

# EL REPLIEGUE PENAL COMO EXPRESIÓN DE HUMANISMO: UNA MUERTE DIGNA Y SIN PENA.

CRIMINAL  
RETRACTION AS AN  
EXPRESSION OF  
HUMANISM: A  
DIGNIFIED DEATH  
WITHOUT PENALTY

Pablo Daniel Vega<sup>1</sup>

## Resumen

He tenido la enorme distinción de haber sido convocado para efectuar cierta contribución a una obra colectiva que versará sobre la reciente sanción por parte del Senado de la Nación, que se ha concretado en la ley 26.742, orientada a la protección de la dignidad de los enfermos en situación de agonía por una enfermedad terminal. ¿Será entonces que reside en esta incapacidad del ser humano por sentirse próximo a quien atraviesa esa especial coyuntura en que la vida se apaga, la principal dificultad para gestar una regulación legal susceptible de contemplar todas las necesidades emergentes de

aquella? Veamos entonces el grado de correspondencia que cabe predicar respecto de la modificación legislativa examinada con relación a aquellos tres grandes segmentos que hacen al saber penal.

Palabras-clave: Repliegue penal. Humanismo. Muerte digna.

## Abstract

*I had the great distinction of being called to make some contribution to a collective work that will focus on the recent passage by the Senate of the Nation, which has resulted in 26,742 law aimed at the protection of the dignity of the sick situation in agony for a terminal illness. Is it then that resides in this inability of human beings to feel close to whoever crosses this particular juncture when life goes off, the main difficulty to gestate legal regulation susceptible to behold all emerging needs it? Consider then the degree of correspondence be preaching on the legislative amendment discussed in relation to those three main segments that make the criminal know.*

Keywords: Criminal retraction. Humanism. Dignified death.

## I. INTRODUCCIÓN

He tenido la enorme distinción de haber sido convocado para efectuar cierta contribución a una obra colectiva que versará sobre la reciente sanción por parte del Senado de la Nación, que se ha concretado en la ley 26.742, orien-

---

<sup>1</sup> Professor da Universidad Nacional de Buenos Aires e da Universidad Nacional de la Pampa – Argentina.

tada a la protección de la dignidad de los enfermos en situación de agonía por una enfermedad terminal.

Se trata de una decisión legislativa que se erige en reforma de la ley 26.529, consagradoria ésta de los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, la cual parece inscribirse en un proceso que avanza en el camino de afianzar los derechos fundamentales del ser humano y que a la vez lo enfrenta con su más crucial dilema existencial: *la finitud de la vida*.

Es que, como bien lo explica el sociólogo Norbert Elías, de entre las muchas criaturas sobre la tierra que han de morir “tan sólo para los hombres es un problema morir. Comparten con los restantes animales el nacimiento, la juventud, la madurez sexual, la enfermedad, la vejez y la muerte. Pero tan sólo ellos de entre todos los seres vivos *saben* que han de morir. Tan sólo ellos pueden prever su propio final, tienen conciencia de que puede producirse en cualquier momento, y adoptan medidas especiales —como

individuos y como grupos— para protegerse del peligro de aniquilamiento” (ELÍAS, 2009, pp. 22-23).

Ciertamente, la conciencia por parte del ser humano acerca de la finitud de la existencia sumada al inmortal anhelo de inmortalidad configura el drama humano tan claramente sintetizado por Miguel de Unamuno en una de sus más personales obras: *Del sentimiento trágico de la vida*.

Mas el abordaje de semejante drama no se halla ajeno a la propia configuración social, al modo en que ha sido culturalmente entendido, o, quizás, a la capacidad que tenemos de identificar nuestro “ser” con aquel momento final que viene a negarlo. *Morturi te salutant*<sup>2</sup> era el lema con que los gladiadores saludaban al César al ingresar al ensangrentada arena y ello parece haber convencido a algunos césares de que, cual dioses, eran inmortales. Nuevamente debo relevar a Norbert Elías cuando precisa al respecto que más exacto habría sido si el

---

<sup>2</sup> “Los que han de morir, te saludan”.

grito de los gladiadores hubiera sido “*Morituri morituum salutant*”<sup>3</sup>; agregando luego que “Poder decir una cosa semejante a los gobernantes —a ellos que, todavía hoy, siguen teniendo potestad sobre la vida y sobre la muerte de innumerables seres humanos— requiere una desmitologización de la muerte, una conciencia mucho más clara de la que hasta hoy se ha podido alcanzar de que la humanidad es una comunidad de mortales y que los seres humanos sólo pueden, en su menesterosidad, recibir ayuda de otros seres humanos. El problema social de la muerte resulta sobremañera difícil de resolver porque los vivos encuentran difícil identificarse con los moribundos” (ELÍAS, 2009, pp. 22).

¿Será entonces que reside en esta incapacidad del ser humano por sentirse próximo a quien atraviesa esa especial coyuntura en que la vida se apaga, la principal dificultad para gestar una regulación legal susceptible de con-

templar todas las necesidades emergentes de aquélla?

Claro que tal interrogante no puede ser respondido sin antes precisar qué significa que la vida se apague; y, en todo caso, si ello constituye un proceso que tiene que ver con la vida misma o, antes bien, con su ya incontrolable cancelación. En otras palabras: ¿se trata de pensar en el derecho que el individuo tiene de morir con dignidad, o, en verdad, del derecho que tiene a vivir con dignidad hasta el final de sus días?

Ahora bien, dado que la perspectiva desde la cual habré de examinar las cuestiones aquí implicadas ha de ser la jurídico-penal, el desarrollo de las temáticas en cuestión no puede soslayar el abordaje de tres grandes capítulos, a saber: a) el enfoque liberal de la legislación penal; b) la teoría del bien jurídico y c) la teoría de la imputación (en que cobra significativa relevancia, el consentimiento).

No desconozco que la problemática legislada ha de provocar dilemas éticos y morales en los profesionales de la salud, atravesados por el jura-

---

<sup>3</sup> “Los que han de morir saludan al que ha de morir”.

mento hipocrático. Pero tampoco cabe ignorar que entre las contribuciones más importantes al derecho penal liberal se cuenta la distinción entre el ámbito de la moral y el que es propio del derecho, cuestión que había inaugurado Christian Thomasius y que profundizó Feuerbach (ZAFFARONI *et al.*, 2002, p.281) autor del Código Penal para el Reino de Baviera de 1813 (FEUERBACH, 1989, p. 389), que fuera tomado de modelo por Carlos Tejedor, a través de la traducción francesa de Vatel de 1852, para elaborar su proyecto de Código Penal que marcó la línea orientadora del que fuera finalmente sancionado en 1921.

Veamos entonces el grado de correspondencia que cabe predicar respecto de la modificación legislativa examinada con relación a aquellos tres grandes segmentos que hacen al saber penal.

## II. EL ENFOQUE LIBERAL DEL DISCURSO JURÍDICO PENAL

Ya he relevado la importancia de la distinción entre

“moral” y “derecho”, que ha llevado a Carlos Nino a proclamar la ilegitimidad de las leyes penales que se dirigen meramente a prevenir el “daño” de la autodegradación moral, y que exige consecuentemente que dichas leyes estén sólo destinadas a prevenir los actos que lesionen bienes, intereses o derechos de otras personas distintas de sus agentes (NINO, 2006, pp. 304-305).

Se trata en definitiva de la consagración del *principio de lesividad* consagrado en el art. 19 constitucional<sup>4</sup>, del que se

---

<sup>4</sup> *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.* Esta fórmula –nada común en el derecho constitucional comparado– se remonta a 1815 y coloca al principio de *ofensividad jurídica general* (no limitado a la ley penal sino a toda acción estatal) como pilar del estado de derecho. En consecuencia, por imperativo de la ley suprema, la *ofensividad* es presupuesto de cualquier coacción jurídica, lo que en el campo penal se traduce en la exigencia de que la tipicidad presuponga la *ofensa a un bien jurídico* (por lesión o por peligro); esta es la *ofensividad penal*. Un estudio profundo relativo a la

genealogía y a los alcances de dicha norma supralegal. (SAMPAY, 1975).<sup>9</sup> Señala Ferrajoli que el pensamiento liberal ha configurado la separación entre las esferas pública y privada como separación entre *derecho* y *moral* para la tutela de las libertades de conciencia y de pensamiento, aunque distingue dos significados de esta conquista de la civilidad: uno que denomina *asertivo* y *teórico* y según el cual la separación entre moral y derecho es corolario del positivismo jurídico, es decir, de la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente. Así, desde este punto de vista, la tesis expresaría dos recíprocas autonomías: la autonomía del derecho respecto de la moral, entendiendo “moral” en el más amplio sentido; y la de la moral respecto del derecho, como esferas distintas, una pública y la otra privada. Al segundo significado lo llama *prescriptivo* o *axiológico* y, según él, la separación es consecuencia del liberalismo político. Desde esta perspectiva, el derecho y el Estado no encarnan valores morales ni tienen el deber de afirmar, reforzar o sostener una determinada moral, cultura o religión, ni siquiera de tipo laico o civil. Es en razón de ello que el Estado no debe inmiscuirse en la vida moral de los ciudadanos, defendiendo o impidiendo sus estilos de vida, sus creencias ideológicas o religiosas, sus opciones políticas o culturales. Su único cometido es tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la supervivencia

derivan las siguientes consecuencias sustanciales: a) el Estado se halla impedido de establecer una determinada moral; b) por el contrario, debe garantizar un ámbito de libertad moral y c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son precisamente el ejercicio de dicha libertad<sup>5</sup>.

Como podrá apreciarse más adelante —en ocasión de expedirnos acerca de la teoría de la imputación penal—, dicho principio constituye una de las garantías básicas propia de un derecho penal acorde a un Estado Constitucional de Derecho, en la medida en que la intervención punitiva se

---

y la igualdad (FERRAJOLI, 2011, p. 303-304).

<sup>10</sup> Según lo explica Ferrajoli, se trata de un principio que lo impone la secularización del derecho y su separación de la moral y cuyo origen se remonta a Aristóteles y Epicuro y que ha de ser denominador común de toda la tradición ilustrada: de Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, todos los cuales ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas (Cfr. FERRAJOLI, 1995, p. 466).

encuentra subordinada a la necesaria comprobación de la afectación de un bien jurídico: *nullum crime sine injuria*.

Sin dudas, este principio de raigambre constitucional se inscribe dentro de una serie de axiomas de dicha naturaleza que imponen límites al poder del Estado y, en particular, a su herramienta punitiva. La relevancia de dicho poder se percibe sin dificultad cuando se repara en que todos los que pensaron la política desde la filosofía se ocuparon del poder punitivo (Kant, Hobbes, Locke, Hegel, Nietzsche, Feuerbach, entre muchos otros), lo que demuestra que no erraron su diagnóstico cuando lo consideraron una cuestión central del poder político (ZAFFARONI *et al.*, 2002, p.286).

Lo cierto es que los penalistas del contractualismo se debatieron entre la necesidad de legitimar el poder punitivo y, a la vez, de limitarlo o acortarlo, lo que los llevó a formular teorías fundamentadoras del castigo estatal que o bien caían en el paradigma retributivo –sea como teoría subjetiva (Kant) u objetiva (Hegel)

de la retribución–, o bien en el utilitarismo por vía de la prevención general o especial (de signo positivo o negativo en ambos supuestos) (SÁNCHEZ, 2007).

Hemos de coincidir con Zaffaroni en su afán superador de aquella gran contradicción que implica el denodado esfuerzo por legitimar un poder que, a la vez y constantemente, debe ser limitado para evitar que el estado de policía someta por completo al estado Constitucional de Derecho, afán que se materializa en una perspectiva deslegitimante del poder punitivo que lo impulsa a bogar por una teoría agnóstica y negativa de la pena (ZAFFARONI *et al.*, 2002, p.44).

De esta manera, el derecho penal habrá de ser un saber cuya función política será la de reducir del modo más racional posible el ejercicio irracional del poder punitivo por parte de las agencias del Estado.

### III. LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO

El bien jurídico es un concepto insustituible no sólo para la elaboración del programa de criminalización primaria sino también para su interpretación dada la naturaleza bifronte que cabe predicar de los tipos penales, por cuanto son necesarios al poder punitivo formal para habilitar su ejercicio y, al mismo tiempo, han de resultar imprescindibles para que el derecho penal pueda llevar a cabo una exégesis reductora del ámbito de lo prohibido.

Sin embargo, la asunción acrítica de cualquiera de las teorías de la pena (o su ecléctica asimilación) ha llevado a creer que la legislación penal constituye un medio hábil para tutelar bienes jurídicos sea por vía de la retribución o bien de la prevención en cualquiera de sus manifestaciones.

Así, el mito del *bien jurídico tutelado penalmente* —me pregunto cómo puede hacerlo un poder cuya intervención ha de ser estructuralmente extemporánea, puesto que se manifiesta una vez que la afectación al

bien jurídico ya se ha concretado— es entonces producto de una confusión que es además incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal<sup>6</sup> así como con el carácter sancionador de ésta.

Ciertamente, la existencia del bien jurídico no obedece a un impulso creativo de la ley penal sino que ésta únicamente se limita a individualizar algunas formas particulares de afectación a dichos intereses que, antes bien, deben su razón de ser a la Constitución, al derecho internacional y al resto de la legislación no punitiva.

Por el contrario, sí cabe reconocer la existencia de un uso limitativo del concepto de bien jurídico que permite velar por el respeto a una exigencia constitucional básica condicionante de la habilitación del ejercicio del poder punitivo, como ha de serlo el ya aludido principio de lesividad u ofensividad. En definitiva, el bien

---

<sup>6</sup> Contra el que sin dudas se manifiesta lo que se ha dado en llamar el *proceso de administrativización de la legislación penal* que hace de ella un recurso banalizado, de aspiración completa más que fragmentaria.

jurídico penalmente tutelado responde a un uso legitimante de la pena que se manifiesta en franca oposición al concepto limitativo de la intervención penal que requiere la comprobación de un *bien jurídico afectado significativamente*.

Como claramente lo expone Zaffaroni (2002, p.487-488), “...se trata de dos ideas diferentes, nacidas en tiempos históricos distantes y con objetivos políticos diametralmente opuestos. El bien jurídico es siempre un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir. Cuando se pretende su supresión, en realidad se oculta otro bien jurídico y otro titular. La idea de tutela es indispensable para legitimar la confiscación de la víctima y, como tal, es propia del momento de asentamiento del poder punitivo (siglos XII y XIII). La limitación de la tutela mediante la ofensividad, lesividad o conflictividad, es propia de la Ilustración y, por ello, del siglo XVIII. Puede reconocerse el concepto de bien jurídico tutelado en el

*Malleus*<sup>7</sup>, en tanto que el concepto limitativo tiene su claro origen en Feuerbach, aunque no había acuñado aún el nombre (lo identificaba con derechos subjetivos), que aparece con Birnbaum y penetra en la dogmática del siglo XX como elemento teleológico en la teoría de von Liszt”<sup>8</sup>.

Pero, ¿qué es lo que cabe entender por bien jurídico?

Ciertamente, se trata de una pregunta cuya respuesta llevaría a repasar las distintas concepciones relativas al bien jurídico, lo cual excede el planteamiento que ha generado este espacio. Sin embargo, no debe omitirse la toma de pos-

---

<sup>7</sup> *Malleus Maleficarum o Martillo de las Brujas*, obra de los inquisidores dominicos Heinrich Kraemer y James Sprenger. Si bien no es fácil establecer la fecha exacta de su publicación –porque hay varias ediciones sin fecha–, Zaffaroni sostiene que muy probablemente haya aparecido en 1484.

<sup>8</sup> Encarnó el positivismo sociológico dentro de la lucha de escuelas que lo enfrentaba al positivismo jurídico de Karl Binding. Intentaba integrar la política criminal a la dogmática penal, aunque concebía a esta última como limitadora de aquélla, erigiéndose en la *Carta Magna del delincuente*.

tura y encarar entonces dicho interrogante desde la perspectiva que más concilia con los explicitados fines asignados al derecho penal. En tal sentido, cabe consignar que el uso limitativo del concepto de bien jurídico lleva a priorizar la concepción liberal originaria, según la cual el objeto del delito debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona, uno de los bienes fundamentales para cuya tutela nace el Estado (así, la vida, la libertad, la salud, etc.) (FERRAJOLI, 1995, p.468).

Dejando de lado la parábola involutiva de la doctrina del bien jurídica que pasa de la tutela de derechos subjetivos a la tutela del Estado, Zaffaroni, siguiendo el sendero trazado por el pensamiento ilustrado, prefiere concebirlo como *relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*, destacando que pese a que comúnmente se mencionan los bienes jurídicos conforme a los objetos, su esencia consiste en la relación de disponibilidad y no en los objetos mismos (ZAFFARONI *et al.*, 2002, p.489).

Me resulta interesante destacar al respecto que la vida

ha de ser el bien jurídico más disponible teniendo en cuenta que a cada instante se dispone de cada segundo, minuto, hora o tiempo de vida. El interés que despierta este aspecto de la teoría asumida sobre la cuestión examinada parece de toda claridad, pues justamente se trata de establecer los alcances que tiene la autonomía de la voluntad respecto del modo en que puede disponerse de la vida como bien jurídico fundamental de la persona humana.

Un similar parecer caracteriza al pensamiento de Luis Niño sobre tal asunto, en la medida en que, por un lado, adopta el criterio de la *relación de disponibilidad* como objeto de protección del derecho y, a su vez, también ratifica el rasgo ciertamente disponible de la “vida humana”. En sus propias palabras (NIÑO, 2005, p. 127): “(s)i la vida es esencialmente tiempo, nada es más cierto que afirmar que solemos gastarla del modo que nos plazca, dentro de las posibilidades que ofrece nuestra circunstancia. Inclusive, frecuentemente se nos premia y condecora por arriesgar-

la”); concluyendo que “...fervores religiosos y prejuicios éticos aparte, cabe coincidir en su genérica disponibilidad y en su cotidiana disposición”.

Por cierto, esta concepción del bien jurídico presupone no caer en la corriente confusión de identificar *disposición* con *destrucción*, pues, de lo contrario, no resultaría viable considerar a la vida un bien disponible.

Sucede que, en rigor, la destrucción constituye un límite extremo muy poco usual de la disponibilidad, dado que, en puridad, la forma ordinaria de disponibilidad es justamente el uso o aprovechamiento del objeto de esa relación (ZAFFARONI *et al.*, 2002, p.128). Entonces, de lo que se trata es de poder establecer o determinar cuáles son los límites de esa disponibilidad referida a la vida.

La propia ley que motivó este comentario ya indica un límite concreto cuando en su art. 6° –modificatorio del art. 11 de la ley 26.529– prescribe que la obligación de los médicos a cargo del paciente de aceptar las directivas anticipa-

das que éste ha dado sobre su salud, cede cuando los tratamientos médicos paliativos impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, a tal punto que en ese supuesto “se tendrán por inexistentes”.

Evidentemente, no se ha consagrado un derecho a morir generador en los demás del deber de abstenerse de interferir en la decisión de quien llega voluntariamente a semejante acto extremo de disposición. En efecto, como bien lo explica María Angélica Gelli, “(e)l denominado *derecho a morir con dignidad* no se confunde ni asimila a la eutanasia, entendida ésta como toda acción destinada, de modo directo, a procurar la muerte de otro, por piedad y con ayuda de terceros. Aquel derecho implica, en cambio, reservar para el enfermo –o para sus familiares o representantes, si carece de conciencia– la decisión del tratamiento a seguir, o de no continuar ninguno o de ingerir medicinas para atemperar el dolor, aunque, colateralmente, esto lleve a debilitar o extinguir la vida personal. Es, entonces, ***un derecho a vivir –y vivir los últimos instantes***

***de la existencia- con dignidad***' (GELLI, 2012, p. 94)<sup>9</sup>.

El fin de dicha reforma legislativa ha sido claramente reafirmar tanto el “principio de libertad” como la “autonomía personal” respecto de quienes atraviesan penosas situaciones existenciales por padecer una enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal, o hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos o prácticas médicas que resulten extraordinarias o desproporcionadas en relación con las perspectivas de mejoría, o cuando produzcan un sufrimiento desmesurado, al punto de poder rechazar procedimientos de alimentación o hidratación que generen como único efecto la prolongación en el tiempo del estadio terminal irreversible e incurable.

Adviértase que la ley conjuga el derecho personalísimo

a disponer de la propia vida con el derecho personalísimo a no sufrir desmesuradamente ante una situación que es irreversible<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Binding se refiere al sufrimiento del enfermo terminal en los términos siguientes: “(e)n el instante mismo en que se esclarece que la causa segura de la muerte dolorosa está definitivamente establecida, se tiene un panorama seguro para la muerte pronta. Nada se altera en esta situación de amenaza de muerte, más que un cambio de la causa mortal presente por otra con igual efecto pero que se propone evitar el dolor. Esto no es un ‘*acto de homicidio en sentido jurídico*’, sino una variación de la causa de muerte ya irremisiblemente instalada y cuya anulación no es viable; se trata en *verdad de un acto de pura cura*. ‘Hacer desaparecer el tormento es también parte de la tarea de curar’”. Claro que en este pasaje Binding niega relevancia penal a la propia *eutanasia activa* cuando ella es practicada respecto de personas cuya muerte ha de ser irremisible (BINDING, 2009, p. 61-62.). Lo triste es que Binding extiende los supuestos de licencia para matar hasta abarcar hipótesis de *eutanasia eugenésica*. Así, cuando se pregunta si existen vidas humanas en las que el carácter del bien jurídico haya menogado de modo tan decisivo que su continuación haya perdido todo valor para sus titulares y para la sociedad?, no duda en responder que

---

<sup>9</sup> Cfr. En definitiva, se trata de aplicar el criterio clásico de distinción entre los actos médicos realizados con el fin de obtener un resultado, de los tratamientos llevados a cabo a pesar del resultado –secundario o eventual.

---

los seres humanos de que se trata encuadran en dos grandes grupos: 1) *los que a causa de una enfermedad o herida están irremisiblemente perdidos, en posesión de una comprensión absoluta de su situación y de alguna manera han dado a conocer el apremiante deseo de una salvación, y 2) aquellos imbéciles incurables, tanto los que lo son de nacimiento como los que se han vuelto tales, como los paralíticos en el último estadio de su padecimiento.* Al respecto, sostiene: *Estos no tienen voluntad de vivir ni de morir, de modo que no existe por parte de ellos ningún consentimiento para la muerte que deba atenderse; por otro lado, el homicidio no colisiona con ninguna voluntad de vivir que deba ser quebrada. Su vida carece en absoluto de finalidad, pero no la sienten como intolerable. Para sus parientes y para la sociedad representan un lastre terriblemente pesado. Su muerte no provoca el más mínimo vacío para nadie, excepto quizá en el sentimiento de su madre o de la fiel cuidadora. Y aún más, continúa diciendo: Dado que requieren grandes cuidados, dan ocasión para que se genere una vocación humana a partir de ellos, dedicada plenamente a aplazar años y décadas la vida que carece en absoluto de valor de vida. No puede negarse que esto importa un contrasentido espantoso, un abuso de fuerza vital para fines indignos de ella. De nuevo no encuentro en absoluto motivo alguno, tanto desde el punto de vista social, como ético o religioso, para no otorgar licencia para la muerte de estos seres humanos, que configuran la horrorosa contraimagen de los verdaderos humanos, y que casi en todos despiertan un espanto que mueve a desembarazarse de ellos (ver, *Idem*, pp. 69 y ss.).*

El contexto situacional en que la ley reafirma la autonomía de la voluntad o el valor del consentimiento en cuanto vinculante para el profesional de la salud, responde a lo que se conoce como *ortotanasia*, entendida como la muerte correcta, a su debido tiempo, sin que se produzca una situación de eutanasia, sin que se le adelante ni se le procure, pero sin que, tampoco, se la prolongue en situaciones irracionales para el enfermo. En definitiva, se utiliza este concepto precisamente para aludir a la muerte digna o debida a toda persona (NIÑO, 2005, p.86). Se trata de evitar la llamada *distanasia*<sup>11</sup>, de la que puede derivar el denominado *encarnizamiento terapéutico*<sup>12</sup> que conduce a un mayor sufrimiento del paciente o a un sufrimiento innecesario, con lo que se agrede su derecho a morir (o bien, vivir) con dig-

---

<sup>11</sup> Alargamiento en forma innecesaria y artificial, además de contraproducente, de la vida de una persona.

<sup>12</sup> En cuanto al sentido de dicha expresión y al uso de medios ordinarios o extraordinarios de reanimación, *vid.* (NIÑO, 2005, p. 182).

nidad (SAMBRIZZI, 2012, p. 124).

El progreso de la ciencia en las sociedades desarrolladas permite esperar más que nunca el aplazamiento de la muerte merced al arte de los médicos, pues nunca se ha hablado tanto de los métodos más o menos científicos para prolongar la vida. Recuerda Norbert Elías que “(e)l sueño del elixir de la vida y de la fuente de la juventud es sin duda muy antiguo. Pero sólo en nuestros días ha tomado forma científica o, según los casos, seudocientífica. Al conocimiento de que la muerte es inevitable se le sobrepone el esfuerzo de aplazarla más y más con ayuda de los médicos...” (ELÍAS, 2009, p.81-82). Tal vez por ello la medicalización de la muerte pueda implicar, en ciertos casos, la expropiación al moribundo de, quizás, su momento más íntimo con la vida (el de su muerte), llevando al poeta Rilke a decir: "quiero morir de mi propia muerte, no de la muerte de los médicos" (*Apud* THOMAS, 1993).

En esta línea cabe entender la modificación legislativa

efectuada por la ley 26.742, pues evidencia su solidaridad con el enfermo moribundo – especialmente con quien se halla en estado terminal–, a quien se lo respete como persona al reconocérsele el derecho a culminar su vida dignamente. Desde luego que la regulación legal prevé las formalidades en que tales derechos pueden ejercerse (consentimiento informado por parte del paciente o de sus representantes legales; revocabilidad de la decisión tomada por el paciente –que alcanza también a las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193–; posibilidad de consentir o rechazar determinadas prácticas o tratamientos médicos, formalizado por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, y en presencia de dos testigos, etc.), lo cual puede traer aparejado, sin dudas, un conjunto de cuestiones jurídicas de disímil naturaleza que la judicatura deberá precisar y decidir por vía interpretativa.

Mas el propósito de mi intervención es definir desde la perspectiva jurídico-penal cómo debe canalizarse la falta

de responsabilidad que la ley establece respecto de los profesionales que hayan obrado en cumplimiento de esta ley (art. 7 que incorpora el art. 11 *bis* a la ley 26.529); para lo cual resultará menester abordar el tópico relativo al siguiente capítulo dedicado –tal como lo hube mencionado– a la teoría de la imputación penal.

#### IV. LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DENTRO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

Señala Jescheck que la historia del consentimiento como causa de justificación se remonta en el tiempo y se expresa en el conocido aforismo jurídico *volenti non fit iniuria*<sup>13</sup>. Este principio jurídico todavía válido en la actualidad significaba para el derecho romano que el consentimiento poseía fuerza justificante en todos los supuestos de injuria (lesión de los derechos de la personalidad, incluidos la inte-

gridad física y la vida), dado que cada ciudadano podía disponer libremente de su propia esfera vital (JESCHECK, 1993, p. 338).

El argumento por el cual se impone la eficacia eximente de la aquiescencia es constitucional: no hay lesividad cuando un hecho no afecta a otro por daño o por peligro ni tampoco cuando el habitante consiente ciertos cursos de acciones que pueden ser dañinos o peligrosos para el ente con el que se relaciona. El desconocimiento de la relevancia de la aquiescencia a los efectos de la prohibición constituye un nuevo esfuerzo por afianzar la confiscación de la víctima. En este sentido indica Zaffaroni que “cualquier intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el habitante use el bien jurídico sólo en determinada forma; esta pretensión es propia de un estado que no respeta la autonomía de la conciencia (la persona) ni el concepto personalista del derecho, sino de un derecho transpersonal que subordina al humano a metas trascendentes de su humani-

<sup>13</sup> Frente al que lo acepta no tiene lugar ningún injusto.

dad, es decir, idolátricas (la raza, la nación, la dictadura, el régimen, etc.). La pretendida *tutela* de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un *pretexto para penar un pragma*<sup>14</sup> no conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional” (ZAFFARONI *et al.*, 2002, p.499).

Ahora bien, la doctrina tradicional distingue un consentimiento excluyente de la tipicidad del comportamiento y otro justificante. Según este criterio clasificatorio, la razón

de la diferencia radicaría en que la exclusión de la tipicidad obedece a que la ley requiere expresamente la ausencia de conformidad por parte del sujeto pasivo de la acción. En consecuencia, no hay tipicidad cuando el consentimiento ratifica todas aquellas acciones que presuponen la actuación contra la voluntad del titular del bien jurídico<sup>15</sup>.

El segundo grupo de casos está dado por todos aquellos supuestos en que el consentimiento de la víctima no puede hacer desaparecer la lesión que la acción implica

---

<sup>14</sup> Resulta tradicional traducir como *tipo* la palabra alemana *tatbestand*. Sin embargo la traducción es tan sólo aproximada por cuanto únicamente evoca una de las posibles significaciones: *el supuesto de hecho legal*, que no es otra cosa que el modelo general y abstracto que la ley crea para señalar las conductas penalmente relevantes, opacando el otro sentido que tiene aquella expresión y que remite al denominado *supuesto de hecho fáctico*, esto es, el acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el escenario del mundo. Pues bien, dado que la expresión castellana (tipo) no permite abarcar este último sentido, Zaffaroni ha preferido sustituir lo perdido con la voz *pragma*, que es *indicadora de la acción humana y de su obra en el mundo* (Cfr. ZAFFARONI *et al.*, 2002, p. 434).

---

<sup>15</sup> Mir Puig lo ejemplifica con los delitos contra la libertad, como las detenciones ilegales, las coacciones o el allanamiento de morada. Sostiene que en todas estas hipótesis delictivas, faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta: no puede haber delito de detenciones ilegales si el detenido quiere ser detenido, ni puede materializarse el allanamiento de morada si el morador acepta en la casa al extraño. O bien, cuando alguien toma una cosa de otro con consentimiento de éste, no puede hablarse de hurto. Por ello, para aludir a este grupo de casos, la doctrina alemana emplea la palabra *acuerdo* (*Einverständnis*) (Cfr. MIR PUIG, Santiago, 1996, p. 510).

para el bien jurídico (por ejemplo, las lesiones: el consentimiento dado en favor de una cirugía estética no borra la lesión a la integridad física que la práctica médica importa). Es entonces para este conjunto de hipótesis típicas que la doctrina alemana utiliza la palabra **consentimiento** (*Einwilligung*).

Según las coordenadas trazadas, en los casos en que media acuerdo del sujeto pasivo de la acción desaparece la tipicidad, mientras que en las hipótesis de consentimiento lo que se cancela es la antijuridicidad de la acción típica.

Desde mi parecer, ambas eximentes impiden hablar de conflicto e, incluso, de colisión de intereses, por lo que resulta preferible considerar que en todos los casos lo que queda eliminado es el carácter típico del comportamiento, lo que Zaffaroni resuelve entendiendo que la aquiescencia es el género que reconoce dos especies: a) el acuerdo que elimina el tipo objetivo sistemático y b) el consentimiento que resulta excluyente de la función conglobante del tipo objetivo. En el primer caso, el

pragma no abre espacio alguno para la duda acerca de la atipicidad del comportamiento de que se trate; y, en el segundo, la problematicidad existe y se resuelve al verificarse la ausencia de lesividad<sup>16</sup>.

A mi ver, el núcleo central relativo a la teoría de la imputación penal que dimana de la modificación concretada por la ley 26.742, estaría dado por aquellas hipótesis en que el rechazo por parte del paciente (o de sus representantes, es decir, de las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193) de los procedimientos quirúrgicos o prácticas médicas de reanimación artificial, o bien el retiro de medidas de soporte vital desproporcionadas en relación con las perspectivas de mejoría, trae aparejado un adelantamiento de la producción del desenlace fatal.

---

<sup>16</sup> Por lo demás, a diferencia de lo que sostiene la doctrina tradicional, sea que la aquiescencia opere como acuerdo (atipicidad sistemática) o como consentimiento (atipicidad conglobante), basta con su mera existencia para cancelar la tipicidad, con independencia del conocimiento del agente (así, ZAFFARONI *et al.*, 2002, p. 501).

En otras palabras, serían supuestos de adelantamiento del curso causal que lleva al resultado disvalioso como efecto colateral (no deseado) del respeto a la autonomía personal que procura un acompañamiento digno de los últimos instantes de vida.

En virtud de todo lo ya dicho, resulta claro que la conformidad prestada por el sujeto pasivo bajo las formalidades prescriptas por la ley impiden eliminar la causación de la muerte, mas ello no implica que el consentimiento no pueda descartar su conflictividad desde la perspectiva del tipo penal de homicidio (art. 79 del Código Penal), del de ayuda al suicidio (art. 83 del Código Penal), o bien, del de abandono de personas (art. 106 del Código Penal).

Ya se ha dicho que el art. 11 *bis* incorporado a la ley 26.529 por la reforma legislativa comentada, niega toda responsabilidad penal al profesional de la salud interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la ley.

Como suele ocurrir en numerosos casos, el término

utilizado por el legislador no debe ser entendido desde el punto de vista técnico<sup>17</sup>, puesto que ello impediría la ubicación sistemática que he ensayado respecto de tal eximente, dado que, de ordinario, se subsumen dentro del concepto “responsabilidad” todas las cuestiones vinculadas a la culpabilidad; derivando de ello que su cancelación operaría como una hipótesis de necesidad exculpante (art. 34, inciso 2º, del Código Penal).

Mas ello no parece siquiera armonizar con la propia lógica de la reforma legal que, precisamente sobre la base del consentimiento informado, permite eliminar la responsabilidad penal en razón de la conformidad prestada por quien se encuentra en el particular estado de salud individu-

---

<sup>17</sup> Del mismo modo que al examinar el dispositivo amplificador de la tipicidad que supone la fórmula de la tentativa (art. 42 del Código Penal), tampoco cabe entender en sentido técnico-dogmático el término delito (*el que con el fin de cometer un delito determinado...*), toda vez que, de lo contrario, no podrían cometerla todos aquellos que actúen amparados por un permiso o por cualquier eximente de culpabilidad.

alizado por las disposiciones que la integran. En definitiva, la ausencia de responsabilidad penal no ha de ser patrimonio exclusivo de quien actúa inculpablemente sino que ella también es predicable respecto de quien lo hace justificadamente e, incluso, atípicamente, como, según lo entiendo, ocurre en la especie<sup>18</sup>.

En sintonía con ello y luego de interrogarse Jakobs acerca de si pueden existir motivos objetivamente razonables para querer la propia muerte, prepara su respuesta relevando dos grupos de casos de eutanasia en los que se admite indiscutiblemente la impunidad. El primero refiere a

las hipótesis de eutanasia indirecta, en los cuales aunque las medidas analgésicas o la urgencia en casos de enfermedades graves, pueda conducir a una aceleración de la muerte e, incluso, la aseguren parcialmente, tales medidas resultarían permitidas, siempre que el tiempo de vida sacrificado guarde una relación razonable con la calidad del resto de vida. En este caso, Jakobs parte de que la muerte ha de ser una consecuencia accesoria de hacer soportable una vida próxima a su fin (hipótesis ciertamente próxima a las que cabe considerar a partir de la reforma legal examinada). Sostiene el representante del funcionalismo penal más radicalizado que “(e)l valor principal no es la vida como fenómeno biológico, sino su calidad o, al menos, su soportabilidad, ya que, como cualquiera puede juzgar en cualquier momento, vivir no significa preocuparse continuamente por la salud. En los casos en los que la muerte, consecuencia accesoria, no es la meta del actuante, se habla de eutanasia indirecta. En estas circunstancias, sería un acto de pura

---

<sup>18</sup> En su propuesta de reforma legislativa, Niño ya postulaba que las hipótesis vinculadas a la abreviación del curso vital respecto de quienes presentaren una patología irreversible y sufrieren mortificaciones y padecimientos derivadas de terapéuticas juzgadas desproporcionadas, podían legitimar ciertos homicidio por vía de justificación, aunque no descartaba que ciertas figuras bien podrían configurar una causa de atipicidad, sea por vía de la teoría de la imputación objetiva o bien como atipicidad conglobante (NIÑO, 2005, p. 248).

crueldad, una tortura inútil, que sólo se pueda actuar en la manera y modo descrito con los pacientes que están en situación de hacer una petición seria o que han hecho oportunamente, con carácter previo, una petición para este caso, y que hubiera que abandonar, en cambio, a su suerte, a los pacientes incapaces de consentir, a pesar de conocer lo querido por ellos de modo habitual. Por eso se busca la voluntad presunta de esos pacientes...” (JAKOBS, 1999, p. 57-58).

Dado que el Código Penal alemán prevé el supuesto de *homicidio a petición* (§216 StGB), Jakobs advierte la notoria inequidad que derivaría del hecho de posibilitar sólo la justificación de la realización de aquel tipo en los casos en que el paciente se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento, y considerar que existe un verdadero homicidio cuando la muerte accesoria de los analgésicos se produce respecto de quien no puede explicitarlo. Entonces ve en el *consentimiento presunto* la superación de semejante desigualdad, pudiendo incluso

quedar justificado el propio homicidio.

Finalmente, destaca Jakobs que el *derecho* al tratamiento no sólo termina cuando el paciente no admite la prolongación de su agonía. Es más, sostiene que no cabe hablar en términos jurídico-penales de un deber de tratar (médicamente) sin atender a la voluntad del paciente. Por lo tanto, caería fuera del deber de garante del médico alargar la agonía sin atender a la calidad del resto de la vida que aún le queda al enfermo: “hay situaciones en las que es razonable aceptar la muerte y renunciar a una prolongación de la vida” (JAKOBS, 1999, p.61).

Por su parte, Roxin entiende que la punibilidad del “homicidio consentido” se puede mantener teniendo en cuenta que la concurrencia de una decisión autónoma sobre la propia vida tras la muerte de la víctima sólo se podrá demostrar indubitadamente a lo sumo en los casos de suicidio de propia mano, pero no en caso de actuación de un tercero, y que el mandato de protección de la vida requiere, por principio, la tabuización de la

vida ajena (ROXIN, 1997, p. 58-59).

Por lo demás, ha de resultar contundente cuando, al tratar específicamente la cuestión del *consentimiento* sostiene que éste resulta totalmente ineficaz en el caso del bien jurídico individual “vida humana”, considerando que del citado §216 StGB únicamente puede inferirse que el consentimiento en la propia muerte no suprime la punibilidad sino que, a lo sumo, la atenúa (ROXIN, 1997, p.259).

De todos modos, el planteamiento de Roxin se proyecta sobre supuestos de hecho que exceden el marco de los regulados en la reforma legislativa operada por la ley 26.742.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin dudas, la reforma legislativa materializada por la citada ley ha implicado un avance en el sendero en que todo humanismo mejor se expresa: aquel en el que se realiza un Estado democrático, social y constitucional de derecho.

La solidaridad que ella implica y su cercanía con aquel que transita por las horas más trágicas de la existencia humana, evidencia la sensibilidad del legislador por progresar en el reconocimiento de los derechos humanos más fundamentales, priorizando la autonomía de la voluntad de la persona para que decida sobre su vida cuando ésta ya roza los confines con la muerte.

Tal sensibilidad, desprovista de la pesada herencia de una tradición cultural que sobre la base de creencias y, hasta por qué no, de prejuicios condiciona la libertad de incontables seres humanos que imploran un acompañamiento más fraterno y misericordioso, permite —cual cirineo— el alivio del dolor y de la angustia por una muerte que despunta.

Un derecho penal de dimensión sustancialista deberá conformarse de acuerdo a un programa de sistema penal mínimo en que se deba riguroso respeto a dos principios fundamentales, correspondientes a los dos significados de la separación entre derecho y moral: los principios de estricta legalidad y de lesividad.

Merced a este último es posible evitar que la intervención punitiva estatal presente su rostro más cruel si intentara infligir el dolor que la pena implica respecto de quienes, habiendo jurado socorrer y asistir la vida, no hacen más que acompañarla en su último tramo con la entrañable fraternidad que semejante momento íntimo exige.

En tal contexto, mi opción en favor de un derecho penal que resulte apéndice del constitucional me lleva a propiciar que la eximente de responsabilidad consagrada por la reforma legal que ha inspirado estas líneas, sea considerada una causa que directamente excluye la tipicidad por vía del consentimiento, a partir de la comprobación que dimana de la función conglobante del tipo objetivo y en cuya virtud ya no es posible verificar la existencia de conflictividad alguna.

## REFERENCIAS

BINDING, Karl; Hoche, Alfred. *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, El

Penalismo Olvidado, Ediar, Buenos Aires, 2009.

ELÍAS, Norbert. *La Soledad de los Moribundos*, trad. de Carlos Martín, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t 2, trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.

FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal*, trad. de E. Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, “Criminalistas Perrennes/1; Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

GELLI, María Angélica. “*La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad*”, Revista La Ley (suplemento especial), mayo de 2012.

JAKOBS, Günther. *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y

- Pastora García Álvarez, tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, cuarta edición completamente corregida y ampliada, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, cuarta edición, Barcelona, 1996.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*, 1ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- NIÑO, Luis Fernando, *Eutanasia. Morir con Dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Editorial Universidad, reimpresión, Buenos Aires, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. “*Muerte Digna: modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente*”, Revista La Ley (suplemento especial), mayo de 2012.
- SAMPAY, Arturo. *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
- SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo. *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre las Teorías de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*, editorial B de f, Buenos Aires, 2007.
- THOMAS, L-V. *Antropología de la muerte*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- ZAFFARONI, E. Raúl; A-LAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.