

EL HOMICIDIO EUTANÁSICO

“LA PIEDAD HOMICIDA”

Doctor ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ

Profesor de Derecho Penal en la Universidad del Cauca

“Muchos mueren demasiado tarde y algunos demasiado pronto. La doctrina que dice ¡Muere a tiempo! parece aun extraña”.

NIETZCHE¹

I. *El valor de la vida*

1. EL “SER” HOMBRE

“Yo os anuncio al Super Hombre.
El hombre es algo que debe ser superado
¿Qué habéis hecho para superarle?”.

En estas desafiantes frases de NIETZCHE, se encierran el reto hacia la conquista del hombre superior (*Übermensch*), y el angustioso interrogante sobre lo que hemos de hacer para superarnos. Y esa superación, como especie, para algunos es una superación individual y aislada, otros creen que su elevamiento es racial o religioso, y no faltan quienes vean la superación con criterio económico y de producción, llegando así la vida a tomar los más disímiles valores, según el interés con que se aprecien.

Lo cierto es que, históricamente, la vida ha tenido en el decurso del devenir social, muy distintos valores y significados. Así, ha pasado desde el valor de mero objeto, a la sublimación del interés excelso, para caer ahora último en ciertas sociedades, nuevamente a cosificarse con el valor que “al hombre mercancía” se le da. En Occidente el valor de la vida, se desespiritualiza, el hombre es un engranaje en la máquina “humano-mecánica” de producción de riqueza mientras que en el Oriente la vida se espiritualiza, pero con valor espiritual carente de sentido para esta vida, pues para el oriental la vida no es más que una tormentosa prueba para que el espíritu pase hacia una nueva encarnación; de allí que la muerte no significa gran cosa.

Así en nuestra sociedad de consumo, ya son escasos los casos de “muerte por piedad”, la cual se ve remplazada más por un criterio utilitarista, y abunda más la muerte por motivación económica, social, demencial, etc.; ¡la piedad, se ha refugiado y cede su paso a la necesidad!

¹ FEDERICO NIETZCHE, *Así hablaba Zaratustra*, Ed. Bedout, Medellín, 1971, pág. 73.

2. EL HOMBRE “MERCANCÍA”

Dentro de las necesidades que el hombre afronta, y que crecen cada día con el desarrollo social, unas son naturales y consustanciales a su naturaleza y al medio ambiental (hombre como ser natural), otras son estrictamente sociales y emergen de las relaciones del hombre (como ser social).

Dentro de la problemática de las necesidades sociales que crecen tanto como la ambición humana, “la necesidad de ganancia” es quizá la que más agobia al hombre occidental. El cómo ganar más y adquirir más, se ha convertido en el problema vital de la existencia, al punto que toda capacitación, sus fuerzas, se orientan hacia la ganancia, y con ello el hombre mismo degrada su valor y es objeto de ganancia llegando así al nuevo valor del hombre: “el hombre mercancía” que ha perdido el valor intrínseco y espiritual, como fin en sí mismo, y que vale en la medida de su capacidad de producción económica. Se ha olvidado al hombre como destinatario propio de todo esfuerzo de la especie, para dedicar sus fuerzas a la producción de bienes, perdiendo así también sus valores morales.

En este derrotero del “hombre mercancía”, lo vital para él es la “ganancia” y con ello la “producción”; el individuo vale socialmente en cuanto sea productivo, en cuanto pueda “ganar” y así ocupará un mejor sitio en la escala social. Perdida esa capacidad de ser productivo y por ello de ser una “verdadera mercancía”, el hombre en esta sociedad ha perdido su valor, y no siendo mercancía rentable y productiva, el remedio de la muerte es ya un imperativo, pues pasará a ser consumidor inocuo y no a producir.

Nuestra sociedad ha hecho del interés por el dinero, “ganancia material”, el motivo principal de lucha; los hombres creadores no son ya el objetivo esencial de la sociedad, sino de la riqueza misma.

El “hombre como fin” en sí mismo ha sido remplazado por el “Estado como fin”, el partido como fin, la clase social como fin, la riqueza como fin, o la raza, etc. Solo así se explica que cada vez, la vida del ser humano tenga menos valor pues el hombre, de fin, pasa a ser un simple medio. ¡No otro es el pensamiento del control de la población, pues, en síntesis, no deseamos más consumidores de los medios de subsistencia!

3. EL HOMBRE “COMO FIN DE SÍ MISMO”

El hombre es un fin en sí mismo², y no la sociedad ni el Estado, ni la clase o la ideología, y menos la ganancia. La realización de las potencialidades del hombre, han de ser la preocupación, la emancipación de la enajenación del hombre³, para que pueda proyectarse libremente como un fin en sí mismo. La

² KANT, MARX, ENGELS, SARTRE, FROMM. *Principios metafísicos del derecho, La ideología alemana, La sagrada familia, El capital*, tomo I, *Manuscritos económicos filosóficos, Antidüring, Marx y su concepción del hombre* (de FROMM) *El existencialismo es un humanismo* (SARTRE).

³ SPINOZA, GOETHE, HEGEL, KANT, MARX, SARTRE, FROMM.

sociedad es solo un medio para que el hombre alcance la superación y se eleve sobre sí mismo. Es el hombre y no la producción de bienes, el fin que debe impregnar toda la filosofía; ninguna corriente filosófica es un fin en sí misma; el hombre debe partir del proceso de la existencia de la necesidad causal, superarla y superarse a sí mismo. La lucha por un mejor estado o mejor ideología, solo es la lucha por un mejor medio para la superación de la enajenación del hombre.

Considerando así las cosas, el valor de la vida humana cobra su debida importancia, pues el valor no se mide por la capacidad de producción ni de su "valor mercancia" sino que se aplica como un fin en sí mismo, sin importar su estado, sexo, religión, productividad, etc., pues la riqueza de una nación no lo son sus bienes, sino los hombres, productores en últimas de toda riqueza. Por ello, ningún fin fuera del hombre mismo justifica la muerte de otro hombre.

4. EL MÓVIL DEL HOMICIDIO

Según el valor, correlativo al interés con que se mire la vida, el homicidio puede tener muy diversas motivaciones, a las cuales la ley les da también distintos efectos y valorización.

El motivo abyecto y bajo, el ánimo de lucro, la venganza, el móvil innoBLE e ilícito, agravan el homicidio (C. P., art. 324), mientras que el ánimo de defensa justifica, como el deseo de salvación, el móvil de honor y la piedad atenúan la responsabilidad.

El homicidio es objetivamente el mismo, lo único que puede cambiar es el aspecto subjetivo de la acción homicida y dentro de él, el proceso motivacional que originó la voluntad homicida. Entre los diversos procesos motivacionales que el derecho penal valora en forma especial, está "la piedad" que lleva al homicidio (C. P., art. 326 y art. 364 del C. P. de 1936). Haremos un breve comentario sobre esta figura conocida como el "homicidio eutanásico".

II. El homicidio por piedad

"Hay casos, sí, de individuos para quienes sería mejor estar muertos que vivir, pero lo que tal vez parezca chocante es que para esos individuos, para quienes vale más estar muertos, sea una impiedad el hacerse ese beneficio a sí mismos, y tengan que esperar a que sea otro el bienhechor".

PLATÓN⁴.

5. LA EUTANASIA

A) La palabra "eutanasia", viene del griego "eu", que significa "bien", y "thanatos" que significa "muerte", de donde se deduce que la expresión equivale a muerte buena, muerte sin dolor, a una dulcificación del homicidio, o evitar una agonía larga y dolorosa.

⁴ PLATÓN, *Fedón*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1973, pág. 42.

Ya en el campo del homicidio, significa un homicidio que se comete con el fin de "dulcificar" la muerte, abreviar el dolor, la muerte que está inspirada en un sentimiento de conmiseración por el sufrimiento, y en que el homicida, como dijera PLATÓN, se convierte en un "bienhechor" de la víctima. De allí, que, históricamente, la verdadera eutanasia es "la que inspirada por la piedad y la compasión hacia el triste doliente, solo procura su tránsito sin angustia ni dolor, no la que se propone causar la muerte"⁵.

Luego el homicidio eutanásico es aquel que está impulsado por el móvil de la "piedad", y que tiene por fin librar al enfermo o herido de intensos sufrimientos. Por ello la acción homicida en la eutanasia está integrada por un triple elemento subjetivo o anímico: el sentimiento de *piedad* (amor y dolor), *el fin de poner término* a padecimientos, y el *dolo* homicida, o sea conocimiento y voluntad de quitar la vida; se trata de una acción desde el punto de vista subjetivo, matizada de especiales elementos anímicos.

B) Hércules

"Allí, pues, ahora, es preciso que lleves mi cuerpo con tus propias manos y con la ayuda de los amigos que desees. Corta abundante madera de las encinas de profundas raíces, abate muchos troncos de olivo silvestre, pon mi cuerpo encima, y con una tea de resinoso pino, enciende la pira. Pero que no haya gemidos ni lágrimas; sin lamentos, sin llantos, si eres hijo de este padre, realiza todo esto..." *Hijo*: "Hay de mí, padre! ¿qué dices? ¿qué cosas me obligas a hacer?"⁶.

En este párrafo de SÓFOCLES, se nos narra precisamente, la cruenta muerte del héroe griego, Hércules, quien víctima de un corrosivo veneno que le carcome las carnes, ocasionándole terribles dolores, pide a su hijo Hilo, que le dé piadosa muerte, exigiéndole que se prepare a incinerarlo de inmediato, para así, llegada la muerte, librarse de tan nefandos y dolorosos males.

"¡Ay de mí de nuevo! ¿A qué cosas me invitas, padre? ¿A ser tu asesino...?", interroga el conmovido hijo al héroe de la Hélade.

"No ciertamente; sino a *ser el remediador; el médico único de mis males*", responde el azañero hijo de Zeus.

Como se advierte en el pasaje anterior, existe una situación de sufrimiento mayor y físico en Hércules (Hércules, según la expresión romana), quien a causa de gravísimas lesiones personales, desea la muerte; y solo a pedido del padre el hijo conmovido decide propiciarle la muerte redentora, que constituiría el "verdadero descanso de los males". Esta es la esencia y contenido exacto del homicidio piadoso que reglamenta nuestro Código Penal en el art. 326 (art. 364 del C. P. de 1936), con sanción relativamente benigna.

⁵ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Tres temas penales. El problema penal de la eutanasia*. Barcelona, Edit. Bosch, 1955, pág. 129.

⁶ SÓFOCLES, *Las Traquinias*, Teatro Completo, Barcelona, Edit. Bruguera, 1973, pág. 118.

C) JOSÉ INGENIEROS sostiene que la costumbre de “despenar, ha sido un deber de un buen amigo”, y negarse a hacerlo se reputa como un acto deshonesto, mezcla de impiedad y cobardía, siendo esta costumbre muy extendida entre los primitivos pobladores que, “acosados por el hambre, obligados a vagar errantes en busca de caza, practicaban el sacrificio de los ancianos y de los enfermos movidos por el cariñoso deseo de no abandonarlos al hambre y a las fieras”. “El desamparo y abandono del moribundo revela una crueldad cien veces mayor que el acto doloroso de abreviar su agonía”⁷.

“El hábito de despenar ha sido común en nuestra antigua población rural pero siempre aplicado a casos de heridas o accidentes graves, rara vez por enfermedad crónica. Por otra parte, se ha despenado siempre usando arma blanca; jamás se ha empleado estrangulación manual”⁸.

Se aprecia que quien mata “por piedad”, sufre un estado de “pena-dolor”, en medio del cual decide dar la muerte bien por petición del moribundo, enfermo o herido, o bien voluntariamente, ante el dolor y sufrimiento ajeno. Lo importante es que el autor del homicidio conozca la situación dolorosa que el otro vive y se conmueva profundamente ante el mal ajeno de suerte que se haga partícipe moral de este sufrimiento.

D) Se plantean los interrogantes de si es lícito dar muerte a otro que se encuentra en trance de morir o si es un hecho punible aun en tales condiciones. Se han indicado dos respuestas: primera, la licitud del hecho, dado que el fin que busca el matador es ayudar a bien morir, a facilitar un menor grado de dolor: sería esta una prueba de amor para con el prójimo. Segunda, se plantea la tesis de la ilicitud intrínseca del hecho, pues de todas formas tal conducta contraría el precepto fundamental “no matarás”, y por ello es constitutivo de delito, aunque se valore en especial forma el móvil que indujo al hecho.

III. El homicidio eutanásico en el derecho colombiano

“Y agravóse la batalla sobre Saúl y le alcanzaron los flecheros, y fue herido.

”Entonces dijo Saúl a su escudero: saca tu espada y pásame con ella, porque no vengan estos incircuncisos y hagan escarnio de mí; mas su escudero no quiso, porque tenía gran miedo. Entonces Saúl sacó la espada y echóse sobre ella”⁹.

6. EN EL CÓDIGO PENAL DE 1936

El art. 364 del C. P. de 1936, reglamenta la eutanasia u homicidio por piedad, como un tipo penal especial y atenuado: “Si se ha causado el homicidio

⁷ JOSÉ INGENIEROS, *La sicopatología en el arte. La piedad homicida*, Buenos Aires, Edit. Lozada, S. A., 1961, págs. 96 y ss.

⁸ *Ibidem*, pág. 98.

⁹ Muerte de Saúl, *Crónicas*, cap. 1, núms. 3 y 4.

por piedad con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputados incurables, podrá atenuarse excepcionalmente la pena, cambiarse el presidio por prisión o arresto y aun aplicarse el perdón judicial”.

Como se observa, esta norma reglamenta el homicidio pietista, sobre un eje: el sentimiento o estado afectivo de *la piedad*, que siente el autor de la muerte hacia la víctima, y sobre una situación de hecho, o sea, la situación de inminencia de la muerte o la presencia de grandes padecimientos o lesiones corporales que generan en el autor la voluntad de ponerle fin a tal situación y acelerar la muerte.

Lo cierto es que la norma penal del Código de 1936 exige, a diferencia del nuevo Código, que haya una situación de “muerte inminente”. Asimismo, respecto de la sanción, en el art. 364 es mucho más benigno que el nuevo Código, pues permite otorgar hasta el perdón judicial.

7. EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL (ART. 326)

A pesar de la escasa aplicación práctica que tiene el homicidio pietista, se mantuvo la figura en el nuevo Código Penal, y el art. 326, la reglamenta así: “*Homicidio por piedad*. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años”.

En el homicidio pietista, es el móvil o sentimiento de piedad, el elemento subjetivo o anímico especial, distinto del dolo, que da especial identidad a la figura, obrando como motivo desencadenador de la voluntad homicida. Para que la figura del artículo 326 del C. P. sea aplicable, es necesario que el móvil del delito sea “la piedad”, y que se obre con el fin de “poner término a intensos sufrimientos”. Son estos los dos elementos subjetivos o anímicos, distintos del dolo, los requeridos en el tipo penal. Estos elementos subjetivos dan diferencia a la figura del homicidio común y aun del homicidio consentido, al punto que debemos decir que el homicidio pietista no es otra cosa que un medio injusto, para un fin justo.

Quien mata en tales circunstancias, debe sentir dolor moral ante el sufrimiento ajeno y vivir un estado afectivo de conmoción y alteración anímica profunda, similar al estado de dolor que reglamenta el art. 60 del C. P. (art. 28 del C. P. de 1936), que le impide comprender y querer en forma controlable o normal. Un ánimo frío, sereno, es incompatible con el homicidio pietista que no significa otra cosa que un sentirse sumido y abatido por el dolor, ante la presencia del mal ajeno. Por ello el homicidio pietista es un homicidio por piedad hacia el prójimo, y no por piedad del homicida hacia sí mismo.

Se trata de un *tipo penal especial*, y no de un homicidio atenuado. Supone el tipo básico (C. P., art. 323), pero le añade particulares elementos subjetivos y objetivos, no contenidos en el tipo fundamental, que le dan especial autonomía.

Por ser un tipo especial, es autónomo, y se aplica sin sujeción al tipo básico, independiente de los tipos subordinados (C. P., art. 324); por ello al homici-

dio pietista no le son aplicables ninguna de las agravantes del art. 324 del C. P. El tipo subordinado (C. P., art. 324), está referido al tipo básico o fundamental (C. P., art. 323), y no a uno especial¹⁰.

8. ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL EUTANÁSICO

"Juego mi vida, cambio mi vida, de todos modos la llevo perdida..."

LEÓN DE GREIFF

La estructura del homicidio pietista se funda sobre una acción que está precedida por un "móvil" especial, o sea la "piedad", la cual tiene su origen en el autor del hecho con motivo del estado de enfermedad grave o incurable, de la lesión física que padece la víctima, razón por la cual sufre intensamente, y que hace surgir en su ánimo la resolución de poner término a esos sufrimientos mediante la muerte.

A) La existencia de lesión corporal o enfermedad

Este es el supuesto de hecho fundamental y básico del homicidio pietista. En efecto, la víctima debe padecer al tiempo de la muerte bien una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable.

Por lesión corporal se entiende un daño en el cuerpo o en la salud, no siendo necesario que haya sido infligida por otra persona (puede tratarse de un daño o lesión producto de un hecho accidental o un daño ocasionado por otro, con tal que vulnere el organismo en forma externa o interna). La lesión o daño corporal puede ser fruto de una alteración orgánica, o ulceración, tumor, envenenamiento, ceguera, pérdida de la consciencia. A consecuencia de esa lesión corporal, la persona padece en forma intensa, sufrimiento que puede ser el dolor físico o el dolor moral. Será el caso de una grave desfiguración que afea el rostro en grado sumo. Lo cierto es que la lesión corporal debe ser de alguna consideración y de alguna gravedad, pues mal podría matarse a otro por piedad cuando sufre una leve lesión corporal, que no lo inhabilita, o no lo deforma en grado sumo.

Lesión, en el sentido del delito, es la consecuencia de una violencia externa que produce un daño anatómico o fisiológico, es decir, una perturbación en la integridad física o en el equilibrio funcional¹¹, pero para los efectos del homicidio eutanásico, se entiende también por lesión no solo la que tiene origen en una violencia externa, sino también la producida por especiales alteraciones orgánicas, o la ocasionada por agentes distintos al hombre. Para estos efectos son lesiones graves las deformantes del rostro, las que suprimen los sentidos o dañan ostensiblemente las funciones vitales o principales. No se calificarían como lesiones que den fundamento a la eutanasia, las meramente contusas y superficiales, ni las excoriaciones, las dislocaciones de los miembros superiores

que son generalmente dolorosas pero de relativo y fácil tratamiento, ni las heridas cortantes superficiales. En cambio se consideran en términos generales fundamentadoras del hecho analizado, las lesiones traumáticas intensas, las cortantes penetrantes, los traumatismos craneano-encefálicos, que se producen generalmente en los accidentes de tránsito, las heridas con armas de fuego de alguna consideración, o las lesiones producidas por corriente eléctrica o intoxicación severa.

Las heridas, como se dijo, deben ser graves, por lo cual se descartan las lesiones leves, que ocasionan incapacidad transitoria y de escasa monta; tales serían la excoriación, la herida de la piel, las picaduras de insectos, la torcedura, la luxación del brazo, dedo, mandíbula, articulación, heridas penetrantes ligeras que no interesan órganos vitales. En cambio se consideran graves las quemaduras de cuarto, quinto y sexto grados, herida que requiera amputación, herida penetrante, con daño de órganos vitales; empero, *no toda lesión considerada grave en medicina legal*, puede dar origen al homicidio pietista, pues las hay tales como fracturas en los huesos, luxaciones de miembros superiores e inferiores, torcimientos, etc., que a pesar de ser graves, no tienen carácter fatal y por ello no ponen en peligro la vida¹².

Se incluyen las heridas mortales y necesariamente mortales. Herida mortal es aquella que puede producir la muerte directamente, sin elemento intermedio ni complicación consecuencial y que librada de su evolución desemboca en resultado fatal.

La enfermedad es un estado patológico, orgánico o síquico.

La enfermedad grave e incurable puede ser orgánica o mental, con la condición de que produzca intensos sufrimientos al enfermo.

En el campo síquico, son graves las enfermedades alienantes, es decir, aquellas que hacen al individuo "ajeno a su propia mente", que desequilibran la personalidad, con alteraciones de juicio o razón, y que por ello se las denomina sicosis, en las que hay trastorno intelectual (parcial o generalizado), falta de consciencia, inadaptación al medio y ausencia de utilidad¹³. En resumen, el enfermo mental alienado, es el que presenta alteración del juicio o razón, bien por insuficiente desarrollo síquico (las oligofrenias), por debilitamiento del juicio (las demencias), por desviación del juicio permanente o temporal (síndromes de represión y excitación sicomotriz, o síndrome delirante, etc.), o por suspensión del juicio (estado confusional), sicosis traumáticas, tumorales, infecciosas¹⁴.

Pero no absolutamente todas las enfermedades alternantes pueden dar pie, por su gravedad, para el homicidio eutanásico, pues algunas de ellas tienen caracteres soportables y llevaderos (ejemplo: oligofrenia tipo debilidad mental).

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Casación nov. 22 de 1971, en revista "Temas de Derecho Penal Colombiano", núm. 11, Medellín, 1972, pág. 173, aplicable por analogía.

¹¹ LEÓN LEVIT, *Medicina legal*, Rosario, Argentina, Ed. Orber, 1969, pág. 173.

¹² Véase a C. SIMONIN, *Medicina legal judicial*, Barcelona, Ed. Jims, 1973.

¹³ JUAN C. BETTA, *Psiquiatría*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1972, págs. 23 y ss.

¹⁴ SLUCHEVSKI, *Psiquiatría*, México, Edit. Grijalbo, 1963, págs. 137 y ss.

En las enfermedades mentales no alienantes, el individuo conserva el juicio o razón, la auto y heterocrítica, la autonomía síquica, pero padece alteraciones en el campo afectivo de la personalidad, como en la neurosis, en que el enfermo es consciente de la sintomatología.

Desde luego que las enfermedades mentales tienen grados y modalidades de más rigurosa sintomatología, que las hacen más o menos deplorables para el enfermo. Así, son graves y dignos de piedad, la esquizofrenia, la epilepsia tipo gran mal, las sicosis seniles, la parálisis progresiva, sifilítica, la arterioesclerosis cerebral profunda, algunas sicosis infecciosas, la oligofrenia profunda y media, e incluso algunos cuadros muy severos de narcodependencias en que hay síndrome de dependencia y de abstinencia, cuando el adicto sufre intensamente por falta de la droga que no podrá conseguir, y si no hay medio de tratamiento médico. No dan pie a la figura estudiada, las sicopatías o personalidades sicopáticas o la "locura moral", porque en ellas el individuo enfermo no sufre, sino que hace sufrir a los demás con su comportamiento antisocial¹⁵.

B) La gravedad y la incurabilidad de la enfermedad

Podría pensarse que "gravedad e incurabilidad", para los efectos eutanásicos, es un concepto eminentemente científico y médico, pero en nuestro concepto ello no es así. Bien puede ocurrir en nuestro medio, que una enfermedad curable para la ciencia médica, se torne incurable para determinada persona atendiendo a sus particulares condiciones biológicas, o sea incurable para la persona por carecer de los medios económicos para costearse un gravoso tratamiento u operación que en todo caso está por fuera de su alcance. La gravedad e incurabilidad de una enfermedad toma entonces también sentido social y económico.

La gravedad e incurabilidad, tendrá entonces varios puntos de vista así:

1) *Gravedad e incurabilidad a juicio del médico.*—El Código, como es natural, no define este aspecto, pero desde luego este es el criterio más aceptable. Ello no quiere decir que el autor del hecho deba tener previo concepto médico sobre la incurabilidad y gravedad de la enfermedad, pues téngase en cuenta que no en todas las regiones del territorio nacional, algunas totalmente aisladas o carentes de todo medio de comunicación, es fácil la consecución de un facultativo. Mal podría exigirse concepto médico previo, cuando hay sitios y poblados a los cuales no ha llegado aún médico. A más de ello, los servicios profesionales de un facultativo requieren hay erogaciones económicas, a veces imposibles para las clases populares. La gravedad es un concepto histórico, transitorio, que depende de la época, de la evolución de la ciencia médica y del lugar geográfico donde se encuentre el enfermo o herido, y aun de sus particulares condiciones sociales y económicas y de su grado de cultura. Con ello se deja sentado que el concepto médico, siendo el más importante, no es definitivo y que bien podía ser, a juicio médico (*a posteriori*), curable y no grave la enfer-

medad o lesión en abstracto, pero "grave o incurable", en concreto. No sobra recordar, que el diagnóstico médico, de hecho está expuesto al error y que la valoración cambia de un médico a otro, y según las técnicas médicas de cada uno.

2) *Gravedad e incurabilidad atendiendo a las particulares condiciones sociales, individuales, geográficas y económicas del individuo enfermo o lesionado y de su familia.*—Grave es lo que tiene entidad capaz de reproducir la muerte, y que se opone a lo leve, es decir, a la enfermedad que no implica serios riesgos para la vida. La gravedad no solo depende de la clase de enfermedad, sino de su grado de evolución, tiempo de afectación del organismo, reacción y respuesta orgánica y condiciones de tratamiento, lo mismo que de la disponibilidad de medios; de allí que la verdadera gravedad se deduzca en concreto, en el caso particular, y no de la entidad clínica como cuadro abstracto. Creemos que este es el criterio que se debe considerar, es decir, el que atiende a las posibilidades sociales y económicas del enfermo. De nada le sirve a un desposeído el que su enfermedad sea curable mediante costosa intervención o tratamiento, si está en imposibilidad absoluta de procurárselo.

La incurabilidad de la enfermedad es algo que ha de valorarse atendiendo a las particulares condiciones objetivas y subjetivas, no solo del enfermo, sino del autor del delito, es decir, si cuando este se decidió a obrar estaba en condición racional de inferir que la víctima no tenía salvación y que estaba abocada a la muerte o a padecimientos incurables, estamos en presencia del homicidio eutanásico.

3) *Gravedad e incurabilidad, atendiendo a creencias del autor.*—Asimismo, se sostiene que la incurabilidad y gravedad de una enfermedad debe valorarse según la creencia que el autor del hecho haya tenido de buena fe, sobre el estado de la víctima. Este sería un criterio subjetivo, que dejaría la calificación del grado y magnitud de la enfermedad o lesión, al pensamiento del autor del homicidio; por ello es, en su sentido absoluto, inaceptable.

Pero ello no significa que no sea posible un "justo error", en cuanto a la gravedad e incurabilidad de la enfermedad, por parte del autor del homicidio, caso en el cual estaríamos ante una especie de eutanasia putativa y por ende plenamente aplicable la figura del homicidio eutanásico. Pues si un justo error en derecho penal, puede incluso excluir la culpabilidad (C. P., art. 40, num. 3º y 4º), también podrá atenuar el delito (atenuante putativa del art. 60 del C. P.), o propiciar la aplicación de un tipo especial y atenuado (C. P., art. 326). Es posible una atenuante putativa; tal sería el ejemplo de Otelio, quien, movido a dolor y a error por el malvado Yago, da muerte dolorosa a Desdémona, creyéndola infiel.

Tratándose de lesiones corporales, no es necesario que sean incurables, sino que ellas ocasionen al herido sufrimientos físicos o morales intensos y continuados, cuyo ejemplo sería el caso de los sufrimientos que tanto HOMERO como SÓFOCLES nos narran en la tragedia de Filóctetes, quien padecía de una enfermedad putrefacta de las piernas que le hacía gritar horriblemente, haciéndole

¹⁵ Véase a K. SCHNEIDER, *Las personalidades sicopáticas*, Madrid, Ediciones Morata, S. A., 1971, y a ROBERTO CIAFARDO, *Psicopatología*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1972, págs. 14 y ss.

incluso perder el sentido, y propiciándole una vida cruenta y dolorosa en la isla, en la cual fue visitado por Héctor y el valeroso Neptolemo¹⁶: “Se oyen a lo lejos gritos de dolor”, narra SÓFOCLES.

Tampoco se requiere que las lesiones tengan carácter mortal o necesariamente mortal; aunque pueden tenerlo, basta que ellas provoquen gran sufrimiento y dolor físico o moral a la víctima, y que sean de gravedad.

Concluyendo: La incurabilidad y gravedad de la lesión o enfermedad, son conceptos que se deducen de los tres criterios fijados anteriormente: Criterio médico o científico, criterio social económico y de contexto, y criterio subjetivo del autor del hecho.

Nótese que generalmente este delito se ejecuta, como es lógico, en situación de intensa alteración anímica y síquica, en que puede existir una disminución de la capacidad de entender y de querer, causada por la profunda ofuscación y el estado de dolor moral; por ello, el ánimo conturbado no permitirá apreciar en su realidad objetiva la situación dramática que se viva.

Por último, quede claro que la gravedad e incurabilidad de la enfermedad o lesión corporal, “deben tomarse en un sentido amplio, acomodado a los conocimientos del común de las gentes en esas materias, e inclusive a las ideas imperantes en el ambiente, porque, si fueran a exigirse con todo cientifismo la existencia de estas condiciones, quedaría limitada la figura del homicidio piaso hasta el extremo”¹⁷.

Es importante que, tanto objetiva como subjetivamente, el autor haya podido presumir fundadamente que la víctima no tiene salvación y que padece sufrimientos indecibles. El justo error en esta materia no excluye la figura, y bien puede ser que a la postre el concepto del perito sea diverso y resulte que la enfermedad “era curable”.

Asimismo es importante la forma como se haya presentado el hecho al juicio del autor para mover su voluntad, atendiendo a su cultura, su personalidad, la opinión común y regional, la clase de enfermedad, los síntomas concretos del paciente, el conocimiento previo¹⁸, etc. No podrá aplicarse el art. 326 cuando solo obra la opinión del matador, pero no se requiere criterio médico sobre la incurabilidad o gravedad; mas no creemos que pueda aceptarse la figura cuando el agente obra contra expreso y contrario diagnóstico del médico, criterio que sí acepta PACHECO OSORIO¹⁹, pues, en tal caso, no comprendemos cómo pueda existir piedad en quien mata a quien desea vivir a pesar de su enfermedad.

¹⁶ Véase a SÓFOCLES, *Filoctetes*, Teatro Completo, Barcelona, Edit. Bruguera, 1973, págs. 247 y ss.

¹⁷ GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, *Derecho penal colombiano*, Parte especial, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 336.

¹⁸ De acuerdo LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. v, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 334. LUIS E. MESA VELÁSQUEZ, pág. 40.

¹⁹ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1972, págs. 329-330.

Ni el Código de 1936, ni el nuevo Código, exigen que la muerte esté próxima, basta la existencia de sufrimientos o de dolores dependientes de la enfermedad o lesión²⁰.

C) *Intensos sufrimientos en el enfermo o lesionado.* *Sufrimiento y no dolor*

La enfermedad debe producir, para que sea factible la figura, sufrimientos intensos en el lesionado o enfermo, los cuales, a su vez, originen la piedad homicida. No basta la presencia de la enfermedad o lesión, si estas no engendran sufrimiento o dolor físico o moral en la víctima; debe tratarse de una enfermedad o lesión que haga padecer al individuo afectado²¹. Sufrir vale tanto como padecer, es decir, soportar situaciones difíciles físicas o síquicas que provoquen intenso dolor, desagrado o malestar.

Todo sufrimiento implica dolor o malestar, lo cual produce profundo desagrado, pero no todo desagrado implica sufrimiento.

Por sufrimiento o padecimiento, no solo se entiende el dolor, sino también otros estados sensitivos afines al dolor, como la invalidez, la deformidad, etc.

El nuevo Código, exige que tales padecimientos provengan o se originen en una lesión corporal o en una enfermedad, y por ello deja por fuera situaciones de más amplio contenido social y humano, que a pesar de no provenir de una enfermedad o lesión, desencadenan intensos sufrimientos; situaciones tales como el hambre, la carencia absoluta de techo y de las condiciones más elementales de vida, la intoxicación, la perturbación mental, situaciones estas que, a la luz de una correcta interpretación, deben quedar incursas en la figura del homicidio eutanásico. Es común en nuestro ámbito social, en el cual grandes masas de la población se ven desvalidas social y económicamente, carentes de los rudimentos para la vida, advertir cuadros realmente dantescos: Una madre da muerte a su pequeño y luego intenta el suicidio, para librar a su prole de los rigores del hambre, la necesidad extrema y de la miseria agobiante. Cuadros como estos bien pueden entrar en una eutanasia, cuando no sea el caso de exculparlos por trastorno mental transitorio (art. 33, inc. 2 del nuevo Código, o 23 num. 1º del C. P. de 1936).

Quien perdió la vista definitivamente, quien ve a su hijo mutilado en forma horrorosa, quien perdió manos y pies, está en la misma situación de quien padece mal incurable. Caso similar, aunque sin homicidio, tuvimos en el ejercicio profesional cuando un hombre de mediana edad, a consecuencia de un impacto de proyectil de arma de fuego, que interesó la médula espinal, quedó totalmente paralizado y sin movimiento definitivo de todas las extremidades. En este caso el padecimiento era moral y físico, pero dependía de una lesión anterior.

El sufrimiento es una vivencia “síquico-física”, por cuanto solo a través del mundo síquico podemos percibir el dolor y sufrir; a través de la si que sufrimos las penurias del cuerpo.

²⁰ *Ibidem*, pág. 328.

²¹ Actas. Proyecto 1974, pág. 631.

Desde luego cabe el interrogante de si es necesario que el enfermo o lesionado se dé cuenta, tenga conciencia de su propio sufrimiento y dolor.

Previo a la respuesta, pensemos por ejemplo en un enfermo o lesionado que se encuentre inconsciente y que por ello no sienta ni se dé cuenta de la situación objetiva por la que atraviesa; ¿puede afirmarse realmente que sufre, cuando ni siquiera vive el dolor? En esta hipótesis, objetivamente se da el trance (ejemplo un traumatismo craneano que deja al individuo inconsciente y en coma), pero subjetivamente el individuo no tiene conciencia del mal. Podríamos pensar que quienes sufren son los parientes o allegados; pero el Código exige que sufra la víctima. En este caso considero que subsiste el homicidio eutanásico, aunque el enfermo lesionado, por estar inconsciente "no viva el dolor", pues de todas formas el cuerpo padece, y la vida en tal caso no tiene el mismo sentido ni valor que una vida sana. Quien debe tener conciencia del intenso sufrimiento que agobia a la víctima, es el autor del homicidio.

El padecimiento puede ser dolor físico, dolor moral dependiente de una enfermedad o lesión, pero no el solo dolor moral. El nuevo Código no se refiere a dolor intenso, sino a "sufrimientos", pues no solo el dolor hace sufrir; una invalidez puede ser no dolorosa, pero hace sufrir mucho, lo mismo una ceguera, un defecto físico, fisiológico u orgánico.

El dolor es, además, algo que depende de las condiciones de la persona; por ello, con razón dice JIMÉNEZ DE ASÚA que "los médicos presencian a diario el estoico gesto con que muchos pacientes resisten las operaciones más cruentas, en tanto que enfermos leves, histéricos o hipersensibles, claman a gritos por sufrimientos que de ordinario se toleran sin excesivos ademanes. Además, no siempre los dolores más atroces son indicios de males gravísimos, mientras que enfermedades mortales están desprovistas de sensaciones doloríficas. No podemos, en suma, confiar al dolor el decisivo influjo de decidir la eutanasia. Por otra parte, como dice MORSELLI, la medicina moderna no está desarmada frente a los dolores más agudos. Es posible la prudente morfinización de un canceroso, de un tísico en el último grado, sin por ello perjudicar notablemente su estado general. Y como, por último, es posible combatir el dolor por medios morales, fortificando la resignación del enfermo, consolándole y sugiriéndole, a veces por una piadosa mentira, esperanza de alivio que le hagan más llevaderos los sufrimientos"²².

En mi concepto, no bastan los puros padecimientos morales o provenientes exclusivamente de situaciones emocionales, aflictivas o fundadas en agravios o injurias recibidas²³.

Se sabe que ninguna enfermedad es estrictamente síquica o estrictamente orgánica, y que todas producen alteraciones en ambos estratos, aunque tengan una sintomatología más definida en uno u otro sentido²⁴. Por ello el sufrimien-

²² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 4ª ed., Santander, 1929, págs. 143 y ss.

²³ En sentido contrario, LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 332.

²⁴ JUAN C. BETTA, *Manual de psiquiatría*, Buenos Aires, Edit. Albatros, 1972, págs. 20-21.

to, concepto distinto al de dolor, es un estado sensitivo, mixto, de contenido orgánico y síquico; una enfermedad síquica origina alteraciones y sufrimientos físicos, y una enfermedad orgánica genera alteraciones síquicas.

La ley requiere *intensidad* en el padecimiento, es decir, en el dolor, en el malestar; la intensidad se refiere a la cantidad de padecimiento, por ello debe ser de tal género que sea capaz de despertar conmiseración hacia el enfermo. En el campo del dolor, tenemos grados y diferencias, así: "Dolor, pena, sufrimiento, disgusto, malestar, angustia, ansiedad, fobia", estados afectivos estos de distintos grados y efectos psicológicos y penales.

El dolor es una vivencia de profundo desagrado y desplacer con alteración del mecanismo normal del organismo; en cambio, la pena es un estado eminentemente síquico (aunque tenga manifestaciones físicas) de melancolía y tristeza; así, el disgusto es una sensación afectiva de rechazo a una situación dada.

El dolor físico puede ir de la simple molestia hasta producir estados de inconsciencia, y el dolor moral producir grados de trastorno mental transitorio o permanente, situaciones de depresión, tristeza y abatimiento y puede ser transitorio o permanente.

Como la ley exige que los sufrimientos sean "intensos", se descarta la llamada "molestia", la cual es un estado fronterizo entre el dolor moral y el físico, en él quedan comprendidos el cansancio, el vértigo, el mareo, la somnolencia, el embotamiento mental; situaciones estas que no son severas y no revisiten intensidad ni peligro, no tienen capacidad de dar fundamento a un homicidio eutanásico; la ansiedad, es un estado de inquietud y agitación sicomotriz, donde la imaginación se exalta y se piensa en forma fija en la producción de un mal, con fijación de una idea concreta que se juzga próxima a realizarse²⁵. La angustia es introspectivamente un sentimiento incierto y penoso, ante la espera de un peligro inminente, no presente, indeterminado, acompañado de fantasías dramáticas, actitudes de desasosiego o impotencia y manifestaciones somáticas diversas de tipo neurovegetativo²⁶.

D) Que se obre "por piedad"

"Si mi hijo, y creo amarlo como puede amarse a un hijo, se hallase en una situación semejante a la de aquellos desventurados, creo que debería obrar del mismo modo, y si me hallase yo mismo, pediría que conmigo así se obrase".

NAPOLEÓN²⁷.

He aquí, la contradicción dialéctica entre la moral y el delito.
¡Un delito cometiéndose al impulso de un móvil tan noble y propio de espíritus elevados como la piedad!

²⁵ EMILIO MIRA y LÓPEZ, *Problemas psicológicos actuales*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1970, pág. 27.

²⁶ AUGUSTO GONZÁLEZ PARRA, *Conferencias de psiquiatría*, Universidad del Cauca, Facultad de Medicina, pág. 24.

²⁷ NAPOLEÓN, refiriéndose a los soldados a los cuales sacrificó en la expedición de Siria y Egipto, por estar infectados de peste y no poderlos transportar por el desierto.

En efecto, se exige que el móvil que impulsa la voluntad homicida sea el sentimiento de piedad hacia el enfermo o lesionado. El intenso sufrimiento debe desatar la piedad homicida que busca dulcificar la muerte. Se exige un doble elemento subjetivo distinto del dolor: Un *móvil* de piedad y un *fin* (para) que se busca el hecho, que radica en el objetivo de “poner término a los sufrimientos”; por ello la piedad debe ser hacia el individuo enfermo o lesionado y no puede desligarse del fin de “despenar”.

“Te traeré fuego” EURÍPIDES (*Andrómaca*)

La piedad es un estado afectivo que mueve a la tristeza y al dolor, pero también es un estado de atracción y casi de amor por otra persona; de allí que la piedad sea un amalgamado estado síquico de *comiseración, tristeza y amor*, de suerte tal que el piadoso sufre porque desearía un mejor grado de bienestar de la otra persona, y lo desea porque en cierta forma ama o estima. La piedad está cargada de una tendencia bienhechora y de buena voluntad, por ello el fin de la acción; dada la piedad, no es “matar”, sino despenar por ese medio; el fin es mitigar el sufrimiento, ese debe ser el designio. Esa tendencia bienhechora y un buen deseo, se avivan en situaciones de desgracia o calamidad, enfermedad o dolor ajenos, por cuanto la piedad es un estado afectivo que busca trascender y proyectarse; difícilmente se siente piedad para con el agraciado por la fortuna, con quien disfruta de excelente salud física y moral, pero sí con el inválido, el moribundo, el enfermo, quien vive en condiciones sociales y hasta morales precarias o rudimentarias.

DESCARTES definió la piedad diciendo que “es una especie de tristeza entreverada de amor o de buena voluntad hacia las personas a quienes vemos sufrir algún mal del que no los creemos merecedores”²⁸. Este poder o capacidad para sentir compasión por el mal ajeno, únicamente se presenta en personalidades de alto valor moral y de sentimientos de solidaridad humana, porque es una clara expresión de bondad, solo que dominada por el dolor. Por ello la piedad es incompatible con la envidia, la avaricia, el rencor o el odio.

La piedad implica voluntad de hacer sufrir menos, de mitigar el sufrimiento; por ello se supone que el medio elegido para matar “por piedad” debe atemperarse al propósito y al móvil; se descartarían como medios piadosos, por ejemplo, el despedazamiento a golpes de machete o de hacha, la producción de una muerte dolorosa y lenta, la utilización de medios crueles; quien de cualquier modo haga sufrir más a la víctima, en forma deliberada, mal puede alegar homicidio piadoso. Si serían compatibles el medio generalmente oculto o engañoso, el veneno, el tiro de gracia, la asfixia, etc. Es obvio que la piedad, como estado subjetivo, debe alegarse por el sindicado, sirviendo la confesión como medio de prueba, si no existen otras pruebas que la infirmen.

El querer producir otros fines distintos a los de mitigar el dolor, ocasionar “un bien”, “una buena muerte”, excluyen el homicidio eutanásico; por ello el homicidio eugenésico se excluye de la figura que se comenta. NIETZSCHE, definió bien esta clase de homicidio por móviles diferentes:

²⁸ DESCARTES, *Las pasiones del alma*, Buenos Aires, Edit. Aguilar, 1971, pág. 169.

“Que los débiles y los fracasados perezcan, primer principio de nuestro amor a los hombres. Y que se les ayude a bien morir”²⁹.

La piedad debe darse en el momento de ejecutar el hecho. Como sentimiento, es en cierta forma reflexivo, puede no ser captado por quien sufre, y entonces la víctima puede estar inocente de la decisión homicida del “piadoso”; pero desde luego, como se dijo en las actas de la Comisión de 1974, “es indudable que cuando se vaya a cometer un homicidio por piedad, habrá de parte del sujeto activo un poco de insidia no en el sentido con que siempre se ha entendido en el derecho penal, sino mirada como disimulo u ocultamiento de los propósitos del victimario”³⁰.

La piedad viene a constituirse como un estado de dolor o ímpetu de dolor, muy similar a la situación regulada por el art. 60 del nuevo Código (art. 28 del anterior), en que hay ofuscación de ánimo, imposibilidad de control pleno de la voluntad y disminución de las capacidades de entender y de querer; se trata por ello de una situación de “imputabilidad disminuida”, que reduce el grado de culpabilidad, similar a la emoción violenta³¹, si es que no la excluye por trastorno mental transitorio, pues el perturbado por el dolor, como dice CARRARA, “no goza de la plenitud de su entendimiento”³².

Lo que diferencia el homicidio eutanásico o pietista del homicidio eugenésico, que suele cometerse contra deformes, deficientes mentales o por móviles raciales, es precisamente el aspecto subjetivo del “móvil y el fin” que persigue la acción. El del homicidio eugenésico es egoísta y busca suprimir una vida inútil o improductiva, depurar la raza, el pueblo o la casta, similar a la finalidad espartana; por ello, el móvil y finalidad del homicidio eugenésico. En la eutanasia la víctima sufre intensamente a consecuencia de la enfermedad o lesión; en la eugenesia no es necesario que haya ni enfermedad, ni sufrimiento. En la eutanasia los móviles son piadosos y de dolor, en cambio en la eugenesia el móvil es egoísta y utilitarista.

No otro era el pensamiento de PLATÓN en *La República*:

“El ciudadano tiene un deber que cumplir en todo Estado bien organizado; nadie puede pasar su vida con las enfermedades y los remedios. Establecerás Glaucón en el Estado una disciplina y una jurisprudencia tales como nosotros las entendemos, prodigando cuidados a los ciudadanos bien sanos de cuerpo y alma. Por lo que respecta a los que no son sanos de cuerpo, se los dejará morir”³³.

Autor del homicidio puede ser cualquier persona que conozca la penosa situación del enfermo o lesionado y se apiade de él. Lo frecuente será que sean los más allegados por lazos de consanguinidad, afinidad o afecto, los que come-

²⁹ FEDERICO NIETZSCHE, *El anticristo*, México, Edic. Mexicanas, 1970, pág. 16.

³⁰ Actas de la Comisión del Proyecto de 1974, “Anteproyecto de Código Penal colombiano”, Bogotá, 1974, pág. 681.

³¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, pág. 599.

³² F. CARRARA, *Programa*, § 1913, Bogotá, Edit. Temis, 1973, pág. 438.

³³ PLATÓN, *La República*, Libro III.

tan el delito; pero no es necesario vínculo alguno de parentesco, basta la simple amistad o aun el solo sentimiento (ejemplo: encontrar un desconocido en ese trance). Pero si existe el vínculo el delito no se agrava, de conformidad con el art. 324, num. 1 del C. P. Nadie más llamado a sentir piedad que el amigo, el pariente, el amante, el cónyuge o el camarada.

El medio para consumir el ilícito puede ser incluso la inducción al suicidio, o llevar a la víctima al convencimiento de que tome la pócima venenosa. Podría desde luego plantearse que puede existir un autor intelectual que ante la imposibilidad de cometer él mismo el homicidio pietista paga o convence a otro para que lo haga. En esta hipótesis, si el autor intelectual procede por piedad, no hay duda que se trata de una autoría de homicidio eutanásico, sin agravante alguna; pero quien mató por simple prebenda o dádiva, comete homicidio agravado.

E) *No se requiere el consentimiento de la víctima*

"Aquel a quien solo le queda un momento de vida ya no tiene que disimular".

QUINAULT

(Cita de EDGAR A. POE)

Punto discutido en la doctrina, es el de si es menester el *consentimiento* de la víctima, para que pueda aceptarse el homicidio piadoso. Así, INGENIEROS piensa que "por poco que se reflexione sobre la psicología de los que despenan, se impone la conclusión de que no son verdaderos 'homicidas', sino 'cooperadores en un suicidio', por cuanto se limitan a satisfacer el *pedido* de sujetos que desean suicidarse y no pueden realizarlo por sí mismos"³⁴.

Ni el Código de 1936 ni el nuevo Código exigen en forma expresa como requisito, el que la víctima pida la muerte o preste su consentimiento, ni siquiera se exige la no oposición de la víctima, condición esta que sí aparecía en el art. 345 del anteproyecto de Código Penal de 1974, que imponía como condición que la víctima no se opusiera; "...siempre que la víctima no se oponga...". Como tal condición fue eliminada del texto del nuevo Código, el juzgador no puede exigir como requisito el que la víctima otorgue consentimiento, ni menos que pida la muerte.

Por ello la víctima puede ignorar el designio homicida, no haber otorgado su consentimiento, debido a encontrarse incapacitado, inconsciente, o ser un infante. Pero como, en todo caso, el móvil del homicidio debe ser "la piedad", mal puede tenerse "piedad", y hablarse de piedad, cuando la víctima en forma expresa se opone³⁵ a la muerte y quiere vivir, e incluso suplica que se le prolongue la vida; si no obstante la oposición de la víctima, se le da muerte, no puede invocarse la piedad, puesto que nadie la puede sentir matando a otro en tales condiciones. La piedad, en tal supuesto, no puede sino impulsar al agente a la búsqueda de recursos que alivien los tremendos dolores del paciente y que le

³⁴ JOSÉ INGENIEROS, *La psicología en el arte*, Buenos Aires, Edit. Losada, pág. 104.

³⁵ Actas Proyecto de 1974, págs. 632 y 634.

prolonguen la vida. "Suprimir la vida de los que tienen vivísimos anhelos de que se les respete este derecho, que es el supremo de la persona humana, no puede, en mi sentir, realizarse nunca por motivos piadosos. En el mejor de los casos puede haber un motivo egoísta"³⁶.

Empero, si existe consentimiento en la muerte, pero no sufrimiento ni dolores o enfermedad, se trata de un homicidio consentido (en el C. P. de 1936) según el art. 368; en cambio, en el nuevo Código, se trataría de un homicidio simplemente voluntario, pues la figura desapareció como tipo especial.

La acción homicida en la eutanasia puede ser por acción u omisión, e, incluso, persuadiendo a la víctima para que se quite la vida, caso en el cual si se da la situación objetiva de enfermedad y sufrimiento, se aplica el homicidio eutanásico (art. 326) y no la figura de inducción al suicidio (C. P., art. 327).

Concluyendo sobre este punto, no se requiere el consentimiento de la víctima, ni el requerimiento³⁷, pero no puede obrarse en contra de la expresa oposición de la víctima que quiera vivir.

9. EL MÉDICO Y LA EUTANASIA

"...Juro por Apolo, médico, Esculapio Higias y Panacea..., que he de observar este juramento... Nunca daré, aun se me pidan, drogas homicidas, ni a nadie induciré a darlas..."³⁸.

La actividad médica tiene por finalidad curar, restablecer la salud, "no hay dolo, porque la conducta no se dirige a causar un daño en el cuerpo o en la salud. No puede haber dolo cuando la acción tiene por fin precisamente, neutralizar, subsanar, paralizar, aliviar los efectos o evitar un daño en el cuerpo o en la salud. Si el fin se logra, ninguna duda cabrá respecto de su atipicidad; una acción que se dirige a conservar o a restaurar un bien no puede ser típicamente dolosa, especialmente cuando logra su finalidad"³⁹. Y aun cuando no se logre el fin curativo, tampoco la conducta será típica por tener intención diferente a la tipificada en el delito de homicidio o lesiones. Por ello la actividad médica de por sí (intervención quirúrgica, tratamiento, trasplante, etc.) es una actividad atípica; solo será posible la tipicidad culposa, cuando el resultado típico sea producido con violación de un deber de cuidado propio de las reglas del arte médico.

La conducta del médico es ontológicamente distinta a la del homicida, por cuanto el aspecto subjetivo de la acción es distinto: el uno busca curar, sanar (lo cual no es típico), y el otro procura matar, dañar (lo cual es típico). Por ello las intervenciones necesarias, y que son la única vía de posible salvación, aun-

³⁶ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1972, pág. 327.

³⁷ De acuerdo, MESA VELÁSQUEZ, pág. 41. *Las actas*, Proyecto de 1974, pág. 634, 635, doctor LONDOÑO.

³⁸ Juramento de HIPÓCRATES.

³⁹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, págs. 410 y ss.

que tengan resultado negativo no son típicas si se han observado las reglas del arte médico; tampoco constituyen homicidio eutanásico; lo mismo ocurre con las intervenciones mutilantes, casos en los cuales para salvar un miembro, la salud o evitar mayores males, es menester amputar un miembro, pues no es la operación la que daña, sino el mal o enfermedad. Igual sucede con los trasplantes (respecto del receptor), los cuales solo pueden practicarse cuando "en concepto de los médicos responsables del paciente los demás métodos terapéuticos resultaren ineficaces" (art. 10 del decreto 2642, de octubre 6 de 1980, que reglamentó los trasplantes de órganos humanos), pues en estos casos se trata de un hecho típico justificado⁴⁰, salvo cuando el médico utilice un procedimiento no suficientemente probado y no cuente con el consentimiento del enfermo; pero en todo caso de trasplante de órganos, se requiere el expreso consentimiento del donante y del receptor (art. 18 del decr. 2642 de 1980).

El médico también puede pisar el campo del homicidio eutanásico, cuando tenga un paciente que sufre intensamente a consecuencia de una enfermedad grave incurable. Pero, dulcificar la agonía, sin anticipar la muerte, no es eutanasia; lo mismo que no lo es el suministrar medios que mitiguen el dolor; la mitigación del dolor sin acortamiento de la vida no es homicidio y por ello no es punible; así, cuando el médico sabe que la muerte se producirá seguramente y que ya no puede hacer nada, el suspender atenciones que detendrían un poco la muerte inminente, no es eutanasia. Tampoco es homicidio eutanásico el asumir con el consentimiento del enfermo un riesgo grande para tratar de salvarle la vida; se trata de una acción atípica. Tampoco será eutanasia la omisión del auxilio necesario; puede tratarse, sí, de un homicidio por omisión impropia (C. P., arts. 19 y 21, inc. 2º), cuando se trata del médico tratante, que tiene el deber de garante; o de una contravención penal (decr. 522 de 1971, art. 45) en caso de omisión de auxilio por parte de cualquier persona, y agravada cuando se trata de médico o practicante. El médico puede cometer homicidio eutanásico, cuando a pesar de la gravedad e incurabilidad, hay esperanza de vida, y para evitar el padecimiento se acorta la vida; pero cuando la muerte es un hecho seguro a la luz de la medicina, y con ello solo lograría prolongar artificialmente la vida por breve tiempo, no hay homicidio. Con razón dijo MEZGER: "... no hay homicidio cuando el médico convierte la lucha con la muerte en una muerte tranquila"⁴¹.

En Colombia se ha fundado un grupo denominado de la "Solidaridad Humanitaria", que pretende establecer el derecho de morir en paz y al cual pueden afiliarse personas que estén dispuestas a firmar una nota, ante testigos, en la cual dispongan que en caso de presentarse una situación en la que no hay esperanza de sobrevivir, no se les mantenga la vida. Parte de esa carta decía: "No temo a la muerte por sí misma, pero sí temo a las miserias de la enfermedad, de la dependencia y del dolor sin esperanza. Temo también abusar in-

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 417.

⁴¹ EDMUND MEZGER, *Derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1959, pág. 48.

voluntariamente del amor, de la paciencia y de la abnegación de mis familiares y amigos. Si se presentare una situación en que no hay esperanza razonable de recuperación de enfermedad física o mental, pido que no se mantenga la vida por medios artificiales o por 'medidas heroicas', y que se administre piadosamente toda medicación o recurso necesario para aliviar mis sufrimientos"⁴².

En las crónicas es famoso el caso del médico Sander, quien, movido por piedad, inyectó aire a una enferma incurable, siendo absuelto por el jurado de Manchester, en febrero 20 de 1950⁴³. Pero, en cambio, la llamada "eutanasia terapéutica" se daría cuando un médico produce la muerte ante la imposibilidad de salvar a un enfermo incurable y en estado grave. Igualmente, se refiere que "en Rusia, en 1929, fueron fusilados por orden del gobierno 117 niños atacados de terribles dolores y condenados a muerte segura por haber comido carne putrefacta. Otro caso también en Francia en 1930: Un hijo dio muerte a su madre, afectada de cáncer, enfermedad prácticamente incurable"⁴⁴.

10. MODALIDADES DE LA EUTANASIA

A) *La eutanasia sin enfermedad ni lesión. Por peligro*

Es factible un homicidio por piedad ejecutado con el fin de librar de intensos sufrimientos, inminentes o actuales, sin necesidad de que haya enfermedad o lesión, o para salvar de una cruenta y más dolorosa muerte que se avecina. Sería el caso de Yom Tob, narrado por PAPINI, quien pasó por las armas a hermanos y amigos para evitar que turbas de fanáticos religiosos, que les exigían la abjuración de su fe, los degollaran horrendamente, sin que pudieran resistir. "La escasez de armas y de alimentos desaconsejaba la resistencia; la fe prohibía la abjuración. Se dirigieron a mí pidiendo consejo. Respondí que era mil veces mejor renunciar a la vida que a la razón misma de nuestra vida, esto es, al Dios de nuestros padres. Muchos obedecieron inmediatamente mi exhortación. José, jefe de la comunidad, degolló con sus manos a Ana, su esposa, y a sus dos hijos. Después me suplicó llorando que le ayudase a morir, ya que, después de aquel espantoso estrago, le temblaban las manos. Dime, tú, si podía negarle aquella gracia después de lo que había dicho, después de lo que había visto. Rogué largamente al Señor que me iluminase, después volví a un lado la cabeza y atravesé con la daga ensangrentada al más amado de mis hermanos... al alba, cuando las mesnadas furiosas de los asaltantes irrumpieron en el castillo, había aún quinientos de los nuestros..."⁴⁵.

Aunque en lo que se deja transcrito no hay enfermedad o lesión que origine la piedad, hay una situación de hecho y de peligro inminente y terrible, más grave si se quiere, y en todo caso comparable al homicidio pietista.

⁴² "El Derecho de Morir en Paz", por ROSARIO ROSS. Tomado de la Revista Cromos núm. 3263, Bogotá, julio de 1980.

⁴³ Véanse casos en EUGENIO CUELLO CALÓN, *Tres temas penales*, pág. 125.

⁴⁴ RICARDO LEVENE, *El delito de homicidio*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1970, pág. 140.

⁴⁵ GIOVANNI PAPINI, *El juicio universal*, Barcelona, Edit. Planeta, 1959, pág. 376.

B) *La eutanasia por situaciones sociales, económicas*

"Hemos rechazado un resto de vida que ya no podría llamarse vida, un despojo edvida más espantoso que la muerte.

"Hemos rechazado el atroz desgaste y suplicio de la carne, la injusticia de una inminente condena, la amenaza de una esclavitud que no prometía otro camino de rescate..."⁴⁵.

Son frecuentes en nuestro país situaciones en las cuales grandes masas de la población, ante la carencia absoluta de medios materiales de vida, tales como vivienda, alimento, salud, vestido, y, en fin, lo más elemental, soportan en vida un escalofrío más terrorífico que la muerte, situaciones en que la vida ya no es un "dón", sino un permanente castigo de dolor y sufrimiento, y entonces viene el homicidio de la familia (generalmente los infantes para evitar que sufran más) con suicidio o intento de suicidio final del padre.

Estos casos, cuando no son producidos por trastorno mental transitorio (C. P., art. 33, inc. 2º), o trastorno mental permanente (art. 31), deben juzgarse como un homicidio piadoso. Con interpretación analógica, no se trata de una eutanasia meramente económica, sino de situaciones de verdadero dolor ante la falta de las más elementales condiciones de vida, situaciones en las cuales la existencia de los hijos y la familia es cruenta e inhumana.

C) *Eutanasia económica*

Referida a situaciones que el móvil para la producción de la muerte es meramente económico; la improductividad y los costos que origina mantener el individuo inválido. En estos casos no se trata de una verdadera eutanasia piadosa, sino de una eliminación por móviles egoístas y no piadosos, cual es el de quitarse una carga.

Estaríamos frente a un homicidio agravado (C. P., art. 324, num. 4).

La llegada de Hitler al poder, constituyó ocasión propicia para este tipo de eutanasia (eugenésica y económica); así las tesis de Nuremberg (protección de la sangre alemana, ley 14 de 1933), de esterilización de enfermos, degenerados, y el programa de 1939, son expresiones de una eutanasia de carácter eugenésico o económico y no de homicidio pietista.

D) *Eutanasia eugenésica*

Consiste en propiciar la muerte por factores raciales, para mejorar determinado núcleo racial, dando muerte a los débiles, malformados, degenerados o enfermos de mente. Responde al interrogante formulado por sus sostenedores del "¿por qué obligar a los sanos a la carga de mantener a los inútiles?". Como se ve, se trata de una eutanasia utilitarista e inhumana, fruto de la concepción del "hombre mercancía", tesis esta ajena a todos los postulados de la ciencia penal. Tal delito, abominable por cierto, solo puede considerarse agravado y nunca un homicidio eutanásico. Muchos individuos defectuosos fueron figuras geniales: BYRON, LEOPARDI, SCHUMANN, DONIZETTI, DOSTOIEVSKI y el mismo NIETZSCHE, entre otros.

E) *Eutanasia por omisión*

"Art. 19. *Acción y omisión*. El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión".

"Art. 21, inc. 2º. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

La muerte puede ocasionarse por acción o por omisión. Ontológicamente, en el mundo natural, la omisión no existe, solo existe la acción; la omisión es una creación valorativa de un comportamiento, que no es como lo ordena el derecho; la omisión solo existe en el aspecto típico, no en el natural. Por ello, el homicidio eutanásico también puede ser ejecutado o producido por omisión, es decir, por un prescindir de suministrar los cuidados y tratamientos a que se está obligado, que podrían curar o evitar la muerte. El delito se puede realizar por acción o por omisión, pero para ser autor de tipo penal de omisión impropia, se requiere tener la obligación jurídica de salvaguardar el bien jurídico, el deber jurídico de impedir el resultado, esto es, tener la posición de "garante del bien jurídico", obligación que debe surgir del orden jurídico⁴⁷, pues si el individuo no tiene la obligación de cuidar, vigilar, conservar, custodiar, etc., el bien jurídico, no se convierte en autor del tipo penal de homicidio por omisión impropia; por ello pueden cometer eutanasia por omisión, quienes tengan el deber jurídico de impedir la muerte del enfermo o lesionado y puedan hacerlo, y prescindir de ejecutar las acciones de apoyo, salvación, cuidado, del que eran capaces.

El médico tratante de una persona, el padre, el hijo, el cónyuge, tienen el deber jurídico en cuanto estén en capacidad de hacerlo, de impedir la muerte; y si voluntariamente no la evitan pudiendo hacerlo, y obran con el fin de propiciar la muerte para poner término a los sufrimientos del enfermo o lesionado, estamos ante un homicidio eutanásico por omisión⁴⁸.

Si la persona no tiene el deber jurídico de impedir el resultado (C. P., art. 21, inc. 2), no puede ser autor de homicidio por omisión, pues no tiene la posición de "garante del interés jurídico"; solo sería responsable de omisión de auxilio (contravención penal) según el art. 45 del decreto 522 de 1971, que se agravaría si a consecuencia de la omisión de auxilio, ayuda o apoyo, resultare la muerte.

El homicidio puede realizarse por acción u omisión, y tanto "mata a otro" quien positivamente le produce la muerte, como quien no lo salva pudiendo hacerlo y estando obligado, en la misma forma en que es autor, quien manda a matar.

Pero en las hipótesis en que el médico ya no puede hacer, o que resulta infructuosa la tentativa de salvación, en que la ciencia médica se declara impotente y solo cabe esperar el desenlace mortal, el abandono de los cuidados no es homicidio, pues nadie está obligado a lo imposible. El homicidio eutanásico

⁴⁷ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 373.

⁴⁸ En contra, CUELLO CALÓN, ob. cit., pág. 159.

⁴⁵ *Ibidem*.

del médico se produciría, cuando hay una esperanza de salvación; si se deja de ejecutar aquellas intervenciones que solo prolongarían la vida por breves instantes o minutos, no hay homicidio; en cambio, si se deja de suministrar tratamientos a los enfermos lisiados que a pesar de la gravedad de la situación pueden y tienen esperanza, aunque sea remota, de salvación o prolongación más o menos considerable de vida, hay homicidio eutanásico⁴⁹. Así piensa MEZGER, quien opina: "Lo seguimos sosteniendo, la ayuda a morir sin abreviación de la vida es, con arreglo a su naturaleza, un tratamiento curativo, y está sometido, como tal, a las reglas correspondientes (se refiere a las reglas del arte médico); en cambio la ayuda a morir con abreviación de la vida está siempre prohibida y es antijurídica"⁵⁰.

11. EFECTOS Y CONSECUENCIAS

A) El homicidio piadoso, acarrea la aplicación del art. 326 del C. P. (art. 364 del C. P. de 1936), el cual es un tipo penal especial, siempre y cuando el autor del hecho no haya cometido el delito en estado de desequilibrio mental.

B) Exclusión de culpabilidad (C. P., art. 40), en los casos en que el individuo obre en estado de trastorno mental transitorio originado en la perturbación de conciencia que le produjo el conocimiento de la enfermedad grave e incurable o la lesión. Debe tratarse de un trastorno de la conciencia, breve, pasajero, que pase definitivamente sin dejar secuelas⁵¹.

C) Puede darse el caso en el cual el autor se encuentre en estado de perturbación síquica, más o menos perdurable, que no sea fugaz, la cual sea propia de un estado de inimputabilidad (C. P., art. 31), caso en el cual no habrá culpabilidad (en el nuevo Código Penal), por falta de imputabilidad.

D) Las agravantes del homicidio (C. P., art. 324) son inaplicables en el caso de homicidio pietista. Se trata de un tipo especial o autónomo, que se aplica independientemente del básico y de los subordinados.

E) Siendo el homicidio eutanásico un caso especial de homicidio emocional, en que el autor obra en estado de dolor profundo, es incompatible con el art. 60 del C. P. (atenuante de la ira e intenso dolor), máxime cuando el art. 60 (C. P., de 1936, art. 28), exige un "comportamiento ajeno grave e injusto" de parte de la víctima.

F) Se puede ser cómplice de este delito, sin necesidad de obrar también por piedad. La complicidad es una figura accesoria a la autoría. Si es cómplice del delito concreto y no de homicidio en general, sino de homicidio pietista. Cabe la tentativa.

⁴⁹ GUILLERMO URIBE CUALLA, *Medicina legal, toxicología y psiquiatría forense*, Bogotá, Edit. Temis, 1977, pág. 283.

⁵⁰ EDMUND MEZGER, ob. cit., pág. 47.

⁵¹ Véase nuestro artículo "La exclusión de culpabilidad por trastorno mental transitorio", en la revista *Veredicto*, julio-setiembre 1980, Popayán, págs. 10 y ss.

G) El homicidio piadoso puede ser cometido por acción u omisión, e incluso por medio de la inducción al suicidio, caso en el cual subsiste el homicidio eutanásico. El hecho puede ser de lesiones personales.

H) Otro medio de omisión en el homicidio eutanásico o pietista, puede ser el abandono del enfermo o lesionado a quien se tuviere el deber de cuidar. Si el abandono es un medio para producir la muerte (y no para librarse de la obligación de cuidar, custodiar, etc.), se trata de homicidio eutanásico y no del delito de abandono de que tratan los artículos 346 a 348 del C. P. El delito de abandono requiere la intención de sustraerse a las obligaciones de guarda, cuidado, tutela, custodia de un menor de 12 años o inválido; si se abandona con la intención de provocar la muerte, se trata de un homicidio; supone el abandono una voluntad de abandonar y no de matar⁵².

Popayán, noviembre de 1980.

⁵² Actas Proyecto de 1974, pág. 720. Asimismo, PACHECO OSORIO, ob. cit., pág. 520; SILVIO RANIERI, *Manual de derecho penal*, vol. v, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 395.