
Eutanasia, asistencia al suicidio y homicidio a pedido de la víctima

Breves reflexiones sobre un caso judicial

JOSÉ HURTADO POZO¹

“,... en general, las personas mueren como han vivido. Si alguien ha sido combativo toda su vida, luchara hasta el final. Nuestro papel no es de practicar el paternalismo terminal, de imponer lo que nos parece una „bella“ o „buena“ muerte. Sino mas bien de tratar de eliminar los obstaculos que se erigen entre una persona y su propia muerte –aquella que es conforme a los deseos, lo vivido y la personalidad de cada uno”. *Gian Domenico Borasio*²

I. Presentación

Desde hace muchos años y en diversas latitudes he frecuentado a Nodier Agudelo Betancourt. De modo que, gracias a su generosidad, hemos llegado a establecer relaciones personales y académicas profundas. De las cuales he sido el principal beneficiado. Todo comenzó hace mas de dos décadas en ocasión de mi primer viaje a Medellín, propiciado por su discípulo Fernando Velásquez Velásquez y a quien conocí en el Max Planck Institut de Freiburg im Breisgau. Por todo esto, resultaba imposible dejar de participar en este libro, que tiene la finalidad de rendirle merecido homenaje por sus calidades humanas y por su alto nivel tanto en la investigación como en la enseñanza del derecho penal.

El problema mayor, en consideración al numero y a la diversidad de temas que Nodier Agudelo ha estudiado, era escoger la materia a presentar en esta breve contribución. Teniendo en cuenta que su labor esta siempre inspirada en el reconocimiento y salvaguarda de la dignidad de la persona y de los derechos humanos, escogimos analizar el complejo tema de la protección de la vida humana, la cual implica necesariamente el respeto de la libertad de decidir sobre el cómo y el cuándo ponerle fin. Nuestro análisis se limitará sin embargo a algunos aspectos penales de esta problemática compleja.

Con el objeto de tratar el tema de manera concreta, presentamos una sentencia dictada por un juez suizo³, en la que se plantean ciertas cuestiones sobre la manera cómo debe juzgarse a quien, a pedido de la persona concernida, interviene en la culminación de su vida. Después de una introducción sucinta al

¹ Géraldine Auberson, Federico Ilanez, Daniel Huaman Castellares, han colaborado en la elaboracion de este texto.

² http://2011.hebdo.ch/en_general_les_gens_meurent_comme_ils_ont_161893_.html

³ Bastien Sandoz, Président. Réf. :POL.2010.19/mad Réf.

tema, resumimos los hechos y los argumentos de la sentencia, Enseguida analizamos los fundamentos de esta decisión y, finalmente, establecemos algunas conclusiones.

Valga el esfuerzo, aunque seamos conscientes que no estaremos a la altura con la que Nodier Agudelo lo hubiera hecho, pues carecemos de sus calidades. Las mismas que han sido descritas convenientemente diciendo: “Además de estar en su finca sembrando plantas, la felicidad de Nódier Agudelo es estar frente a un auditorio y verlo saturado de risa, a pesar de hablar del escabroso tema del delito. A cada tema, por muy complejo o doloroso que sea, siempre le pone su toque burlón de paisa coloquial y desfachatado”⁴.

II. Introducción

Si se comprende la vida humana de manera amplia, se considera tanto la vida embrionaria como la vida autónoma del nuevo ser. Su protección ha variado en el tiempo y el lugar. Esto se debe a la diversidad de concepciones filosóficas, éticas, sociológicas y jurídicas con las que se ha valorado la amplitud y la intensidad de su salvaguarda. Desde que se iniciaron los debates se han amplificado y continuaran porque la imposibilidad de alcanzar la unanimidad de criterio. Sin embargo, en el ámbito jurídico, debido a la función practica de regular la vida comunitaria, resulta indispensable alcanzar un compromiso pragmático que satisfaga las expectativas de la mayoría de personas de que se garantice suficientemente la dignidad y la libertad de cada uno.

La vida aquí tomada en cuenta esta constituida por el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias a la persona natural. La cual es protegida por las disposiciones legales que reprimen el homicidio y que comienza, como se admite casi unánimemente, con los primeros dolores del parto y termina con la constatación de la muerte clínica o cerebral.

Esta vida es la condición elemental para el desarrollo del ser humano; la *conditio sine qua non* del ejercicio de todos los demás derechos de la persona.

Las opiniones sobre el tratamiento de los casos de eutanasia tienen en cuenta, pero de manera diferenciada, la distinción entre la eutanasia activa y la pasiva. Al respecto, la primera remarca que debe hacerse, en el ámbito jurídico, es que para distinguirlas no debe recurrirse al hecho de que el comportamiento del agente sea una comisión o una omisión. Se debe más bien tener en cuenta la esperanza de vida que tiene el paciente, para luego determinar los alcances del comportamiento en función de la influencia que tiene sobre esa esperanza de vida. En esta perspectiva, se califica, por un lado, de eutanasia activa el comportamiento que influye negativamente sobre la duración de la vida del paciente y, por otro, de pasiva el hecho de renunciar, p. ej., por parte del médico tratante, a las medidas que mantendrían en vida al moribundo.

Si bien se considera, sin grandes dificultades, como punible al médico que inyecta al paciente un producto que sabe le producirá la muerte (eutanasia activa directa), no existe unanimidad respecto a como tratar al médico que prescribe un producto idóneo para calmar los sufrimientos insoportables, pero

⁴ <http://carpidi.correvedile.com/profesor-nodier>

que producirán progresivamente el deceso del paciente. Este tipo de casos es tratado, generalmente, como asistencia a la muerte, cuya practica es obligatoria por favorecer el respeto de la dignidad de la persona, la que implica el reconocimiento de la libertad de cada uno para decidir sobre su muerte y, por tanto, sobre el tratamiento que se le propone o aplica.

Así, el médico no detenta, bajo el manto de su obligación a asistir al moribundo, un poder de decidir sobre la salud, la vida y la muerte del paciente. El vinculo jurídico que los une es el de un mandato, que el paciente puede modificar o anular. De lo que se desprende que el médico puede enfrentarse con un conflicto de intereses: respetar su deber de preservar la vida del paciente o respetar su obligación de aliviar los padecimientos físicos y síquicos del mismo paciente.

Los límites están fijados por la voluntad del interesado. El médico deja de estar ligado a su deber de garante cuando el paciente – capaz, consciente y suficientemente informado sobre su estado de salud - le exige de manera expresa suspender todo tratamiento para mantenerlo con vida. Esta voluntad puede ser presumida considerando de manera seria y meticulosa todas las circunstancias personales y materiales del caso. Por ejemplo, una declaración escrita del paciente renunciando a que se le conserve en vida, puede constituir un indicio importante para precisar su voluntad. Sin embargo, esto no libera de la obligación de considerar otros elementos esenciales, útiles para presumir la voluntad actual del paciente. Por lo que debe preguntarse si el interesado, en el momento álgido, revocaría o no su declaración. Si bien el médico debe decir definitivamente, tiene que consultar, siempre, a los familiares del paciente.

Los legisladores han debido tomar partido ante el tratamiento de la eutanasia, lo que no significa necesariamente que la hayan regulado expresamente. Cuando han omitido hacerlo, significa que la prohíben y condenan como homicidio. La mayoría, sin embargo, han previsto disposiciones que, directa o indirectamente, conciernen ciertos aspectos de la eutanasia. Es el caso, por ejemplo, cuando se prevén el homicidio por cometerse a pedido serio e insistente de la víctima y el tipo legal autónomo de la instigación o ayuda al suicidio.

En Suiza, desde el Proyecto de 1908, el legislador helvético admitió ambas figuras, las mismas que mantuvo en los Proyectos de 1916 y 1918. Según la Exposición de motivos del Anteproyecto de 1908, en este caso el agente obra impulsado por una intensa compasión por quien sufre o por una profunda vinculación con su compañero de infortunio, y que si bien la prohibición de matar no permite admitir la impunidad completa, es necesario aceptar una gran clemencia para con el infractor.

III. Hechos y fundamentos de la sentencia

En septiembre de 2009, como miembro de la Asociación Exit, Daphné Berner, ex médico cantonal, se ocupó de una paciente en fase terminal de esclerosis lateral amiotrófica, una enfermedad neurodegenerativa provocando inevitablemente la muerte. Al momento de su intervención la paciente sufría de manera insoportable e irremediable de dolores imposibles de aliviar, producto de su estado de salud, el cual estaba muy deteriorado. La paciente, en plena posesión de sus capacidades mentales, había expresado de forma reiterada y hasta el último momento su voluntad de morir. De acuerdo con la voluntad de la paciente, la Dra. Berner decidió de poner en funcionamiento el mecanismo previsto para

inyectar en la circulación sanguínea una solución letal. Lo que realizó, , presionando con el pie una placa de madera de acuerdo a lo decidido con la paciente, después de que ésta diera la señal acordada.

El juez consideró que, aunque los hechos se llevaron a cabo de acuerdo con lo pedido por la paciente en la solicitud de ayuda al suicidio asistido que hizo a la Asociación Exit, la Dra. Berner realizó el comportamiento incriminado en el art. 114 CP⁵, ya que ejecutó el acto que condujo a la muerte de la paciente. En la medida en que puso en marcha la introducción de la sustancia letal, ella tenía el dominio efectivo del hecho que produjo el deceso.

Por estas consideraciones, la conducta de la procesada fue subsumida en el tipo de homicidio y no en el de suicidio asistido, previsto en el art. 115 CP⁶, ya que este último supone que la persona implicada se priva ella misma de la vida, realizando físicamente el último acto y no solamente dando la señal a una persona acompañante. Asimismo, en el caso se presentaban los otros elementos típicos del homicidio a petición de la víctima: solicitud seria e insistente, motivo honorable (en la medida en que Dra. Berner estaba animada por un sentimiento digno de consideración, a saber, poner fin al sufrimiento físico y psicológico de la paciente) y la víctima disponía, al momento de los hechos, de la capacidad de discernimiento.

Además, el juez consideró, por un lado, que si bien la víctima consintió en que se causara la muerte, su consentimiento no excluye el castigo del autor, ya que la vida no es un bien jurídico de libre disposición. Por otro lado, concluyó que, sin embargo, es posible no castigar al autor debido a las circunstancias previstas en los arts. 14 y siguientes del CP⁷. En este sentido, el recordó que, aun cuando se estime la protección de la vida es como absoluta, se permiten excepciones a este derecho fundamental, tales como la legítima defensa, la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta.

Igualmente, el juez señaló que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado “que no le parece arbitrario [...] que la legislación destaque la importancia del derecho a la vida prohibiendo el suicidio asistido, siempre y cuando se prevea un régimen de aplicación y apreciación por la justicia, que permita tener en cuenta, en cada caso concreto, tanto el interés público para iniciar una investigación como las exigencias justas y adecuadas de la retribución y disuasión”⁸. Así mismo, recordó que en, las directivas de la Academia Suiza de Ciencias Médicas, se acepta que un médico adopte un

⁵ Esta disposición prevé el homicidio piadoso. A diferencia del art. 106 CP colombiano, se sanciona a quien, “cediendo a un móvil honorable, en particular por piedad, mata a una persona a su demanda sería e insistente será castigado con castigado con pena privativa de libertad”. De acuerdo con la Sentencia C-239-7 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia, el homicidio de un enfermo terminal, a petición reiterada de éste, practicado por un médico es un hecho lícito.

⁶ El equivalente de esta norma en el Código penal colombiano es el art. 107. En Suiza –a diferencia de Colombia- la asistencia al suicidio es legal. Sin embargo, si se siguiera el razonamiento realizado en la C-239-7 de 1997 de la Corte Constitucional, la asistencia en caso de suicidio no sería punible. En ese sentido: Lozano Villegas, p. 81.

⁷ Los artículos señalados regulan las causas de justificación y de ausencia de culpabilidad. Cf. art. 32 CP colombiano.

⁸ Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, CEDH 2002-IH, §76.

comportamiento específico para acabar con la vida de su paciente, cuando se cumplan ciertas condiciones estrictas⁹.

Luego de referirse al consenso existente en la doctrina sobre la legalidad de la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta, el juez señaló que existen diferentes opiniones acerca de la eutanasia activa directa, lo que hace muy complicado establecer una demarcación objetiva y razonable entre la prescripción de una sustancia para aliviar y acelerar la muerte (activa indirecta) y la administración de la sustancia con el objetivo principal de acelerar la muerte (activa directa). En su opinión, en ambos se trataría de “comportamientos homicidas, por lo que no aparece como objetivo y razonable, el distinguirlas al momento de examinar si son susceptibles de ser consideradas como lícitas por una o mas circunstancias justificativas relacionadas con los arts. 14 y ss. CP”.

En esta perspectiva, el juez afirmó que no hay un “obstáculo teórico o dogmático absoluto que impida examinar si la acción de la Dra. Berner puede justificarse, en particular, según los arts. 14 ss. CP”. Por el contrario, consideró que los tratados internacionales vigentes en Suiza favorecen una aplicación coherente del régimen jurídico suizo de la asistencia a la muerte, lo que permite tener en cuenta los diversos intereses legítimos en juego”. Es, por lo tanto, permitido examinar si, en este caso, la ponderación de los intereses en conflicto se “inclina o no a favor de una justificación del comportamiento de la Dra. Berner desde el punto de vista del estado de necesidad o de otras circunstancias extra-léales que son relacionadas con éste”.

Una justificación de este tipo sólo puede admitirse en casos extremos y dramáticos. Por esto, el juez acepta, en relación con los hechos, que la paciente sufría de una enfermedad incurable que le causaba terribles sufrimientos y la pérdida de la dignidad; que estos sufrimientos –tanto física como psíquicamente intolerables– no podían ser aliviados por cuidados paliativos; que la paciente no estaba físicamente capacitada para poner fin a sus días por sus propios medios; y, finalmente, que estaba convencido que la paciente habría muerto rápidamente como resultado de la fulgurante evolución de su enfermedad. En cuanto a la capacidad de discernimiento, el juez afirma su convicción de que la paciente era plenamente capaz y que expresó su voluntad de morir en varias ocasiones.

En base de estas constataciones, el juez concluyó que el acto de la Dra. Berner se justificaba porque concurrieron las condiciones establecidas por la. Además, agregó que deben también considerarse otras circunstancias: por un lado, el contexto específico en el que la acusada actuó, es decir, en un proceso de suicidio asistido permitido por la ley; y, por otro lado, el hecho de que sólo en el último minuto realizó la conducta cuestionada, ya que la persona que deseaba suicidarse era incapaz físicamente de auto eliminarse. En estas circunstancias, habría sido “particularmente cruel de negarle [a la paciente] este última acción”.

El juez culminó afirmando que “era legítimo privilegiar el interés individual de... [la paciente] a salvaguardar la autonomía de su voluntad, a preservar su dignidad y a poner fin a sus sufrimientos con

⁹ Cf. en particular las directivas ASSM « Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée » (2003), n. 2, « Prise en charge des patients en fin de vie » (2004), n. 4.1, « Soins palliatifs » (2006), n. 8 s. et « Directives anticipées » (2009). Consultar: <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/actualite.html>.

respecto al interés público a la protección de la vida”. De este modo admitió que la Dra. Berner “actuó al amparo de una causa de justificación en el sentido de los arts. 14 ss CP”.

Sin decidir la cuestión de cuál es la causa que permite justificar el comportamiento de la Dra. Berner, el juez consideró que se aplica el estado de necesidad de conformidad con el art. 17 y 18 CP o las circunstancias relacionadas con el estado de necesidad, es decir, la salvaguarda de intereses legítimos o el conflicto de deberes. En su condición de médico, la Dra. Berner pudo actuar para proteger los derechos fundamentales de la paciente de un peligro inminente e imposible de esquivar por otros medios (estado de necesidad); para preservar sus derechos fundamentales (protección de los intereses legítimos); o, finalmente, para llevar a cabo su deber de médico de salvaguardar la dignidad y la autodeterminación de su paciente y evitarle sufrimientos (conflicto de deberes).

Si se hubiera considerado que uno de los bienes jurídicos protegidos es el más importante, se daría una causa de justificación. Por el contrario, si se hubiera estimado que el bien protegido y el lesionado son equivalentes, entonces la acción sería excusable. En la medida en que, en ambas hipótesis, el razonamiento conduce a librar a la Dra. Berner de responsabilidad penal, sin que se dé una consecuencia jurídica adicional, el juez no se decantó por alguna de las opciones antes mencionadas, no responde a la cuestión, pero absuelve simplemente la procesada.

Lamentamos que el Ministerio Público decidiera no apelar esta decisión¹⁰, porque habría permitido obtener un pronunciamiento más claro y profundo del Tribunal cantonal o incluso del Tribunal federal.

IV. Comentarios a la sentencia

1. Contexto

El suicidio no es castigado por el derecho penal¹¹ y la asistencia al suicidio es punible únicamente si el autor actúa impulsado por un motivo egoísta. En este contexto, en Suiza se han creado y desarrollado asociaciones privadas de asistencia al suicidio. Esto ha originado temor de que se cometan abusos. La situación se ha complicado por la necesidad de distinguir la eutanasia (la persona que quiere morir no controla el acto) del suicidio asistido (el control pertenece a la persona que quiere morir).

Todos estos aspectos condicionaron la decisión del juez, quien admitió que la protección de la vida no es absoluta al considerar la posibilidad de “justificar” el comportamiento cometido por la acusada, aplicando una de las circunstancias previstas en los arts. 14 ss CP. Así mismo, hizo hincapié en que, para apreciar correctamente los hechos, es necesario considerar el conflicto entre el deber de respetar el derecho a la vida e integridad física del paciente y determinados intereses de éste, como el alivio del sufrimiento o el respeto de su voluntad, su dignidad humana y su libertad individual.

¹⁰ Comunicado de prensa del 4 de enero de 2011.

¹¹ Una norma de este tipo violaría el derecho a la vida privada, protegido por el art. 8 CEDH, cf. Minelli, *Die EMRK*, p. 493.

En cuanto a la calificación penal de los hechos, la cuestión central es la de distinguir, como lo hace el legislador suizo, entre homicidio a pedido de la víctima y suicidio asistido; es decir, entre el hecho de matar una persona y el de ayudar una persona a suprimirse. En la segunda hipótesis se trata de un caso de “complicidad”, por lo que debía ser previsto expresamente ya que la complicidad existe únicamente en relación con un delito, y el suicidio no es punible. El individuo que ayuda una persona a suicidarse debe limitarse a colaborar con la persona que desea morir y, por lo tanto, no debe realizar ningún acto para provocar directamente la muerte del suicida.

Debido a las dificultades para aplicar los diversos criterios establecidos por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina, el destacó la necesidad de considerar el contexto en el cual se llevaron a cabo casos similares al del objeto de juzgamiento. Esto le permitió darse cuenta de algunos vacíos en la legislación y de referirse al campo médico, a pesar de que la acusada no intervino en su condición de médico y que no estaba relacionada por mandato con la paciente.

En esta perspectiva, es necesario apreciar las referencias del juez al homicidio a petición de la víctima (hecho imputado por la acusación) y a la asistencia al suicidio (solicitado por la víctima a la Asociación Exit¹²). Así, el juez procedió a una interpretación restrictiva de la frase “habrá dado muerte” (art. 114 CP) y extensiva de la noción de suicidio (art. 115 CP). Su objetivo fue el de superar el criterio generalmente admitido que, en los casos de suicidio, la última acción debe ser necesariamente realizada por la persona que quiere morir. Esto se presentaba como posible gracias a una característica común a las dos situaciones: el homicida debe actuar cediendo a un motivo honorable y la persona que presta asistencia al suicidio no debe actuar por un motivo egoísta.

Si l'on tient compte des directives de l'ASSM, dans le cas concret, il faudrait accepter que fasse défaut la dernière des conditions requises pour qu'un médecin puisse exceptionnellement prêter assistance au suicide.

En el caso concreto, si tenemos en cuenta las directivas de la ASSM, debería aceptarse que no se dio la última de las condiciones exigidas para que se considere una asistencia al suicidio¹³: “El último acto del proceso que conduce a la muerte debe, en todos los casos, ser realizado por el propio paciente [de lo contrario, es un homicidio]”.

El Consejo Federal propuso que se modifique el art. 115 CP relativo al suicidio asistido. Sin embargo, abandonó esta iniciativa por estimar que la legislación vigente es suficiente para prevenir los potenciales abusos¹⁴. Sin embargo, es interesante señalar que en el proyecto se hacía hincapié en la

¹² Ver : <http://www.exit.ch/wDeutsch/>.

¹³ Directivas ASSM « Prise en charge des patients en fin de vie » (2004), ch. 4.1 ; cf. aussi Schwarzenegger, BK, Art. 115 N 11a. Las otras condiciones son: “

- La enfermedad que sufre el paciente permite considerar que el final de la vida está cerca.
- Alternativas de tratamiento fueron propuestas y, si así lo desea el paciente, practicadas.
- El paciente posee la capacidad de discernimiento. Su deseo de morir ha sido debidamente reflexionado, no resulta de una presión externa y es persistente. Esto debe haber sido verificado por una tercera persona que no debe ser necesariamente un médico.

¹⁴ Comunicado del Consejo Federal del 29 de junio de 2011.

misma regla. Así, el Consejo Federal precisaba en su informe¹⁵ que: “El acompañante no debe tener el dominio del acto, porque éste se encuentra sólo en manos del suicida. Es éste quien debe quitarse la vida. Cuando el acompañante asume el control del acto, no se tratará de una asistencia al suicidio no punible. Matar una persona a petición suya es un homicidio, siendo el autor responsable penalmente por este acto”.

Así mismo, se consideró introducir una norma para regular la intervención de las asociaciones que tienen como finalidad de ayudar al suicidio. Se buscaba por este medio establecer algunos límites y evitar que el suicidio asistido se convierta en una actividad comercial. Según la proposición del Consejo Federal, el art. 115 al. 2 CP hubiese tenido el siguiente contenido:

“²La persona que, como parte de una organización de asistencia al suicidio, ayuda una persona a suicidarse (acompañante) será sancionado con una pena privativa de libertad de cinco años como máximo o de una multa, si el suicidio es consumado o tentado, a menos que, se cumplan las condiciones siguientes:

- a. la decisión de suicidarse debe ser tomada y emitida libremente, después de una debida reflexión, y deberá ser manifestada de forma persistente;
- b. un médico, independiente a la organización, certificará que el suicida es capaz de discernir en cuanto a su decisión de suicidarse;
- c. un segundo médico, independiente a la organización, certificará que el suicida sufre de una enfermedad incurable con un resultado de muerte inminente.
- d. las alternativas de tratamiento deben haber sido discutidas con el suicida y, en caso que él lo hubiera deseado, las medidas necesarias debieron ser llevadas a cabo y se debió implementar la alternativa elegida;
- e. el medio empleado debe estar sujeto a prescripción médica;
- f. el acompañante no debe tener como finalidad el lucro;
- g. la organización y el acompañante deben presentar conjuntamente la documentación completa sobre el caso en cuestión”.

Con respecto al párrafo 1, el diseño del Código Penal se mantiene sin cambios.

2. Tipicidad

Como ya lo hemos indicado sólo ciertos casos de eutanasia pueden ser calificados como homicidios a petición de la víctima (art. 114 CP). Es el caso, por ejemplo, del médico que, cediendo a un motivo honorable y a solicitud insistente del paciente incurable, le causa la muerte. Siempre y cuando, por un lado, éste se encuentre en fin de vida y sea capaz de discernir y, por otro, que su solicitud sea tanto seria y libre como reiterada.

¹⁵ Consejo Federal, Modification du code pénal et du code pénal militaire relative à l'assistance organisée au suicide, Rapport explicatif, octobre 2009, p. 20. Consultar <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/sterbehilfe/vn-berf.pdf>.

En caso de asistencia en fin de vida, puede suceder que el médico tenga que asistir a un paciente que decide dejarse morir y renuncia a todo tratamiento dirigido a conservarlo en vida. Circunstancia en la que el galeno prescribe sustancias destinadas a paliarle los sufrimientos, pero que disminuyen la duración de la vida. La obligación del médico es comprobar si se cumplen las exigencias prescritas en las directivas de la ASSM¹⁶ y que hemos citado anteriormente. En esta perspectiva, incluso si se admitiera que la Dra. Berner actuó, como médico de la paciente, para aliviar el sufrimiento intolerable de la paciente, se debe concluir que no respetó el último requisito que obliga a que el acto final sea llevado a cabo por la paciente misma. Salvo si se admite, como lo hace el juez, que la Dra. Berner sólo tuvo el rol de instrumento en la medida en que puso en marcha el sistema de inyección de la sustancia letal después de que la paciente le diera la señal.

Teniendo en cuenta que esta interpretación de los hechos y de la ley es rechazada, el juez tuvo que admitir que la acusada había realizado el tipo legal del homicidio a petición de la víctima (art. 114 CP). Al respecto, el juez afirmó que, en el contexto médico, puede presentarse un conflicto entre el deber del médico de salvaguardar tanto la vida como la integridad física del paciente y determinados intereses de éste último, como el alivio del sufrimiento o el respeto de su voluntad, dignidad humana y libertad personal. En este caso, la responsabilidad penal del médico depende de su deber de garante, el cual está limitado por la voluntad de la persona interesada que dispone de la capacidad de discernimiento y que se encuentra debidamente informada. Mientras que el consentimiento de la paciente es restringido por la declaración, implícita en la ley, de la indisponibilidad del bien jurídico vida (art. 114 CP *a contrario*). Además, tampoco era posible considerar aplicable la figura de la gestión sin mandato (art. 419ss CO), en primer lugar, porque la Dra. Berner no estaba actuando en calidad de médico y, en segundo lugar, porque la suicida tenía la capacidad de manifestar su voluntad¹⁷ ya que esta plenamente probado que dispuso siempre de la capacidad de discernimiento.

3. Ilícitud y culpabilidad

Una vez admitido que el comportamiento de la acusada era comprendido por el el tipo legal de homicidio a pedido de la víctima, el juez debía pronunciarse sobre la ilicitud del acto y la culpabilidad de la autora. Lo hace de una forma global y confusa, ya que si bien considera la posibilidad de tener en cuenta las diversas circunstancias previstas en los arts. 14 ss. CP, no se pronuncia claramente sobre cada una de ellas. Aparece evidente que era imposible invocar la legítima defensa (art. 15 CP), el estado de necesidad lícito (art. 17 CP) o la actuación sobre la base de una disposición legal por la cual se autorice u ordene el comportamiento (art. 14 CP). En el mismo sentido, es claro que no entraban en juego la legítima defensa excusable (art. 16 CP), el estado de necesidad excusable (art. 18 CP) y el error sobre la

¹⁶ Directivas ASSM « Prise en charge des patients en fin de vie » (2004), ch. 4.1.

¹⁷ Principios ASSM « Droit des patients et patients à l'autodétermination » (2005), ch. II. ; directivas ASSM « Traitement et prise en charge des patients souffrant d'atteintes cérébrales extrêmes de longue durée » (2003), ch. 2.1 et « Prise en charge des patients en fin de vie » (2004), ch. 2.1.

ilicitud (art. 21 CP). Por esto, el juez tuvo que conformarse con la aplicación excepcional de la ponderación objetiva de los intereses fundamentales en conflicto¹⁸.

Teniendo en cuenta que, los hechos se encuentran en la frontera entre la asistencia al suicidio y la eutanasia activa, es necesario discutir algunas cuestiones particulares previas a una apreciación jurídica penal. La primera tiene que ver con la conveniencia ética o jurídica de juzgar de distinta manera el hecho de “poner una píldora mortal en la mesa de noche de una persona que quiere morir y [el de] colocársela en la boca porque no puede hacerlo ella misma”¹⁹. La respuesta será afirmativa si partimos del principio moral absoluto que afirma el carácter sagrado de la vida humana, cuya protección no admite excepciones. En cambio, la respuesta será diferente si reconocemos plenamente los criterios de dignidad y autodeterminación de las personas para decidir lo que les conviene y, por lo tanto, la libertad de decidir cuando y cómo morir²⁰.

Esta apreciación abstracta, a nivel sólo de las categorías y valores, debe ser matizada teniendo en cuenta, en caso de asistencia a morir de un paciente incurable en fin de vida, del contexto y los intereses de la persona concernida. Si ésta no quiere seguir viviendo, le será indiferente que el médico intervenga para causar su muerte o que se abstenga de someterlo a un tratamiento que podría mantenerlo en vida, ya que no quiere ni el uno ni el otro²¹. El mismo razonamiento debería aplicarse al paciente incurable que no quiere vivir y que espera que el médico lo ayude a morir, actuando o absteniéndose. Poco le importa “las intenciones del médico y de sus distinciones sutiles entre los efectos negativos no deseados de su acto. Desde su punto de vista de paciente que no quiere seguir viviendo, no ve una diferencia moral”²². Debería admitirse por lo tanto que tampoco el médico debería hacer esta diferencia²³.

Esta perspectiva ayuda a mejor comprender el razonamiento del juez en el caso analizado. El comportamiento de la Dra. Berner se justifica por el hecho que actuó dentro de un proceso de asistencia al suicidio permitido por la ley y que sólo en el último instante practicó el acto final, dado que la suicida no era capaz de hacerlo. En consecuencia, hubiese sido “particularmente cruel denegarle [a la paciente] que se ejecute dicho acto [cometido por la acusada]”. Por ello, el juez consideró que es legítimo dar la

¹⁸ Cf. Schwarzenegger, BK, Vor Art. 111, N 7, 8, 26; Art. 114, N 11.

¹⁹ Ogien, p. 66.

²⁰ Cf. Goffi, p. 109 : “Las teorías que sitúan la santidad de la vida en el centro de la reflexión bioética consideran que en ningún caso es legítimo llevar a cabo la eutanasia; las teorías que consideran la dignidad o los derechos al centro de esta misma reflexión pueden, según como se interpreten estas nociones, autorizar o incluso recomendar la eutanasia. Pero, las teorías consecuencialistas son las que proporcionan la mayor parte de argumentos a los partidarios de la eutanasia. Estas teorías representan, al menos en la literatura inglesa, el enfoque teneralmente admitido en la bioética”.

²¹ Ogien, p. 120 s.

²² Ogien, p. 121.

²³ Ogien, p. 121 s., afirma correctamente que: “Esta diferencia moral no puede provenir únicamente de la deontología médica ya que, ésta última establece reglas profesionales y no morales. Nada impide que la deontología médica sea cuestionada o modificada de acuerdo con principios morales considerados como superiores. Esto es lo que sucede cuando se rechaza el paternalismo médico y se reivindican los derechos de los enfermos”.

prioridad a la salvaguardia de la autonomía y de la dignidad de la paciente, incluso a expensas de la protección de la vida.

Los hechos en los casos de eutanasia se caracterizan por su complejidad e intensidad. En especial, están marcados por la situación de necesidad y angustia en la cual se encuentra el paciente moribundo, circunstancias que influyen fuertemente sobre el comportamiento de las personas que le acompañan o asisten. Estas personas son testigos de los conflictos de intereses creados por la determinación voluntaria del paciente a poner fin a sus días. Su intervención en el desarrollo de los hechos debe ser apreciada teniendo en cuenta todas estas circunstancias, en una perspectiva normativa-axiológica y no solamente en el nivel material de los hechos. Por lo tanto, es indispensable examinar si hay un conflicto de intereses en el sentido descrito por el juez, entre la protección de los derechos fundamentales, como la libertad personal (autodeterminación) y la dignidad humana y protección de la vida.

Para aproximar el comportamiento de la Dra. Berner (homicidio a petición de la víctima) de la hipótesis de la asistencia al suicidio, el juez menciona que la Dra. Berner y las otras personas presentes al momento de los hechos se habían representado la señal dada por la paciente como constituyendo “simbólicamente, el movimiento que... [la paciente] hubiese debido hacer para liberar la substancia mortal si la instalación prevista hubiese podido ser instalada”. Además, el juez tiene en cuenta la calidad de médico de la Dra. Berner, tanto para insinuar una cierta similitud con los casos de eutanasia, como para vislumbrar la posibilidad de que haya actuado en el contexto de un conflicto de deberes específicos de los médicos para con sus pacientes.

El juez tiene en cuenta todas estas circunstancias para afirmar que no hay ningún obstáculo que prohíba analizar si el comportamiento de la Dra. Berner puede justificarse, en particular, desde el punto de vista de los arts. 14 ss CP. Sin embargo, como ya lo mencionamos, ninguno de los hechos justificativos previstos por los arts. 14 ss CP es aplicable en este caso. Nos encontramos frente a una circunstancia de no-punibilidad extralegal – en el sentido en que no está prevista en una disposición legal – relacionada con el estado de necesidad.

El estado de necesidad (lícito o excusable) supone un peligro inminente y la necesidad de intervenir en nombre propio o, por un tercero, provocando un perjuicio a otra persona que nada tiene que ver con la creación del riesgo. Este debe consistir en una amenaza para el bien jurídico. En este caso, no puede ser la vida de la paciente, porque la intervención de la acusada consistió precisamente en provocarle la muerte. Si se trata más bien de la libertad individual y la dignidad de la paciente, es necesario preguntarse por quién y cómo fue puesta en peligro. En otras palabras, por un lado, quién le impediría concretizar su libre decisión de provocarse la muerte (afectación de la libertad individual) y, por otro, la obligaría a seguir viviendo, tratándola así como un objeto y no como sujeto de derechos (contrario a la dignidad). El origen del peligro se encontraría en la prohibición legal de matar y el desconocimiento del consentimiento (pedido) de la víctima como circunstancia justificativa.

El razonamiento jurídico del juez no es muy coherente en la medida en que habla indistintamente de justificar y excusar el comportamiento de la Dra. Berner. Parece que considera que no es indispensable especificar con exactitud cuál circunstancia de justificación o de no culpabilidad es aplicable a este caso, como si considerase suficiente sostener que era inoportuno considerar como punible un comportamiento

que era en sí justo. Sin resolver de modo definitivo la cuestión teórica y de manera pragmática, el juez decide que “en la medida en que, en ambos casos (el estado de necesidad o las circunstancias que le son asimilables) se libera a la Dra. Berner del procedimiento penal y que la resolución de esta cuestión, en el caso *sub iudice* no tiene otra incidencia, se le puede dejar abierta”. El juez concluyó que el comportamiento de la procesada se justifica y que por lo tanto debe ser absuelta.

Existen dudas sobre el hecho de saber si ésta circunstancia extra-legal influye sobre la ilicitud del comportamiento o sobre la culpabilidad del autor. Esta segunda hipótesis fue preferida por la mayoría de los miembros del Grupo de Trabajo “Asistencia al suicidio”, en contra de una minoría que estimaba inadecuado legislar en esta materia. De acuerdo con la mayoría, es necesario añadir al art. 114 CP (homicidio a pedido de la víctima) un segundo párrafo para regular este tipo de situaciones. El texto propuesto señala lo siguiente:

“Si el autor ha causado la muerte de una persona afectada en su salud de manera incurable y que se encuentra en fase terminal, con el propósito de poner fin a los sufrimientos insoportables e irremediables, la autoridad competente renunciara a perseguirlo, a reenviarlo ante un Tribunal o a imponerle una pena”.

No se trata de justificar el comportamiento, sino más bien de considerar si es conveniente reprimir la persona que actúa en el contexto específico de la eutanasia. Una vez reunidos todos los elementos mencionados en esta disposición, hay que admitir que la decisión de reproche, de culpabilidad, esta atenuada en gran medida, por lo que debe reflexionarse sobre si es indispensable imponer una pena.

Esta conclusión se impone. No se trata aquí de una circunstancia relacionada con el estado de necesidad lícito que permite justificar el comportamiento de la Dra. Berner. De hecho, el bien salvaguardado (la dignidad y la autodeterminación de la paciente) no son más importantes que el bien afectado (la vida). Los bienes son al menos iguales en este tipo de casos extremos. Se trata entonces de una circunstancia relacionada con el estado de necesidad excusable. El comportamiento de la Dra. Berner sigue siendo ilícito, pero no será sancionado. Hay que tener en cuenta, por un lado, el hecho que su culpabilidad es mínima o inexistente ya que no se le podía exigir que se comporte en tales circunstancias de manera diferente, es decir, que respete la prohibición de matar. Por otro, resulta innecesario recurrir a la represión penal en razón a criterios de prevención general o especial²⁴.

V. Conclusión

Para la doctrina, los criterios avanzados siguen siendo fuertemente controvertidos²⁵. Para tratar de superar este impase dogmático y la regulación legal incompleta (en particular, los arts. 114 y 115 CP), es indispensable retornar a los valores fundamentales de la protección de la dignidad humana (art. 7 Cst. y 3 CEDH) y de la autodeterminación (derecho a morir con dignidad y elegir su propia muerte (art. 10 al.

²⁴ De acuerdo con la noción de “responsabilidad” elaborada por Roxin como complemento a la noción de culpabilidad, cf. Hurtado Pozo, n. 396.

²⁵ Venetz, p. 253.

2 Cst. y 8 CEDH²⁶). Lo que permite plantearse la cuestión si el sistema previsto en el Código Penal (que data del siglo XIX) es conforme con estos principios²⁷. El art. 190 Cst., prohíbe el control de constitucionalidad de las leyes federales, pero el Tribunal Federal admite el control de la convencionalidad y ofrece al juez la posibilidad de no aplicar una ley contraria al derecho internacional²⁸. Si bien es cierto que el Tribunal Federal, pese a haber recordado repetidamente este principio, nunca lo ha invocado para no aplicar una ley federal contraria a la CEDH, salvo cuando existió un fallo que condenaba a Suiza. Podríamos tal vez imaginar que, en casos extremos como el caso de Neuchâtel, el Tribunal Federal renuncie a aplicar el art. 114 CP, ya que es contrario a los arts. 3 y 8 CEDH. En realidad, no ayudar una persona en un caso tan extremo como el analizado, podría ser calificado de tratamiento inhumano y degradante en el sentido de los arts. 3²⁹ y 8 de la CEDH, disposiciones que protegen el derecho a decidir su propia muerte, en particular el suicidarse. En consecuencia, siguiendo el argumento de Minelli, podríamos estimar que el individuo puede pretender que el Estado no prohíba que un tercero le ayude a causarse la muerte; lo que cubriría el homicidio a pedido de la víctima, cuando la persona desea suicidarse, pero no es más capaz de hacerlo por sus propios medios. El Estado debería limitarse sólo a verificar la capacidad de discernimiento y la libre voluntad del suicida³⁰.

Las personas incapaces de suicidarse son víctimas de discriminación si no se permite la eutanasia activa directa³¹. Por esto, la CEDH restringiría de este modo la aplicación del art. 114 CP, sin que sea necesario modificarlo³². En nuestra opinión, sin embargo, es conveniente hacerlo por razones de seguridad jurídica.

Aun cuando el Tribunal Federal no fuera tan lejos y continuara aplicando de la misma manera el art. 114 CP, podríamos imaginar que retome este razonamiento en el análisis de la culpabilidad y dispense el autor de toda pena. En efecto, prever una exención de pena en los casos extremos como el del de la sentencia analizada es, según nosotros, compatible con la jurisprudencia actual del Tribunal Federal y del Tribunal europeo de Derechos humanos. Ambos consideran, primero, que no existe un derecho del paciente enfermo incapaz de suicidarse a exigir al Estado a un tercero que se le practique una eutanasia

²⁶ ATF 133 I 58, 67 = JdT 2008 I 349, 358; Minelli, *Das Recht*, p. 576; Minelli, *Die EMRK*, p. 492.

²⁷ Cf. Goffi, p. 139 : La persona que no es capaz de dicho control, no puede vivir con dignidad, por ello, constituye un beneficio para ella reconocerle una muerte sin sufrimientos y socorrerla por benevolencia; Schwarzenegger, BK, Vor Art. 111 n. 8: « En las discusiones internacionales en áreas extremas, como, por ejemplo en los casos de enfermos incurables y cercanos a la muerte, que desean una ayuda al suicidio activo, se concretan pretensiones de autonomía individuales de gran importancia y el reconocimiento de una circunstancia de justificación supra legal, ver la impunidad de la asistencia al suicidio activa. Del examen de los fundamentos jurídicos, se deduce que la protección de la vida, en estos casos excepcionales, no puede servir como fundamento del ejercicio de otros derechos a la libertades, y que se atenta contra la dignidad humana mediante el tratamiento contrario a la voluntad confirmada repetidamente del moribundo.» et N 26.

²⁸ ATF 124 II 480, 487; ATF 122 II 485, 487; ATF 122 II 234, 239 = JdT 1997 I 556, 560; ATF 118 Ia 473, 480 = JdT 1995 I 523, 530; ATF 117 Ib 367, 373 = JdT 1993 I 273, 278; ATF 111 Ib 68, 71 s. = JdT 1987 I 204, 206 s.

²⁹ Dongois, p. 312.

³⁰ Minelli, *Das Recht*, p. 577; Minelli, *Die EMRK*, p. 492.

³¹ Schwarzenegger, BK, Vor Art. 111 n. 26; Kusch, p. 337; contra *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-IH, §89.

³² Minelli, *Das Recht*, p. 578.

activa. Segundo, que el art. 3 CEDH no obliga un Estado a establecer una excepción o exención de pena en respecto a la asistencia al suicidio³³. Por el contrario, nada impide a un Estado instituir una exención de pena en determinados casos. Los Estados no están obligados a hacerlo pero pueden preverlo si lo estiman conveniente.

Es necesario precisar que este razonamiento es válido sólo en casos extremos como el que venimos analizando. Las personas que asumen el acto extremo de provocar la muerte de los pacientes en estas circunstancias tan particulares, no deberían ser condenadas, porque “el derecho a la vida se relativiza en función de la calidad de vida, cuando en realidad se trata de apoyar el deseo de morir expresado por un enfermo cuya muerte es inevitable” y que no dispone ni de la capacidad, ni de los medios para provocarse por sí mismo la muerte.

Una salida alternativa a la planteada por nosotros es la que siguió la Corte Constitucional de Colombia. En la sentencia C-239-7 de 1997 esta corporación consideró que es jurídicamente posible realizar una eutanasia activa, siempre y cuando la persona que la sufriera fuese un enfermo terminal que la hubiera solicitado reiteradamente, y quien la practicase fuera un médico. A su entender el acto eutanásico no es antijurídico, porque el paciente terminal emite su consentimiento a poner fin a su vida. Para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional consideró que la vida no es un bien jurídico absoluto e indisponible, sino que -en situaciones extremas en las cuales se vea mellada la dignidad de su titular- se abre la posibilidad de disponer de ella.

Sin embargo, ambas soluciones no son completamente satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Por lo tanto, parece apropiado considerar una enmienda al art. 114 CP y al art. 106 CP colombiano para permitir la eutanasia activa bajo estrictas condiciones y en determinados casos³⁴; es decir, en los casos caracterizados por los siguientes hechos: enfermedad incurable, sufrimientos insoportables imposibles de aliviar, capacidad de discernimiento, voluntad inquebrantable expresada repetidamente y sin presiones externas. Además, debe tomarse conciencia que los progresos tecnológicos y médicos podrían transformar la regulación de los arts. 114 y 115 CP, dejándola obsoleta en un futuro próximo³⁵.

En esta perspectiva, consideramos adecuada la absolucón de la persona que comete el homicidio a petición de la víctima incapaz de suicidarse por sus propios medios cuando: (a) su acto es necesario para interrumpir una situación grave de sufrimientos insoportables; y (b) esta situación no puede evitarse o aplacarse por otros medios³⁶.

Es posible, dentro de ciertos límites, garantizar la libertad personal de estos pacientes y su dignidad humana, restringiendo al mismo tiempo los abusos. De hecho, en estos casos, se justifica que la

³³ ATF 133 I 58, 67 ss = JdT 2008 I 349, 358 ss.

³⁴ Schwarzenegger, BK, Vor Art. 111, N 8.

³⁵ Kusch, p. 343.

³⁶ Cf. Baumann Jürgen et al., Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe, Stuttgart/New York 1986; Sterbehilfe und Sterbebegleitung, Ethische, rechtliche und medizinische Bewertung des Spannungsverhältnisses zwischen ärztlicher Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung des Patienten, Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz vom 23. April 2004; Loi relative à l'euthanasie (Belgique) du 28 mai 2002; Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act (Pays-Bas) du 10 avril 2001.

autonomía de la voluntad y la dignidad de la persona prevalezcan sobre el interés colectivo de asegurar la protección de la vida, ya que se trata de “crímenes sin víctimas”, que es injusto castigar, pues el autor respeta la libertad y la dignidad de la persona interesada, sin causar algún daño a terceros³⁷. Estas cuestiones conciernen ámbitos muy personales e infinitamente complejos, pero creemos que una propuesta de esta índole debe ser considerada. En una sociedad democrática, laica y pluralista, no debe aceptarse que el Estado decida sobre qué maneras de morir son las mejores y las imponga a todos por medio de la coacción. Por el contrario, debería proteger las concepciones individuales siempre y cuando no perjudiquen a terceros³⁸.

Bibliografía

BORGHI MARCO, L’image de la mort en droit public, *in* Steinauer Paul-Henri (édit.), L’image de l’homme en droit : mélanges publiés par la Faculté de droit à l’occasion du centenaire de l’Université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 28 ss.

DONGOIS Nathalie, L’euthanasie en droit français, *in* Moreillon Laurent et al. (édit.), Aspects pénaux du droit du vivant, Bâle 2004, p. 295 ss .

GOFFI Jean-Yves, Penser l’euthanasie, Paris 2004.

HURTADO POZO JOSE, Droit pénal, Partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2008.

KUSCH Roger, Was rechtfertigt die aktive Sterbehilfe gegenüber dem assistierten Suizid?, *in* Petermann Frank Th. (édit.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, St-Gall 2008, p. 329 ss.

LOZANO VILLEGAS, Germán, La eutanasia activa en Colombia, *en* Cano Valle, Eugenio y Diaz Aranda (coord.) La eutanasia, aspectos jurídicos, médicos y religiosos. Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2001.

MINELLI Ludwig, Die EMRK schützt die Suizidfreiheit – Wie antwortet darauf das Schweizer Recht?, PJA 2004 491 ss (cité Minelli, Die EMRK).

MINELLI Ludwig, Das Recht auf den eigenen Tod, RSJ 1999 575 ss (cité Minelli, Das Recht).

OGIEN RUWEN, La vie, la mort, l’Etat, le débat bioéthique, Paris 2009.

³⁷ Ogien, p. 16 et 207 s.

³⁸ Ogien, p. 187; Roxin, p. 106.

ROXIN Claus, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, *in* Roxin Claus/Schroth Ulrich (édit.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4^e éd., Stuttgart 2010, p. 75 ss.

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Vor Art. 111, Art. 111-120, *in* Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Strafrecht II (Art. 111-392 StGB), commentaire bâlois, 2^e éd., Bâle 2007.

VENETZ Petra, Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht, Zurich 2008.