

# ¿DERECHO A MORIR O DEBER DE VIVIR?<sup>1</sup>

Darío ARCILA ARENAS<sup>2</sup>

*«Dos cosas pierden al hombre:  
El amor por la riqueza y el poder y el miedo a la muerte».*

Marco Aurelio

*«Ya es tiempo de que los médicos dejemos la vieja dicotomía que consiste en creer que siempre la vida es buena y la muerte es mala y la reemplacemos por un análisis más científico y a fondo del problema vida-muerte humanas, para que tengamos más clara nuestra tarea...»<sup>3</sup>.*

*«A mi me interesa vivir, no durar mucho».*

Manuel MEJÍA VALLEJO

---

1 Ponencia presentada en el *Foro sobre la Eutanasia*, realizado en el Auditorio de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia, el viernes 17 de octubre de 1.997.

2 Profesor titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Asesor de CERFAMI.

3 ABAD GÓMEZ, Héctor. *Manual de Tolerancia*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1.992, pág. 37.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como a partir del «holocausto nazi» la «eutanasia» ha sido satanizada y manipulada políticamente, al hablar de ella es conveniente expresar qué se entiende por eutanasia, qué conductas no deben considerarse como tal y cuáles acciones no se pueden comprender dentro de ella, en un Estado Democrático de Derecho.

De acuerdo con su etimología, la eutanasia es una «muerte buena» y, según su sentido originario, expresa la dramática y humanitaria conducta de ayudar a morir apacible y dignamente a quien padece intensos sufrimientos. El Diccionario de la Lengua Española la define como «*Acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, para poner fin a sus sufrimientos*».

En 1.623, el filósofo inglés Francis BACON (1.561-1.626) escribió:

*«El oficio del médico no es únicamente restablecer la salud, sino también suavizar los dolores y los sufrimientos inherentes a las enfermedades; y esto no sólo cuando este alivio del dolor... contribuya y conduzca a la convalecencia sino, también, en el procurar al enfermo, cuando ya no hay más esperanzas, una muerte dulce y apacible, pues esta eutanasia no es una parte menor de la felicidad»<sup>4</sup>.*

Nada más distinto y distante de la solidaria conducta denominada eutanasia, defensible dentro de un sistema moral antropocéntrico y en el sistema jurídico de un Estado Social y Democrático de Derecho, como lo es Colombia -al menos formalmente-, que la bárbara acción nazi de imponer a una persona la muerte contra su voluntad, asesinando, así, a miles de seres humanos por motivos políticos, económicos y eugenésicos, y por la sin razón de pertenecer a razas consideradas inferiores a la aria o ser económicamente improductivos y una carga para el Estado, como los ancianos desamparados y los niños gravemente deformes.

Causar la muerte a una persona contra su voluntad, imponérsela, así sea como pena legal, es una acción inmoral e ilegítima en un Estado Democrático de Derecho, pero también lo es retardarle la muerte artificialmente, prolongando su agonía.

4 Citado por MALHERBE, Jean-François. *Hacia una Ética de la Medicina*. Editorial San Pablo, Santafé de Bogotá, 1.993, pág. 179.

## 2. PRESUPUESTOS

En mis breves reflexiones sobre la eutanasia, acojo como principio el universal y general reconocimiento de la vida como el bien esencial y más valioso de toda persona y como su derecho fundamental, razón y piedra angular de todos los demás bienes y derechos, y reivindico el principio de que, como tal, ella merece conservarse y desarrollarse y ser respetada y protegida por todas las personas e instituciones sociales.

Pero, al hacerlas, también tomo en consideración que esos principios no son dogmas y ese bien y derecho abstracto no debe sacralizarse sino encarnarse, valorarse como realidad concreta y en relación con personas y circunstancias determinadas, aceptando que «*no siempre la vida es tan buena ni la muerte es tan mala*» pues, en ciertas condiciones, la vida puede limitarse tanto en su expresión y realización que deviene en un mal y, entonces, la muerte ser valorada como un bien, al constituirse en liberadora del sufrimiento y la degradación. En palabras de Epicuro, «*La gente huye unas veces de la muerte como del mayor de los males y la reclama otras veces como descanso de los males de la vida*»<sup>5</sup>.

Además, acojo la tesis de que la vida personal es mucho más que mera vida biológica, que ésta es bastante poco para dar cuenta de la dignidad de aquélla y que la persona es una unidad biológica, psico-social y espiritual, esencialmente conciencia y relación.

## 3. CONDUCTAS QUE NO CONSTITUYEN EUTANASIA

Es frecuente que algunas conductas, generalmente médicas, en relación con un enfermo terminal, se consideren como formas de eutanasia y hasta se llegue a dudar de su moralidad y legalidad. Esas conductas son las siguientes:

3.1. A petición del enfermo o de su familia o de su representante legal, cuando aquél no pueda expresar su voluntad, o a juicio del equipo médico o por decisión acordada entre ambos, *no aplicar un tratamiento* porque, con serio fundamento médico, se considera inútil e ineficaz para curar o mejorar al enfermo o desproporcionado en relación a los posibles beneficios y a los costos personales, familiares, sociales y económicos, sabiéndose que, por la omisión, sobrevendrá la muerte.

5 Citado por GARCÍA GUAL, Carlos. *Contra el temor a la muerte*. Madrid: Editorial Alianza, 1.981.

3.2. *Suspender un tratamiento que devino ineficaz* para la curación o el alivio del enfermo, que es desproporcionado e incluso puede agravar su situación, según fundamentada opinión médica y en las demás condiciones del caso anterior. Es decir y al igual que en la situación precedente, permitir que el proceso de muerte culmine naturalmente.

3.3. *Administrar al enfermo tratamiento médico farmacológico intensivo*, necesario para suprimir o aliviar el dolor o el sufrimiento o desagradables síntomas que padece, en las circunstancias antedichas e, *incluso, conociéndose que como efecto secundario deviene el acortamiento de su vida*, el adelantamiento de su inevitable muerte.

Pero, en la actualidad, estas conductas -posiblemente frecuentes- son, casi por unanimidad, aceptadas como legítimos actos médicos en todo el mundo y reconocidas, como tales, dentro del sistema jurídico colombiano, específicamente en consonancia con nuestra Constitución Política y la Ley 23 de 1.981. De acuerdo con éstas, son legítimas dichas conductas como expresión del ejercicio de la medicina, uno de cuyos objetivos es curar o aliviar el dolor y el sufrimiento, e incuestionables materializaciones del derecho de toda persona a *morir con dignidad*, es decir, a que su vida no sea prolongada en condiciones que la degraden como ser humano consciente y capaz de autodeterminación y relación, cuando no existe posibilidad médica de seguir *viviendo dignamente* o cuando ella desea que se le permita morir en forma natural. Según las mismas Carta Fundamental y Ley, es ilícito el llamado *encarnizamiento terapéutico* o *distanasia*.

En efecto, el acto médico referido en el numeral 3.3., que de los tres es el más debatido, hasta la Iglesia Católica lo considera conforme a su moral, de acuerdo con el principio del *doble efecto* o del *«directus-indirectus»*. Según éste, actúa moralmente quien ejecuta una conducta dirigida a evitar un daño seguro y grave a un bien importante aunque indirectamente, como efecto secundario no querido, mediante ella ocasione un daño inevitable a otro bien también importante. Si la intención es buena, poner fin al intenso dolor o sufrimiento del enfermo para proteger su dignidad y su paz interior, es moral la consecuencia dañina no querida, la muerte inevitable.

Nuestra Constitución consagra como principio fundante de nuestro Estado Democrático de Derecho el respeto por la dignidad de la persona y, después de proclamar que el derecho a la vida es inviolable, reconoce como derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad, proscribida toda forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes y dispone que nadie será obligado a actuar contra su conciencia.

Y la citada Ley -mal llamada de *Ética Médica* y que, en esencia, se ocupa de reglamentar disciplinariamente el ejercicio de la medicina-, en su artículo, 13 dispone:

*«El médico usará los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de curar o aliviar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales»<sup>6</sup>.*

En consecuencia, si el acto es médicamente ineficaz o llega a serlo, moral y legalmente no debe el médico ejecutarlo, ni lícitamente puede ser obligado a ello pues, mediante él, sólo va a lograr retardar el momento de la inevitable muerte, máxime si ese acto es agresivo y, en sí mismo, violento, desproporcionado y degradante, como habitualmente lo es. La ciencia y la técnica deben posibilitar una vida más digna y más libre para las personas o su utilización no se justifica.

*«El sentido médico de los costosos y escasos instrumentos de reanimación es poder mantener artificialmente con vida a quien, médicamente, tiene posibilidades de vivir y no el de crear cadáveres vivientes; es el de devolver a las personas a la vida y no el de prolongar su agonía. De ahí que el interés contrapuesto de otros pacientes con mejor pronóstico y el ejercicio legítimo de la profesión médica, exijan no aplicar o interrumpir la asistencia con instrumentos creados para curar y no para hacer sufrir a quien no se puede curar»<sup>7</sup>.*

En el caso de los menores de edad que no puedan expresar su voluntad en relación con un tratamiento, de los enfermos psiquiátricos y personas en estado de inconsciencia que sufren intensamente o subsisten en condiciones degradantes, estimo que sus padres o representantes legales están legitimados para hacer esa manifestación de voluntad, con fundamento objetivo y movidos única y exclusivamente por lograr el mayor bien para aquéllos, de conformidad con los artículos 14 y 15 de la referida Ley.

6 Ley 23 de 1.981. *Por la cual se dictan Normas en materia de Ética Médica*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 1.991.

7 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1.990, pág. 53.

El fundamento moral de esta actuación del representante legal radica en «*fomentar la autonomía del otro*» -de su representado- que constituye el precepto ético último pues, si bien, en principio, quien debe tomar una decisión es el que soportará sus consecuencias, no decidir en suplencia por él -cuando la persona directamente involucrada no puede tomar su propia decisión- implica violar tal precepto, con incumplimiento de las obligaciones propias y, de manera específica, del deber de solidaridad. En tales condiciones, decidir en suplencia por otro, pero contando con él y buscando su exclusivo bien, optando por «*el mejor camino*» o «*el mal menor*», es, a la vez, fomentar su autonomía, porque ésta está dialécticamente unida con su contraria que es la heteronomía.

Aunque los menores y enfermos psiquiátricos legalmente no pueden prestar consentimiento plenamente válido, en principio, no deben ser sometidos a tratamientos sin su anuencia y deben ser incluidos en la toma de decisiones relacionadas con su salud y su bienestar. Los niños enfermos son mucho más capaces y maduros de lo que suele considerarse para decidir sobre lo que les conviene o no y, en especial, sobre lo que son o no capaces de tolerar.

#### 4. SOBRE LA EUTANASIA PROPIAMENTE DICHA: DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD O DEBER DE VIVIR INDIGNAMENTE

4.1. Desde mi punto de vista, la eutanasia propiamente dicha es la que, en general, se conoce como «*activa-directa*» que consiste en *dar por solidaridad* la muerte a una persona, para poner fin a intenso dolor o sufrimiento proveniente de enfermedad grave e incurable, de grave e irreparable daño corporal o de condiciones degradantes de existencia, a petición libre, conciente y voluntaria del doliente, por voluntad suya expresada por escrito con anterioridad a su estado de inconsciencia o de trastorno mental, o con la autorización de su familia, de sus padres o de su representante legal, cuando se trate de alguien irreversiblemente inconsciente, de recién nacido o de enfermo mental, buscando siempre -en éstos casos- el exclusivo bien del paciente.

4.2. Hoy por hoy, los Estados Democráticos de Derecho, en términos generales, reconocen que el derecho a la vida no implica el deber de vivir, especialmente cuando *vivir* se convierte en una experiencia inhumana y degradante; y que, como bien personalísimo, es discrecionalmente disponible por su titular, razón por la cual no se penalizan el suicidio ni su tentativa.

Nuestra Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-578 de 1.995, afirmó que:

«*Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles*».

En la sentencia T-493 de 1.993, cuya tesis central consiste en que sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuando es ella deseable y compatible con la dignidad humana, la misma Corporación declaró que la decisión de una enferma de cáncer de no acudir a los servicios médicos «*no vulnera ni amenaza los derechos de los demás, ni el ordenamiento jurídico*» y que, «*por consiguiente, merece ser respetada, dentro del ámbito del reconocimiento de su derecho al libre desarrollo de la personalidad*».

Asimismo, mediante la tan intolerantemente debatida Sentencia C-239 de 1.997, la Corte sostuvo que «*Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas*» o de pretendidos derechos de terceros; que «*desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir*»; y que:

«*Si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida en sí. El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad*».

Y es que el derecho a la vida está indisolublemente unido a la dignidad y ésta a la libertad. La dignidad de toda persona es el fundamento de los derechos, que son instrumentos de realización de la libertad, de la ausencia de necesidad, y de las condiciones para que aquélla pueda vivir dignamente. La función más alta de los derechos humanos es la protección de la dignidad de la existencia de toda persona. Nadie en un Estado Democrático de Derecho puede tener el derecho de obligar a otro a que viva, cuando éste ya no quiere vivir más por las condiciones en que debe hacerlo o por otras respetables razones.

Por ello, al realizarse una ponderación de valores en una concreta situación de conflicto, la dignidad no puede considerarse separada de la vida y como un bien y un derecho más sino que el respeto por ella, unida a la existencia, debe ser preponderante.

Cuando Cristo, Freud, el «Ché» GUEVARA y Salvador ALLENDE, por ejemplo, aceptaron u optaron por una forma evitable de muerte, realizaron un acto acorde con su dignidad, su credo y su conciencia, propio de su autonomía personal, y reivindicaron el sentido de su propia vida porque la muerte es su culminación. La personalidad se manifiesta no sólo en cómo se vive sino, también, en cómo se muere.

4.3. En el sistema jurídico colombiano y de acuerdo con la Sentencia C-239 de 1.997, el único caso de eutanasia que hoy está justificado es el comprendido dentro del llamado homicidio piadoso o eutanásico, cuando «...lo comete el Médico en la persona del *paciente terminal* que para este efecto haya expresado su consentimiento libre y que se encuentre en las condiciones del artículo 326 del Código Penal»; es decir, que el médico obre movido por la piedad y para poner fin a intensos sufrimientos.

De conformidad con dicha sentencia, los otros posibles casos de eutanasia contemplados en el artículo 326, como son la muerte ocasionada en las condiciones de éste pero por quien no es médico y la ocasionada por cualquier persona por piedad a otra que no es «*paciente terminal*», pero sufre «*lesión corporal grave o enfermedad grave e incurable*», y «*para poner fin a los intensos sufrimientos*» provenientes de una u otra, siguen siendo punibles como delito de homicidio doloso atenuado.

En la aclaración de su voto a la referida providencia, el señor Magistrado doctor Carlos GAVIRIA DÍAZ dejó constancia de que consideraba la decisión muy restrictiva, por no haberse extendido la interpretación permisiva a la «*ayuda al suicidio*» contemplada en el artículo 327 del Código Penal y haber restringido la opción legítima por la muerte al

*«enfermo terminal», «pues existen casos dramáticos de enfermos no terminales, como los cuadrapléjicos, a quienes debería comprender la posibilidad de optar por una muerte digna, si juzgan abrumador su padecimiento».*

La Honorable Corte Constitucional consideró que únicamente en el citado caso

*«... la acción del tercero -médico- no tendría carácter antijurídico por concurrir la libre voluntad del sujeto pasivo, quien tiene el poder jurídico de disponer sobre su vida en el sentido de ponerle directamente término o de autorizar a un tercer médico, y por tratarse del cumplimiento del deber positivo de solidaridad*

*de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en situación de necesidad».*

Agregó:

*«El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad...».*

Y concluyó:

*«Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones del artículo 326 del C. P. considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción».*

Estimo cuestionables las exigencias que esa Corporación hace para que proceda considerar como justificado el homicidio por piedad, en lo referente a la calidad del sujeto activo, que tiene que ser «*médico*», y del sujeto pasivo, que tiene que ser «*enfermo terminal*».

Tales exigencias, en primer término, implican tratar de modo desigual e injusto, sin una razón jurídica válida, al sujeto activo no médico, pero pariente o amigo de quien padece intensos sufrimientos, así sea enfermera o farmacéutico, pues éstos tampoco pueden ser sujetos activos de la citada modalidad de eutanasia justificada. Se desconoce, así, que es el pariente o amigo del que sufre intensamente quien más posiblemente va a sentir piedad por éste y a proceder solidariamente con él y no el distante profesional médico, a quien muy seguramente aquél pedirá información sobre el medio más eficaz e indoloro para causar la muerte misericordiosa.

En un Estado Democrático de Derecho, no es legítimo consagrar privilegios, excepto para igualar a los desiguales, y los beneficios legales deben estar al alcance de todos los ciudadanos que se encuentren en la misma situación, pues donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

En segundo lugar, dichas exigencias implican dar un trato discriminatorio e inhumano al sujeto pasivo que no es «*enfermo terminal*», pero que padece «*intensos sufrimientos provenientes de grave lesión corporal o enfermedad grave e incurable*», a quien, mediante la amenaza de penalizar a la persona que sea solidaria con él, se obliga a subsistir en condiciones crueles, inhumanas y degradantes, situación reñida con el artículo 12 de la Constitución.

La prohibición por esta norma de someter a la persona humana a trato cruel, inhumano o degradante, integrada en el núcleo del derecho fundamental a la vida, hace que las obligaciones de abstenerse de toda conducta que lo menoscabe y de proteger y promover su ejercicio, deban entenderse en el sentido de que, en ningún caso, su cumplimiento puede conllevar a mantener la vida humana mediante procedimientos o en condiciones inhumanos o degradantes.

Una importante razón que tuvo la Honorable Corte para tomar la referida decisión fue la de que

*«Condenar a una persona-enfermo terminal (que define como aquel de quien, en virtud de informes médicos y más allá de toda duda razonable, puede sostenerse que la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto), a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta, sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral, pues la persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto».*

Esta razón es, aún, más válida, en tratándose de una persona que no es enfermo terminal, pues es mucho más cruel, inhumano, degradante y anulatorio de su dignidad y su autonomía obligarla a prolongar su vida durante un tiempo largo e indefinido, por no ser un enfermo terminal, cuando no lo desea, dados el intenso sufrimiento u otras condiciones indignantes en que transcurre su existencia.

Además, otro de los argumentos de la Corte para fundamentar su decisión de justificar la muerte consentida y por piedad del enfermo terminal, en el sentido de que la obligación del Estado de proteger la vida *«no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico»*, tiene más peso en relación a otros enfermos no terminales, como los anancefálicos y los que se encuentran en estado vegetativo persistente.

4.4. Considero que el debate sobre la justificación moral y jurídica de la eutanasia debe extenderse a esos otros casos, más humanamente dramáticos, que dejó por fuera la Corte Constitucional en la Sentencia C-239 de 1.997, como son los de los cuadrapléjicos conscientes; los permanentemente inconscientes o en estado vegetativo irreversible, especialmente jóvenes que amaban la vida y disfrutaban de ella y que, a consecuencia de un accidente, que-

daron reducidos a esa condición; y los recién nacidos anancefálicos o con graves minusvalías.

## 5. POSICIÓN PERSONAL SOBRE LA OPCIÓN MORAL JURÍDICAMENTE LEGÍTIMA

Con sumo respeto por las opiniones contrarias y pidiendo tolerancia con la mía porque, como dijo DIDEROT, sé que *«tengo la obligación de buscar la verdad pero no estoy obligado a encontrarla»*, procedo a expresar mi punto de vista sobre la que estimo una opción moral y jurídicamente legítima ante dichos trágicos casos.

5.1. En términos generales, considero que, cuando la medicina paliativa ya no tenga qué hacer por dignificar la vida -no obstante los grandes recursos técnicos y farmacológicos con que hoy cuenta- o cuando el enfermo no quiere aceptar su intervención, dentro de un sistema moral antropocéntrico y de un sistema jurídico democrático y ante la inhumana posibilidad del *ensañamiento terapéutico*, respecto de las citadas personas, debe reconocerse la legitimidad moral y jurídica para la práctica de la eutanasia y de la ayuda al suicidio, como un acto de piadosa solidaridad.

Ello, cuando la persona implicada así lo hubiere solicitado -libre y válidamente- o cuando, con anterioridad a la inconsciencia, haya manifestado su voluntad de no prolongarle la existencia en esas degradantes condiciones e, incluso, cuando -ante semejante estado y considerando las dramáticas e inhumanas condiciones en que subsistiría- se estimare fundadamente que hacerlo es el mayor bien para ella, para quien, sin egoísmo, se juzga que la muerte es liberadora.

Desafortunadamente, en nuestro medio, la medicina paliativa sigue siendo subvalorada y poco utilizada por los médicos, quienes -en mayoría- consideran que su única misión es curar y luchar contra la enfermedad y la muerte, olvidando el mandato del artículo 17 de la Ley 23 de 1.981 cuando estatuye *«La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de su asistencia a un paciente»*.

5.2. Juzgo que, en las referidas condiciones de existencia y en otras semejantes, la muerte solicitada por persona que la padece o autorizada por su representante legal -en caso de que esté irreversiblemente inconsciente, sea recién nacido o enfermo mental- deviene en un bien que, junto con la dignidad, entra en conflicto con la vida, que se ha convertido en mal o, al menos, ya no es el mayor bien, conflicto que con fundamento en el principio moral del *mal menor* y en la figura

jurídico-penal del *estado de necesidad*, debe resolverse en favor de la muerte digna.

El estado de necesidad es una institución jurídico-penal que se presenta cuando una persona realiza una conducta en principio delictuosa (típica), con la finalidad de proteger un bien o un derecho, propio o ajeno, de una amenaza o daño actual o inminente, produciéndose por virtud de tal empeño una lesión en bienes jurídicos de otra persona, siempre y cuando no hubiera sido posible acudir a una vía protectora menos perjudicial, no se tenga la obligación jurídica de enfrentar el peligro y éste no haya sido provocado por la persona que realizó la conducta (Ver artículo 29, numeral 5, del Código Penal).

En el estado de necesidad se presenta, entonces, una situación de conflicto entre dos bienes, en la cual la protección o salvación de uno exige el sacrificio de otro. Si el bien sacrificado es de menor valor o jerarquía que el protegido, la conducta legalmente se justifica; y si aquél y éste son de idéntico valor o son bienes no jerarquizables entre sí, como la vida, la dignidad y la autonomía, la conducta solamente se considera inculpable y, en consecuencia, no merecedora de pena (Ver artículo 40, numeral 2, del Código Penal).

Estimo que, frente a los casos extremos referidos, debería aplicarse el *estado de necesidad* porque, al ponderar los bienes en conflicto que lo son el mantenimiento de la vida -en condiciones degradantes- de una persona que válidamente pide morir -o lo pidió cuando pudo hacerlo- enfrentado a su dignidad y autonomía, jurídicamente debe primar la protección de éstas pues, para quien sufre intensamente y ha manifestado que ya no tiene sentido la vida, es mejor morir sin padecer que vivir padeciendo.

En esos casos, la muerte sería la única manera de proteger la autonomía personal pues la personalidad no sólo se manifiesta en la vida sino, también, en la muerte y la dignidad. Cuando una persona solicita que se le ayude a morir, quien solidariamente lo hace está ayudándole a ejercer su autonomía y protegiendo su dignidad porque nadie puede estar más legitimado que el propio afectado para decidir, frente a una situación límite, dónde está su dignidad: si en conservar su existencia o en renunciar a ella.

Además, el respeto por la voluntad de quien quiere morir garantiza el derecho a la libertad de conciencia y de religión, pues el único argumento para justificar por qué en estos casos no se puede respetar el querer del enfermo y sí mantenerlo vivo en contra de éste, es la tesis religiosa de que Dios, y no el hombre, es el único que puede disponer de la vida humana.

De acuerdo con la regla moral del *mejor camino* o *del mal menor* y la institución jurídico-penal del *estado de necesidad*, quien busca evitar un mal grave y para lograrlo debe ocasionar un mal menor, según su conciencia moral, no comete ninguna falta moral, ni legal y no debe considerarse culpable.

*«No existe el deber jurídico de vivir. Pero es más, tampoco es correcta una intromisión del Estado en el excesivo fomento de la propia vida, hasta el punto que la haga absolutamente irrespirable para el propio titular al que se quiere proteger. Ni siquiera en nombre del Estado social, salvo un paternalismo totalitario, puede intrincarse (sic) en esa esfera íntima de la persona: Su decisión de vivir...»<sup>8</sup>.*

5.3. Además, considero que en los casos extremos, en referencia, constitutivos de eutanasia no justificada según la Sentencia C-239 de 1.997, podría plantearse la ausencia del elemento subjetivo esencial del delito de homicidio, que consiste en el *«dolo de matar»*. En efecto, éste implica conciencia y voluntad de causarle a otra persona un mal, el mal mayor que se le puede ocasionar, que es la muerte. Pero, cuando una persona, movida por la piedad y en acto de solidaridad, decide ocasionarle a otra la muerte para poner fin a intensos dolores o sufrimientos, no tiene conciencia y voluntad de estarle causando el mayor mal sino un bien, pues la muerte en esas circunstancias es una acción liberadora del sufrimiento o de condiciones degradantes de vida, máxime si se actúa a petición de quien las sufre.

Y si está ausente dicho elemento subjetivo del tipo de injusto de homicidio doloso, la conducta eutanásica no sería típica o, al menos, su autor debería ser eximido de pena porque, en relación con él, ésta no cumpliría ninguna de las funciones que la justifican como un mal útil en un Estado Democrático de Derecho. En éste, *«la pena tiene que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto y no sólo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico»*, dijo la Honorable Corte Constitucional en la citada sentencia.

5.4. El teólogo católico y profesor de Filosofía de la Medicina en la Universidad de Lovaina, Jean-François MALHERBE, no obstante que, en general, rechaza la eutanasia (activa, directa) y la cuestiona como la única salida frente al encarnizamiento terapéutico, concluye aceptando que:

<sup>8</sup> QUERALT, Joan J. «La Eutanasia: Perspectivas actuales y futuras». En: *Anuario de Derecho Penal*, Tomo LXI, 1.988, pág. 115.

«Quedan los casos, poco frecuentes pero más numerosos de lo deseado, en los que los cuidados paliativos y terapéuticos del dolor son ineficaces. ¿Qué hacer en tales casos límites?

En principio, la respuesta es clara: En una situación donde se hace lo que sea, incluido el no actuar, se llega a un resultado indeseable, es necesario tener el coraje de provocar deliberadamente la salida menos indeseable. Es el principio del mal menor. ¿Se aplica igualmente al final de la vida? No veo cómo podría rechazarse su aplicación cuando se acepta en la guerra justa y en la legítima defensa, que son lícitas cuando son salidas probadas de mal menor.

Si en caso de fracaso de los cuidados paliativos la conciencia moral se persuade, con toda lucidez crítica, de que no hay ninguna otra salida positiva a la situación y de que la salida negativa sería la eutanasia directa y activa, me parece que nadie podría juzgar la transgresión cometida así. Se observará a las dos condiciones que definen las situaciones sin salida moral como extremadamente restrictivas: ausencia de salida positiva y demostración de que la salida considerada como posible representa un mal menor...

*De ninguna manera podría recomendar la eutanasia directa y activa; repruebo totalmente la falta de cuidados; los cuidados paliativos me parecen, en la mayoría de los casos, la mejor manera de respetar la vida del otro, considerada tanto en su cualidad como en su cantidad. Pero, en caso de fracaso de estos últimos, reconozco que la instancia última que debe dictar mi elección es mi conciencia, ejercida libre y responsablemente»<sup>9</sup>.*

5.5. Planteo, pues, que en el sistema jurídico colombiano se encuentran razones para legitimar la eutanasia en casos extremos y en condiciones especiales. Pero, para una mejor protección del esencial bien y derecho a la vida y una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos y -en especial- para los médicos y paramédicos, quizás lo más conveniente podría ser que el Legislador, tal como parcialmente lo reclama la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-239 de 1.997, expidiera una Ley que, de modo expreso, consagrara el derecho fundamental de toda persona a una muerte digna y definiera los casos y las condiciones en que terceros (médicos, paramédicos y familiares) podrían legítimamente realizar la eutanasia o ayudar al suicidio, como expresión del derecho a una vida digna y a la autonomía.

9 MALHERBE, Jean-François, *obra citada*, págs. 184 y 185.