de los atentados susceptibles de producir una disminución permanente en la integridad física, pues el Ley General de Salud, establece claramente que los riesgos que represente el trasplante deberán de ser aceptables para ambas partes.

Unánimemente se niega, la ejecución forzada en forma específica de las obligaciones de este rango, por la amplitud de la garantía que veda cualquier presión corporal sobre el obligado, por lo que esta regla conduce necesariamente a admitir que en los actos jurídicos válidos, creadores de derechos sobre el cuerpo de otros sujetos, la conducta contraria al deber previsto en la relación jurídica es condición para la aplicación de una sanción que se resolvería siempre en la indemnización de los daños experimentados por el pretensor.⁶⁰

Por último, analizando el artículo 12 del Reglamento para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos mencionado anteriormente, resulta que éste autoriza la revocación del consentimiento que el donante hubiera hecho para la *disposición* de sus órganos o tejidos, pero tal disposición implica un supuesto hipotético, es decir la mera voluntad de en un momento dado donar determinado órgano, pero no ha habido aceptación de alguna persona que requiera de su órgano, es decir no existe acuerdo de voluntades entre las partes, por lo que no se ha producido ninguna obligación jurídica. El artículo en cuestión no habla de revocación del contrato celebrado entre las partes, por lo que una vez efectuado, tanto el donante como el donatario quedarán sujetos a las normas relativas y aplicables del Código Civil.

⁶⁰Decocq, André, citado por Gert Kummerow. "Perfiles Jurídicos de los Trasplantes". Editorial Justitia et Jus, Venezuela, 1990.

Resumiendo esta serie de ideas, considero que la donación *inter vivos* concertada debidamente entre disponente y el receptor, no puede ser revocada sin que medie causa grave. Pero en caso de que así fuere, el donante deberá resarcir al donatario por los daños y perjuicios causados por su incumplimiento.

Así mismo, el artículo en mención, complementa la idea anterior estableciendo, que en caso de que el disponente originario no hubiera revocado su consentimiento en vida, no tendrá validez la revocación que, en su caso, hicieren los disponentes secundarios.

Sin embargo, la Ley otorga facultades de disposición a determinados parientes en el caso establecido tanto por el artículo 325 de la Ley General de Salud, como por el artículo 14 de su Reglamento en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos: cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos, y componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes secundarios, excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Estos disponentes secundarios son, de acuerdo al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, los siguientes:

I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;

II. La autoridad sanitaria competente;

III. El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;

IV. La autoridad judicial;

V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI. Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que esta se haya efectuado; y

VII. Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.

La preferencia entre los disponentes secundarios, se definirá conforme a las reglas del parentesco que establece el Código Civil.

Los requisitos que establece la Ley para que el consentimiento otorgado sea válido son tres y consisten en que no se trate de:

- i. Menores de edad;
- ii. Incapaces, o
- iii. Personas que por cualquier circunstancia no pueden expresarlo libremente.

Ampliando esta disposición, el Reglamento establece en su artículo 27, que cuando por causa de minoridad, incapacidad o imposibilidad física del receptor, éste no pueda expresar su voluntad para la realización del trasplante, la autorización podrá ser consentida en su caso por el cónyuge, concubinario, ascendientes, descendientes o los parientes colaterales hasta el segundo grado, o bien por los representantes legales de menores o incapaces, siempre y cuando hayan recibido información completa sobre las probabilidades de éxito terapéutico. En caso de urgencia para la realización del trasplante, el consentimiento podrá ser otorgado por la primera persona de las mencionadas en renglones anteriores, y a falta de ello, por el Comité Interno de Trasplantes de la institución hospitalaria de que se trate.

Los artículos 327 y 328 de la Ley General de Salud, al igual que el 326, establecen limitantes en la donación por parte de personas en ciertas condiciones o situaciones que ameritan manejo especial:

Así el artículo 327 dice que cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, solo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Las personas privadas de su libertad, indica el artículo 328, podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate.

Por último, la ley hace hincapié en la necesidad de que la Secretaría de Salud tenga conocimiento y dé su autorización para creación de los bancos de órganos, tejidos y sus componentes, así como también las funciones que deben tener los Registros Nacionales de Trasplantes y Trasfusiones, lo cual también

es condición en todo lo que se refiere a este delicado e importante tema de los trasplantes.

En cuanto a la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, la ley determina que esta deberá ser a título gratuito, prohibiéndose el comercio de órganos o tejidos seccionados ya sea por intervención quirúrgica, accidente o por hecho ilícito. Relacionado con el trasplante de órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, solo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver. Al efecto, los ojos serán considerados como órgano único.

De los artículos anteriormente mencionados, podemos concluir que los donadores de órganos pueden ser personas vivas o muertas. En el caso del donador vivo, los problemas médico-legales son escasos y superables fácilmente. Se requiere solo de un consentimiento informado que autorice la remoción del órgano o tejido, por el donador adulto y en completo goce de sus facultades intelectuales.

Habiendo realizado un estudio sobre los artículos aplicables a la donación y trasplante de órganos, hablaremos sobre la posible ilicitud que dichos convenios pudieran sufrir. Al respecto Gert Kummerow, en su obra titulada "Perfiles Jurídicos de los Trasplantes", nos dice que "el recurso a la ilicitud de la causa y a las nociones de buenas costumbres autorizarían la declaración de nulidad de los convenios que entrañan, a cargo o en provecho de alguno de los contratantes, el cumplimiento de un atentado a la integridad de la propia persona o de la de otro. Pero en la zona externa de este tipo de argumentaciones se desplazarían las convenciones cuyo objeto no sea -específicamente- un atentado voluntario a la integridad física aunque su ejecución comporte necesariamente una lesión. La finalidad del negocio puede referirse a la actuación necesaria para salvar la vida o restablecer el equilibrio de funciones orgánicas del contratante o de un tercero, por más que la misma signifique la producción de lesiones a la integridad (intervenciones quirúrgicas, por ejemplo)".

Con lo anterior, podemos determinar la relatividad del principio según el cual el cuerpo humano está colocado por encima de toda convención, como la insuficiencia de los criterios de orden público y buenas costumbres predispuestos para la medida del objeto del acto negocial.

El punto de vista precedente condujo, a la doctrina a investigar la eficacia de los contratos "corporales" dentro de los linderos de la *teoría de la causa*. Tal formulación del problema suministra al organismo jurisdiccional un plano de sustentación suficientemente amplio para pronunciar un acto decisorio que examine la finalidad perseguida por los términos subjetivos, dentro del complejo general de las obligaciones asumidas, y que declare en último término, la

validez o la nulidad del acto negocial, expediente susceptible de restablecer el dominio de la autonomía privada cerrado virtualmente por la teoría del *objeto ilícito*. Al penetrar en este punto la teoría de la causa, es evidente que el margen mayor de incertidumbre con que tropezaría el organismo jurisdiccional para decidir sobre la validez de la convención, no resultaría colmado. La noción de causa inmoral, o contrario al orden público o a las buenas costumbres, queda liberada a lo que, en un momento dado, (variable en el tiempo), se estima como noción dominante en el seno de los principios informadores del sistema normativo o de las reglas de moral general proyectadas al Derecho. Así no resulta dudosa la validez de una convención cuyo objeto sea la intervención del médico con el propósito de salvar la vida a un paciente, a pesar de que ello signifique la mutilación de uno de sus miembros. En la vertiente opuesta, y con respuesta contraria, se ubicarían las operaciones practicadas con el único fin de experimentar técnicas nuevas, al margen de todo intento de curar.

De este modo, se debe distinguir entre pactos no perjudiciales para la persona humana paralelamente a los pactos perjudiciales. En el primer rubro, se suele colocar las convenciones que, aun afectando la integridad física no involucran perjuicios notables para el ser humano en el equilibrio de sus funciones vitales. En el segundo compartimiento encuadran las convenciones que autorizan un perjuicio para la vida o la integridad física aún cuando los mismos puedan significar un beneficio correlativo a otro sujeto. Estas últimas anotarán siempre la sanción más enérgica por ser adversos a las buenas costumbres. La aplicación irrestricta del enunciado conforme al cual la persona física está situada al margen del tráfico jurídico y no puede ser objeto de contrato, carece de alcance absoluto, pues las convenciones que no suponen daño a la persona son lícitas.

Sobre esta base de sustentación se mueve el artículo 5 del Código Civil Italiano de 1942, el artículo 18 del Código Civil Etiope de 1960 y el Anteproyecto de Código Civil uniforme para la República Mexicana de Antonio Aguilar Gutiérrez. Las normas citadas declaran la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo cuando su ejecución ocasione una disminución permanente de la integridad física o cuando son contrarios al orden público o a las buenas costumbres (art. 5 C.C. Italiano, art. 20 Anteproyecto mexicano) o un atentado grave a la integridad del cuerpo humano (art. 18 C.C. de Etiopía). Las limitaciones voluntarias al derecho sobre la integridad física serían nulas si no están justificadas por un interés legítimo (C.C. Etiope).

En consecuencia, si el acto persigue la producción de un atentado grave a la integridad del cuerpo humano, aún cuando esté justificado por un interés legítimo (conservación o restitución de la salud de un pariente cercano), incidirá en el tipo legal de la norma que lo priva de toda eficacia.

De lo anterior se deriva, que los mayores problemas a resolver inciden sobre los atentados que generan un daño permanente o irreparable a la integridad física, o una disminución acentuada de la funcionalidad del organismo. Es decir, el problema radica en la toma de uno de los llamados "organos gemelos" del cuerpo humano con miras a trasplantarlo a otra persona (trasplante de un riñón, o de una glándula sexual, por ejemplo). La disminución de la función, el daño actual y la amenaza de un perjuicio potencial para el organismo, o la minimización del complejo funcional del cuerpo humano, como secuelas de la ablación son evidentes. No existiendo posibilidad de regeneración, sería preciso poner de nuevo en funcionamiento la nulidad del acto dispositivo. En esta materia existe un límite objetivo a la libertad de configuración interna del contenido del negocio.

Motivaciones de esta índole han determinado, parcialmente, la adopción de un conjunto de normas especiales destinadas a reglar los alcances del consentimiento del dador, las formalidades a cumplir, la responsabilidad penal y civil del médico y las condiciones sanitarias que han de revestir los trasplantes entre vivos.

Una vez concluido el presente capítulo, a manera de conclusión intentaré globalizar los diversos puntos tratados y darles unidad, para que quede más claro cual es la relación que puede existir entre la capacidad de la persona física con la eutanasia, o bien con el valor del consentimiento, o los trasplantes de órganos, que aunque pudieran parecer temas ajenos al objetivo central del presente trabajo, se encuentran íntimamente relacionados, lo cual lo veremos a continuación.

La persona física, desde el momento en que nace viva y viable, adquiere la capacidad de goce que consiste en tener y gozar derechos, que si bien no puede ejercerlos por la ausencia de la mayoría de edad, podrá hacerlo mediante un representante legal. Una vez cumplida la mayoría de edad, y encontrándose en pleno goce de sus facultades mentales, el individuo adquiere la llamada capacidad de ejercicio, la cual consiste en poder ejercer, mediante el uso pleno de discernimiento, de sus derechos y cumplir con las obligaciones contraídas. Si al hombre le es reconocido el libre albedrío en relación a los actos externos, también debe de serlo en los actos que van dirigidos a su persona, esto es, debe permitírsele ejercer plenamente su derecho a la vida y su correlativo derecho a la muerte, derechos que pertenecen intrínsecamente al hombre por el simple hecho de serlo, es decir, no se requiere que el Estado los otorgue, éste simplemente los reconoce. El hombre pertenece a sí mismo, y no a una sociedad en la cual sólo desempeña un rol que puede llevarlo a cabo otro individuo sin que exista un cambio en la estructura de la misma, dentro de una sociedad, y que quede claro que no estoy hablando de la familia, todo el mundo es sustituible.

La persona física y mentalmente capaz puede determinar el curso que ha de seguir su vida y por lo mismo puede decidir el momento en que ésta debe concluir por haber dejado de ser una vida placentera; tiene el derecho de oponerse a que se le alargue una agonía que no le corresponde, pues si las funciones de su cuerpo han llegado al final, no tiene por que someterse a los dolorosos experimentos que diariamente realizan los médicos para aventajar a la muerte por un tiempo, que comparado con el sufrimiento del paciente y de los familiares, siempre resulta mínimo.

El valor del consentimiento del individuo es fundamental para que una conducta que se encuentra regulada dentro del Código Penal como antijurídica, no llegue a serlo; es necesario que se le otorgue al consentimiento un valor absoluto, si es necesario mediante alguna formalidad legal, pues no es posible que a una persona que durante toda su vida se le reconoció plena capacidad de ejercicio, por el simple hecho de estar enfermo se le niegue y se le considere interdicto sin que medie declaración judicial. La voluntad de la persona capaz debe ser reconocida ya sea durante la enfermedad o bien, cuando anticipándose a alguna situación por la cual llegare a encontrarse inconciente y no pudiera expresarla, hubiera redactado un testamento vital en el cual se manifiesta su verdadera última voluntad.

Hasta el momento únicamente he hecho referencia al valor que puede tener el consentimiento de persona con plena capacidad de ejercicio, sin embargo el ámbito de la eutanasia no sólo abarca los casos en que el enfermo incurable y dolorido demanda la muerte, sino aquellos otros de dementes incurables e idiotas sin remedio y de los inconcientes que recobrarán sus sentidos para encontrarse en un estado miserable. Para estas categorías no es posible invocar el consentimiento. Es cierto que sería posible suplir su voluntad con la de sus padres o representantes legales, lo cual podrá llevarnos a casos de arbitrariedad, pues dichos representantes podrían solicitar la eutanasia del enfermo por intereses económicos, o bien para librarse de la carga que implica el demente.

Con el fin de evitar eso, destacados partidarios de la eutanasia plantean una solución consistente en la creación de comisiones oficiales, encargadas de decretar la muerte de esos seres, aunque reconozcamos que con la corrupción que existe en nuestro país y en muchos otros, la valoración que esta comisión realizara de los casos podría carecer de la objetividad necesaria desviando su determinación en busca de beneficios económicos. Quizá en tales casos lo único que podrá restar es dejar a estos enfermos seguir su "vida" hasta que concluya naturalmente.

CAPITULO V

EL DERECHO PENAL MEXICANO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Realizada la Independencia del país, después del breve lapso del Imperio de Iturbide, el segundo Congreso Mexicano estableció la independencia y soberanía de los Estados de la Federación en cuanto a su régimen interno, y por lo tanto podían proclamar sus propias leyes.

Se sucedieron luego varios ensayos de República Centralista (1835-46, 1953-55), pero finalmente el Federalismo, al menos en su aspecto jurídico, fue definitivamente consagrado en el artículo 4o. de la Constitución del 5 de febrero de 1857. Sin embargo la inercia del régimen virreinal ocasionó que la República Mexicana desde 1821 hasta 1869, todo el país fuera regido por las mismas leyes penales, salvo el caso excepcional del Estado de Veracruz.

Código de Veracruz.

En 1835 aparece formalmente, en Veracruz, el primer Código Penal del México Independiente. Los diputados Bernardo Coutu, Manuel Fernández Leal, Antonio María Salorio y José Julián Tornel fueron los principales autores de este importante documento.

Desde luego este Código no legisla explícitamente sobre la eutanasia, pero sí encontramos artículos que pueden vincularse con ella.

En efecto, es interesante para nuestro tema el artículo 542 sobre ayuda al suicidio, que se encuentra en la tercera parte, denominada "Delitos contra los particulares", y bajo el título I, sobre los "Delitos contra las personas": "El que ayudare a otra persona en el acto de suicidarse, o el que antes lo proveyera de medios al efecto, conociendo lo que intenta, o dejare de dar aviso correspondiente a quien deba o pueda impedirlo, se tendrá como cómplice de homicidio, sujeto a las penas que respectivamente quedan establecidas en la primera parte de este Código. Nunca, sin embargo, se le impondrá la capital, a menos que haya sido él quien sedujo u obligó al suicida a darse muerte".

De este artículo conviene destacar los siguientes elementos: **a)** tres aspectos de la tipificación del delito, **b)** la equiparación del delito y **c)** la penalización de este.

a) En la primera parte del artículo 542, se consideran tres modalidades de ayuda al suicidio:

1. El auxilio al acto del suicidio ("el que ayudare...en el acto"),
2. Cooperación activa remota ("proveyere de medios al efecto") ,
3. Cooperación por omisión ("dejare de dar aviso...a quien deba o pueda impedirlo").

El legislador parece considerar las tres modalidades de igual gravedad, pues concluye que el sujeto activo de cada uno de los casos, "se tendrá como cómplice de homicidio", término que consideramos incorrecto, pues debería de hablarse de "cómplice de suicidio". Por último, el mencionado artículo sanciona con la pena capital al que seduzca u obligue al suicida a darse muerte.

Código de 1871.

La Independencia de México no trajo consigo cambios profundos en materia penal, sino que continuaron en vigor el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, La Novísima Recopilación, la Recopilación de Indias, la Constitución de 1812 y otros decretos especiales. Las nuevas leyes penales fueron en general inspiradas por los vaivenes políticos, resultando en su mayoría anárquicas y arbitrarias.

Para tratar de corregir esta situación, el Presidente Juárez nombró una comisión que redactara un proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California. La intervención francesa frustró este proyecto, pero una nueva comisión bajo la dirección del Lic. Antonio Martínez de Castro fué instituida en 1868. Así, el 7 de diciembre de 1871 el Código Penal fue promulgado.

Tampoco en este Código se trataron expresamente los casos de eutanasia, aunque existe, en la primera parte del artículo 559, una alusión a la voluntad y orden de la víctima.

Artículo 559: "El que dé muerte a otro con voluntad de éste y por su orden, será castigado con cinco años de prisión. Cuando solamente lo provoque al suicidio, o le proporcione los medios de ejecutarlo, sufrirá un año de prisión, si se verifica el delito. En caso contrario, se le impondrá una multa de cincuenta a quinientos pesos".

En el primer caso no basta la expresión de la voluntad de morir de la víctima, sino que lo pida expresamente al sujeto activo. No se habla de los motivos que subyacen en esa voluntad y orden.

En el segundo caso de provocación o ayuda al suicidio, podría darse en este último alguna modalidad de eutanasia, aunque tampoco se alude a los motivos que provocarían esta ayuda, ni se señalan circunstancias del sujeto pasivo, enfermo, loco, menor de edad...

Este Código fue adoptado en un transcurso de ocho años (1871-1879), por la mayoría de los Estados: Yucatán, Guerrero, Campeche, Zacatecas, San Luis Potosí, Chiapas, Tamaulipas, Coahuila, Sinaloa, México, Hidalgo, Puebla, Colima, Oaxaca y Morelos.

En 1912 se organizó la revisión del Código de 1871, sin embargo el artículo 559 quedó igual.

Código Penal de 1929.

Bajo la presidencia del Lic. Emilio Portes Gil, se creó una comisión para elaborar un nuevo proyecto de Código Penal, bajo la dirección del Lic. José Almaraz. El Código entró en vigor el 15 de diciembre de 1929. Su vigencia fue menor de dos años, ya que el 17 de septiembre de 1931 fue abrogado por el Código Penal actual.

Sustituir al Código de 1871, que tenía una aura de perfección y bondad, no iba a ser fácil, máxime que el Código de 1929 adolecía de graves defectos. Muy influenciado por la corriente positiva de Lombroso y Ferri, pretendía más que el castigo del delincuente el mejoramiento del ambiente social. Proliferaron las multas, que se especificaban por medio de "días utilidad". Las críticas y protestas llovieron por todos lados, y el mismo Portes Gil ordenó su revisión total.

Tres artículos se relacionan con nuestro tema. El 982 dice: "El que dé muerte a otro por voluntad de éste y por su orden, se le aplicará una sanción de cuatro a seis años de segregación y multa de treinta a cincuenta días de utilidad".

El artículo 983 establece: "Cuando solamente lo induzca al suicidio o le proporcione medios para ejecutarlo, se le aplicará una sanción hasta de tres años de segregación y multa de treinta a cincuenta días de utilidad si se verifica la muerte o se causa lesiones. En caso contrario solo se hará efectiva la multa".

Es de advertirse, que este Código corrigió el error del Código de 1871, que decía en el artículo 559 "si se verifica el delito", no considerando al suicidio como delito. El artículo 983 del Código de 1929 ya dice "si se verifica la muerte", con lo cual se reparó ese error de técnica.

No sólo en esto se nota la innovación de este código respecto del anterior, sino también empleó sanciones más adecuadas al hecho criminoso, ya que el juzgador en presencia de una inducción al suicidio en que la víctima hubiere muerto, o hubiere recibido lesiones, podía imponer una sanción corporal que fluctuaba entre dos extremos muy amplios, desde tres días, hasta tres años de segregación, con lo cual era factible obtener una mejor individualización de la pena. En cambio, el Código de 71 señalaba como término medio una pena de un año de prisión, según que en el caso existieran agravantes o atenuantes. El juez solo tenía dos límites para todos los casos: de ocho a dieciséis meses de prisión. En el actual código de 1931, la pena es de uno a cinco años de prisión.

Otra importante novedad en relación con los códigos anteriores se nos presenta en el artículo 984: "Si el occiso o suicida fuere menor de edad o padeciere alguna de las formas de enajenación mental, se aplicarán al homicida o instigador las sanciones señaladas al homicidio calificado".

Código de 1931.

Generalidades.

El 13 de agosto de 1931, el Presidente Pascual Ortiz Rubio expidió el Código Penal para el Distrito Federal actualmente vigente. Al principio de la década de los setentas el texto ya había sufrido más de treinta reformas.

Con respecto al Código "Martínez de Castro" (1871) y el Código "Almaraz" (1929), el Código actual presenta importantes novedades a lo largo de sus 400 artículos:

- a) Se concede, en general, mayor libertad al juez en la aplicación de algunas sanciones según máximos y mínimos considerados en la ley; se deben tomar en cuenta las circunstancias exteriores y las peculiares del delincuente (artículos 51 y 52).
- b) Se perfeccionan los elementos de la suspensión condicional de la pena (artículo 90).
- c) De la fórmula de la tentativa de delito (artículo 12).
- d) Del delito de encubrimiento (artículo 400).

e) De la participación en el delito (artículo 13).

f) De las circunstancias excluyentes de responsabilidad (artículo 15).

g) Del carácter de pena pública de la reparación del daño (artículo 29).

Ahora bien, antes de estudiar con más detalle los artículos del Código que podrían aplicarse al homicidio piadoso, conviene ofrecer un panorama general del título decimonoveno referente a los delitos contra la vida y la integridad corporal (artículos 302-343).

A) Homicidio Simple.

El delito de homicidio, privación antijurídica de la vida de un ser humano es considerada la infracción más grave contra el individuo y contra la sociedad, y una de las formas más calificadas de violencia.

El delito de homicidio tiene como elemento material la privación de la vida de un hombre, y puede perpetrarse por medios físicos, mediante una acción o una omisión, y algunas veces por medios "morales".

Para que se configure el delito es necesario también que se dé el elemento moral: intención de matar (dolo), o imprudencia (culpa). El dolo consiste en la voluntad del agente de causar la muerte (artículo 9 C.P.), la culpa, se dá por la imprudencia (imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado, artículo 8). Los homicidios causales en los que no existiera ni dolo, ni culpa, no serán delitos. Además del dolo específico, se puede dar el dolo genérico o preterintencional, cuando, por ejemplo, se pretendió una lesión y resultó la muerte (artículo 9, fracc. II).⁶¹

Omitimos las consideraciones sobre las condiciones para que las lesiones se consideren mortales (artículo 303), e igualmente la concurrencia de causas, anteriores a la lesión (artículo 304 fracc. II y III) o posteriores a ella (artículo 304, fracc. I, artículo 305).

El homicidio simple intencional, establece el artículo 307 del Código Penal, es penado con prisión de ocho a veinte años, a no ser que se den causas atenuantes: homicidio en riña, de cuatro a doce años de prisión (artículo 308), homicidio en duelo, de dos a ocho años de prisión (artículo 308), y por el homicidio en el caso de sorprender al cónyuge en adulterio próximo a su

⁶¹González de la Vega, Francisco. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. México 1988.

consumación, o al corruptor del descendiente, de tres días a tres años de prisión (artículos 310 y 311 resp.).

B) Homicidio Calificado.

El homicidio calificado es aquél en el que se dá alguno de estos cuatro elementos: premeditación, ventaja, alevosía o traición (artículo 315). Al homicidio calificado se le impone una pena de veinte a cuarenta años de prisión (artículo 320).

Para los casos de eutanasia es de particular relevancia la consideración de la premeditación. Se da este elemento cuando se comete el delito después de haber reflexionado sobre él. Para la escuela clásica, la premeditación es el elemento agravante por excelencia, en cambio la escuela positiva pugna porque en su lugar se considere el móvil (Ferri). Según nuestro Código la premeditación se presume cuando el homicidio se realiza entre otras formas, por medio de venenos (artículo 315), aunque debemos mencionar que la presunción en la premeditación es "juris tantum", es decir, admite prueba en contrario.

C) Subtipos Especiales de Homicidio.

Consideremos, antes de analizar la ayuda al suicidio, dos subtipos especiales y básicos de homicidio que frecuentemente están ligados a la eutanasia, el parricidio y el infanticidio.

El *parricidio* consiste en el homicidio del padre, la madre o cualquier otro ascendiente consanguíneo en línea recta (abuelos paternos o maternos), sean legítimos o naturales. Se requiere que el autor de este delito conozca ese parentesco. La penalización es de trece a cuarenta años de prisión (artículo 323 y 324).

El *infanticidio* consiste en la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos. Este delito presenta penas menores que el homicidio simple: de seis a diez años de prisión en el caso de infanticidio simple, y todavía pena más atenuada, de tres a cinco años de prisión en el infanticidio "honoris causa" (artículos 325, 326 y 327), de esta atenuación solo podrá beneficiarse la madre que llene las circunstancias indicadas en el artículo 327 del Código.

Entre el delito de abandono de personas, y la llamada eutanasia pasiva (edistanasia), me parece que existe cierta relación, de acuerdo al artículo 335 del Código Penal, que a la letra dice: "Al que abandonare a un niño incapaz de

cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido".

D) Auxilio e Inducción al Suicidio y Homicidio con el Consentimiento de la Víctima.

El Código Penal para el Distrito Federal dedica dos artículos al tópico de auxilio o inducción al suicidio (artículos 312 y 313) pero no habla de la motivación del sujeto activo. A nuestro modo de ver, esta es una importante carencia, pues no pueden recibir el mismo castigo el que indujo o ayudó al suicidio por móviles egoístas o malévolos, que el que lo hizo movido por motivos altruistas. La pena es de uno a cinco años de prisión, pero si el auxilio llegó hasta ejecutar la muerte, la prisión será mayor, de cuatro a doce años.

Se supone que la cooperación al suicidio, se presta con el consentimiento y/o petición de la víctima. Veamos el texto del artículo 312: "El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años".

En el artículo 313, en cambio (la redacción es confusa) se pena al parecer como homicidio calificado la instigación o ayuda al suicidio si el sujeto pasivo es un menor de edad o padece de algún tipo de enajenación mental. Creemos que es incorrecto que este artículo se refiera al sujeto activo como "homicida", pues la persona que se quita la vida lo hace voluntariamente.

Anteproyectos de 1949, 1958 Y 1963.

De entre los varios proyectos de reforma de nuestro Código Penal es de especial interés para nuestro tema el proyecto que se elaboró en 1949 por el Dr. Luis Garrido, y los notables penalistas Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo, y Francisco Argüelles.

El artículo 304 tocaba los temas anteriores, pero también hablaba de eutanasia: "El que prestare auxilio o indujere a otro a que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión. Si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena será de cuatro a doce años de prisión. Se impondrá de uno a tres años de prisión cuando la privación de la

vida se cometa por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida".⁶²

Como puede observarse, las dos primeras partes coinciden con el artículo 312. La parte final que se refiere explícitamente a la eutanasia es nueva. Por lo dicho anteriormente, en general, nos parece acertada: no hace alusión al móvil egoísta, pero atenúa la pena cuando se trata de un móvil altruista. Esto en cuanto al sujeto activo; por lo que se refiere al sujeto pasivo se señala no solo su consentimiento, sino su reiterada petición. Además trata de establecer la situación objetiva de la enfermedad "ante la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida".

De este mismo modo, el anteproyecto de Código Penal de 1958, reglamenta expresamente este delito, declarando en su artículo 222, que será sancionado con prisión de un mes a tres años, el homicidio cometido: "III. Por móviles de piedad, mediante súplicas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar su vida".⁶³

En el anteproyecto de 1963, se eliminó el caso del actual Código, consistente en sancionar al que prestare auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, pues como expresan en la exposición de motivos sus redactores, nos encontramos en presencia de un acto ejecutivo de homicidio, sin que el consentimiento de la víctima tenga validez alguna para transformar esta conducta en otra de menor rango. La Comisión estimó por otra parte, que el llamado homicidio por móviles de piedad no debía ser objeto de expresa regulación, por los graves peligros que de su práctica pueden derivar; quedando al arbitrio del juez, estimar en estos casos, la calidad y el valor de los móviles del agente.⁶⁴

Código Penal del Estado de México.

El Código Penal del Estado de México, legisla expresamente sobre la eutanasia.

En efecto, el artículo 249 dice: "Será castigado con prisión de seis meses a diez años y multa de cincuenta a setecientos días de salario mínimo, el homicidio cometido:

I. En estado de emoción violenta que las circunstancias hicieron excusable;

⁶²"Leyes Penales Mexicanas". Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomo IV. México, 1980.

⁶³Pavón Vasconcelos, Francisco. "Lecciones de Derecho Penal". Editorial Porrúa. México, 1982.

⁶⁴"Leyes Penales Mexicanas". Ob. Cit.

II. En vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, concubino, ascendientes y descendientes y hermanos; y

III. *Por móviles de piedad, mediante súplicas notorias y reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida*".

Como puede advertirse, la redacción de la fracción III coincide sustancialmente con el artículo 304 del Proyecto del Código del Distrito Federal de 1949, sólo que los límites mínimos y máximos de la pena son ampliados, y además se impone multa hasta por setecientos días de salario mínimo.

2. HOMICIDIO CONSENTIDO.

El ordenamiento penalístico vigente no destaca de una manera expresa que el consentimiento sea una circunstancia que atenúe el homicidio. Sin embargo, a esta conclusión se arriba cuando se interpreta uno de los aspectos del artículo 312 del Código Penal.

En el artículo 312 se describe un tipo autónomo de delito: participar en el suicidio de otro. La autonomía de este tipo se destaca con la sola consideración de que no siendo delito el suicidio, el auxilio o inducción al mismo sólo puede ser sancionado mediante la creación de un tipo, para describir dichas conductas de participación, habida cuenta de que por ser atípico el suicidio, las conductas inductoras o auxiliadoras del mismo no pueden adquirir significación penalística; pero cuando el auxilio se materializa en el hecho de que el sujeto activo ejecuta la muerte, hipótesis descrita en el párrafo último del propio artículo 312, sustancialmente nos hallamos ante un verdadero homicidio perpetrado con el consentimiento del enfermo, el cual es sancionado con prisión de cuatro a doce años, o sea, con una pena sensiblemente inferior a la establecida para el homicidio simple, conformando de esta manera una especie de homicidio atenuado que el Código contiene.

Aunque el consentimiento es inoperante para investir de licitud la conducta del que priva a otro de su vida, pues dicha conducta aún afectando de manera inmediata un derecho materialmente vinculado en el sujeto que consiente, reviste influjo para graduar su matiz antijurídico. La trascendencia que reviste el consentimiento de persona capaz, opera en el sentido de colorear en menor grado la intensidad antijurídica de la mencionada conducta.

En el artículo 313 del Código Penal, no solo se niega valor atenuativo al consentimiento prestado por un menor o por persona afectada por alguna de las formas de enajenación mental, sino que en el mismo precepto se establece que

en estos casos "se aplicará al homicida... las sanciones señaladas al homicidio calificado...". Empero, cuando el homicida hubiere inculpablemente errado sobre las circunstancias de hecho (mayoría de edad, sanidad mental), de la víctima no le serán aplicables las sanciones del homicidio calificado, con fundamento en el artículo 53, el cual establece que "no es imputable al acusado el aumento de gravedad proveniente de circunstancias particulares del ofendido si las ignoraba inculpablemente al cometer el delito".

No puede interpretarse como consentimiento válido el simple deseo o anhelo, manifestado a modo de un lamento, de descansar de las fatigas y amarguras de la vida o de los dolores o sufrimientos físicos que acarrear las enfermedades y los estados de decrepitud orgánica. El consentimiento válido a que implícitamente se refiere el artículo 312 es sólo aquel ínsito en la determinación del suicida. El consentimiento prestado, es en todo momento revocable, debiendo subsistir en el momento del hecho, y ningún valor tiene en caso de que la muerte no se produzca, la ratificación posterior que de la conducta del sujeto activo hiciera la persona a la que este hubiere intentado dar muerte.

La determinación suicida debe ser manifestada inequívocamente mediante cualquier medio de expresión: palabras, escritos, gestos indicativos, etc.

El móvil de piedad consiste en el caso en que se priva de la vida a una persona incurable y aquejada de crueles dolores, pero que no demanda que se le abrevien sus sufrimientos y se le prive de su atormentada vida. Estos casos están revestidos de un especial rigor, consistente en la imposición de la pena del homicidio simple (de ocho a veinte años de prisión, artículo 307) en su grado mínimo. Solamente en algunos casos excepcionales que en la práctica se pueden presentar, es factible que el homicidio piadoso pueda adquirir mayor significación jurídico-penal, tanto si se efectúa con o sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Debemos reconocer que en aquellos casos en que concurre un auténtico móvil de piedad que no engendra una situación que prive al sujeto activo de su facultad de entender y de querer en el momento del hecho, nuestra legislación resulta insatisfactoria, pues la pena que se le aplicará no podrá descender del mínimo de ocho años de prisión, establecida para el homicidio simple; pena que consideramos excesiva, por lo que para evitar posibles injusticias, proponemos que debería incluirse en el Capítulo del homicidio un precepto especial que estableciera una atenuada pena para los casos de homicidio piadoso, sin condicionar su aplicación, como lo hicieron los Anteproyectos de 1949 y 1958 a las "...súplicas reiteradas de la víctima".

3. LA EUTANASIA A LA LUZ DEL DERECHO PENAL MEXICANO.

Para continuar analizando las diversas conductas, y bajo los distintos elementos del delito según la teoría clásica, se ofrece un panorama general del problema, bajo la luz de los preceptos del Código Penal Mexicano. Para efectos prácticos, la eutanasia es la privación de la vida del prójimo. Encuadra el tipo en lo descrito por el artículo 302 del Código Penal, en virtud de no existir un tipo especial que sancione o estudie las diversas modalidades que pudieren presentar los hechos en la eutanasia.

Efecto material de la eutanasia. Como en cualquier homicidio, debe hacerse referencia al hecho material consistente en la privación de la vida de un ser humano. Mediante los hechos, el autor priva de la vida a un enfermo. Este actuar, comprende los elementos del delito, como a continuación se expone.

Conducta. La eutanasia, puede ser cometida por medio de una acción o una omisión con el requisito de que cualquiera de éstos arroje un resultado material, consistente en la privación de la vida humana. Es imprescindible la existencia del nexo causal entre la conducta y el resultado. De manera directa, los actos u omisiones del responsable de haber causado la muerte a un enfermo deben ser indubitablemente las causas originadoras del deceso. Consecuentemente, la eutanasia es delito de acción o bien de comisión por omisión.

Material. La eutanasia consiste, como el homicidio simple, en la privación de la vida del enfermo; atendiendo a ello es un delito de resultado material, concreto, no pudiendo admitirse dentro de la clasificación como de mera conducta. Es requisito indispensable la muerte de una persona enferma y sin posibilidades de mejorar. Es material, en palabras de Manzini⁶⁵, porque su noción requiere la verificación de un resultado (muerte del sujeto pasivo).

Instantáneo. El delito se agota en su consumación. Aunque muchas veces el proceso para ejecutar todos los actos tendientes a privar de la vida a la víctima, es un tanto cuanto largo o complicado, el momento de consumación no dura en el tiempo; en un solo instante se priva de la vida. En cuanto los actos se ejecutan, cesan por sí mismos, sin ninguna posibilidad de prolongarse en el tiempo.

Delito de daño. Al dar fin a la vida de un enfermo aunque se trate de un incurable, nuestra legislación lo considera como un delito lesivo del bien jurídico protegido.

⁶⁵Citado Por González Bustamante, Juan J., "Eutanasia y Cultura". Asociación Mexicana de Sociología. P. 16.

Tipo. La eutanasia no tiene un tipo especial. El Código Penal vigente no previó este delito en un tipo determinado, y si bien hay quienes la encuadran de manera genérica en el artículo 302 del Código Penal que tipifica el delito de homicidio, considero que sería más adecuado registrarlo dentro del tipo de auxilio al suicidio, el cual queda descrito por el artículo 312 del mencionado ordenamiento, estableciendo la pena con que se sancionará a "quien prestare auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte". Desde este punto de vista existe una enorme diferencia entre el homicidio simple y el auxilio al suicidio por haber en este último el consentimiento del sujeto pasivo, situación que, con base en las penas establecidas en uno y otro delito configura un atenuante en favor del segundo, pues para el homicidio simple, el Código establece una penalidad de ocho a veinte años de prisión, mientras que para el auxilio al suicidio, habiendo ejecutado el sujeto activo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.

Bien jurídico protegido. El objetivo sustancial protegido es la vida, considerándose la eutanasia como un atentado contra este bien supremo.

Objeto material. Consiste en la vida de la persona enferma.

Sujeto activo. Cualquier sujeto puede efectuar la eutanasia; no es necesaria calificación alguna ni cualidad especial para detentar la categoría de sujeto activo. Sin embargo, en los términos del artículo 323 que tipifica el parricidio, debe aclararse que si los parientes ahí mencionados privan de la vida al enfermo, para los efectos de la pena se observarán reglas más severas. Este punto es discutible, ya que nadie puede sufrir más en carne propia la agonía del enfermo que los padres o cualquier ascendiente o descendiente cercano. El móvil de la eutanasia es privar de la vida con el propósito de hacer cesar el sufrimiento cuando no existe ninguna probabilidad, ni de mejoría ni de cura. Es necesario en consecuencia, la tipificación del delito específico donde se contemplen las particularidades del caso, la penalidad y las variantes, de lo contrario, castigar al sujeto activo con las severísimas penas del parricidio cuando el valor jurídico no tiene la misma importancia que en ese delito, resulta aberrante.

Sujeto pasivo. Consiste en la persona enferma declarada incurable, a quien mediante petición propia o por su precaria salud, se le priva de la vida para acortarle los terribles momentos de agonía en que se encuentra.

Medios. Este tipo de delito no hace alusión a medios específicos, bastará con que sean idóneos para causar la muerte. Los medios en consecuencia, pueden ser físicos, químicos, indirectos o aún psíquicos, la eutanasia se puede lograr por medios diversos, clasificados estos en mecánicos, químicos y patológicos. Los medios morales o psíquicos obran mediante un traumatismo

en la mente, siempre y cuando tengan capacidad mortífera. Es de hacerse notar que los medios morales, dada su dificultad de prueba, no son muy aceptados por la doctrina, quedando solo como hipótesis válida de estudio con poca aplicación en la práctica. En la eutanasia cualquier medio empleado para destruir una vida a punto de extinguirse, siempre que reúna el requisito de causalidad, puede ser tomado como bueno para los efectos de la sanción.

Atipicidad. Puede presentarse el aspecto negativo del tipo por ausencia del objeto material o ausencia del objeto jurídico, en el caso de haber fallecido el sujeto. En este punto es importante hacer alusión al frecuente problema de la detección de si el sujeto descerebrado, con signos vitales artificiales provocados, por ejemplo, por un corazón o un pulmón mecánico, debe ser considerado vivo; al respecto, los artículos 317 y 318 de la Ley General de Salud, nos aclaran la duda al establecer las circunstancias por las cuales podrá decretarse la pérdida de la vida, siendo para el caso, la ausencia permanente de respiración espontánea, paro cardíaco irreversible, electroencefalograma isoelectrónico plano por el término de seis horas.

Antijuricidad. Habrá antijuricidad cuando se destruya el bien jurídico protegido, es decir, la vida del moribundo.

Aspecto negativo de la antijuricidad. El Código Penal establece como causas anulatorias de la antijuricidad, la legítima defensa, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho. Si bien en la eutanasia no existen excluyentes de responsabilidad, el móvil piadoso y el consentimiento del sujeto pasivo pueden constituir una atenuante en la sanción.

Dolo. El dolo se presenta, dice Carrara, cuando existió el ánimo de matar. Hay eutanasia dolosa cuando se quiere o se acepta la muerte del enfermo, comprendiéndose dentro de esto el dolo directo y el eventual. En el dolo directo se dan los pasos necesarios para quitarle la vida al enfermo, suprimiéndole el oxígeno, no suministrándole los medicamentos necesarios, etc.; en el segundo, el dolo eventual, se llevan a cabo ciertos actos con cuya ejecución pudiera ocasionarle la muerte a la víctima, sin que esto importe al actor. Son de aceptarse las dos figuras dentro de la eutanasia.

La culpa. De manera general se acepta que el homicidio es culposo cuando la muerte no querida de una persona se verifica como consecuencia de una conducta negligente, imprudente o inexperta. Dado que en la eutanasia debe prevalecer el ánimo de suprimir la existencia del enfermo doliente, no es admisible la culpa; es necesaria siempre la presencia del dolo, el querer privar de la vida a la víctima, y no que la muerte se provoque por falta del cuidado exigido por las normas más elementales. Tampoco se acepta en esta figura la preterintencionalidad. El querer un resultado distinto al provocado, haría recaer

la conducta en otro tipo, pero no podrían ser calificados como eutanásicos los actos provocadores de la privación de la vida.

Causas de inculpabilidad. Ante el requerimiento de la determinación del actor por provocar la muerte a la víctima, en este tipo especial no se admite la posibilidad de excluir el dolo por la presencia de la "aberratio in persona o la aberratio delicti". En el primer caso no podrá alegarse como excluyente haberse equivocado de persona; de cualquier manera, se cometería un delito de homicidio simple, aunque no se configurara la eutanasia. Tampoco puede ampararse bajo la segunda forma, alegando desconocimiento de prohibición de su acto, siguiendo el principio general que la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

Penalidad. En la eutanasia al darse condiciones especiales en su comisión, que lejos de acusar peligrosidad del delincuente, al haberse cometido el ilícito por razones humanitarias, establece la ley una pena moderada. Es sin duda cierto que existe trasgresión del orden jurídico cuando uno de los valores supremos tutelados ha sido destruido, pero también lo es, que el agente actuó movido por compasión y no por ningún bajo instinto.

Tentativa. En la eutanasia se puede presentar la tentativa inacabada o acabada. En la primera, puede el agente preparar la ejecución de la víctima, sin embargo, a pesar de haberse comenzado a ejecutar los actos tendientes a privarle de la vida, no se logra la muerte por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. En la tentativa acabada existe el dolo de privar la vida, se realizan todos los actos idóneos para lograr el objetivo, pero por causas ajenas a la voluntad del agente no se presenta la muerte del enfermo.

Excusas absolutorias. Tal y como se encuentra regulado el auxilio al suicidio, que es donde podemos encuadrar a la eutanasia, no pueden presentarse excusas absolutorias, sin embargo, soy de la opinión de que debería concedérsele al juez la facultad de perdonar, siempre que el sujeto revele sociabilidad de los motivos y nulo estado peligroso, es decir, si no le guió al matador un motivo egoísta, como recibir una herencia o liberarse de cuidados pesados y costosos, sino que le movían causas verdaderamente piadosas y compasivas, debe considerarse un procedimiento de impunidad. Al respecto, el maestro Jiménez de Asúa concluye su obra con una hermosa frase digna de ser transcrita: "No ignoro que la justicia y la piedad tienen áreas distintas; pero tampoco desconozco que la justicia transida de piedad es más justa".

Para concluir, siguiendo las ideas de Eugenio Cuello Calón, hemos de decir, que nuestra legislación, como casi la totalidad de las legislaciones penales, no sanciona el suicidio; pero sí prevé y castiga como delito especial el hecho de inducir y prestar auxilio para que otro se suicide, ya el auxilio consista en facilitar medios (armas, veneno, etc.) o cualquier otro género de cooperación

para que la propia víctima sea la que personalmente se prive de la vida, o que el auxiliador sea el que ejecute la muerte. En ambos casos, sostiene el gran penalista, que: "siendo la inducción y la ayuda un delito especial y no teniendo el carácter de hecho criminoso el suicidio en sí, no pueden tener aplicación en el caso, las reglas de participación delictuosa".

En los casos en que la simple inducción al suicidio fuere ineficaz para que la víctima se prive de la vida o que no llegare a realizarse por el inductor el homicidio del que consiente, por causas ajenas a su voluntad, podrían tener aplicación los preceptos relativos a los grados inferiores del delito, o sea la tentativa y la frustración, sin embargo, esto no debe ser, ya que no siendo el suicidio delito en sí, no puede haber tentativa o frustración punible, de un hecho que no está catalogado como delito. Lo propio es que cuando se compruebe la intención criminal en la inducción o ayuda, debe considerarse consumado por parte del agente el delito previsto en el artículo 312 en su primera parte, atendiendo al resultado final solamente para el efecto de la imposición de la pena, que podría ser mayor hasta el límite del término máximo, cuando la víctima realmente se hubiere privado de la vida, y menor hasta el límite marcado al mínimo cuando el agente pasivo no hubiere recibido ningún daño o sólo lesiones de mayor o menor gravedad.

Antes de pasar a estudiar algunas legislaciones extranjeras en su parte relativa al auxilio al suicidio o bien a la eutanasia, a continuación se presenta lo que hay dentro de nuestra jurisprudencia referente al tema, que si bien es poco, sirve para recalcar lo ya expuesto en el presente capítulo.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION JULIO DE 1994

Instancia: Primera Sala
Fuente : Seminario Judicial de la Federación
Epoca : 7 A
Volúmen : 115-120
Parte : Segunda
Página : 110

**RUBRO: SUICIDIO, AUXILIO O INDUCCIÓN AL, DE MENORES.
(LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).**

TEXTO: El auxilio o inducción al suicidio, tratándose de un menor de edad, en los términos del artículo 303 del Código Penal de Nuevo León, constituye una agravante, por realizarse sobre un sujeto que por falta de desarrollo no está en aptitud de comprender la trascendencia de los actos a que es inducido, ni de resistir o vencer el influjo fascinante o engañoso puesto en juego por el acusado para que tome la determinación de quitarse la vida.

PRECEDENTES:

Amparo directo 2968/78. Rubén Ríos Dávila. 7 de septiembre de 1978. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Secretario: Roberto Gómez Argüello.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 6 A

Volúmen : XIV

Página : 219

RUBRO: SUICIDIO. HOMICIDIO SOLICITADO.

TEXTO: El suicidio, "acto por el que una persona se priva voluntariamente de la vida", no es delito, ni cuando se consuma ni cuando se frustra, pero la participación de otros en el suicidio ajeno, sí lo es. Así pues, analizando la parte final del artículo 312 del Código Penal, en el sentido de que la participación material tan completa que realiza una persona hasta el punto de causar la muerte de otro determina la represión penal, en virtud de que nuestra legislación no prevé, como causa que excluye la incriminación, tal participación en el delito, independientemente del consentimiento de la víctima, pues sin desconocer que con arreglo a la doctrina (la que por cierto sustentan otras legislaciones), el consentimiento del ofendido constituye el ejemplo clásico de la exclusión de lo injusto con arreglo al principio de la ausencia del interés, en virtud de que supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disponer sobre el bien jurídico protegido, lo cierto es que, conforme a nuestra legislación, quien presta auxilio o cooperación a la víctima que desea privarse de la vida, hasta el punto de que el agente participe realice materialmente la acción eficiente para la privación de la vida, tal conducta es objeto de represión penal, en virtud de que comete el delito de homicidio, quien priva de la vida a una persona.

PRECEDENTES:

Amparo directo 1926/57. Honorio Ruiz Alba. 22 de agosto de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Luis Chico Goerne.

4. EL HOMICIDIO PIADOSO EN OTRAS LEGISLACIONES HISPANOAMERICANAS.

Las prácticas eutanásicas han ido intentando injertarse en las leyes, y no sólo en las nuestras como hemos visto anteriormente, conformando un delito especial de homicidio, y digo especial pues el motivo es determinante en la aplicación de la pena, ya que en este caso el sentimiento piadoso que mueve al

sujeto activo conforma una atenuante con relación a la sanción correspondiente al homicidio simple.

A continuación revisaremos de qué manera regulan otros códigos hispanoamericanos el caso del homicidio piadoso, si es que constituye una atenuante el móvil piadoso, si existe la facultad del juez para otorgar el perdón judicial, o bien que ni siquiera esté contemplado el caso dentro de su legislación penal.

Comenzaremos haciendo mención del Código Penal de *Perú*, el cual en su título primero, dedicado a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, considera que el homicidio es la privación de la vida de una persona causada por otra, la cual será reprimida con pena de prisión no menor a seis años ni mayor de veinte (artículo 106). Habla que en este delito se distingue, al igual que en México, varias figuras delictuosas; la figura del homicidio simple, la figura del homicidio agravado o calificado y la figura del homicidio atenuado o privilegiado.

En esta norma, la intención criminal en el homicidio es fundamental. En el asesinato las agravantes están dotadas por la ferocidad, el lucro, la crueldad o perfidia con el que se ejecuta el mismo.

En el homicidio atenuado por emoción violenta se requiere una intensidad apreciable en el fenómeno anímico, es decir, no puede ser cualquier emoción, sino explosiva, incontenible. Además las circunstancias han de excusar la emoción y el homicidio mismo. La emoción violenta responde a motivaciones éticas, como el honor herido o la afrenta injusta en una persona digna.

Se incluye el homicidio como delito consistente en matar a un enfermo incurable quien le solicita al autor, de manera expresa y consciente que le quite la vida para poner fin a sus intolerables dolores. Lo anterior está plasmado en el artículo 112 del mismo ordenamiento, y establece como sanción, pena privativa de libertad no mayor de tres años. Vemos en este artículo que el consentimiento del enfermo es indispensable para que exista la pena atenuada; en consecuencia, no podría hablarse de homicidio piadoso según el Código si una persona mata a un enfermo incurable por propia decisión.

Quien pretende suicidarse por mano propia no es legalmente sancionado. En cambio, el que ayuda o instiga al suicidio, sí lo es. Esta contradicción tratan de aclararla algunos estudiosos argumentando que el suicidio no se castiga porque es una autodeterminación, es el propio sujeto el que decide eliminarse, en tanto que la ayuda o instigación, ya salen de la esfera de lo estrictamente personal y surge un tercero que prestándole ayuda a sabiendas se convierte en una especie de "auxiliar de la muerte".

El Código derogado señalaba que el móvil debía ser egoísta, con un fin en propio beneficio, de modo que surgían dificultades para determinar si la finalidad era o no altruista. De ahí el actual Código ha hecho la enmienda y el móvil egoísta constituye más bien agravante.

Así vemos cómo el artículo 113 establece que "el que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta.

Hemos visto cómo queda regulado en un Código Sudamericano la cooperación piadosa en la muerte del enfermo incurable, lo cual implica un enorme avance en el ámbito jurídico, reflejo del importante desarrollo que se ha dado en la conciencia social del pueblo peruano.

En el Código de *Uruguay*, del año de 1934, encontramos en el artículo 315, que "el que determinare a otro al suicidio o le ayude a cometerlo, si ocurriere la muerte, será castigado con seis meses de prisión a seis años de penitenciaría. Este máximo puede ser sobrepasado hasta el límite de doce años, cuando el delito se cometiere respecto de un menor de dieciocho años, o de un sujeto de inteligencia o voluntad deprimidas por enfermedad mental o por el abuso del alcohol o el uso de estupefacientes".

Sin embargo, en la Parte General, y entre las "causas de impunidad", encontramos el artículo con el número 37 el cual a la letra nos dice:

"Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables autor de un homicidio efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima".

El propio precepto transcrito nos ilustra con estas palabras: "El consentimiento no desvanece el delito: suprime la pena; este elemento opera subjetiva y no objetivamente". "El fundamento reside en la ausencia de peligrosidad del agente".⁶⁶

El Código Penal de *Colombia* de 1936, también faculta al juez para perdonar en caso de homicidio piadoso. El artículo 364, dice así:

"Si se ha causado el homicidio por piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputadas incurables, podrá atenuarse y aún aplicarse el perdón judicial".

⁶⁶Código Penal, edición oficial, Montevideo, 1934.

Para finalizar, dentro de este grupo de legislaciones hispanoamericanas que atenúan el caso de homicidio eutanásico, hablaremos del Código Penal de **Bolivia**, el cual en su artículo 257, establece el tipo que conforma el homicidio piadoso:

"Se impondrá la pena de reclusión de uno a tres años, si para el homicidio fueren determinantes los móviles piadosos y apremiantes las instancias del interesado, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables..., y aún concederese excepcionalmente el perdón judicial".

Por otro lado, encontramos al Código Penal de **Costa Rica**, del año de 1941, que atenúa el caso de homicidio eutanásico, el cual en su artículo 189 configura y sanciona la instigación y ayuda al suicidio, así como la muerte dada a instancias de la víctima. El párrafo tercero reza de este modo:

"En los casos anteriores, los jueces, apreciando las circunstancias personales del culpable, los móviles de piedad o de compasión de su conducta y las circunstancias del hecho, quedan facultados para disminuir la pena a su prudente arbitrio, sin que ésta pueda en ningún caso ser inferior a un año".

Ahora bien, el Código de Defensa Social **Cubano**, del año de 1943, representa un importante ejemplo de las legislaciones que regulan el caso del homicidio piadoso. Vemos como en su artículo 437 establece en el primer apartado "que el que prestare auxilio o indujere a otro al suicidio, será sancionado con privación de libertad de tres a seis años, y si el auxiliador o inductor fuere el mismo que hubiere ejecutado la muerte, la sanción de privación de libertad será de seis a doce años".

Sin embargo, lo que es de mayor relevancia para nosotros, es el contenido del apartado B, en el cual se hace referencia expresa al móvil piadoso, como veremos a continuación:

"En los casos del apartado anterior, los Tribunales, apreciando las circunstancias personales del culpable, los móviles de piedad o compasión de su conducta y las circunstancias de hecho, podrán a su prudente arbitrio, señalar una sanción inferior a la de seis años que fija dicho precepto, pero en ningún caso inferior a un año".

Este artículo representa un gran avance en el campo jurídico-penal, ya que sin establecer la eximente, tema que ha causado apasionados debates morales entre los penalistas, ha incorporado al derecho positivo en la materia una atenuación amplia respecto a la responsabilidad criminal.

El Código Penal **Argentino**, al igual que el Código Penal para el Distrito Federal, no hace referencia al sentimiento de piedad o dolor del agente, únicamente establece en su artículo 83 que aquella persona que induzca o ayude a otra en la comisión del suicidio deberá ser castigado con encarcelamiento de uno a cuatro años si el suicidio se hubiera intentado o bien se consumara. La sanción establecida se encuentra atenuada con relación a la pena que se aplica al homicidio simple, pues esta va de los ocho a los veinticinco años (art. 79).

5. TERMINACION ACTIVA DE LA VIDA POR UN MEDICO EN HOLANDA.

En el mes de mayo de 1995, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su Servicio de Información para el Exterior, el Ministerio de Justicia en su Dirección de Información y el Ministerio de Sanidad, Bienestar y Deportes, realizaron conjuntamente un informe el cual trata de la terminación de la vida por un médico en Holanda, documento que resulta de gran interés para el desarrollo del presente trabajo, ya que explica cómo se practica la eutanasia en Holanda desde el punto de vista legal, que como veremos a continuación, conlleva todo un procedimiento, pues tanto la eutanasia como el auxilio al suicidio son considerados en principio como delitos dentro de la legislación penal, sin embargo, existe un elemento excluyente, llamado situación de causa mayor, el cual una vez probado por el médico que llevó a cabo el acto eutanásico, puede suspender el procedimiento y dejar impune al sujeto activo.

A continuación se presentarán los puntos más relevantes del documento en mención, ya que no podemos dejar de estudiar cómo es que un país altamente desarrollado en la cuestión del bienestar social ha llegado a reglamentar el acto de la eutanasia, situación que para muchos países resulta imposible.

a) Regulación y práctica

En el extranjero existe mucho interés por la regulación holandesa en el terreno de la eutanasia y ayuda al suicidio. Esta regulación se ha llevado a cabo después de decenas de años de debate y de varias propuestas para llegar a una legislación en lo concerniente a la terminación de la vida por medio de un médico. La regulación es un compromiso entre diferentes corrientes políticas y tuvo lugar bajo la coalición de demócratas cristianos (CDA) y demócratas sociales (PvdA). Entró en vigor en junio de 1994.

En Holanda toda muerte no natural ha de ser declarada al Ministerio Público, tanto si se trata de un asesinato, como de un accidente de circulación o

de terminación de la vida por medio de un médico. Para esta última forma de poner fin a la vida de uno, existe en Holanda un procedimiento de declaración. Este procedimiento, declaración o notificación ha sido regulado legalmente y ha entrado en vigor a partir del 1 de junio de 1994. El procedimiento en cuestión implica la verificación de los criterios. Estos criterios sirven de pauta al estudiar los cuidados aplicados por el médico que ha puesto fin a la vida de un paciente cuyo sufrimiento era insostenible y sin perspectivas. A base de estos criterios, el médico redacta un informe, que es verificado por un médico forense. A continuación el Fiscal verifica si el médico ha actuado en una situación de fuerza mayor.

b) Definición de eutanasia

En el habla popular se denomina eutanasia cualquier forma de intervención por parte de un médico encaminada a poner fin a la vida de un paciente. Sin embargo, la definición holandesa de eutanasia tiene un concepto limitado. Se define como la forma de intervención médica encaminada a poner fin a la vida por medio de un médico, en la cual el paciente ha pedido explícitamente, de modo premeditado y por propia voluntad esta forma de poner fin a su vida. Para establecer si se trata de un caso de eutanasia, el paciente tiene que sufrir de un modo inaguantable y sin perspectivas de mejora y haber dirigido a su médico explícitamente la solicitud de poner fin a su vida.

Combatir el dolor por medio de un médico puede tener como efecto secundario que la muerte se produzca más rápidamente. Esto se considera, igual que en el extranjero, como una decisión médica regular en torno a la terminación de la vida y no como eutanasia.

c) Tres categorías

Se distinguen tres categorías de intervención médica para poner fin a la vida:

- Terminación de la vida a petición del paciente (eutanasia);
- Ayuda al suicidio. El médico se encarga del medio y el enfermo se lo administra a sí mismo;
- Terminación de la vida sin petición.

Las tres categorías son en Holanda actos punibles, incluidos en el Código Penal:

Artículo 293. El que quitare la vida a otro a su solicitud explícita y ferviente deseo, será castigado con una pena de prisión de doce años a lo sumo o una multa de cien mil florines.

Artículo 294. El que intencionalmente indujera a otro al suicidio, le auxiliare o proporcionare los medio para ello, será castigado, si el suicidio se produjere, con un pena de prisión de tres años a lo sumo o una multa de veinticinco mil florines.

Artículo 287. El que intencionalmente quitare la vida a otro, será castigado, como culpable de homicidio, con una pena de prisión de quince años a lo sumo o una multa de cien mil florines.

d) Fuerza mayor / estado de necesidad

Un eximente generalmente reconocido, incluido en el Código Penal y con validez para todos los delitos, es la situación de fuerza mayor en la forma de estado de necesidad. La jurisprudencia ha aceptado que también un médico que pone fin a la vida de un paciente puede alegar fuerza mayor bajo ciertas circunstancias.

Artículo 40. No será punible el que se viere obligado a cometer un acto por fuerza mayor.

El estado de necesidad puede producirse en un conflicto de obligaciones. En el caso de los hechos punibles de eutanasia, ayuda al suicidio y terminación de la vida sin haber sido solicitado, un médico puede verse situado ante un conflicto de obligaciones, puesto que, por una parte, tiene la obligación de conservar la vida del paciente, y, por otra, debe hacer lo posible para aliviar el sufrimiento inaguantable y sin perspectivas de su paciente. Ello puede resultar en la terminación de la vida. En este caso el médico alega circunstancia de fuerza mayor / estado de necesidad.

Para que pueda entrar en consideración de ser eximido de acción penal, el médico tiene que haber cumplido con todos los requisitos de diligencia que figuran en el procedimiento de declaración legal y tiene que tratarse, además, de fuerza mayor / estado de necesidad.

El médico que ponga fin a la vida de un paciente, sin que éste lo hubiese pedido, será procesado en principio. Corresponde luego al juez decidir si puede aceptarse la declaración de fuerza mayor / estado de necesidad del médico. Únicamente en casos excepcionales el fiscal decidirá a no proceder, porque la situación de necesidad era tan grave que el médico no podía obrar de otra forma que poniendo fin a la vida del paciente. Estos casos se someten siempre a la comprobación del Colegio de Procuradores Generales, que constituyen la cumbre del Ministerio Público.

e) Procedimiento de Declaración

El procedimiento de declaración contiene aproximadamente cincuenta criterios de verificación a base de los cuales el médico redacta su informe y en virtud de los cuales el fiscal comprueba los casos denunciados sobre la terminación de la vida por medio de un médico a la luz de las normas legales vigentes en el Código Penal y según las explicaciones que se dan en la jurisprudencia. Una vez redactado su informe sobre la terminación de la vida de su paciente, el médico lo envía al médico forense municipal. Este lo cursa después, provisto de su comentario, al fiscal para su evaluación. Si los requisitos de diligencia no se hubieren tenido en cuenta en todos sus aspectos, el médico será procesado en principio. Si se hubieren satisfecho todos los criterios de verificación, el fiscal decidirá no procesar al médico, porque cabe aceptar que el juez admitirá la declaración de estado de situación del médico. Las decisiones de los fiscales son representadas a su vez por el Colegio de Procuradores Generales, cumbre del Ministerio Fiscal. Esta asamblea puede decidir que se procese en casos individuales, en los cuales el fiscal ya hubiese decidido antes no hacerlo.

f) Criterios de verificación

El médico ha de redactar su informe sobre la terminación de la vida de su paciente en base a los criterios de verificación. Los criterios más importantes a satisfacer son, en términos breves, los siguientes:

- El paciente tiene que haber solicitado voluntaria, premeditada e insistentemente el deseo de terminar su vida. El médico que trata al paciente tiene que conocerlo muy bien a fin de que pueda partir de que esta petición ha sido presentada también premeditada y voluntariamente. Para ello es necesario que exista una relación de confianza con el médico.
- Tiene que tratarse de un sufrimiento sin perspectivas de mejoramiento y de carácter insoportable según la opinión médica existente.
- Tienen que haberse considerado y sopesado alternativas sobre la terminación de la vida entre el médico y el paciente.
- El médico que atiende al paciente tiene que haber consultado con otro o más médicos que se pronuncie(n) independientemente, que tiene(n) que haber adquirido conocimiento del expediente médico y que tiene(n) que haber visitado al paciente.
- Al proceder a la terminación de la vida por medio de un médico, tienen que haberse observado los requisitos que rigen para una cuidadosa intervención médica.

g) Combatir el dolor / auxilio al trance

La asistencia paliativa y la forma de combatir el dolor tienen lugar en el hospital, en casas de convalecencia, en hospicios o en casas, por los médicos en el marco de la atención sanitaria en casa. En Holanda gran parte de la gente muere en casa (unos 60,000 fallecimientos al año acaecen al exterior de las instituciones de asistencia, frente a 20,000 en casas de convalecencia y 50,000 en hospitales). La llamada "Base Nacional de Voluntarios de Asistencia Terminal en Casa" coordina 135 organizaciones de voluntarios que ofrecen asistencia en situaciones donde las personas fallecen en casa. En los hospitales y casas de convalecencia, que disponen de una sección de asistencia paliativa, se ha creado un ambiente casero donde las personas pueden pasar sus últimas semanas de vida. Es posible hacer visitas continuas y se ofrece albergue a los familiares. Por otra parte, actúan activamente algunos pequeños movimientos de carácter hospiciano. Cuatro hospitales académicos han sido asignados como centros de conocimiento para combatir el dolor. Actúan con carácter de clínicas de máxima referencia para médicos y pacientes. El grupo profesional de médicos desarrolla protocolos para intervenir según el último estado de la ciencia, por ejemplo, en cuanto al modo general de combatir el dolor. Además en la formación e investigación se dedica cada vez mayor atención a la asistencia paliativa y al modo de combatir el dolor.

h) Sufrimiento psíquico

Hasta aquí se ha tratado de eutanasia y ayuda al suicidio de enfermos que sufren físicamente de un modo insoportable y sin perspectivas de mejora. Existe en un caso jurisprudencia acerca de la terminación de la vida de un enfermo con sufrimiento psíquico. A un psiquiatra que prestó ayuda a un paciente con sufrimiento psíquico y que alegó fuerza mayor, el Tribunal Supremo de la Haya no le reconoció su apelación (junio de 1994). El Tribunal Supremo lo declaró culpable de ayuda al suicidio del enfermo, mas no impuso castigo. En su fallo, sin embargo, el Tribunal Supremo dió a conocer que bajo condiciones muy estrictas, un médico podría alegar en principio fuerza mayor en su ayuda al suicidio de un paciente psíquico que sufriese de modo insoportable y sin perspectivas. Una condición importante en el caso de enfermos que sufren en aspecto psíquico es que el médico ha de estar convencido de que la petición tiene que haber sido hecha en sano juicio y premeditadamente. Una segunda condición es que el dolor ha de ser también verdaderamente sin perspectivas de mejora. Esto significa que ya no puede aplicarse ningún tratamiento ulterior. Contrariamente a enfermos con sufrimiento físico, en los que cabe establecer con objetividad si el dolor es sin perspectivas de mejora, esto es casi imposible en el caso de pacientes que sufren psíquicamente. Por eso, el Tribunal Supremo ha establecido como requisito que tienen que haberse agotado ya todas las posibilidades de tratamiento ulterior.

Semejante situación no existe, en principio, si un enfermo que sufre psíquicamente no desea ningún tratamiento más. El Ministerio holandés de Justicia y el de Sanidad, Bienestar y Deportes manifestaron al parlamento, al ser interrogados al respecto, que dadas las condiciones muy rigurosas también eran de la opinión que la terminación de la vida de enfermos que sufren psíquicamente tan sólo puede suceder en situaciones muy excepcionales. Después de todo, mientras existan posibilidades de tratamiento, el médico/psiquiatra no puede dar curso a la petición de poner fin a la vida del paciente. El veredicto del Organismo Disciplinario Médico en el mismo caso de abril de 1995, se halla en la prolongación de la sentencia del Tribunal Supremo. El psiquiatra fue reprendido por su proceder.

i) Incapacidad

"Incapacidad" de expresar su voluntad es el término colectivo que se dio en Holanda en la discusión sobre el problema de la eutanasia para los pacientes incapacitados de dirigir ellos mismos una petición para poner fin a su vida. Se trata, por ejemplo, de recién nacidos no viables o apenas viables⁶⁷, o de personas en un prolongado estado de coma o en un estado vegetativo o de pacientes con demencia muy grave. En el terreno de la terminación de la vida de personas con incapacidad de expresar su voluntad, apenas existe alguna jurisprudencia en Holanda. Por lo demás, en esta clase de casos, no se podrá aceptar el hecho de alegar estado de necesidad más que en situaciones excepcionales.

j) Antecedentes

La reglamentación en Holanda para la terminación activa de la vida por medio de un médico va precedida por una larga historia. Además de un debate social de decenas de años en el parlamento y en los medios de comunicación, también se formularon criterios de verificación en la jurisprudencia en virtud de los cuales no sería necesario que casos de eutanasia y ayuda al suicidio sufrieran imposición de castigo. Médicos y fiscales solicitaron criterios de verificación para su proceder. Estos se formularon en 1990. A partir del 1 de noviembre de 1990 empezó a regir un procedimiento de declaración voluntaria de eutanasia y ayuda al suicidio a base de estas directrices, que fueron redactadas por el Colegio de Procuradores Generales. El gobierno anterior, formado por demócratas cristianos y demócratas sociales instituyó una comisión de médicos y juristas expertos bajo la dirección del profesor doctor J. Remmelink a la que se le encargó que se expusiera cómo se practicaba en Holanda la intervención médica encaminada a poner fin a la vida. Esta

⁶⁷En la legislación mexicana no existe el término de apenas viable, e ignoro cuál es su significado.

comisión presentó sus resultados en septiembre de 1991. El resultado más importante fue que los médicos en Holanda tratában con sumo cuidado los problemas concernientes a la vida y muerte. La comisión aconsejó al gobierno de modificar la declaración voluntaria en una regulación de base legal. El gobierno decidió anclar legalmente la regulación en el artículo 10 de la Ley sobre la inhumación, que reza como sigue:

Artículo 10

1. Si el médico forense municipal considerare que no puede proceder a la entrega de una declaración de fallecimiento, informará de inmediato al fiscal llenando un formulario establecido por disposición normativa con fuerza de ley y, además, advertirá enseguida al empleado del Registro Civil. La propuesta para la disposición normativa aludida en la frase anterior se efectúa por nuestro Ministro de Justicia y nuestro Ministro de Bienestar, Sanidad y Cultura.

2. La disposición normativa con fuerza de ley aludida en el primer apartado no entrará en vigor antes de tres meses después de la fecha de entrega al Boletín Oficial del Estado en el que fuese insertada. De la inserción se dará cuenta de inmediato a ambas cámaras de los Estados Generales. El 1 de junio de 1994, entró en vigor la nueva disposición normativa con fuerza de ley, en la cual ha sido incluido este procedimiento.

k) Cifras

En Holanda fallecen aproximadamente 130,000 personas al año, sobre una población total de 15 millones de habitantes. Con base en una encuesta concerniente a fallecimientos y entrevistas con médicos (que permanecieron anónimos), la comisión investigadora bajo la dirección del profesor doctor J. Rimmelink presentó la siguiente estimación de casos de terminación de la vida por un médico, a base anual:

- 2,300 casos de eutanasia (a petición del paciente).
- 400 casos de ayuda al suicidio.

El número de casos de terminación de vida sin reciente solicitud explícita fué muy difícil de computar, pero la comisión Rimmelink lo estima a 1,000 al año aproximadamente.

Se trataba de pacientes muy enfermos y moribundos que sufrían sumamente y que en aquel momento no se hallaban en condiciones de expresar su voluntad. Con anticipación se había consultado con el paciente o se trataba de personas que en alguna ocasión habían dado a conocer que en semejante situación deseaban poner fin a su vida.

La comisión Rimmelink calificó esta forma de terminación de la vida como asistencia al moribundo, o sea como intervención médica regular en torno a la fase terminal. El gobierno, sin embargo, no adoptó esta opinión y aceptó el punto de vista de que todos los casos de terminación de la vida sin petición explícita tienen que ser declarados y verificados. Esto se ha incluido también en el procedimiento de reglamentación y notificación.

Según el informe de investigación de la comisión, los médicos en Holanda se ven enfrentados unas nueve mil veces al año con una petición del paciente de poner fin a su vida. Por lo tanto, el número de casos en que se rechaza una petición es mucho mayor que el de los casos en que ésta se reconoce. De la práctica se desprende que también enfermos que hallan comprensión cerca de su médico con respecto a su petición de poner fin a su vida, encuentran a menudo tanta tranquilidad que fallecen de muerte natural.

Desde que a partir de noviembre de 1990 se aplica el procedimiento de declaración para eutanasia y ayuda al suicidio, ha aumentado el número de casos en que los médicos están dispuestos a declarar.

- En 1991 se declararon 591 casos. En un caso se entabló persecución.
- En 1992 se declararon 1322 casos, que dieron lugar a cuatro persecuciones.
- En 1993 se declararon 1318 casos, que dieron lugar a catorce persecuciones.
- En 1994 se declararon 1417 casos, de los cuales se desprendieron siete persecuciones.

La discusión a cerca de la eutanasia, asistencia al suicidio y terminación de la vida sin petición no se ha cerrado todavía en Holanda. Los dos ministros responsables han anunciado que se evaluará la reglamentación. A este respecto se dedicará atención, entre otras cosas, al hecho de que los médicos no cursan siempre una declaración y porqué no se hace. Los resultados de ésta investigación evaluadora se entregarán a los Estados Generales, en el otoño de 1996, junto con el punto de vista del gobierno.

Con lo anterior, queda bien explicado cual es el procedimiento que se lleva a cabo en Holanda para los casos de eutanasia; como hemos visto, no se trata de una simple despenalización, como la mayoría de la gente tiende a pensar. El caso de Holanda, es un ejemplo perfecto de que la eutanasia puede llevarse a cabo de una manera sana y sin abusos, siempre y cuando medie un proceso legalmente establecido. Nuestros legisladores deben abrir los ojos ante estos avanzados procedimientos jurídicos y dejar a un lado su concepción hipócrita sobre el valor de la vida, aceptar las cosas como se dan y no aparentar que no existen por el sólo hecho de considerarlas "malas". La vida es lo más privado que pueda existir y nadie debe intervenir de manera tan directa y agresiva sancionando el deseo de concluiría cuando ésta sólo conlleva terribles

dolores y sufrimientos. Debemos seguir el ejemplo de países tan desarrollados como es el caso de Holanda, en donde el valor de la dignidad humana se manifiesta en toda su vida social y política, pues a simple vista se puede ver que no existen mendigos, ni niños muertos de hambre en las banquetas, ni listas eternas para ingresar a un hospital público, como se dá en otros tantos países con una supuesta moral elevadísima, pero en donde sus gobernantes se dedican a robar y a no contradecir la postura de la Iglesia para que el pueblo mísero esté contento, pero eso sí, el bienestar social, durmiendo en sus laureles. El reconocer el derecho a la muerte y regularlo con bases firmes implica un enorme respeto a la vida, pero para lograrlo debemos acabar de una vez por todas con este doble código moral que no nos permite actuar con sensatez y valentía, y buscar que nuestros actos no se reduzcan a un bien personal sino que alcancen el verdadero bien común.

CONCLUSIONES

Antes de pronunciarme en favor o en contra de la eutanasia, quiero expresar mi profundo respeto por la vida, especialmente la humana, aunque cualquier tipo de vida es digna de respeto y admiración, cuestión que para el ser humano de toda época, ha sido irrelevante, pues no sólo se ha dedicado a aniquilar especies enteras de animales y plantas sin ninguna limitante; sino que ha llegado a legalizar la pena de muerte, a considerar normal que miles de jóvenes se maten por intereses políticos en estúpidas guerras, o bien que se autorice el aborto por causa de violación, pero el simple hecho de pensar en la legalización o bien en la atenuación en la pena establecida para el homicidio piadoso, causa estupor; y yo me pregunto, ¿es o no la vida un valor supremo? y si lo es, ¿por que no es protegida con la misma fuerza en cualquier caso?, me dá tristeza pensar que la moral de los legisladores está envuelta en un manto de hipocresía, necesario para proteger sus intereses políticos, y no para salvaguardar el bienestar social.

Ante todo, estoy en contra de la "eutanasia social o económica", que busca aniquilar ancianos, enfermos mentales, minúsválidos y en general todo ser que se considere inútil, lo cual me parece terrible, al igual que cualquier tipo de devaluación o desprecio por la vida humana, que se dá en todo genocidio, racismo, elitismo, y segregación o marginación económica y social de grupos indígenas y sectores sumamente pobres de la población. Sin embargo, también me opongo a que mediante medicamentos y aparatos se mantengan vivos a seres que por cuestiones de la naturaleza humana sería imposible que sobrevivieran, así como a personas que habiendo llevado una vida normal, por alguna situación se encuentren en estado de coma irreversible, y que aunque mediante avances médicos pudieran volverlo en sí, el cerebro y probablemente otros órganos del paciente se encontrarían absolutamente dañados. Es por eso que el médico no sólo debe esforzarse en mantener la vida de los enfermos, sino que debe estar consciente de la calidad de vida que está dando; no se debe pensar en la muerte como un fracaso o como en un mal terrible, la muerte como la vida son parte integral de la naturaleza humana y debemos aceptarla.

La eutanasia, contemplada en el ámbito estrictamente jurídico, es un delito, pues la conducta del hombre que priva de la vida a un semejante, viola un derecho legalmente tutelado, sin embargo ¿quién medianamente sensato puede calificar como homicidio conductas que suprimen los medios artificiales operantes con la subsiguiente detención de las funciones vitales aún existentes? o ¿cómo parricidio? o, ¿cómo asesinato por considerar que la muerte de un enfermo es siempre alevosa?. "Matar" es algo muy distinto. Como dijera Binding, "no existe un hecho de homicidio en sentido jurídico, sino

una sustitución de la causa de la muerte que radica en una enfermedad dolorosa, y quizás duradera, por otra causa de muerte no dolorosa".⁶⁰

Poner fin a un sufrimiento sin sentido por no existir esperanza de vida, o desconectar un instrumental que mantiene artificialmente con "vida" a una persona, son conductas que sólo un desalmado puede considerar homicidas.

No debemos pensar en la posibilidad de creación de comisiones encargadas de dictaminar sobre el aniquilamiento de enfermos sin salvación, ni en establecimientos en que se practique oficialmente la eutanasia, la idea de estatizar la muerte es algo inhumano, pero tampoco es justo que se le niegue valor alguno al consentimiento otorgado por un enfermo terminal, con pleno uso de sus facultades mentales, que decide abreviar su agonía, y que quizá por su misma incapacidad física le sea imposible llevar a cabo el acto suicida y por lo que tiene que pedir a alguna persona cercana que lo ayude a liberarse del sufrimiento. La ley, al igual que reconoce como válido un matrimonio en artículo de muerte, o bien un testamento otorgado momentos antes de morir, debe dar validez a esa última petición, liberando de toda responsabilidad al sujeto activo; el móvil en estos casos es un elemento de vital importancia que debe ser considerado, pues no es lo mismo que si el que dá muerte a un enfermo incurable, lo hace con un móvil antisocial o egoísta, a que si lo hace movido por causas verdaderamente piadosas y compasivas.

Pienso que la solución al problema no es la legalización generalizada de la eutanasia, pues ello podría desembocar en terribles injusticias, ya que personas inmorales, escudándose en la piedad podrían cometer verdaderos actos homicidas, pero tampoco puede dejarse a un lado esta situación por mera desconfianza en la conducta humana, pues siempre habrá quien realmente obre de buena voluntad; por lo que considero que es necesario que en nuestra ley penal se regule un procedimiento certero de impunidad, dándole al juez facultades de perdonar, siempre que el sujeto revele sociabilidad de los motivos y nulo estado peligroso, o bien si demuestra que actuó movido por las insistentes peticiones del enfermo.

El perdón judicial debe ser eminentemente facultativo, debiendo atenerse el juzgador, no a conclusiones previamente fijadas en las leyes, sino al caso concreto, sacando a flote todo elemento que intervino en la realización del acto, principalmente psicológicos, ya que resulta imposible que los legisladores prevean toda actitud humana en una ley.

Por último, considero que para evitar la responsabilidad que pudiera recaer sobre la persona que llevó a cabo el acto eutanásico o bien sobre los

⁶⁰González, Bustamante Juan. "Eutanasia y Cultura". Asociación Mexicana de Sociología. México D.F. 1952.

familiares, debería dársele en México valor legal al llamado testamento vital, mediante el cual una persona que en pleno uso de sus facultades, adelantándose a una posible enfermedad o daño físico grave y manifiestamente incurable y causante de grandes sufrimientos, o bien que quedara inconsciente sin posibilidades de un completo restablecimiento físico o mental, elabora un documento revestido de determinados requisitos de validez, expresando su voluntad de no ser sometido a ningún tipo de encamizamiento terapéutico que lo forzara artificialmente a vivir, sino al contrario, que se le ayude a morir sin dolor mediante la aplicación de sedantes, pidiendo sea respetada su decisión.

Es así, como tras el estudio realizado para llevar a cabo el presente trabajo, he llegado a la conclusión de que la ley no debe ser tan rígida ante situaciones que se presentan no como homicidios, sino como una ayuda al enfermo. No es posible que se le niegue a una persona capaz, el derecho de determinar el momento de su muerte, el ser humano no pertenece, insisto, a la sociedad, y no es admisible la postura de que la muerte de un ser enfermo acogido por terribles dolores, cause un trastorno en el orden público, pues la muerte es algo natural, y lo único que se busca con anticiparla es ayudar, a quien lo pida, liberándolo del sufrimiento. No veamos la muerte como un mal, aceptémosla como parte de nuestra naturaleza, y humanicemos las leyes.

BIBLIOGRAFIA

- ABBOGNANO, N. , *Diccionario de Filosofía*, Editorial Señal. Colombia, 1980.
- ALBESA, Nely; BARRENCHA Juan; y col. *La Eutanasia y el Arte de Morir*.
Publicaciones de la Universidad Pontífica Comillas. MADRID, 1990.
- ALVA, Rodríguez Mario y ALCOCER, Pozo José. *Medicina Legal. Conceptos Básicos*. Editorial Limusa. México, 1993.
- BECARIA, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Ediciones Arayú. Buenos Aires, 1955.
- BERISTAIN, Antonio. *Dignidad y Muerte*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1991.
- BORREL, Macía Antonio. *La Persona Humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto*. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1954.
- BOUZA, Luis Alberto. *El Homicidio por Piedad y el Nuevo Código Penal*. Impresora Moderna. Uruguay, 1935.
- CABELLO, Mohedano Francisco, GARCIA, Gil José y VIQUEIRO, Turnez Agustín. *Entre los Límites Personales y Penales de la Eutanasia*. Editorial Servicio de Publicaciones de la Univesidad de Cádiz. España 1990.
- CASTAN, Tobeñas José. *Los Derechos de la Personalidad*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid 1952.
- CRISCUOLI, Giovanni. *Sul Diritto di Morire Naturalmente*. *Revista di Diritto Civile*. Editorial CEDAM. Año XXIII, No. 1. Enero-Febrero. 1977. Padova, Italia.
- DEMPSTER, W. J. *Legalize Euthanasia for Transplants*. *Codicillus* Vol. IX No. 2. Octubre 1968. Facultad de Derecho Universidad de Sudáfrica. Editorial Board. Pretoria, Sudáfrica.
- Enciclopedia Jurídica Ormeba*. Tomo XI. Editorial Driskill S.A. Argentina, Buenos Aires, 1987.
- FERRATER, Mora José. *Diccionario Filosófico*. Editorial Sudamericana. Argentina, Buenos Aires, 1975.
- GARCIA, Maynez Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. Trigésimo novena edición. México, 1988.

- GIRALDO, Cesar Augusto.** *Medicina Forense*. Editorial Señal. Sexta Edición. Medellín, España 1991.
- GONZALEZ, Bustamante Juan J.** *Eutanasia y Cultura*. Asociación Mexicana de Sociología. México, D.F. 1952.
- GONZALEZ, de la Vega Francisco.** *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos*. Vigésimosegunda edición. Editorial Porrúa. México, 1988.
- GRAEF, John W.** *Manual de Terapia Pediátrica*. Cuarta edición. Serie Manuales Espiral-Salvat. México 1990.
- GUTIERREZ, Saenz Raúl.** *Introducción a la Antropología Filosófica*. Editorial Esfinge. México 1988.
- JIMENEZ, de Asúa.** *Libertad de Amar y Derecho a Morir*. Séptima Edición. Editoriales Depalma. Buenos Aires, 1992.
- JIMENEZ, Huerta Mariano.** *La Antijuricidad*. Editorial Porrúa. México, 1988.
- JIMENEZ, Huerta Mariano.** *Derecho Penal Mexicano*. Sexta edición. Editorial Porrúa. México, 1984.
- KUMMEROW, Gert.** *Perfiles Jurídicos de los Trasplantes*. Editorial Justitia et Jus. Mérida, Venezuela.
- LATTES, León.** *La Muerte Piadosa. Revista Facultad de Derecho*. Ministerio de Educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán, 1954.
- Los Trasplantes de órganos Humanos*. Ediciones Botas. Primera edición. México, 1969.
- MADRAZO, Carlos.** *Estudios Jurídicos*. Primera edición. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, D.F. 1985.
- MARGADANT, Guillermo.** *Derecho Romano*. Editorial Porrúa. México, 1988.
- MARTINEZ, Murillo-Saldivar S.** *Medicina Legal*. Decima sexta edición. Mendez Editores. México, 1991.
- MEZGER, Edmundo.** *Derecho Penal. Parte General*. Sexta edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. Tijuana, B.C., México, 1955.
- MORIN, Edgar.** *El Hombre y la Muerte*. Segunda edición. Editorial Kairos. Barcelona, España, 1994.

- MUÑOZ, Luis, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo I. Ediciones Modelo. Primera edición. México, 1971.
- PACHECO, Escobedo Alberto. *Derecho a la Vida, ¿Derecho a la Muerte?*. Revista *Bioética y Derechos Humanos*. Primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1992.
- PALLARES, Edmundo. *Diccionario Filosófico*. Editorial Porrúa. México, 1964.
- PAVON, Vasconcelos Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa. Séptima edición. México, 1985.
- PEREZ, Valera Victor M. *Eutanasia ¿Piedad? ¿Delito?*. Editorial Jus. México, 1989.
- PETIT, Eugenio, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. (Trad. José Fernández González). Editora Nacional. México, 1953.
- POLLARD, Brian. *Eutanasia ¿Debemos matar a los enfermos terminales?*. Ediciones Riap. Madrid España, 1991.
- PUY, Francisco. *La Eutanasia, Hoy*. Revista *Persona y Derecho*. No. 26. Navarra de Ediciones y Gráficas. España, 1992.
- RECASENS, Siches Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. Séptima Edición. Editorial Porrúa. México, 1985.
- ROJINA, Villegas Rafael, *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Porrúa. Decimoquinta edición. México, 1987.
- ROJINA, Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia*. Editorial Porrúa. Cuarta edición. México, 1975.
- ROMEO, Casabona Carlos. *Los Trasplantes de Organos*. Editorial Bosch. Barcelona, 1979.
- REVISTA ISTMO. *Eutanasia: Miedo a la Vida*. No. 146. Mayo-Junio 1983.
- SILVA, Ruiz Pedro F. *El Derecho a Morir con Dignidad y el Testamento Vital*. Editorial Esfinge. México, 1987.
- TELLO, Francisco Javier. *Medicina Forense*. Editorial Harla. México, 1991.
- TOBIAS, José W. *Fin de la Existencia de las Personas Físicas*. Editorial Astrea. Argentina, Buenos Aires, 1988.

VELA, Treviño Sergio. *La Eutanasia a la luz del Catecismo de la Iglesia Católica de 1992*. Revista *el Foro*. Organó de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Oclava época, Tomo V, No. 2. Segundo semestre 1992. México, D.F.

VELA, Treviño Sergio. *Antijuricidad y Justificación*. Segunda edición. Editorial Trillas. México, D.F. 1986.

WALTON, Douglas. *Active and Passive Euthanasia*. Revista *Ethics*. Vol. 86. No. 21. Julio 1976. Chicago, Estados Unidos.

LEGISLACION

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1993.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1992.

LEY GENERAL DE SALUD. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1994.

REGLAMENTO DE CEMENTERIOS DEL DISTRITO FEDERAL. EDITORIAL PORRUA. MEXICO, 1994.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

CODIGO PENAL DE COSTA RICA DE 1941.

CODIGO PENAL DE URUGUAY DE 1933.

CODIGO PENAL DE COLOMBIA DE 1979.

CODIGO PENAL DE BOLIVIA DE 1972.

CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DE CUBA DE 1943.

CODIGO PENAL DE ARGENTINA DE 1960.

CODIGO PENAL DE PERU DE 1994.