

LÍMITES DEL DEBER DE TRATAMIENTO MÉDICO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Profesor Dr. ALBIN ESER*

Mientras que en el pasado a menudo el médico no podía hacer todo lo que se esperaba de él, hoy se presenta frecuentemente la cuestión de si al médico le está permitido hacer todo lo que puede. Debido a los espectaculares avances en reanimación, a la posibilidad de trasplantes o a la aplicación de otros procedimientos terapéuticos, la muerte puede ser siempre aplazada y, en verdad, hasta tal punto, que se plantea a menudo la cuestión de si no se prestaría un mejor servicio al paciente si se le dejara morir en paz. Por ello se encuentra el médico cada vez más ante el dilema entre prolongar la vida o dejar morir. Mientras que hasta el presente se ha sentido, por lo general, solo como un problema médico-ético, se plantea ahora con frecuencia la cuestión de si no afecta también a los límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico. Sobre algunas de estas cuestiones se debe tomar posición en lo que sigue¹.

1. UN CASO ACTUAL: LA NEGATIVA A LA OPERACIÓN DE RECIÉN NACIDOS MALFORMADOS

Hasta qué punto se ha hecho aguda últimamente la urgente cuestión de las bases jurídicas y los límites del tratamiento médico, se pone de relieve en un caso del que por primera vez se ha tenido que ocupar un tribunal de justicia alemán².

* Director del *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Friburgo de Brisgovia, en la República Federal Alemana.

Traducción de la doctora MERCEDES ALONSO ALAMO, profesora titular de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, España.

¹ Las siguientes declaraciones se basan en una síntesis actualizada de análisis y reflexiones que están desarrolladas más detenidamente y acompañadas de indicación de fuentes en mis trabajos sobre "Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen", en ALBIN ESER (Hrsg.): *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Enke, Stuttgart, 1976, págs. 392-407; además sobre "Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsprobleme", en A. AUER, H. MENZEL, A. ESER, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe*, Heymanns, Köln, 1977, págs. 75-147; así como sobre "Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht", en D. MIETH y H. WEBER (Hrsg.), *Anspruch der Wirklichkeit und Christlicher Glaube*, Patmos, Düsseldorf, 1980, págs. 166-189.

² Acuerdo de sobreesimiento de la Fiscalía (Freiburg i. Br., 20.6.1980, 20 Js 3177/79). Entre tanto se ha producido un nuevo caso que ha llevado a una condena del médico interviniente. Sobre ello, con más detalles, A. KAUFMANN, "Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früh euthanasie", en *JZ*, 1983, págs. 481 y ss.

En un niño recién nacido con malformaciones quedó comprobado, con base en un reconocimiento pediátrico, el denominado "síndrome de displasia caudal" (comprendido por deformaciones de la zona lumbar de la columna vertebral y de la pelvis, y como consecuencia de estas deformaciones una falta de desarrollo en la zona de las extremidades inferiores). Estas deformaciones, a las que se añadió el peligro de una formación hidrocefálica, eran irreversibles. El examen pediátrico básico mostró, junto al trastorno del desarrollo de las extremidades inferiores y del esqueleto en la zona lumbar de la columna y de la pelvis, una oclusión intestinal (atresia anal). Esta oclusión intestinal hubiera sido corregible quirúrgicamente. El reconocimiento no mostró datos considerables de un daño cerebral; sin embargo, eran observables daños neurológicos debidos a las anomalías de la zona lumbar de la columna. Con vista a obtener el consentimiento de los padres para la corrección quirúrgica de la oclusión intestinal, les fueron explicadas, entre otras cosas, las deformaciones, y además se les indicó que probablemente el niño no podría andar ("Rollstuhkind"); también se les expuso que, dadas las circunstancias no se obtendría, probablemente, un funcionamiento fiable del control de la vesícula urinaria y del recto; así mismo, se les indicó insistentemente que podría tener la inteligencia de un niño normal y que sería posible la supervivencia con la citada deformación. Por lo demás, se les hizo ver que, de no ser operado, el niño moriría debido a la oclusión intestinal.

Cuando, después de esto, los padres negaron el consentimiento para la operación, fue obtenida del tribunal tutelar competente, a solicitud de la clínica de niños, una autorización para operar por vía de una medida de urgencia. Aunque el niño, ahora como antes, podía ser operado, negó entonces el anestesista su asistencia, menos por razones médicas que por razones ético-jurídicas. Puesto que también en la colaboración interdisciplinaria tiene cada médico que tomar por sí mismo una decisión médico-ética y responder de ella, deberían ser consideradas a este respecto en el presente caso, ante todo, dos cuestiones previas: por una parte, la presencia de múltiples y graves deformaciones, una de las cuales, sin el paliativo de la operación, sería incompatible con la supervivencia, de manera que la naturaleza habría trazado ya una generosa salida; por otra parte, la negativa de los titulares del derecho de educación a la intervención quirúrgica, decisión que, a la vista de la alarmante carga inexigible, debe considerarse, en suma, razonable y no abusiva. En el niño no operado se desarrolló, como consecuencia de la obstrucción de paso no eliminada, una hidronefrosis bilateral y una obstrucción colónica, lo que determinó la muerte a los doce días de vida, debido a un *shock séptico*.

Si este caso ha sido expuesto aquí con relativo detalle no es porque sea especialmente espectacular, pues cabe suponer que se presentan situaciones parecidas de decisión —prescindiendo de la intervención del tribunal tutelar— aun cuando apenas se pueda decir, a la vista de que esta problemática ha venido siendo tabú, en qué forma (con o sin intervención de los padres) y con qué resultado (ejecución o no ejecución de una operación) transcurre el proceso de decisión en los detalles. La espectacularidad de este caso deriva, sin embargo, de la circunstancia de que los órganos de persecución penal se hayan tenido que ocupar de la admisibilidad

jurídica de la negativa al tratamiento y en que de pronto se manifestó la inseguridad jurídica en la valoración de tales decisiones. Por ello no puede ciertamente sorprender que el sumario, tanto contra los padres como contra el anestesista que se negó a intervenir, fuera finalmente sobreesido. Pues aun cuando la negativa a operar hubiese sido objetivamente improcedente, se hubiese tenido que conceder a las partes, en consideración a las circunstancias concretas, un error de prohibición inevitable (§ 17 StGB). En torno a esto se plantea imperiosamente la pregunta de si las razones con las que la Fiscalía ha rechazado el reproche de un homicidio por omisión son generalizables y, por lo tanto, podrían ser invocadas como criterio general de delimitación del deber de tratamiento del médico. Sobre esto se tratará a continuación, en conexión con las consideraciones respectivas. Para no perdernos precipitadamente en los aspectos particulares de este caso, parece indicado afrontar aquí la problemática de la negativa al tratamiento —ya sea por la no iniciación de un tratamiento, ya por la interrupción posterior de uno ya comenzado³— desde lo fundamental.

2. TRATAR O DEJAR MORIR: ¿UN CAMPO DE DECISIÓN A DISCRECIÓN DEL MEDICO?

Aun cuando no expresada con claridad, se halla ya en la mencionada motivación del anestesista en su negativa a operar, la exigencia, en todo caso atendible, de que la decisión sobre la iniciación o interrupción de un tratamiento debiera dejarse al criterio del médico. Y esta opinión no es sin duda aislada. Pues ¿cómo puede introducirse en la zona límite entre la vida y la muerte el derecho, y además el gravemente estigmatizante derecho penal? ¿No es esto un asunto tan íntimo que las decisiones pertinentes debieran dejarse totalmente a la responsabilidad del médico? En vez de que, allí donde el paciente de ningún modo puede ser dueño de su suerte, se pretenda reglamentar y controlar, ¿no sería mejor, sencillamente, dejar la decisión al criterio del médico? Plenamente coincidente con esto, ya el juez de primera instancia en el caso de *Karen Ann Quinlan* pensó que la cuestión de continuar con la respiración artificial o desconectar el respirador no es una decisión jurídica sino una pura decisión médica⁴.

Ante estas ideas es ciertamente correcto que sería realmente fantasmagórico si se colocara, en vez de al médico, al juez o al fiscal en la palanca del respirador. Pero el juez del caso *Quinlan* tuvo que aceptar, con razón, del Supreme Court que al médico le está confiada la vida cuyo mantenimiento o conclusión no se

³ Sobre estas cuestiones, ciertamente problemáticas, sometiéndolo, con base en los mismos criterios, a un mismo trato la negativa al tratamiento (inicial) y la interrupción del tratamiento (posterior), cfr. ESER en AUER/MENZEL/ESER, *Zwischen Heilaufrag und Sterbehilfe*, Heymanns, Köln 1977, págs. 93 y ss.

⁴ Judge R. Muir, Superior Court of New Jersey, *In the Matter of Karen Ann Quinlan*, vol. 1, Arlington, VA. 1975, págs. 561, 568; cfr. también págs. 554 y ss. Sobre declaraciones en este mismo sentido de moralistas y juristas alemanes, cfr. los argumentos de ESER en MIETH/WEBER, *Anspruch der Wirklichkeit und Christlicher Glaube*, Patmos, Düsseldorf, 1980, pág. 168, así como últimamente A. LAUFS, *Recht und Gewissen des Arztes*, Heidelberg, Jahrbücher, 24, 1980, págs. 1 y ss.

deja, sin más, abandonado a su criterio⁵. Por ello, la actuación del médico debe estar regida por determinados principios y, ciertamente, no solo en defensa de abusos sino también en estabilización de la confianza. Esto no quiere decir que el criterio del médico deba ser constreñido al marco de una estrecha casuística sino que su actuación tiene que permanecer ajustada a criterios legítimos y objetivables⁶. De esto podría haber partido la Fiscalía en su acuerdo de sobreseimiento: de una parte cabe pensar, si el anestesista no podía excusarse ya del deber jurídico a colaborar en la operación “por razones de conciencia”, es decir, si le era (in) exigible una actuación. No obstante ha sido dado pensar, frente a esto, que la omisión del médico por razones de conciencia significa el fin de una vida humana, de donde ha de resultar tácitamente evidente que la invocación a la conciencia sin más no lleva a exonerar de la responsabilidad frente al deber de protección de la vida.

Pero ¿cuáles podrían ser los criterios a los que el médico tiene que ajustar su juicio? En esta cuestión deben diferenciarse, desde el punto de vista jurídico, fundamentalmente dos grupos de casos: el dejar morir “de mutua conformidad” y el dejar morir “unilateralmente”.

3. DEJAR MORIR “DE MUTUA CONFORMIDAD”:

LA VOLUNTAD DEL PACIENTE

3.1. “*Voluntas aegroti suprema lex*”. Si este principio, que es sentido a menudo por el médico como enojoso —porque se contrapone a la *salus aegroti*—, es aquí antepuesto, no es precisamente para con él atender a una voluntad contraria a la salud del paciente. Pues tal contradicción existe, de todos modos, solo allí donde se intenta definir la “salud” desde un punto de vista aparentemente objetivo —¿del médico?, ¿de los allegados?, ¿de la generalidad?— pero no cuando se entiende la salud individual del paciente desde su propio punto de vista y con esto, necesariamente, con respeto de su voluntad —determinante de su propio punto de vista—. Por ello se trata nada más que del principio obvio de que el derecho de tratamiento del médico comienza y termina con el consentimiento del paciente. Y esto vale —lo que presupone siempre un paciente convenientemente advertido y capaz de discernimiento— aun cuando la decisión contra el comienzo o la continuación de un tratamiento signifique finalmente la muerte. Pues como ha expuesto el Tribunal Supremo Federal en su sentencia fundamental de 28 de noviembre de 1957, el derecho constitucionalmente garantizado a la integridad corporal exige que se le tome en consideración “también en un hombre que se niega a sacrificar su integridad corporal, aun cuando de este modo se le pueda librar de una dolencia de peligro para la vida... Pues también un enfermo de gravedad puede tener razones fundadas

⁵ Cfr. Chief Justice HUGHES, cuando enfatiza en su fundamentación la “indelegable responsabilidad judicial”, *In the Matter of Karen Ann Quinlan*, vol. II, Arlington, VA. 1976, pág. 308.

⁶ Con más detalle sobre la a menudo precipitada equiparación entre líneas orientadoras y casuísticas, donde en realidad se trata solamente de criterios generales respecto al margen de apreciación del médico, ESER en MIETH/WEBER, ob. cit. *supra*, nota 4, págs. 167 y ss.

y respetables, tanto humana como moralmente, para negar una operación, incluso cuando por ella y solo por ella podría ser librado de su sufrimiento”⁷.

De ello se deriva una primera afirmación importante para los límites aquí cuestionados del deber de tratamiento: allí donde el paciente, plenamente advertido y consciente de las consecuencias mortales de su decisión está de acuerdo con la suspensión definitiva del tratamiento, o con la renuncia a la adopción de nuevas medidas para mantener la vida, o incluso lo reclama, termina en cualquier caso el deber del médico a continuar con la prolongación de la vida. La fundamentación jurídica de tal dejar morir “de mutua conformidad” no es en verdad del todo sencilla⁸. Sin embargo, que deba estar exenta de pena una “eutanasia pasiva voluntaria” es hoy tan solo seriamente cuestionado⁹. Si se decidiese de otra forma y se privara al hombre de este “derecho a que se le permita morir”, se pervertiría finalmente la protección de la vida con la condena a la vida.

3.2. “*Testamento del paciente*”. *¿Indicador de la presunta voluntad de morir?* Ciertamente: la admisibilidad de la negativa expresa al tratamiento es tan clara jurídicamente como, de hecho, raro será este el caso. ¿Cómo va a plantearse a menudo que el paciente desee expresa e inequívocamente una interrupción del tratamiento que sería peligrosa para la vida y que el médico pueda estar seguro, ante esto, de que la capacidad de discernimiento y de juicio del paciente no está turbada? ¿Pero debe por ello ser inadmisibles la interrupción del tratamiento en todos los casos restantes, probablemente mucho más frecuentes? Para eludir esta consecuencia de grave trascendencia se intenta situar el momento de la decisión del paciente antes: lo que el paciente desea no debe ser obtenido solo ante el rostro inmediato de la muerte, sino en el momento en que todavía se halla en plenitud de sus fuerzas espirituales y anímicas. Por este camino, al que se viene recurriendo últimamente ante todo en la forma del llamado “testamento-eutanasia” o “carta del paciente”, se busca posibilitar un “dejar morir de mutua conformidad” tanto en el caso en que el paciente es ingresado inconsciente, como también cuando a causa de su estado psíquico no puede considerársele capaz de recibir una información plena, o cuando, como consecuencia de la disminución de su entereza espiritual,

⁷ Así en BGHSt (Decisiones del Tribunal Supremo Federal para asuntos penales) 11 (1958), págs. 111-114. Aun cuando el resultado de este controvertido caso de mioma pudiera ser erróneo, goza el principio citado de reconocimiento general; cfr. ALBIN ESER, “Arztliche Aufklärung und Einwilligung des Patienten, besonders in der Intensivtherapie”, en P. BECKER/V. EID, *Begleitung von Schwerkranken und Sterbenden*, Mainz, 1984, págs. 188 y ss.

⁸ Sobre estas dificultades dogmáticas, que se derivan especialmente de la indisponibilidad básica de la vida —¿tanto frente al matar activo como frente al dejar morir pasivo?—, más ampliamente ESER, en MIETH/WEBER, ob. cit. *supra*, nota 4, págs. 105 y ss.

⁹ Cfr. G. GEILEN, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1975, págs. 8 y ss., así como A. ESER, “Euthanasie. Sterbehilfe. Vernichtung sogenannten «lebensunwerten Lebens»”, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar zum StGB*, Beck, 20. Aufl. München, 1980, antes del § 211, núms. 21 y ss., especialmente 28 (págs. 1339 y ss.), con otras indicaciones. Cfr. últimamente sentencia del BGH de 4.7.1984 (StR 96/84): prevista la publicación en el Bd. 32 de la colección oficial (BGHSt), además en *Medizinrecht*, 1985, H. 1. También sobre ello, A. ESER, “Sterbehilfe und ärztliche Verantwortung”, en *Medizinrecht*, 1985, Heft 1.

no cabe esperar de ninguna manera, o, al menos no de manera seria, una decisión propia¹⁰. A estos intentos es común —no obstante la posible variedad en detalles— que el firmante, todavía en los días de salud, o, en caso de enfermedad al menos treinta días antes de la decisiva interrupción del tratamiento, dé a conocer inequívocamente, mediante declaración fijada por escrito y confirmada por testigos, que no desea la iniciación o la continuación del tratamiento al comienzo de determinados estados de la enfermedad.

¿Qué se debe pensar de esto? Ciertamente es que semejantes manifestaciones pueden ofrecer una cierta seguridad de que se efectuaron libres de depresiones agudas o de influencias egoístas. Sin embargo, queda la pregunta de si se toman en cuenta realmente en tal decisión anticipada los factores y situaciones esenciales, o si, por el contrario, se obtiene con ficciones psicológicas y por ello son en el fondo irreales. ¿Pues en decisiones hipotéticas “para el caso de que” no subsiste siempre el peligro de que se tome en consideración solo un sector limitado o desfigurado de las circunstancias relevantes para la vida? Además queda abierta la expectativa de si con la variación de la situación no puede también modificarse la valoración.

En los días de salud aparecen como evidentes y razonables muchas cosas que ante un peligro fundamental para la vida se manifiestan con un aspecto totalmente diferente. Esto es válido ante todo con respecto a una negativa al tratamiento en “deficiencias permanentes de funciones de importancia vital (corporales)”¹¹. ¿No es este criterio de la importancia vital en general demasiado vago? ¿No son soportables para unos deficiencias que para otros se presentan, estando saludables, como pérdidas insostenibles, tal por ejemplo, para el pintor la pérdida permanente de la vista, para el violinista o el cirujano una anquilosis permanente de la mano? Esta valoración, hecha en días de salud, ¿será también válida ante un peligro real para la vida? ¿O entran entonces en consideración otros criterios de valoración? Si la valoración de la importancia para la vida difiere tan grandemente ¿puede entonces este criterio ser una firme ayuda de decisión para el médico? ¿Cómo puede este saber que el paciente tomaría también su decisión en contra de las medidas para el mantenimiento de la vida cuando realmente solo le queda la alternativa entre una “vida disminuida” o la “vida sin más”?

Ciertamente, se trata de prevenir tales dudas caracterizando la declaración testamentaria como revocable en todo momento, y por ello es preciso, aun sin una revocación expresa, examinar en cada caso grave si el paciente, en las circunstancias dadas, desea perseverar en su voluntad anteriormente manifestada. Pero si esto es

¹⁰ Cfr. al respecto, por ej., L. KUTNER, “The Living Will”, en A. ESER, (Hrsg.), *Suizid und Euthanasie als human- und sozial wissenschaftliches Problem*, Enke, Stuttgart 1976, págs. 360 y ss., así como, para el ámbito alemán, W. UHLENBRUCK, “Der Patientenbrief”, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)* 31 (1978) págs. 566 y ss. Una recopilación de trabajos y proyectos legislativos se encuentra en la publicación *Death With Dignity Legislative Manual*, editada por la Society for the Right to Die, New York, 1975. Estos trabajos han encontrado una primera expresión legal en el “National Death Act” de California, U.S.A., puesto en vigor el 1º de enero de 1977.

¹¹ Así, por ej., un criterio de negativa al tratamiento en la “Carta del paciente” de UHLENBRUCK, *loc. cit. supra*, nota 10.

correcto ¿no es entonces degradada prácticamente a la insignificancia la carta del paciente? Si finalmente va a depender la iniciación, continuación o interrupción del tratamiento de la voluntad manifestada en el momento de la decisión ¿qué valor tienen entonces las declaraciones hechas con anterioridad?

Sin embargo, tal declaración de voluntad no es del todo superflua, pues puede siempre servir como indicio para la admisión de un “conocimiento presunto”. A esta figura jurídica se recurre siempre que no puede ser obtenido un consentimiento expreso del afectado pero es de suponer, mediante apreciación razonable de la situación, que aquel manifestaría su acuerdo si, sencillamente, pudiera. Por supuesto que para tal sustitución del consentimiento solo queda lugar allí donde el paciente, dentro de las circunstancias presentadas, no desearía nuevas medidas para el mantenimiento de su vida, o donde tales medidas, no podrían ser queridas “razonablemente” y además no es obtenible ningún indicio sobre una posible opinión contraria del paciente. Pero si faltan estas condiciones no puede hablarse en absoluto de un dejar morir “de mutua conformidad”.

3.3. *Papel del familiar. Límites de la representación.* Para salvar, sin embargo, en la medida de lo posible, la manifestación de la conformidad, se propone conceder al familiar, en caso de incapacidad de decisión del paciente, una especie de derecho de participación o, más aún, una facultad de consentimiento supletoria: ya en este sentido había destacado también el anestesista, en el caso expuesto al principio, que era decisiva la negativa de los padres a la operación. En esta orientación por los familiares es correcto el que, por lo regular, solo ellos podrían conocer las ideas de su pariente enfermo y, finalmente, incluso ellos mismos podrían sentirse afectados por una decisión sobre la continuación o interrupción del tratamiento, sea en un sentido afectivo (pérdida del padre, de la madre, del hijo, etc.), o ya por intereses económicos (del sustento o costos del tratamiento). Pero ello no significa que no se pueda dar una representación en sentido estricto en cuanto a decisiones tan personalísimas como las que versan sobre la vida o la muerte, y tampoco está permitido darla¹², si no se quiere abrir, a la larga, la puerta del recinto tabú de las decisiones ajenas sobre la vida. También se han de considerar las posibles colisiones de intereses que podrían producirse entre el conjunto de motivos derivados del afecto al pariente, por una parte, y la angustia ante la carga familiar y económica por otra; lo cual indica que el familiar no sería precisamente un representante ideal¹³, prescindiendo totalmente de que la gravedad de la decisión sobre la continuación o la interrupción de un tratamiento puede significar una dura carga moral para un familiar sensible.

¹² Así, con razón, ya M. KOHLAAS, “Das Recht auf den eigenen Tod” en *NJW* 26 (1973), págs. 548/9. Esto es válido hoy, tanto más desde que el Código Civil ya no habla de la “patria potestad”, sino del “cuidado de los padres”. Por ello resulta muy dudoso que pueda darse una renuncia, en definitiva “por representación”, sobre un bien tan personalísimo como la vida. Sobre tales límites inmanentes a la representación de los padres en las intervenciones médicas, cfr. A. LAUFS, *Arztrecht*, C. H. Beck, München, 1977, págs. 44 y ss.

¹³ Cfr. P. FRITSCHKE, *Grenzbereich zwischen Leben und Tod*. Thieme, 2. Aufl. Stuttgart, 1979, págs. 89 y ss., con otras indicaciones.

Por ello puede, ciertamente, corresponder al familiar una especie de función de indicador de lo que el afectado mismo, en la situación dada, hubiese considerado correcto. De aquí que este deba tener, en atención a su propio interés como afectado, un derecho a ser oído. Sin embargo, una supletoria o, más aún, una propia facultad de consentimiento tiene que serle negada si la verdadera voluntad del paciente y no una ficticia "razón soberana de otros" debe quedar como criterio y base de la conformidad.

Esto significa, para el caso al principio mencionado del recién nacido malformado, que la negativa a la operación no puede ser justificada de ninguna manera como un "dejar morir de conformidad"; puesto que el recién nacido todavía no podía manifestarse y presunciones posibles sobre su voluntad de vivir o morir no serían más que pura especulación, una negativa al tratamiento "de conformidad" se deja fundamentar, a lo sumo, con el consentimiento de los padres; pero una tal "representación" literalmente mortal no tienen ellos en su poder¹⁴. Por ello es preciso buscar todavía otros fundamentos para una delimitación del deber de tratamiento del médico.

4. "INTERRUPCIÓN UNILATERAL DEL TRATAMIENTO": DEJAR MORIR SIN CONSENTIMIENTO

Esta cuestión de la renuncia al tratamiento "unilateral" —en tanto se hace sin consentimiento del paciente— se plantea no solo en el caso de dejar morir a un recién nacido, sino siempre que no se pueda preguntar al paciente sobre su verdadera voluntad ni sean conocibles puntos de referencia que permitan suponer su posible voluntad: así, por ejemplo, en el caso de la víctima de un accidente ingresada sin conocimiento, que podría ser reanimada pero con lo cual se la llevaría a un sufrimiento ilimitado, o se la convertiría en un apático, sin capacidad de comunicación que, más que vivir, vegetaría; o en el caso del agonizante crónico que difícilmente puede hacer frente a la pregunta sobre seguir interviniendo o dejar de intervenir. En vez de obrar en tales casos con base en consentimientos ficticios o en una "gerencia sin mandato", que fácilmente daría lugar a abusos so pretexto de una superioridad racional sobre el paciente, deberíamos preguntarnos abiertamente si y hasta qué punto puede el médico rechazar inicialmente un tratamiento, o interrumpirlo, incluso en el caso de no poder obtener el consentimiento del paciente¹⁵. A este respecto deben considerarse esencialmente los siguientes supuestos de forma diferenciada:

¹⁴ Sobre esto, en el mismo sentido, LAUFS, ob. cit. *supra*, nota 4, pág. 10. De igual modo, ello sería también válido para la autorización a la intervención, en forma sustitutiva, por el Tribunal Tutelar. Pues aun cuando se hubiera pronunciado, en el sentido de los padres, en contra de una operación, no hubiese habido por ello ninguna "mutua conformidad" al dejar morir al recién nacido, sino que habría que justificarlo, en su caso, atendiendo a otros criterios.

¹⁵ Argumentos particulares al respecto, también sobre lo siguiente, cfr. ESER, en AUER/MENZEL/ESER, ob. cit. *supra*, nota 3, págs. 121 y s.

4.1. *Liberación de una agonía dolorosa.* Hoy en día ya no parece discutible, en lo fundamental, que no merece una pena el médico que cree poder aliviar a un moribundo y evitarle un sufrimiento insoportable solamente interrumpiendo las medidas tomadas para el mantenimiento de su vida. Sin embargo, también en este supuesto es difícil la fundamentación y delimitación jurídica. Pues en cuanto se le concede al médico la facultad de dar prioridad al alivio del dolor frente al mantenimiento de la vida, se ve uno sometido a la objeción de que el derecho tradicional no diferencia entre vida sana o enferma, sin dolor o con sufrimientos, en plenitud o moribunda, y que, en principio, la vida está sustraída a la ponderación de otros intereses, y consecuentemente también del interés a estar libre de dolor. De hecho, no se puede negar que con la admisión de la ponderación de la vida frente al dolor se abre una primera brecha en el, hasta el presente, tan elevado principio de la absoluta protección de la vida: el criterio del mantenimiento de la vida puramente cuantitativo-biológica empieza a retroceder frente a una consideración cualitativa de la vida; también la vida se convierte en un valor relativo.

Si esto se acepta hoy generalmente, tal vez sea porque se siente que incluso nobles principios de mantenimiento de la vida pueden convertirse en inhumanos cuando, por su elevación a absolutos se olvida al ser humano concreto, a quien hay que liberar de sus sufrimientos.

Ciertamente, una interrupción del tratamiento cuesta el precio de la vida. Pero se trata de una vida cuyo fin no solo en abstracto es inevitable sino que en la situación concreta es inminente. Tampoco se trata de una ponderación de esta vida con intereses "externos", de otros o de la sociedad (lo cual se analizará sobre todo con referencia al denominado apático), sino de una ponderación más bien interna de intereses opuestos de este mismo ser humano. Si, entonces, ante tal colisión de intereses, se otorga la primacía a la liberación del dolor frente a la prolongación de la vida o de la agonía, esto difícilmente puede estimarse merecedor de pena. Sin duda queda todavía por hacer una reserva esencial: solo podrá tomarse este camino sin contar con el paciente —y solo se trata aquí precisamente de aquellos casos en que falta la voluntad expresa de morir— cuando ha empezado el proceso agónico ya irreversible, y por lo tanto el resto de la vida ya solo consistiría en continuos dolores.

Si se intenta aplicar este criterio al caso del recién nacido con malformaciones, no se justificará la renuncia a la intervención quirúrgica. Pues ni la muerte era inevitable ni estaba indicada para la evitación de dolores insoportables. Lo mismo rige para un amplio grupo de fases preagónicas en las que se pueden suprimir los dolores de forma efectiva con medios distintos de la muerte: por ejemplo en el caso de un enfermo de cáncer incurable, el enfermo de uremia crónica, o el llamado apático que lleva meses sin conocimiento. Si en estos casos se quiere justificar una interrupción unilateral del tratamiento, habrá que buscar otras razones distintas de la liberación de una agonía dolorosa.

4.2. *Imposibilidad de una prolongación de la vida.* Como cualquier deber jurídico de ayuda y de evitar un resultado nocivo, también el deber de tratamiento del médico está condicionado a que sea posible. Por ello, su deber general de ayuda

según el § 323c (antes §330c) StGB, así como el “deber de garantía”, fundado en la aceptación del tratamiento, terminará en todo caso allí donde la prolongación de la vida es (ha llegado a ser) fácticamente imposible. Por lo tanto, si un médico con consulta privada, o una clínica, no disponen ni del personal ni del instrumental necesarios para un cuidado intensivo, no se les puede reprochar jurídico-penalmente que, por ejemplo, rechacen el comienzo de una reanimación.

Pero normalmente las cosas no son tan claras y simples. Así, por ejemplo, allí donde existe el instrumental correspondiente pero no en cantidad suficiente, se podría hablar de una imposibilidad solo con ciertas condiciones; pues tan pronto como se le otorga al médico la facultad de elección entran en juego, más allá del puro poder fáctico de ayudar, valoraciones y estimaciones normativas que pueden llevar, a lo sumo, en atención a la inexigibilidad, a la cesación del deber de tratamiento; será preciso volver sobre este punto. Pero cuando solo se ha perdido la esperanza de curación de la dolencia básica, o un apático sigue en coma irreversible, pero de todas formas es posible retrasar el comienzo de la muerte definitiva del cerebro, difícilmente se podrá negar la posibilidad del mantenimiento de la vida biológica.

Por esta misma razón se podría prescindir del deber de actuación en el caso del recién nacido con malformaciones, con base no en la escasa esperanza de vida sino solo en criterios de imposibilidad como en el supuesto de que el niño no hubiera tenido capacidad para vivir después de curarse de la oclusión intestinal¹⁶. Pero este no fue precisamente el caso, pues al niño se le podía pronosticar una continuación de su vida aunque limitada por la malformación. Por ello, con razón, la fiscalía no tomó, evidentemente, en consideración la cesación del deber de operar fundada en la imposibilidad de vivir.

4.3. *Interrupción del tratamiento en caso de inconsciencia irreversible.* La imposibilidad de ayuda efectiva no es el único límite al deber médico de tratamiento. También se puede liberar en determinadas circunstancias del deber de iniciar o continuar la prolongación de la vida biológica, en sí misma posible, en los casos en que ya ningún otro esfuerzo médico dé esperanzas de salvación. Es cuestionable, sin embargo, cuáles son los criterios que autoricen una negativa al tratamiento ya en una fase preagónica. Precisamente en torno a esta cuestión las respuestas de médicos, moralistas y juristas divergen aún más. Ante la pluralidad de propuestas vamos a referirnos al menos a las más importantes, siquiera sea de forma sucinta¹⁷.

Los médicos se inclinan por hacer depender el deber de adoptar medidas para el mantenimiento de la vida de si aún tiene “sentido”. Por lo demás, habría que considerar si con esta cuestión del “sentido” no se trataría de valoraciones sumamen-

¹⁶ En el mismo sentido, la “Resolución sobre el tratamiento de enfermos mortales y moribundos”, publicada por la Sociedad Alemana de Cirugía, admite una renuncia al tratamiento de recién nacidos con malformaciones “congénitas graves”, fundada no ya en los supuestos de escasa esperanza de vida, sino solo “cuando a causa de los graves menoscabos de las funciones vitales es obvio que no existe ninguna capacidad de vida” (Pos. II 4, “Beilage zu Mitteilungen der Dt. Ges. f. Chirurgie”, Heft 3, 1979).

¹⁷ Para otros detalles, con indicaciones, cfr. ESER, en AUER/MENZEL/ESER, ob. cit. *supra*, nota 3, págs. 126 y ss.

te subjetivas. Pues el soportar el dolor ¿no podría significar para unos un hecho completamente absurdo y para otros un acto de firmeza moral? Dejar intervenir aquí al médico, abandonando a su “razón soberana” el poder de decisión sobre si una prolongación de la vida es aún “plena de sentido” o ya “carente de sentido”, está en seria contradicción con la otras veces tan exaltada autodeterminación del ser humano, así se encuentre moribundo.

No menos problemática es la propuesta que pone fin al deber de mantener la vida allí donde la muerte del enfermo está “fatalmente” predeterminada, o donde su vida terminaría con una “muerte natural”. ¿Pero dónde habría de fijarse este momento? ¿Acaso en una esperanza de vida determinada estadísticamente? ¿O no se tendría que atender más bien a la muerte “individual”? ¿Y qué pensar de una aceptación de la fatalidad de la muerte por parte de la medicina? ¿No se cuestionaría con esto su autodefinición? Pues, justamente, es tarea originaria de la medicina intervenir constantemente en el “destino natural” con los medios artificiales a su alcance.

En lugar de esto intentan otros diferenciar entre medidas “usuales” de prolongación de la vida, a las que estaría obligado el médico en cualquier caso, por un lado, y medidas “inusuales” cuya aplicación quedaría al arbitrio del médico, por otro lado; así, por ejemplo, la diferenciación propuesta por el papa Pío XII en el Congreso de anestesiólogos de 1957 que fue invocada recientemente en el caso Quinlan en los Estados Unidos. Pero tampoco esta propuesta lleva a una solución: ¿acaso no se considera hoy el marcapasos, hace unos diez años aún extraordinario, una medida “usual”? O aquellas impresionantes técnicas de reanimación y de operación en la neonatología, como las que se podrían haber aplicado en el caso descrito al principio: ¿no podrían tales métodos, aún hoy excepcionales, llegar a considerarse normales dentro de pocos años? Por otra parte, y no en último lugar, la diferenciación entre “usual” e “inusual” puede depender en muy alta medida de las costumbres e instalaciones posiblemente retrasadas de una provincia o de un hospital determinados, como para ser un criterio fiable de delimitación.

En el fondo, todos los esfuerzos dirigidos a la diferenciación están condenados a ser superficiales mientras no se desarrollen atendiendo a la *finalidad de la actividad médica*. En verdad esto no es posible sin pronunciarse sobre determinados principios antropológicos. Porque, a más tardar, en el momento de preguntarse por su finalidad, también una medicina altamente tecnificada debe considerarse algo más que una ciencia natural aplicada, es decir, mantener en el hombre las condiciones físicas y psíquicas para su autorrealización personal o ayudarle a recuperarlas¹⁸.

Esta tarea de la medicina ha sido ampliada y de nuevo limitada de maneras diversas en el curso de la historia¹⁹. También hoy asistimos a un cambio. Es verdad que actualmente la definición preponderante del médico podría ser descrita en el

¹⁸ En el mismo sentido, la contribución de P. HENKE al libro colectivo, *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht*, Thieme, Stuttgart, 1982.

¹⁹ Instructivo al respecto H. SCHADEWALDT, “Der Arzt vor der Frage Von Leben und Tod”, en *Klinische Wochenschrift* 47 (1969), págs. 557 y ss.

sentido de que, al lado del deber de curar y aliviar dolores forma parte de sus tareas, principalmente, la conservación y prolongación de la vida; de manera que aún en 1955 un médico y experto en política cultural tan importante como HELLBACH pudo postular que "el médico o mantiene la vida incondicionalmente o deja de ser médico"²⁰. Frente a esto, el Consejo de Europa cree no poder considerar ya la prolongación de la vida, en cuanto tal, "como objetivo exclusivo de la práctica médica"²¹. Y si bien con alguna diferencia, esta interpretación no es ni mucho menos aislada desde hace algún tiempo; pues renunciando a meros éxitos de carácter fundamentalmente técnico-científico, la medicina empieza con razón a asumir de nuevo sus tareas, fundamentalmente humanas, de servir al "bienestar común de los hombres" y a dejar de ver por tanto su objetivo esencial en sus posibilidades técnicas, o en la conservación y restablecimiento aislados de órganos particulares: no la prolongación cuantitativo-biológica de la vida, en sí misma, sino para posibilitar al menos un mínimo de autorrealización personal; lo que constituye un objetivo más ambicioso y al mismo tiempo más limitado. Si aquello se muestra como inalcanzable, un esfuerzo médico ulterior ya no servirá en el fondo a este ser humano. Y entonces tampoco puede ser exigido jurídicamente.

Si de esto se intenta extraer consecuencias jurídico-penales, habrá que resaltar, por un lado, el deber de mantener la vida y, por lo tanto, resistir a la tentación de limitar, de entrada, el deber médico de curar y aliviar el dolor; pues si sucumbiera a esta tentación, el médico podría abandonar al enfermo a su suerte —si bien aliviando los dolores— cuando la enfermedad básica resulte incurable e inevitablemente mortal. Por otro lado, el deber de mantener la vida, en principio irrenunciable, solo debe regirse por el objetivo de posibilitar a la persona un mínimo de autorrealización. Por tanto, el deber de mantener la vida terminará allí donde el ser humano esté privado de toda posibilidad de conciencia y autorrealización a causa de la pérdida irreversible de toda capacidad de reacción. Y esto es lo que sucede en el caso de coma irreversible acreditado²². A este respecto, las directrices suizas sobre "la ayuda médica al agonizante" merecen en principio también aprobación. Pero si la pérdida de "relación con el mundo circundante" va a justificar, sin más, una limitación del tratamiento²³, no podemos callar nuestras reservas ante la vaguedad de este concepto.

4.4. *La defensa de la dignidad del hombre.* Otro aspecto puede ser significativo para la concesión del deber de tratamiento: el respeto a la dignidad del enfermo afectado. Con esto, sin embargo, no quisiera ser contado, ni mucho menos, entre los que consideran ya una violación de la dignidad del hombre que una persona

²⁰ Citado por SCHADEWALDT, *loc. cit.*, pág. 560.

²¹ Recomendación núm. 779 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de enero de 1976, núm. 6.

²² Esta frontera de la suerte encuentra, en cualquier caso, reconocimiento creciente en la literatura jurídico-penal alemana; cfr. las indicaciones de ESER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *ob. cit. supra*, nota 9, núm. 29, antes del § 211 (pág. 1342).

²³ Directrices de la Academia Suiza de Ciencias Médicas, de 5 de nov. de 1976, núm. II d.

sea conectada a aparatos; pues si esto fuera correcto toda la medicina tendría que retroceder varios siglos. Decisivo es otro aspecto: la degradación del enfermo a la categoría de mero objeto. Si el moribundo ya ha perdido su capacidad de decisión y si con la conservación de su vida ya no se trata de su permanencia como individuo concreto, entonces puede verse, en toda caso, en la mera prolongación de la agonía una violación de la dignidad humana, si el enfermo se mantiene vivo solo como objeto de artificios médicos, o el retraso de su muerte está determinado solo por consideraciones políticas (por ej., Franco y Tito), o por intereses económicos de los familiares (por ej., mantenimiento de un derecho de pensión) o del hospital (interés de ocupar plazas). Si de esta manera se degradara al moribundo a condición de puro objeto, el médico tendría entonces no solo el derecho sino incluso el deber de interrumpir el tratamiento.

4.5. *Renuncia al tratamiento en caso de desproporcionalidad del esfuerzo.* Mientras que las anteriores limitaciones del deber de tratamiento se derivaban de forma inmanente de la correspondiente limitación del fin de la misión del médico, queda por resolver la cuestión, mucho más problemática, de hasta qué punto el deber de mantener la vida puede posponerse, en determinadas circunstancias, a *otros intereses*. Dicho brevemente: se trata del problema tabú, pero de ningún modo irreal, de la desproporción entre esfuerzo y éxito potencial. Puede que sea llamativo, ciertamente, poner en relación la conservación de la vida con el esfuerzo necesario para su mantenimiento. Pues si, según la opinión tradicional, ni siquiera una vida se puede ponderar con otra ¿cuánto menos se podrá evaluar la vida con bienes materiales? Sin embargo, parece que también en este punto los nobles principios jurídicos son sobrepasados por el funcionamiento real de los hospitales modernos: lo que empieza con la inevitable selección del médico por sus posibilidades limitadas de actuación, y pasa por la incapacidad de pagar determinadas terapias posiblemente vitales, termina no pocas veces con la pregunta de si la aplicación de una medida de prolongación de la vida realmente "vale la pena".

En la cuestión planteada sobre la ponderación "externa" de los intereses del enfermo en mantener la vida frente a los intereses de otros o de la comunidad, se distinguirán esencialmente tres situaciones básicas:

a) En el caso de que varios enfermos necesiten *simultáneamente* la misma atención sin que el personal o el equipo sea suficiente para el tratamiento de todos, el médico tiene una facultad de selección que está sometida solamente a control por abuso de poder.

b) En caso de que la necesidad de tratamiento *no* surja *simultáneamente* respecto de varios enfermos, sino que, por ejemplo, uno ya esté conectado al único aparato disponible, no puede este ser "desconectado" sin más en favor de un enfermo ingresado posteriormente. Por lo tanto, en principio existe *prioridad cronológica*.

c) Pero, aunque se asegura siempre que la vida está exenta de cualquier evaluación y que así debe seguir siendo, parece que la práctica —como ya insinuamos— ha pasado por alto, desde hace mucho, tales postulados, seleccionando de forma callada y estableciendo prioridades.

Esto obedece a la tendencia clara, incluso en atención a intereses distintos de los del enfermo, a no tomar el deber de mantener la vida como absoluto sino someterlo a evaluación; sea en atención a la necesidad de tratamiento urgente de otros enfermos, sea en consideración a intereses familiares-sociales, y, no en último lugar, también por factores económicos²⁴. Detrás de ello late la idea de que la expectativa de ayuda del individuo estará en relación con lo posible según las circunstancias y con lo exigible en atención a los intereses de otros, y por lo tanto el deber de tratamiento del médico se limita, de entrada, a la ayuda que el individuo puede esperar del Estado y de la sociedad. Por lo tanto, la *necesidad de evaluación* está implícita en el deber de conservación de la vida. Sin embargo, sigue siendo una cuestión de palpante actualidad desde el punto de vista jurídico y político-social, cuánto está dispuesta a hacer nuestra sociedad para la conservación de la vida moribunda y cómo quiere establecer las prioridades.

Seguramente sería demasiado pronto enunciar algo definitivo; las cuestiones relacionadas con esto fueron durante demasiado tiempo tabú, lo que impide tener una visión general de las consecuencias de una u otra decisión. Razón de más esta para romper el silencio sobre semejante práctica y, en vez de enmascarar los problemas, hacer evidentes las auténticas necesidades. Pues en cuanto ya no se trate de una mera evaluación "interna" de los intereses del enfermo individual —así, entre su vida y su sufrimiento— sino de la consideración, al propio tiempo, de intereses "externos" (de otros enfermos o de factores económicos generales), se traspasa el ámbito de la pura medicina y se entra en el ámbito de la política social.

5. RENUNCIA AL TRATAMIENTO EN CASO DE RECIÉN NACIDOS: DEL AUXILIO A MORIR A LA EUGENESIA

Más acuciante aún se presenta la problemática del tratamiento de recién nacidos con lesiones. Naturalmente, al hablar de la interrupción del tratamiento se piensa en principio solo en la vida "agonizante". Pero problemas semejantes se presentan también en la vida que justamente "comienza" si el niño nace con defectos que permiten concebir esperanzas, así sean escasas, sobre un desarrollo razonable de su vida: malformaciones físicas, daños cerebrales por complicaciones durante el parto, u otras deficiencias. Si no se puede evitar al recién nacido un grave destino omitiendo, simplemente, intervenciones o medidas de atención necesarias para el mantenimiento de la vida, dicha posibilidad no se plantea solo como una cuestión²⁵

²⁴ Indicaciones particulares sobre esta constatación, así como sobre la anterior facultad de elección, en AUER/MENZEL/ESER, ob. cit. *supra*, nota 3, págs. 133 y ss. Cfr. También las diferentes contribuciones del volumen *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs und Behandlungspflicht*, cit. *supra*, nota 18.

²⁵ Cfr., por ej., las recomendaciones del Consejo de la salud holandés sobre el dejar morir a los niños que a consecuencia de la falta de funcionamiento del cerebro están excluidos de la normal comunicación entre los hombres (informe del FAZ, de 15.1.1975, núm. 239). Digna también de atención al respecto la "Encuesta Allensbach", a comienzos de los años 70, en que la muerte de enfermos psíquicos era en todo caso recomendada por un 25% de los practicantes de las confesiones católica y evangélica. F. TENNSTÄDT, *Euthanasie im Urteil der öffentlichen Meinung*. Herderkorrespondenz 28 (1974), págs. 175-178.

sino que es ya practicada abiertamente²⁶ e incluso se legitima ahora judicialmente: pues en el caso al principio descrito se niega, al fin y al cabo, la lesión del deber por el médico y los padres alegando que una intervención quirúrgica no hubiera sido exigible pues el médico habría tenido que actuar no solo contra la muerte sino también contra el dolor y el sufrimiento; que mediante la negativa a la intervención se evitaba al recién nacido el sufrimiento desmesurado así como otras intervenciones deformadoras y que, por tanto, la denegación del tratamiento "serviría al bien del niño".

Tal vez no se pueda evitar la negativa consciente al tratamiento si la sociedad humana, a la larga, no se quiere exigir demasiado. Por ello sería probablemente correcta, en líneas generales, la absolución de la Fiscalía. Sin embargo, queda cierto malestar contra su fundamentación porque —consciente o inconscientemente— obra a manera de equiparación, que encubre el problema, entre la coadyuvancia a morir y la eugenesia. Frente a ello debería ser destacada la diferencia fundamental existente entre el auxilio a morir a los moribundos y el dejar morir a recién nacidos con malformaciones: en el caso de un moribundo, que ha vivido su vida, se trata en el fondo de facilitarle la muerte y, por lo tanto, primariamente de una ayuda a él mismo. Tales motivos de ayuda y compasión podrían jugar también su papel en el caso de "eutanasia precoz"; pero sería un autoengaño pensar que se evita solo al recién nacido y no también —si no ante todo— a la familia y a la sociedad un futuro difícil. Por ello no solo sería incorrecto sino incluso peligroso querer someter a la misma medida el dejar morir a recién nacidos y el auxilio a morir ante una muerte inevitable²⁷. Ciertamente que no se puede olvidar —sobre todo considerando la mayor facilidad para la interrupción del embarazo— que la tendencia actual hacia un relajamiento de la protección de la vida desde el momento de la concepción hasta la muerte tiene en este aspecto una base de pensamiento común, pues cada vez más se sustituye una consideración de la vida desde un punto de vista puramente biológico-cuantitativo por un punto de vista personal-cualitativo²⁸. Tal valoración del "sentido" de la vida, sin embargo, solo deja de ser peligrosa

²⁶ Cfr. la contribución de BACHMANN al volumen *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs und Behandlungspflicht*, cit. *supra*, nota 18; especialmente también T. REGENBRECHT, "Zum Problem der Sterbehilfe. Gedanken zur Operationsindikation bei schwersten Fehlbildungen Neugeborener", *Münchener Medizinische Wochenschrift*, 115 (1973), págs. 601 y ss., así como M. D. HEIFETZ, *Das Recht zu Sterben*, Frankfurt/Main, 1976, págs. 47 y ss.

²⁷ También en este punto la fundamentación del sobreesimiento de la Fiscalía contribuye más bien al enmascaramiento del problema cuando, en definitiva, es traída a colación, en este caso, la idea, en sí misma apreciable, de que el médico no podría estar obligado a un "mero alargamiento de la vida", pues desde el momento en que mediante la eliminación de la oclusión intestinal se certificaba la capacidad de vida del niño (cfr. *supra*, nota 1), ya no podría hablarse aquí de un mero alargamiento de la vida. No puede sorprender, en verdad, este tipo de argumentación; es precisamente típico de la generalizada precipitación en la equiparación irreflexiva entre auxilio a morir y "eutanasia precoz"; así, por ej., ya en el título de la contribución de REGENBRECHT, ob. cit. *supra*, nota 26).

²⁸ En general, sobre las cambiantes tendencias en la evaluación del merecimiento de protección de la vida, cfr. ESER, "Zwischen «Heiligkeit» und «Qualität» des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutts", en J. GERNHUBER, (Hrsg.), *Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift zum 500 jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Mohr/Siebeck, Tübingen, 1977, págs. 377-414.

cuando la evaluación se deja al criterio de la persona de que se trate, como, por ejemplo, en el caso de dejar morir "de mutua conformidad", o cuando toda posibilidad de vivencia sensorial personal está excluida definitivamente, como en el caso de coma irreversible. El peligro está allí donde la sociedad —aunque sea de "buena fe"— se cree legitimada para negar el sentido de la vida, pues entonces ya no se está lejos de la destrucción de la llamada "vida sin valor vital". Entonces ya no se trataría solo de la ayuda al propio afectado sino de la eugenesia útil a la sociedad²⁹. Y este precisamente es el punto crítico en que la "eutanasia precoz" va más allá del auxilio a morir y donde precisamente la visión alemana se oscurece con espectros del pasado cruel.

Nunca es demasiado pronto para poner esto de manifiesto. No para rechazar de antemano cualquier reflexión en este sentido, pues para un sí o un no los contornos del problema están aún muy poco claros. En todo caso, sin embargo, quedan por atender consecuencias profundas, que se tendrían que hacer patentes para la comprensión vital de una sociedad, si el derecho a la vida comenzara y terminara con su utilidad para la misma.

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Dr. ALIRIO SANGUINO MADARIAGA*

PRIMERA PARTE

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL COMO HECHO PUNIBLE

1. INTRODUCCIÓN

El decreto 100 de 1980 consagró en su art. 280 la *Inseminación artificial no consentida*, ubicándola en el capítulo III ("De los delitos contra la autonomía personal"), del título X ("Delitos contra la libertad individual y otras garantías").

Pretendemos en este trabajo enjuiciar en forma crítica el tratamiento que el legislador colombiano ha dado al fenómeno biológico-instrumental de la inseminación artificial. Esta primera parte está dedicada a la práctica inseminatoria artificial como hecho punible; a tal efecto reseñaremos las diferentes posiciones doctrinarias que propugnan la tipificación de este fenómeno, como ilícito atentatorio contra la institución familiar; la segunda estará orientada a estudiar la ubicación que el legislador consideró prudente dispensar a esta práctica como hecho punible violatorio de la libertad individual (autonomía personal) de la mujer, siempre que se practique sin el consentimiento de esta.

Es sorprendente la forma como los tratadistas y comentaristas del nuevo Código Penal han ignorado este fenómeno¹. Para nadie es un secreto el auge y el desarrollo que han adquirido en los últimos tiempos las prácticas inseminatorias artificiales en seres humanos. También en nuestro país se tiene conocimiento de la existencia en la ciudad de Bogotá de un banco de semen, dirigido por el Centro Colombiano de Esterilidad y Fertilidad, donde han nacido varios niños mediante la técnica del semen congelado en nitrógeno líquido.

* El autor se desempeña como juez 44 de Instrucción Criminal en la ciudad de Medellín y como catedrático de derecho probatorio de la Universidad de Medellín.

¹ Que conozcamos, solamente el profesor LUIS ENRIQUE ROMERÓ SOTO, ha analizado, con seriedad, las implicaciones jurídicas que se desprenden de la consagración legislativa de la inseminación artificial en el Código Penal de 1980. Cfr. "Inseminación y Fecundación artificiales en sus relaciones con el Derecho Penal", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Núm. 8, Cali, 1983.

²⁹ Cfr. también sobre todo, R. SCHMITT, "Eugenische Indikation vor und nach der Geburt", en *Festschrift für U. Klug*, Köln, 1983, Bd. II, págs. 329 y ss.