

CRONICAS EXTRANJERAS

Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir (*)

Introducción, texto y fundamentos

(Presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes (**))

Traducción de BORJA MAPELLI CAFFARENA

A) INTRODUCCION

1. Con todas sus aportaciones positivas, el desarrollo de la medicina y la técnica médica ha planteado nuevos problemas al tema de la terminación de la vida. Ante todo, porque, debido a la fructífera lucha contra las enfermedades infecciosas, mueren hoy más personas por enfermedades prolongadas que, como el cáncer, pueden ser muy dolorosas en sus últimas fases. A ello se añade que la medicina puede ahora mantener artificialmente las funciones específicas del cuerpo

(*) Título original: *Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe*, publicado en la Editorial Georg Thieme, Stuttgart/New York, 1986.

(**) Jürgen Baumann, Hans Joaquim Bocknik, Anne-Eva Brauneck, Rolf-Peter Calliess, Gert Carstensen, Albin Eser, Hans Peter Jensen, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Hans-Georg Koch, Markus von Lutterotti, Michael Perels, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schoch, Wolfgang Schone, Hans-Ludwig Schreiber, Horst Schüler-Springorum, Johannes Teysen, Jürgen Wawersik, Gabriele Wolfslast, Klaus-Joachim Zülch.

Nota previa del Traductor: En 1986 apareció en la editorial Georg Thieme de Stuttgart (R.F.A.) el proyecto de un grupo de trabajo de Catedráticos de Derecho penal y de diversas especialidades médicas, con el que se pretendía ofrecer a la opinión pública y a los encargados de legislar una forma distinta o incluso nueva de enfrentarse con el fenómeno cada vez más importante, humana y socialmente, de la «ayuda a morir» que puede y debe prestarse a enfermos terminales y moribundos aquejados de graves dolores y sufrimientos.

Este Proyecto alternativo se enfrenta, en definitiva, con el espinoso y siempre difícil problema de la «eutanasia», palabra que por sus connotaciones peyorativas procuran evitar los autores de este texto.

Pero sea con un nombre u otro se trata de regular, de un modo claro y preciso, el derecho a una muerte digna, aun a costa de admitir una reducción sensible del derecho a la vida, sin, por ello, traspasar o bordear peligrosamente los límites de pro-

a menudo durante largo tiempo. De esta forma la vida de muchas personas ha podido salvarse, pero para muchas otras el empleo de todos los medios ha retrasado su muerte en forma humanamente poco digna: la medicina intensiva moderna puede ayudar a un paciente no sólo frente a situaciones de necesidad que ponen en grave peligro la vida, sino también mantenerlo durante años, incluso muchos años, suspendido entre la vida y la muerte. De ahí surgen para los pacientes, el médico y el derecho nuevos problemas:

El *paciente* y todo el que pueda serlo en el futuro, puede tener la preocupación de si se le mantendrá con vida en caso de una enfermedad mortal o de un grave accidente por medio de un sinfín de medidas médicas, incluso cuando ello prolongue un estado de sufrimiento doloroso. El enfermo puede temer del médico que éste al ayudarle en su lucha contra la enfermedad, no sólo le preste la ayuda imprescindible, sino que en su lucha contra la muerte no esté dispuesto a reconocer su derrota. Por ello no quiere ser expuesto con razón a medidas que sólo conducen a impedir una muerte natural.

También quiere saber si será suficientemente respetado su derecho a la autodeterminación y si su sufrimiento será en todo momento suficientemente atenuado (cfr. Bauer 1979, 515 y ss.). Estas inquietudes hicieron surgir por vez primera en USA, e inmediatamente después en Europa, sociedades en pro de la eutanasia y en favor de un llamado «testamento del paciente», es decir, de unas disposiciones preventivas escritas sobre el derecho al tratamiento médico en caso de una particular incapacidad de decisión, exhortando a los médicos a respetar estrictamente el derecho a la autodeterminación en relación con el tratamiento de los enfermos en trance de muerte y moribundos (cfr. Krauss 1976, 36).

En la República Federal de Alemania, concretamente con esa orientación, se constituyó al mismo tiempo la Sociedad Alemana para una Muerte Humana, fundada en 1980, y también la Unión Humanista.

tección jurídicopenales a este fundamental derecho. Ello no es sino una consecuencia más del movimiento ampliamente difundido en los últimos años a favor del respeto a la libertad de cada cual para elegir no sólo sobre su vida, sino también sobre su muerte. El Proyecto alternativo va, en parte, más lejos por cuanto reconoce la posibilidad de «ayuda a morir», interrumpiendo cualquier medida terapéutica, incluso en casos de ausencia de voluntad expresa (enfermos inconscientes, recién nacidos con graves malformaciones) del afectado; y, en parte, quedando por debajo de estas exigencias, al seguir, en principio, considerando como delito el homicidio realizado a petición y con consentimiento de quien no quiere vivir más. Entre estos dos extremos opta, además, por una liberación total de cualquier forma de favorecimiento, activo u omisivo, del suicidio ajeno, siempre que se trate, el suicidio, de una decisión libre y responsable de un adulto.

La regulación y sus fundamentos, que a veces pecan de prolijos y complejos, es junto con otros documentos que se publican como apéndice de este Proyecto y que por razones de espacio no se recogen aquí (Directrices de la Academia Suiza de las Ciencias, 1976; Directrices del Colegio de Médicos de Alemania Federal, 1979; Proyecto holandés 1985/86; Natural Death Act of California, 1976), uno de los intentos más serios de resolver uno de los problemas más difíciles y apasionantes de nuestro tiempo.

El *médico*, debido al progreso en el campo de la medicina intensiva aparece, mucho más que en otras épocas, como el dueño de la vida y la muerte: le es posible, independientemente del estado general del paciente, mantener casi indefinidamente las funciones del corazón, de la circulación y la respiración o, por el contrario, suspender en cualquier momento las medidas artificiales de conservación de la vida. Los sorprendentes resultados del tratamiento en algunos casos le hacen aún más difícil decidir cuándo debe interrumpir el tratamiento y cuándo no debe hacerlo (cfr. Menzel, 1977 pars. 54 y ss.). Apenas si son posibles declaraciones claras sobre un pronóstico como base para una decisión sobre la vida o la muerte y al faltar indicaciones jurídicas precisas para actuar el riesgo jurídico de una interrupción del tratamiento antes de tiempo resulta ser más alto que el de una «terapia» excesiva, sobre todo cuando reconocidos juristas mantienen la opinión de que la obligación de los médicos es mantener las funciones vitales del paciente tanto tiempo como sea posible (cfr. Bockelmann, 1968, pars. 112 y ss.).

Ante esta situación —que no sólo se da en la República Federal de Alemania—, las organizaciones médicas han presentado orientaciones y resoluciones en relación con las condiciones bajo las que debe ser omitida o interrumpida una medida artificial para conservar la vida (Academia Suiza de la Ciencia Médica, 1976; Consejo General de Colegios Médicos, 1979; Sociedad Alemana para Gerontología, 1979; una comparación de las orientaciones da Schreiber, 1980, pp. 83 y ss.). En todo caso, es dudoso si una acción médica apoyada en aquellas resoluciones sería en todo caso aceptable también desde una perspectiva jurídica. Lo decisivo sigue todavía sin aclararse: ¿Ha de respetarse siempre y bajo qué condiciones la voluntad del paciente? ¿Es siempre vinculante para el médico el contenido de una disposición del paciente? ¿El médico debe o tiene inevitablemente que suministrar un medicamento para tratar un padecimiento grave cuando lo requiere el bienestar del enfermo si con ello posiblemente está acelerando su muerte?

Aunque estas cuestiones han sido largamente discutidas, no se ha encontrado todavía en el *Derecho* una solución clara y satisfactoria para todos. El legislador ha guardado silencio durante largo tiempo. La dogmática ha desarrollado ciertamente modelos de solución considerando tanto la protección de la vida como la dignidad humana ante la muerte, ofreciendo una orientación jurídica para las actuaciones médicas en el término de la vida sin, por otra parte, reglamentar excesivamente. La fuerza atractiva de casos espectaculares, de una parte, y el recuerdo de la perversión del pensamiento eutanásico en la época del Nacionalsocialismo (vid. sobre ello, Klee, 1983), de otra, provoca que incluso en las discusiones públicas se fije más la atención en las etiquetas que en una consideración diferenciada de la problemática. La jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta ahora ha re-

suelto pocas dudas. Por el contrario, con ella se ha acentuado aún más la inseguridad e, incluso, ha incurrido en contradicciones insalvables con respecto a la participación en el suicidio (cfr. Jahnke, 1980, ante Par. 211 Rn.). Sus sentencias actuales, en base a la configuración específica de casos concretos (como el conocido proceso Wittig, BGHSE 32.367 y ss.), han soslayado la problemática del suicidio. Además, la jurisprudencia raras veces se ha ocupado de aquellos casos en los que podría plantearse, de forma adecuada, las cuestiones pendientes por medio de una interpretación del derecho vigente.

En esta situación, sólo una regulación legal puede procurar claridad necesaria. El legislador tiene ante sí las siguientes tareas por resolver:

- Reconocer obligatoriamente como principio fundamental el *derecho a la autodeterminación del paciente*, aún frente al médico, pero teniendo en cuenta alguna posible limitación a esta capacidad de decisión.
- Dejar claro que el médico pueda ofrecer a los pacientes siempre el *tratamiento óptimo* adecuado a su situación, *incluyendo la posibilidad de un sedante*, sin tener que recelar de entrar en conflicto con la ley, incluso si sus medidas concretas pueden provocar un acortamiento de la vida.
- Ofrecer claridad jurídica a todos los protagonistas. En lo que se refiere al *paciente*, éste podrá estar seguro de que no hay ninguna obligación jurídica de conservar su vida a cualquier precio, sin que, por otra parte, haya que temer que se le desahucie prematuramente; por lo que se refiere al *médico*, éste ha de tener la seguridad de que bajo determinados presupuestos está autorizado para omitir o interrumpir un tratamiento que prolonga la vida, o bien, aplicar medidas mitigadoras del dolor, incluso a costa de una probable aceleración de la muerte.
- Superar la falta de claridad que existe en la jurisprudencia con relación al suicidio.

Si se consigue esta clarificación jurídica, la misma redundará, de igual manera, en beneficio del médico, del paciente y de sus allegados. Las actuaciones médicas gozarán de protección jurídica siempre que, considerando la obligación de que el tratamiento sirva en primer lugar para garantizar el bienestar y la dignidad humana del paciente, respeten el derecho a la autodeterminación de éste y sometan a este fin los medios a su alcance.

2. El Proyecto de Ley presentado aquí aspira a lograr esas metas. Se presenta como una novedad en la historia de los Proyectos alternativos el intenso diálogo interdisciplinar con médicos de distintas especialidades. No se trata de limitar la protección de la vida.

«Ayuda a morir» significa para los autores de este proyecto, en primer lugar, *ayuda a la muerte*, en el sentido de ahorrar al paciente sufrimientos innecesarios, sin acortar su vida. *Ayuda a morir* aceptando el riesgo de una aceleración de la muerte puede tomarse en consideración si todos los medios de ayuda en la muerte fracasan (sobre esta decisión cfr., por ejemplo, Eser 1977, pp. 84 y ss.). Partiendo de ésto, una aspiración esencial del Proyecto es servir al bienestar y la dignidad del paciente, para que se tenga en cuenta junto a la *conservación de la vida*, también la mitigación del dolor y la autodeterminación: el paciente debe experimentar la muerte como una parte de su propia realidad (Eser 1986, 55).

Esto supone tanto respetar su vida, como también su voluntad de morir. En este sentido, el Proyecto tiende a asegurar legalmente la libertad de decisión del paciente en la aceptación o continuación de una medida de tratamiento médico. Autodeterminación en este sentido, no significa, sin embargo, que el médico haya de someterse con una obediencia ciega a toda voluntad de morir. Su misión es, ante todo, capacitar al paciente por medio de un diálogo personal, con información y consejos, a tomar una decisión sensata mientras que ello sea posible (cfr. sobre esto, los fundamentos del párrafo 214, apartado 1, Nr. 1 del Proyecto).

No obstante, el Proyecto tampoco exige que, cuando la voluntad del paciente no pueda reconocerse, haya que mantener la vida «a cualquier precio». Si la muerte es parte de la vida, entonces, a la vista de la evolución de la moderna medicina intensiva en este ámbito, es una necesidad incondicional regular aquellos casos en los que el posible mantenimiento técnico de la vida puede ser contrario al interés del afectado en una muerte humana. Sin embargo, esto no puede exteriorizarse en una forma jurídica obligatoria. Cuando las declaraciones precisas sobre diagnosis y prognosis no son posibles, es válido aplicar el principio «in dubio pro vita» (ante la duda a favor de la conservación de la vida).

3. El reforzamiento de semejantes derechos del paciente favorece también al médico y además sirve para su protección: el derecho a morir resultará para él más accesible. El riesgo de una responsabilidad penal sólo disminuirá con una precisa regulación legal. El marco profesional del médico, dirigido al mantenimiento de la vida y ayuda al paciente, se refuerza. La concreción de las decisiones jurídicas fundamentales sobre protección de la vida origina una orientación general del comportamiento, si bien ya por razones prácticas, la acción médica, que por lo general se desenvuelve a puertas cerradas, sólo parcialmente en casos aislados es accesible el «control jurídico».

Unas determinaciones claras sobre el ámbito de lo prohibido y lo permitido protegerán a los médicos frente a las exigencias de los pacientes y sus allegados, cuando éstos les exijan una actuación en desacuerdo con la ética profesional. El médico puede remitirse a los

parágrafos que regulan la frontera de lo permitido sobre interrupción del tratamiento (par. 214 del Proyecto) o sobre medidas mitigadoras del dolor, con riesgo de acortar la vida (cfr. par. 214 a del Proyecto) y especialmente además a la prohibición de un homicidio solicitado (cfr. par. 216 del Proyecto). Y, a la inversa, no está expuesto a la exigencia de tener que confiar en el marco de la ayuda a morir en que no se llegue a probar penalmente una conducta en sí punible.

4. Desde distintos puntos de vista se ha objetado que la complejidad de las actuaciones médicas impiden una regulación legal general (cfr. Ehrhardt, 1965, 9; Hartmambund, 1973, citado por Deneke en Lüth, 1969; Eibach, 1974, 269 y ss.; Fritsche, 1979, 90 y ss.). El presente Proyecto se entiende como una prueba de lo contrario. Se basa en la diferenciación ya utilizada entre ayuda a morir «pasiva», «indirecta» y «activa», aunque por buenas razones se haya procurado evitar el empleo de estos conceptos en el texto (cfr. el fundamento al par. 214, apartado 1 del Proyecto).

El ámbito de lo conocido generalmente como «ayuda a morir pasiva» se regula por el par. 214 del Proyecto. En él se incluyen los presupuestos en los que se permiten la *interrupción y la omisión de medidas para conservar la vida*. De esta manera, desconectar los instrumentos técnicos de conservación de la vida se equipara a la renuncia de una medida de salvamento, sin que ello dependa de si la interrupción técnica del tratamiento se ve jurídicamente como una omisión a continuar manteniendo la vida (en este sentido, por ejemplo, Gailen, 1968, 151; Roxin, 1969, 395 y ss.; V. Dellingshausen, 1981, 461 y ss.) o se le considera ciertamente como un hacer, pero en vista del proceso terminal ya iniciado el fin de protección se considera proporcionalmente más reducido (así, por ejemplo, Sax, 1975, 144 y ss.; Jähnke, 1980, ante par. 211. Rn. 17). El par. 214 contiene criterios que bien están referidos a una voluntad presunta o expresa del afectado (par. 214, apartado 1, números 1 y 3), bien permiten renunciar a las medidas de conservación de la vida en determinadas situaciones (par. 214, apartado 1, números 2 y 4).

El par. 214 a regula la práctica de medidas que mitigan el dolor. En relación con los presupuestos permisivos en el ámbito de la «ayuda a morir indirecta» se trata de una combinación de consentimiento (expreso o presunto) con criterios relacionados con la situación, aquí presentados como «indicaciones». Con la expresión «medidas que mitigan el dolor» queda claro que se trata sobre todo de ayudar a los pacientes frente a dolores o situaciones de padecimientos insoportables, y no de producir la muerte.

La *ayuda a morir activa* se sigue considerando por este Proyecto como antijurídica. Tras una polémica a fondo los autores del Proyecto por mayoría absoluta se han declarado a favor de seguir mante-

niendo en principio el homicidio solicitado. Para el caso —muy excepcional en la práctica gracias a las posibilidades médicas en el campo de la «ayuda a morir indirecta»— de homicidio conmisericordioso solicitado expresa y seriamente debe preverse, sin embargo, la posibilidad de una dispensa facultativa de la pena (en el mismo sentido, por ejemplo, Simson, 1976, 334; cfr. también Engisch, 1979, 536). Las soluciones propuestas aquí para la interrupción del tratamiento y la ayuda a morir indirecta excluyen por innecesarios otros cambios en el par. 216 del vigente Código penal, como fueron exigidos en diferentes ocasiones en relación a situaciones de ayuda a morir.

5. En relación con las propuestas para la regulación legal de la ayuda a morir ha de plantearse el tratamiento jurídico de la *cooperación en el suicidio*. El Código penal no declara expresamente punible la cooperación en el suicidio de otro. Sin embargo, la jurisprudencia ha intentado castigar lo más ampliamente posible el no impedir un suicidio estableciendo de un modo general la obligación de salvamento del garante ante una tentativa de suicidio, o tratándolo como un caso de accidente en el sentido del párrafo 323 c) St6B (Cfr. Gropp, 1985, 97 y ss.), llegando así a resultados insatisfactorios y contradicciones, aunque ocasionalmente se haya esforzado en respetar el suicidio responsable y libre (Cfr. Jähne, 1980, ante par. 211 Rn., pars. 24 y ss.; Eser, 1985, ante par. 211 Rn., pars. 42 y ss., exigiendo del legislador un texto preciso).

Los autores del Proyecto están todos de acuerdo en que nadie debe ser obligado mediante la amenaza de una pena a mantener con vida a cualquier precio y violentamente a quien ha resuelto morir tras una decisión libre y reflexiva. Pero también mantienen la opinión de que aquel cuya resolución suicida no descansa sobre una formación de la voluntad viciada, humana y médicamente debe esperar «una ayuda para vivir», para poder superar la situación crítica que le llevó a su acción suicida; y lo mismo piensan respecto a quien en absoluto tiene la intención de quitarse la vida y únicamente se propone llamar la atención sobre su problema mediante una acción-reclamo (cfr. Stengel, 1969, 65 y ss.).

La propuesta presentada aquí (par. 215) del Proyecto alternativo se basa en el par. 103 (Delitos contra las personas 1). Establece, por una parte, la impunidad de no-impedir un suicidio libremente responsable (igual sucede con la participación activa) y, por otra parte, menciona en una relación no exhaustiva criterios especialmente importantes —como ser joven o tener defectos para formar una voluntad libre por circunstancias que podrían conducir, en caso de comisión de un delito, a una exclusión o atenuación de la culpabilidad— que excluyen la presunción de una voluntad libre. En caso de duda ha prevalecido la conservación de la vida.

6. A diferencia de otras regulaciones y propuestas (cfr., por ejemplo, la Natural Death Act californiana de 1976), el Proyecto renuncia

a exigir concretas y específicas garantías procedimentales, especialmente en lo referente a la consulta obligatoria de otros médicos, a la hora de decidir la interrupción del tratamiento o la aplicación de medidas mitigadoras del dolor. Tales cautelas son innecesarias. No estarías justificadas en el caso más normal de muerte fuera de un hospital. Sus inconvenientes son mayores que sus ventajas, ya que transforman la responsabilidad personal en reglas de procedimiento. Sólo son adecuadas allí donde el médico se encuentra en un conflicto de intereses, como, por ejemplo, en el supuesto de dejar morir a un potencial donante de órgano. Tales supuestos, sin embargo, habrían de regularse en el marco de una ley de trasplantes (cfr. Rüping, 1982, 82; Wolfsblast, 1984, 11), no dentro de los preceptos penales sobre la ayuda a morir.

7. Por razones similares, el Proyecto renuncia a una regulación detallada de las *disposiciones del paciente*, así como de la relevancia de las manifestaciones de los allegados. El Proyecto deja sin dar —en relación con el conocimiento fundamental de su relevancia como instrumento para la indagación de la voluntad (presunta) del interesado— una solución a cuestiones puntuales de la praxis (cfr. sobre ello los fundamentos al par. 214 a, anotación 6). Así, por ejemplo, no es necesaria una manifestación legal para entender que —prescindiendo de los casos de transferencia legal de los derechos asistenciales de la persona— una consulta de los allegados sólo puede obtener significación en vista de una indagación de la voluntad presunta del paciente, y no en el sentido de un particular derecho de decisión de ese círculo de personas (para más detalles, Eser, 1977, 116 y ss.).

Lo mismo rige para el postulado de comprobar exactamente si en las disposiciones del paciente queda abarcada, de forma general, su situación conforme a su estado de salud y pronóstico.

8. Los autores se han ocupado también a fondo del delicado problema ya mencionado de la *eutanasia prematura del recién nacido con graves lesiones*; el Proyecto, en efecto, no puede dar respuestas ni completas ni definitivas a todas las cuestiones relacionadas con este tema. Regula esta problemática sólo en tanto que se trata de supuestos relacionados, en conjunto, con la ayuda a morir (para una visión general del problema, cfr., por ejemplo, Keser, 1977, 141 y ss.; Arthur Kaufmann, 1982, 481 y ss.; Schmitt 1983, 329 y ss.; Hanack, 1985, 33 y ss.). El Proyecto no establece taxativamente hasta qué punto, en casos de dejar morir un recién nacido con graves lesiones —bien por razones eugenésicas o por consideraciones de exigibilidad—, puede venir en consideración una atenuación o exclusión de la pena. La solución contraria a ésta, aplicando el delito de homicidio en todos los supuestos no abarcados aquí, sería inadmisibles. Esta reserva subraya que el Proyecto rehusa categóricamente en el ámbito de la ayuda a morir cualquier forma de etiquetación de la vida humana como «vida indigna». Con ello quedan soslayadas

todas las consideraciones que planteen el valor de una vida particular. Este principio aparece igualmente claro, si se tiene en cuenta que el Proyecto no cuestiona el valor de la vida (en el futuro), sino que precisa situaciones determinadas, aunque también tiene en cuenta en ello referencias inevitables a la finalidad de los esfuerzos médicos (ulteriores). En cuanto la autorización para prescindir de un tratamiento médico (ulterior) se base en un criterio situativo; se intenta evitar que se den dudosas ficciones de consentimiento. Por ello, considera el Proyecto que en casos extremos puede presumirse el interés del paciente por interrumpir el tratamiento o, en su caso, por mitigar el dolor, aunque, por lo general, el paciente no pueda hacer una declaración actual, ni haya previsto por medio de la disposición correspondiente esta incapacidad para manifestarse.

9. No es necesaria una definición legal de la muerte en el marco de este Proyecto. Las regulaciones propuestas en él se refieren sólo a la acción realizada ante la *proximidad de una muerte cerebral*, que hoy, como regla general, se emplea como punto de referencia decisivo sobre el momento de la muerte (cfr. también Consejo General de Colegios Médicos, 1982, 35), y como límite temporal para la aplicación del delito de homicidios (cfr. Schreiber 1983, 593; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 16 y ss).

10. De acuerdo con la meta general del grupo de trabajo del Proyecto Alternativo, éste no debe incluir nuevas criminalizaciones, sino que debe tender hacia la despenalización. Esto supone señalar nuevas fronteras de los deberes protegidos penalmente.

Sólo merece la pena discutir si debe ser castigado el médico o un tercero que rehuse acceder al deseo de morir de un paciente. De acuerdo con el derecho vigente, no sería posible castigarlo como omisión del deber de socorro (par. 323 c/ St6B). Una regulación legal concreta de estos supuestos no es, sin embargo, necesaria (rechazándolo también Kreuzer, 1971, 242; v. Dellingshausen, 1981, 233 y ss.). Cuando al paciente se le produce un daño innecesario por un exceso en el tratamiento médico o una ayuda deficiente, se castigará entonces según el derecho vigente por el correspondiente delito de lesiones.

11. En resumen; las grandes líneas que han inspirado el presente Proyecto pueden formularse en los siguientes términos:

- La vida debe ser protegida, pero nadie puede ser obligado a vivir; el bienestar del paciente, su derecho a la autodeterminación y su dignidad humana, también deben ser protegidos en el momento de la muerte.
- Los fundamentos de la regulación legal son la voluntad y la situación del paciente.
- La ayuda *en* la muerte es prevalente frente a la ayuda a morir.

- El Derecho debe ser el marco donde se desarrollen los criterios médicos: concediendo al médico un mayor margen de actuación y vinculándolo, al mismo tiempo, a criterios de decisión objetivables.
- La vida es un bien merecedor de protección; debe, por tanto, renunciarse a cualquier diferenciación en base a su «valor»: *In dubio pro vita*.
- El suicidio libre y responsable debe ser respetado y, en consecuencia, debe limitarse la obligación de salvamento.
- El homicidio consentido o a petición es, en principio, punible.

12. El presente Proyecto, complementa, en parte, las propuestas de nueva regulación de los delitos contra la vida desarrolladas en el Proyecto Alternativo-Parte Especial (Delitos contra las personas, 1, Halbband, especialmente pars. 100 y ss.). Está de tal forma concebido que puede ser incorporado en la Sección 16 del vigente Código penal, *sin una reforma general del delito de homicidio*. Ciertamente, en esta materia no resulta indispensable una revisión total; no tiene ahora una actualidad político-jurídica tan destacada como la problemática de la ayuda a morir. Por lo demás, hay que recordar que el grupo de trabajo del Proyecto Alternativo ha considerado que su misión sea presentar una formulación técnico-jurídica perfecta desde todos los puntos de vista. Si las ideas en que se apoyan son en principio correctas, los problemas puntuales pueden ser resueltos posteriormente.

13. La regulación aquí propuesta necesita en diversos sentidos una complementación más concreta, a través de líneas de orientación y recomendaciones del gremio médico. En la fundamentación de los artículos se encontrarán indicaciones más puntuales; sin embargo, el Proyecto considera preferible dejar en manos de los órganos médicos competentes una configuración más específica y autónoma.

14. Poco antes de concluir la redacción de este Proyecto, fue conocida la presentación por el gobierno holandés de un *Proyecto-prueba de ley para complementar el Código penal con algunas indicaciones sobre ayuda a morir* (Kammerstukken, 1985-1986, 19359, número 2, de 10-1-1986). Dicho proyecto ha de entenderse como una respuesta al Proyecto de Ley Wessel Tuinstra realizado en 1984, que prevee la legalización de la ayuda a morir «activa» (en relación con esto, Scholten, 1984, 877 y ss.). En oposición al Proyecto Wessel-Tuinstra, contiene el Proyecto del Gobierno también disposiciones específicas en relación con la ayuda a morir «indirecta» y «pasiva». La regulación establecida allí para esta problemática corresponde, respecto a los límites autorizados, ampliamente a las propuestas sometidas aquí a consideración.

B) TEXTO DEL PROYECTO ALTERNATIVO CON SUS FUNDAMENTOS

Parágrafo 214. *Interrupción u omisión de medidas para conservar la vida.*

- (1) «Quien interrumpe u omite medidas para conservar la vida no actúa antijurídicamente cuando:
 1. El afectado lo solicita expresamente.
 2. El afectado, según el informe médico, ha perdido de manera irreversible la conciencia o nunca la poseerá en caso de recién nacidos.
 3. El afectado, según el informe médico, muestra una incapacidad permanente de manifestarse sobre la aceptación o continuación del tratamiento y, a falta de un punto de referencia más seguro, ha de suponerse que, a la vista de la duración de la evolución de su inútil estado de padecimiento y, en concreto, ante la inminencia de su muerte, habría renunciado a ese tratamiento.
 4. Según el informe médico, ante una muerte inminente, no es indicado, por más tiempo, aplicar o mantener medidas para conservar la vida, a la vista del estado de padecimiento del interesado y de la inutilidad del tratamiento.
- (2) El apartado 1 será también aplicable a los supuestos en que la situación del afectado se deba a un intento de suicidio.»

Fundamentos al parágrafo 214

1. El precepto sobre la interrupción u omisión de medidas para conservar la vida trata un ámbito que es discutido normalmente bajo la expresión «ayuda pasiva a la muerte». El concepto resulta, de todas formas, discutible y equívoco; desde el punto de vista médico es, en parte, rechazado y, jurídicamente, está afectado por la problemática de la omisión. Es difícil comprender que la ayuda también pueda ser suministrada por medio de un no-hacer. Por ello, la expresión «ayuda pasiva a la muerte» no debe aparecer ni en el texto legal, ni en el epígrafe general. El Proyecto abarca tanto la *no-iniciación*, como —porque tiene idéntica valoración normativa— *la interrupción del tratamiento médico para conservar la vida*, incluyendo *la desconexión de los aparatos de medicina intensiva* por medio de los cuales se mantienen las funciones vitales. Bajo los mismos presupuestos en que es autorizada la interrupción de un tratamiento medicamentoso-terapéutico, se autoriza también la interrupción de un tratamiento técnico (en resumen y, de la misma opinión, Jahnke, 1980, ante par. 211,

Rn. 17; v. Dellingshausen 1981, 461 y ss.; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 32, respectivamente, con otras indicaciones).

2. El Proyecto parte de la concepción general de que la actividad médica, como tarea terapéutica, se legitima en y hasta los límites de la voluntad del paciente. En tanto el paciente esté capacitado para una decisión propia, ésta ha de tenerse en cuenta. Esa preeminencia del *derecho a la autodeterminación* se recoge sucesivamente en los apartados 1-4. El médico ha de agotar, en principio, todas las posibilidades para conseguir que el paciente consienta en el tratamiento. En todo caso, la voluntad actual exteriorizada debe ser preferible a cualquier «disposición del paciente» emitida anteriormente (de esta opinión del Colegio de Médicos, 1979, 960; cfr. también Brandel, 1985, 90 y ss.; cfr. también infra apartado 6). Si, aun tras un examen detenido, existen dudas respecto a la voluntad del paciente, éstas habrán de resolverse de acuerdo con el principio «in dubio pro vita».

El apartado 1, número 1, deja claro que no existe ninguna autorización legal, ni ninguna obligación del médico de imponer un tratamiento al paciente y que tampoco el parágrafo 216 del Código penal vigente puede interpretarse en tal sentido. El enfermo, de acuerdo con el derecho vigente, tiene en sus manos la posibilidad de negarse a un tratamiento para conservar la vida (Geilen, 1975, 11 y ss.; Eser 1977, 107; Jahnke, 1980, ante par. 211, Rn. 13, respectivamente con otras indicaciones, Schreiber, 1985, 300). El médico puede estar obligado a intentar convencer a los pacientes sin voluntad de tratamiento, pero capaces de decidir, de las ventajas de una terapia (Koch 1984, 715). Pero una especie de superior «razonamiento» del médico sobre el paciente, ni está prescrito ni legitimado estatalmente, ni es aceptable en una sociedad libre. Y, a la inversa, el médico que lleva a cabo el tratamiento tiene que acceder, a la petición del paciente de someterle a medidas para conservar su vida, siempre que dicha actividad pueda ser todavía entendida como «tratamiento curativo». Sin embargo, en el marco de la asistencia médica pública esa obligación puede ser limitada por el parágrafo 368 c RVO (*imperativos económicos de la Seguridad Social*).

3. El apartado 1, número 1, abarca tres *grupos de casos*: *renuncia general* de un paciente a ser tratado; *negar el consentimiento a una nueva fase del tratamiento*, en el marco de unas relaciones de tratamiento —en el sentido de una nueva forma de terapia para el tratamiento de la «dolencia principal» o de una intervención contra una enfermedad sobrevenida—; *solicitud de concluir una medida terapéutica ya iniciada*, ejecutable a largo plazo (cfr. Noll. 1984).

El Proyecto con la expresión «expresa y seriamente» hace suyas las características ya mencionadas en el par. 216 del Código penal vigente. La interpretación que se ha desarrollado allí (cfr. Eser, 1985, párrafo 216, Rn. 4 y ss.; Horn 185, párrafo 216, Rn. 7 y ss.;

Jahnke 1980, párrafos 6 y ss.) resulta adecuada en relación con el párrafo 216, apartado 1, número 1, del Proyecto. Mientras que, por regla general, la seriedad será aceptada cuando el deseo del paciente se encuentra fundado en motivos religiosos o razones de conciencia, habrá, sin embargo, de ser examinada más críticamente, cuanto menos comprensible resulte la decisión desde el punto de vista de un observador objetivo, que conoce las circunstancias del caso. Así, a modo de ejemplo, el rechazo de una quimioterapia, que conlleva una serie de consecuencias accesorias graves; de una operación que ciertamente alarga la vida, pero no produce una reducción del dolor (cfr. Moor, 1973) o de un tratamiento de diálisis, hablan más a favor de la seriedad de la petición, que el rechazo de un paciente de asma a una respiración artificial periódica en una unidad de cuidados intensivos. Demasiado estricto sería que, por «solicitud» en el sentido del párrafo 214, apartado 1, número 1, del Proyecto, haya que entender que la iniciativa deba partir del paciente. Es suficiente, por el contrario, que el interesado apruebe expresamente una propuesta del médico. Aquí rige lo mismo que para el párrafo 216 del vigente Código penal donde se admite que el estar de acuerdo en dejar morir no es abarcado por el tipo (Eser, 1985, párrafo 216, Rn. 10; Jahnke, 1980, ante párrafo 211, Rn. 13, respectivamente con más indicaciones).

4. Son numerosas las situaciones en las que una interrupción u omisión del tratamiento médico provoca discusiones, sobre todo, cuando el paciente *no está en situación de expresar de forma comprensible su voluntad*. Una regulación correcta tiene también y especialmente que considerar estos supuestos. El párrafo 214, apartado 1, números 2-4, del Proyecto trata, por eso, aquellos casos en los que una exteriorización de la voluntad del paciente con relevancia jurídica, no es posible o ya no lo es más.

El Parágrafo 214, apartado 1, número 2, permite, en primer lugar, la interrupción o la omisión de las medidas para conservar la vida en caso de *pérdida irreversible de la conciencia* del interesado (para una concreción respecto de los recién nacidos con graves lesiones, cfr. infra, apartado 9). Para esto no basta ya con aquel estado en el que la capacidad de acción penal (vid. Lencker, 1984, ante Parágrafo 13, Rn. 42) o la capacidad jurídico-civil de emitir una manifestación de voluntad está excluida (cfr. 105, apartado Código civil). Mucho más decisivo es la pérdida completa y definitiva de la capacidad de percepción y visión, por ejemplo, como consecuencia del síndrome apático, en el que la presunta voluntad del paciente puede ser deducida directamente de su situación objetiva. Aunque no exista una manifestación de voluntad del paciente susceptible de interpretación el médico puede dar por terminado el tratamiento en este caso, sin miedo a una pena. Incluso en el caso de una voluntad presunta de tratamiento ya no podrá considerarse por más tiempo obligado penal-

mente a continuar un tratamiento sin sentido, desde el punto de vista de la protección de la vida.

Sobre todo, por parte de los médicos, se ha objetado que la irreversibilidad de la pérdida de conciencia apenas si puede ser pronosticada con absoluta seguridad (cfr., por ejemplo, Schara, 1975, 1430). El grupo de trabajo fue ilustrado por sus miembros médicos con casos impresionantes que prueban las dificultades de hacer predicciones ciertas sobre el desarrollo de la enfermedad y el resultado del tratamiento. A modo de ejemplo, la evolución de pacientes de la misma edad que han sufrido un ataque de apoplejía o que han resultado gravemente heridos a consecuencia de un accidente, puede seguir direcciones completamente distintas y, en un caso, conducir a la muerte y, en el otro, a la curación (sobre el problema de la prognosis, cfr. también las descripciones de casos en Menzel, 1977, 59 y ss.). Por tanto, el médico deberá, en primer lugar, esforzarse en la salvación del paciente, incluso en los casos en que resulte casi imposible. No obstante, por regla general, estará en condiciones, tras un determinado período de observación y tratamiento, de dar una prognosis más ajustada, sin que pueda serle jurídicamente impuesta una duración de tratamiento determinada con un mínimo indispensable. Por el contrario, también podría proponer contra el criterio de una pérdida de conciencia irreversible, que prácticamente nunca se puede constatar *ex post* —sobre todo cuando el interesado ha fallecido a consecuencia de la interrupción del tratamiento—, si había sido realmente definitiva la pérdida de conciencia.

Para realizar este juicio, médicos y juristas aplican *distintos criterios*. Lo «definitivo absoluto» en un sentido médico, que no se dejará constatar nunca en la práctica, contrasta con la exigencia jurídica de una alta probabilidad (rozando la seguridad). Con la incorporación del criterio «de acuerdo con el informe médico», el proyecto no desea atar al médico a una prognosis absolutamente segura, sino reconocerle un marco de conocimientos limitados, con el mayor grado de probabilidad dentro del estado de la ciencia médica. Esto concierne no sólo al juicio escrupuloso sobre la base del estado actual de conocimientos médicos, sino también ya al método de obtener el conocimiento a través de la utilización de un medio de diagnóstico adecuado al caso y de fácil acceso dentro de lo exigible. Un médico no suficientemente experto está obligado a una colaboración con colegas más cualificados. También, a menudo, en numerosos casos particulares, se recomienda, ante una decisión de renuncia a un tratamiento, pedir consejo colegial. No resulta, sin embargo, justo exigir la colaboración de otros médicos para apoyar el diagnóstico en cada supuesto (en este sentido, Schmitt, 1985, 369 y ss.). Con ello se haría un mal servicio al deseo de posibilitar al paciente una muerte humanamente digna, en numerosos casos en los cuales éste estuviera muriendo fuera del hospital. Tras una discusión a fondo se prescindió de

delimitar más exactamente las exigencias fijadas por los conocimientos médicos con el criterio de un examen y una constatación concienzuda. La formulación proyectada es objetivamente de idéntica significación y evita nuevos problemas de interpretación, teniéndose también en cuenta la formulación correspondiente en el párrafo 216 a) del Código penal vigente.

La solución es, por una parte, lo suficientemente estricta como para prevenir decisiones descuidadas de omisión de medidas para conservar la vida y, por otra parte, suficientemente flexible como para no forzar al médico a una «medicina defensiva» que le obligue a preocuparse sólo de las consecuencias jurídicas de una medida de tratamiento absurda. La obligación del médico de documentar con esmero los pronósticos objetivos en los que se basan las decisiones impedirá los abusos (cfr. párrafo 11 del modelo de normas profesionales para los médicos alemanes, así como Deutsch, 1983, 129 y ss.). La regulación básica de la función médica permite esperar que la diagnosis de pérdida de conciencia irreversible se lleve a cabo con más cuidado que ligereza.

5. En los supuestos previstos en la primera alternativa del párrafo 214, apartado 1, número 2 del Proyecto, por regla general, se puede partir de que la omisión (continuada) de medidas para conservar la vida corresponde a *la voluntad presumible del interesado*. Sería, sin embargo, un ámbito demasiado reducido tener en cuenta para la voluntad presunta del paciente, sólo los casos allí mencionados de pérdida de conciencia irreversible. La finalidad del Proyecto es más bien la de hacer valer el derecho a la autodeterminación del paciente también al terminar su vida; lo que impone la licitud de la interrupción u omisión de las medidas para conservar la vida también en otros supuestos. El *párrafo 214, apartado 1, número 3, del Proyecto*, da, por tanto, una considerable importancia a la voluntad presunta del paciente. El supuesto está pensado especialmente para los afectados que se encuentran en un estado de semi-conciencia continuado o, ciertamente, con claridad de conciencia, pero incapaz de manifestarla exteriormente. No se admite, en cambio, la suspensión, por voluntad presumible del paciente, cuando —si se retrasa por un tiempo— puede contarse con una exteriorización de la voluntad expresa. A la voluntad presunta no debe recurrirse cuando puede obtenerse a tiempo una manifestación actual del paciente (Lenckner 1983, ante par. 32, Rn. 54). El párrafo 214, apartado 1, número 3, requiere, por eso, la presumible incapacidad de manifestación permanente del interesado de acuerdo con los informes médicos, no siendo suficiente con una pérdida de conciencia en el sentido del número 2.

Para la decisiva cuestión de bajo qué circunstancias la voluntad presunta del interesado puede interpretarse como una renuncia (continuada) al tratamiento médico, el Proyecto parte de su situación. La referencia a un *estado de sufrimiento* contiene a la vez un momento

objetivo y otro subjetivo, aunque lo que importa es, sobre todo, el «sufrimiento» del enfermo. Ya que se trata sólo de una condición necesaria, pero no suficiente para interrumpir el tratamiento, sería muy estricto suspenderlo sólo cuando la muerte sea inminente. Por otra parte, habrá de dejar claro que tiene que tratarse de un estado de sufrimiento especialmente grave e inútil. Sólo cuando un paciente incapaz de expresarse se encuentra en un estado de sufrimiento de la forma mencionada y grave, resulta suficientemente posible una presunción segura sobre su renuncia a que se le continúe tratando.

Respecto del dictamen en el caso concreto, el médico deberá tener en cuenta que los pacientes no raras veces soportan estoicamente una enfermedad grave. Sólo cuando apenas haya datos que permitan presumir la voluntad de interrupción de un tratamiento, deberá tenerse en cuenta la «ayuda pasiva a morir» bajo los presupuestos mencionados en el párrafo 214, apartado 1, números 2 y 4, del Proyecto.

6. Los criterios conforme a los que el médico, en los casos concretos, puede deducir la voluntad del paciente, se rigen por las reglas generales. Esto vale especialmente para cuando el paciente, antes de la concreta incapacidad de decisión, haya redactado una especie de testamento, una «*disposición del paciente*», tal como se ha extendido ampliamente en los últimos tiempos siguiendo el ejemplo de Inglaterra y USA (Cfr., por ejemplo, Uhlenbruck/Rollin, 1983, 181; Atrott, 1984, 976 y ss.; Unión humanista, 1985, citado por Klug/Waterstradt, 1985, 142 y ss.; DGHS, 1985), donde, por lo visto, también se practica (v. Dillinghausen 1981, 369). En tales «disposiciones» el paciente indica —por lo general antes de caer en la enfermedad y para largo tiempo— las medidas médicas que ante un determinado diagnóstico deben ser practicadas o (más frecuentemente) omitidas, o nombra una persona de su confianza que deba tomar en su lugar una decisión sobre la orientación o interrupción del tratamiento. El Proyecto ve en tales disposiciones un indicio esencial para poder deducir la voluntad del paciente, ni más ni menos. Se excluye un acatamiento absoluto, porque en numerosas ocasiones su contenido está redactado de una forma demasiado imprecisa (cfr., por ejemplo, el modelo de Uhlenbruck/Rollin, 1983, 132) o por el tiempo transcurrido desde su redacción existen dudas sobre si la manifestación presentada por escrito puede considerarse todavía válida (cfr. Eser, 1977, 114; Von Lutterotti, 1985, 128; Schreiber, 1985, 300). Pero aunque no siempre haya que negar que las decisiones existenciales, desde una posición de salud, se puedan anticipar (Eser, 1977, 113; Mollering, 1977, 53; Wassermann, 1984, 403); hay que tener ciertas reservas cuando falta una aclaración médica suficiente sobre las situaciones objeto de la disposición (Würmeling 1984, 979). Por otro lado, ciertamente *en casos concretos*, tales consideraciones pueden hablar en contra del acatamiento de la disposición del paciente; pero de ellas no se puede ni tan siquiera deducir un veredicto *general*: no pocas veces tales dis-

posiciones son redactadas con conocimiento de una dolencia grave ya existente y su contenido se refiere a unas determinadas formas de tratamiento médico (por ejemplo, exclusión de un trasplante de órgano, de una hemodiálisis o de una reanimación) o se nombra un «representante de la voluntad», con la intención de colocar en manos de una persona de confianza con vínculos personales las decisiones existenciales más fundamentales, antes que en las manos de un médico extraño (sobre los argumentos en relación con el acatamiento de las disposiciones del paciente, cfr., por todos, por ejemplo, Uhlenbruck, 1978, 568 y ss.; Detering, 1983, 421; Sternberg-Lieben, 1985, 2735 y ss.). Manifestaciones de este tipo no suelen hacerse a la ligera, sino tras una previa información profunda y una reflexión detenida (Wassermann, 1984, 404). Las disposiciones del paciente pueden dar, por eso, en cada caso particular, un punto de referencia esencial sobre la voluntad presumible del paciente (en el mismo sentido, por ejemplo. Uhlenbruck 1983, 16; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 28; cfr. también la Academia Suiza de la Ciencia Médica, 1976, 5 y ss.; Consejo General de Colegios Médicos, 1979, 960; además Sternberg-Lieben 1985, 2738). Cuando al médico que lleva el tratamiento se le presenta una manifestación semejante, ello habla en favor de su actual cumplimiento (lo que puede ser discutible). Si dicha manifestación va referida al estado sobrevenido del paciente y está comprendida dentro del par 214, apartado 1, número 3, del Proyecto, el médico queda vinculado por ello, a no ser que existan pruebas de que hubo vicios de la voluntad o de que el paciente ya no la considera vigente. Debería recomendarse regular con más detalle líneas de orientación profesional sobre las medidas que deben tomarse para la información sobre las disposiciones de pacientes (preguntas a los allegados, inspección de los papeles que lleve encima el paciente), y formular criterios interpretativos generales.

7. Finalmente, permite el Proyecto la interrupción y omisión de las medidas para conservar la vida cuando, por la muerte inminente y ante el estado de sufrimiento del interesado y *la inutilidad de un tratamiento de curación*, el empleo o mantenimiento de medidas para conservar la vida ya no es indicado (*par. 215, apartado 1, número 4*). Se trata aquí de casos en los que no puede partirse de forma incondicional y siempre de una falta de conciencia definitiva del interesado y, por esta razón, no puede aplicarse el número 2. Piénsese, por ejemplo, en la petición formulada por un enfermo terminal o por sus parientes ante una falta de perspectivas de resultados, tras la realización de una operación «in extremis» o de un trasplante de órgano. O, piénsese, también, en su caso, en el dejar morir a un recién nacido con una grave dolencia fuera de los supuestos abarcados por el par. 214, apartado 1, número 2.2 del Proyecto (cfr. infra apartado 9). En estos casos estrictamente limitados (frecuentemente

el interés del afectado en mitigar el dolor dará motivo para comprobar la admisibilidad e incluso obligatoriedad de las medidas atenuadoras del dolor en el sentido del par. 214 del Proyecto), el médico quedará exento de pena, independientemente de la voluntad expresa o presunta del interesado, si suspende sus esfuerzos por mantener la vida. La autorización para interrumpir el tratamiento surge aquí de la imposibilidad (entendida normativamente), o, en su caso, de la inconveniencia de una ejecución (continuada) de una actividad terapéutica. Con ello, no se niega que aquí se toca un terreno en el que las consideraciones económicas amenazan con influir en las decisiones de la medicina intensiva. Quizás el continuo desarrollo de la medicina no excluya considerar, más que hasta ahora, los aspectos económicos de las decisiones terapéuticas. Una regulación jurídico-penal de la ayuda a morir, no debe favorecer, sin embargo, tendencias en esa dirección. El Proyecto evita, a la hora de describir la autorización de una ayuda a morir, recurrir a formulaciones que hagan depender la decisión de aspectos económicos.

8. El que el Proyecto autorice la interrupción o la omisión de medidas de conservación de la vida, o, en su caso, la utilización de medidas que atenúan el sufrimiento, cuya realización acorta la vida (cfr. par. 214 a), no significa lógicamente que deba ser desatendida la *asistencia básica del paciente*. Por el contrario, el paciente moribundo sin perspectiva, puede esperar precisamente que se le facilite su destino a través de las correspondientes medidas médicas y de cuidado. El Derecho profesional médico así lo corrobora (Consejo General de los Colegios Médicos, 1979, 958). Cuál ha de ser, en el caso concreto, el contenido de la asistencia básica, es una cuestión de «lex artis» médica y asistencial. En primer lugar, se trata de mantener la respiración y la asistencia corporal, pero también, en tanto en cuanto la voluntad del paciente no lo rechace, el suministro de líquidos, minerales, vitaminas y alimentos, es decir, de aquellas medidas que son requeridas para preservar la vida, independientemente de la enfermedad. Además tienen que ser tratados los síntomas de la enfermedad que causan padecimientos, incluso también cuando no sea recomendable ninguna otra medida artificial para prolongar la vida (von Lutterotti, 1985, 140 y ss.). Si los pacientes son privados de tales medidas, ello puede ser castigado como malos tratos corporales, incluso como homicidio, si se causa un acortamiento de la vida.

9. Se necesitaba, en el marco del par. 214, apartado 1, número 2, de este Proyecto, una regulación particular, para saber bajo qué presupuestos está permitido *dejar morir a un recién nacido con graves lesiones e inconsciente permanentemente*, ya que no puede hablarse de pérdida de conciencia, debido a que el interesado nunca llegará a tener conciencia. La cuestión no es, sin embargo, fijar una diferencia entre pérdida de conciencia irreparable y carencia de conciencia

permanente desde el nacimiento. Además, también viene en consideración el supuesto de dejar morir a un recién nacido con graves lesiones bajo los presupuestos del número 4, no jugando en su admisibilidad ningún papel la voluntad del encargado de su cuidado. No tiene, por tanto, mucha importancia, en este ámbito, si el derecho de asistencia de los padres permitiría una decisión sustitutiva; aunque por supuesto, el médico deberá contar con los padres en la búsqueda de una decisión y tratar de llegar a un acuerdo con ellos.

También en los supuestos de dejar morir a un recién nacido con graves lesiones, el médico y el personal asistencial permanecen obligados en cada caso a una «asistencia base» conforme a las reglas pediátricas.

En los casos de recién nacidos, éstas consisten especialmente en aspiración, asistencia con oxígeno y calor, y, por regla general, también en alimentación.

Por lo demás, este Proyecto no quiere cambiar nada de la situación jurídica actual, según la cual el médico normalmente está obligado a tomar medidas con las que pueda ser capacitado para vivir un niño recién nacido con deficiencias graves (detalladamente en relación con esto, Kaufmann 1982, 484 y ss.; Hanack 1985, 36 y ss.).

10. El Proyecto prescinde de castigar con pena específica el que se realice o continúe un tratamiento médico, en contra de lo previsto en el par. 214, apartado 1, incluso cuando existe una solicitud expresa y seria (número 1). El derecho del médico a dejar a un paciente, puede incluso en algún caso concreto convertirse en un deber (Geilen 1975, 11; Engisch 1976, 316). No en último lugar se expresa esto en el Proyecto, al calificar la ayuda a morir permitida como «no antijurídica». Sin embargo, una punición específica de la infracción de este deber, obligaría al médico a elegir entre el castigo por homicidio doloso, por una parte, o por unas lesiones o un tratamiento prohibido, por otra (cfr. par. 123 del Proyecto Alternativo, delitos contra las personas, 1; Halbband). También de «lege lata», puede castigarse por lesiones al médico que practica medidas arbitrarias para prolongar la vida o el padecimiento. De la misma manera cabría imponerle consecuencias jurídicociviles (por ejemplo, pérdida del derecho a los honorarios, o una indemnización por lesión de los derechos de la personalidad). De todos modos, las directrices generales de actuación profesional le dicen ya al médico que en marco de la ayuda a morir ha de respetar la voluntad del paciente (cfr. Consejo General de los Colegios Médicos, 1979, 957).

11. A la vista de las sentencias recientes del Tribunal Supremo Federal en casos de suicidio (cfr. infra los fundamentos al par. 215 de este Proyecto), ha quedado claro que las regulaciones sobre ayuda a morir pasiva se refieren también a aquellos casos en los cuales la situación del paciente procede de un intento de suicidio (cfr. 214, apartado 2). Una restricción expresa al intento de suicidio plenamente

responsable, no es requerida ni materialmente necesaria: si lo que importa es la situación del paciente (apartado 1, números 2 y 4) carece de trascendencia la manera en que se ha producido. Si el rechazo del correspondiente tratamiento se basa en un conocimiento pleno de su importancia (apartado 1, número 1), merece también respeto, aunque venga precedido de un intento de suicidio no plenamente responsable. Cuando falta plenamente toda responsabilidad y no ha lugar para la aplicación del apartado 1, número 3 (renuncia presumible del tratamiento). Por regla general, con respecto a los intentos de suicidio, el médico estará fácultado y obligado a suministrar el tratamiento necesario, ya que generalmente no es posible determinar si el suicidio tiene su origen en una decisión plenamente responsable (más detalladamente sobre esta cuestión, vid. infra fundamento al par. 215).

12. La formulación «no actúa antijurídicamente» deja claro que tampoco, en los supuestos del par. 214 del Proyecto, cabe una responsabilidad por omisión del deber de socorro (par. 323 c) del Código penal vigente).

Parágrafo 214 a). *Medidas que atenúan el sufrimiento.*

«No procede antijurídicamente quien como médico o con autorización médica, aplica a un enfermo en peligro de muerte, con su consentimiento expreso o presunto, medidas dirigidas a mitigar un estado de sufrimiento grave, no evitable de otro modo, aunque con ellas se acelere la muerte como consecuencia indirecta inevitable.»

Fundamentos al parágrafo 214 a)

1. El precepto regula el ámbito de la llamada «ayuda a morir indirecta». Se basa en que también constituye un deber del médico la mitigación de los sufrimientos graves y los dolores (RGST 75, 163; OLG Hamm NIW 1985, 604; Kantzky 1976, 287; Bauer 1979, 516) —lógicamente con independencia de la curación de la enfermedad que lo causa—; mantiene intacta la prohibición básica del homicidio solicitado (par. 216) e intenta una delimitación objetiva entre la autorizada mitigación del sufrimiento que acorta la vida y la prohibición de acortar la vida. En general, el contenido de esta fórmula es hoy jurídicamente aceptada (cfr. Lahnke 1980, ante par. 211, Rn. 15, 17, con otras muchas indicaciones; Eser, 1985, ante par. 211, Rn. 26; rechazándolo Maurach/Schoroeder, 1977, 15 y ss.). Sin embargo, el médico percibe aquí una situación insatisfactoria por falta de claridad jurídica. Se siente intranquilo, cuando los juristas le dicen que bajo determinadas circunstancias podría actuar con dolo de homicidio, si a la hora de aplicar unas medidas mitigadoras del dolor, acepta el

riesgo de un acortamiento de la vida (cfr., por ejemplo, Jahnke 1980, ante par. 211, Rn. 15). El desconocimiento de que también en estos casos el médico actúa autorizado cuando preponderan los intereses de mitigación del dolor (Eser 1977, 88 y ss.; Jahnke, 1980, ante par. 211, Rn. 17; v. Dellingshausen, 1981, 111 y ss.) puede ser la causa de que muchos médicos, en la República Federal, se impongan limitaciones inconvenientes, en especial en la lucha contra el dolor mediante opiáceos (cfr. Bauer 1979, 515 y ss.; Zimmermann 1985, 20).

2. El Proyecto no habla sólo de medidas para combatir el dolor en general, sino de «medidas para mitigar un estado de sufrimiento grave no evitable de otro modo». Considera con ello que para un enfermo moribundo no sólo el dolor puede resultar insoportable, sino también otros estados de padecimientos (por ejemplo, náuseas agudas, miedo a la asfisia o estados de miedo relativamente graves), cuyo tratamiento no excluye un efecto que acorte la vida. Además, tanto el par. 214 como el par. 214 a) del Proyecto permiten deducir que el médico debe omitir medidas que pudieran suponer una prolongación de la vida a costa de un estado de padecimiento más grave.

3. El par. 214 a) tiene en cuenta la circunstancia de que la cuestión de cuándo un tratamiento mitigador del dolor repercute segura o posiblemente en la prolongación de la vida o resulta, por el contrario, neutral a esos efectos o, por último, con toda seguridad acorta la vida, no siempre tiene respuesta médica segura. Aunque, gracias al desarrollo de nuevos métodos en la lucha contra el dolor no hay que temer que se produzca con frecuencia un acortamiento de la vida como efecto secundario (von Lutterotti, 1985, 124), también existen casos en los que los métodos que pudan ser excluyentes del riesgo de un acortamiento de la vida no son suficientemente eficaces (cfr. Hackenthal 1985, 99 y ss.; Wörz, 1985, 243 y ss.). La determinación propuesta atiende fundamentalmente a la necesidad de ayuda al afectado y el fin del tratamiento médico. La autorización de una medida mitigadora del dolor no depende, por tanto, de si la proximidad de una muerte segura o más o menos real se va a acelerar.

4. La aplicación de medidas mitigadoras del dolor sólo viene en consideración *respecto de enfermos moribundos*. «Enfermo moribundo» (*) o en peligro de muerte en el sentido del Proyecto no es una persona aquejada de una enfermedad, que sin tratamiento conduciría a la muerte (inmediata), como, por ejemplo, la diabetes por carencia de insulina, sino quien padece una enfermedad en la que el proceso

(*) «Tödlich krank»; la traducción literal sería «mortalmente enfermo». Con ello se quiere significar que el enfermo se halla «a las puertas de la muerte», «en trance inminente de morir», etc.; es decir, que se trata de lo que en el lenguaje coloquial castellano se llama un «moribundo».

mortal ya no puede frenarse de forma determinante por la acción médica. Se considera tal, tanto las personas que están ya moribundas o van a estarlo muy pronto, como, por ejemplo, todas aquéllas aquejadas de enfermedad cancerígena en los que no se puede ya impedir la muerte, aunque ésta tarde aún semanas o incluso meses. Precisamente, son estos enfermos a los que durante un período largo de tiempo hay que aplicarles con regularidad remedios contra el dolor, sin que pueda ser excluido el acortamiento de la vida a causa de esta medicación. Ni al médico ni al paciente se le puede exigir en tales casos esperar hasta que se presente la agonía (Hanack, 1975, 134; Simson, 1976 (a), 333). El Proyecto, que permite tales medidas de «ayuda indirecta a morir» está también de acuerdo con la ética cristiana (cfr. Gründel, 1985; Rosler, 1985, 82, así como ya Pío XII, 1957, citado por Schwinge, 1964, 157 y ss.) y con una praxis médica frecuente, aunque no totalmente extendida (cfr. Sociedad Médica para la Cirujía, 1979, II.2; Schreiber, 1985, 86; y también Lüth 1976, 61).

Quedan excluidos todos los estados de sufrimiento de los enfermos que no están en trance inminente de muerte o que no padecen enfermedades mortales.

El Proyecto prescinde de una regulación específica de las *medidas mitigadoras del dolor en los casos de recién nacidos*. A diferencia del par. 214, mediante una norma permisiva general se puede abarcar los supuestos que vengan en consideración. En la expresión «un enfermo moribundo o en peligro de muerte» no se incluyen los recién nacidos viables que necesitan medidas de mitigación de un estado de sufrimiento grave no evitable de otro modo.

Como en los casos del par. 214 deberá el médico actuar de acuerdo con los que tienen el derecho de asistencia. Como las medidas que atenúan el dolor en el sentido del par. 214 a) son medidas terapéuticas, la decisión sobre su aplicación es parte del derecho asistencial personal de los padres. Conforme a esto, el rechazo de una medida mitigadora del dolor en el sentido del par. 214 a) puede ser un abuso del derecho asistencial de acuerdo con el par. 1.666 del Código civil. En este caso también importante respecto de los menores de edad sin capacidad volitiva, puede el médico requerir al Tribunal Tutelar sobre las medidas necesarias a tomar y sustituir las indicaciones de los padres o de uno de ellos (cfr. par. 1.666, apartado 2).

5. Respecto al ámbito de personas autorizadas para ejecutar las medidas atenuadoras del dolor tienen que tratarse de médicos o de alguien autorizado por el médico. Con ello se abarca no sólo al personal profesional, sino, en determinadas circunstancias, a parientes del interesado o incluso a personas allegadas a él, siempre que sean autorizadas por el médico que lleva el tratamiento para aplicar la medida correspondiente. Cuando en un estado de necesidad no puede

lograrse a tiempo una ayuda médica, en este caso la ejecución de las medidas mitigadoras del dolor pueden estar autorizadas a otras personas, para las cuales se aplicará la regla mencionada en el par. 214 a).

6. En la investigación del consentimiento expreso o presunto rigen las reglas generales (cfr. también el fundamento al par. 214, apartados 5, 6 y 7).

7. El Proyecto prescinde también aquí de castigar específicamente en el marco de las disposiciones para ayudar a morir la no actuación (dentro de lo posible) contra el dolor acortando la vida. Ello está suficientemente contemplado en el derecho vigente. Es posible castigar como lesiones la omisión de una acción eficaz contra el dolor. En equivalencia con la regulación de interrupción del embarazo en el artículo 2, de la Ley de reforma penal, ciertamente habrá que conceder al médico el derecho a rehusar por razones de conciencia la aplicación de medidas atenuadoras del dolor en el sentido del par. 214 a). Sin embargo, de su obligación de ayudar al paciente, sólo estará libre si tuvo cuidado de que recibiera el tratamiento correspondiente por otra parte. Tras el modelo de declaración del Consejo Mundial de Médicos sobre la interrupción terapéutica del embarazo (reproducida, por ejemplo, por Illhardt/Koch, 1985, 184 y ss.) ese principio deberá ser también aplicado en las decisiones profesionales sobre «ayuda indirecta a morir» (cfr. sobre esto supra: fundamento al par. 214, apartado 11). La inclusión de «lege ferenda» del tratamiento curativo arbitrario en un tipo específico (cfr. par. 123 del Proyecto Alternativo, delitos contra personas 1. Halbband) no sería un obstáculo para castigar la omisión de medidas contra el dolor como un delito de lesiones.

8. La admisión de las medidas mitigadoras del sufrimiento tal como se regula en el par. 214 a), tampoco queda excluida si la situación del afectado viene provocada por un *intento de suicidio anterior* (cfr. par. 214, apartado 2). Esto resulta tan evidente en el marco del par. 214 a) que puede obviarse una aclaración legal.

Parágrafo 215. *no impedimento de un suicidio.*

- 1) «Quien omita impedir el suicidio de otro no procede antijurídicamente cuando el suicidio se debe a una decisión responsable, libre y seria, manifestada expresamente o deducible de las circunstancias.
- 2) No debe tomarse en cuenta semejante resolución cuando la persona no ha cumplido los 18 años o, de acuerdo con los pars. 20 y 21 del del vigente Código penal, existe una perturbación de la determinación libre de su voluntad.»

FUNDAMENTOS AL PARAGRAFO 215

I. Determinaciones previas

1. El par. 215 establece que bajo determinados y, en su conjunto, muy estrictos presupuestos no existe la obligación de impedir el suicidio de otro. El precepto se basa en las siguientes consideraciones fundamentales:

- Nadie está penalmente obligado a conservar, incluso por medio de la fuerza, la vida de otro cuando éste, tras una resolución libre y reflexiva, no desea continuar viviendo.
- La resolución suicida no es, como tal, patológica. El ordenamiento jurídico tiene que respetar el suicidio basado en una decisión libremente responsable, manteniendo impune, no sólo la ayuda al suicidio, sino también la omisión de socorro en estos casos.
- De acuerdo con los conocimientos revelados por la investigación empírica del suicidio, por regla general, éste no descansa en una ponderación meditada y en una autodeterminación libre. Por esta razón, sólo debe presumirse que exista cuando haya un punto de referencia seguro. En caso de duda hay una obligación de salvamento conforme al principio «en la duda a favor de la vida».
- Respecto de los menores de edad hay una obligación general de salvamento. En este grupo de personas casi nunca se da una resolución suicida libre y responsable. De igual manera, en todo caso, es válida esta prescripción para aquellas personas cuya autodeterminación libre es obstaculizada por una de las razones mencionadas en los párrafos 20, 21 StGB (causas de incapacidad, de culpabilidad o inimputabilidad).

2. De acuerdo con el derecho vigente, ni el suicidio ni el intento de suicidio son punibles. Dudosa es, sin embargo, la situación jurídica respecto a si y bajo qué presupuestos existe una obligación jurídica de salvamento en caso de intento de suicidio. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, quien tiene conocimiento de un intento de suicidio y puede impedirlo está obligado a prestar la ayuda necesaria para evitar la muerte, aunque el intento de suicidio se base en una decisión libre y seria. Lo mismo rige cuando el suicida, con posterioridad, pierde el dominio sobre el proceso causal.

Esto afecta, en primer lugar, a quien, de acuerdo con las reglas generales sobre el delito de omisión impropia, está obligado como garante respecto a la vida del suicida (BGHSt 2, 150, 152 y ss.; 13, 162, 167 y ss.; 367, 373 y ss., así como también Herzberg 1979 y ss.). En general, no hay unidad de criterio en el fundamento de estas decisiones jurisprudenciales. Bajo qué criterios concretos debe impu-

tarse al garante la responsabilidad del propio suicida, es algo que no aparece en absoluto claro en dichas resoluciones (para un comentario y crítica de las sentencias del alto Tribunal, Bottke, 1982, 62 y ss.; Gropp, 1985, 97 y ss.).

Pero también para aquellos que no son garantes, el Tribunal Supremo Federal deduce del párrafo 323 c) StGB (*) una obligación jurídica de salvamento. Según ello, todo intento de suicidio debe ser considerado, en el sentido de este precepto penal, como un accidente. Por esta razón, ha de renunciarse a una diferenciación de acuerdo con las decisiones y motivaciones que originan el intento de suicidio, ya que no es posible para quien se enfrenta con un intento de suicidio determinar en el curso del tiempo de que dispone si el deseo de morir está objetivamente fundado en una decisión libre y responsable. Una impunidad podría, en todo caso, considerarse bajo el punto de vista de la inexigibilidad del salvamento en casos extremos (cfr. BGHST Gran Senado, 6, 147, 152 y ss.; 7, 268, 272; 32, 367, 375 y ss.).

3. Esta jurisprudencia ha sido ampliamente rechazada por la doctrina, ya que no respeta la libre decisión de la voluntad del suicida, o, en su caso, la seriedad de su decisión de voluntad lo coloca en el juicio de otro (Eser, 1985, (a), 6, 15). La existencia de una resolución de una voluntad libre no es compatible con un deber de garante del tercero que omite. No existe obligación jurídica de salvar a un suicida que actúa de modo responsable y libre. Además, se señala la impunidad generalmente reconocida de la ayuda al suicidio. Y si la ayuda activa al suicidio es impune, no puede llevar aparejada ninguna responsabilidad penal el dejar a otro que se suicide. Falta el dominio del hecho (cfr. en este sentido, Wagner 1975, m), 25 y ss.; Eser 1976, 339; el mismo, 1985, a), 6 y ss.; Sinsom 1976, 66 y ss.; Roxin, 1978, 96 y ss. Bottke, 1982, 292 y ss.; Wassermann, 1984, 396 y ss.).

En relación con la punibilidad por omisión de socorro critica la doctrina que todo intento de suicidio se considere un accidente en el sentido del párrafo 323 c) StGB. Semejante propuesta sólo sería posible cuando el suicida busca la muerte movido por un patológico deseo de morir [Wagner 1975, 64 y ss; Bottke 1982, 292; Cramer 1985, 323 c), Rn. 8, respectivamente con otras indicaciones]. Incluso en el marco del par. 323 c) StGB, considera la doctrina dominante que debe ser respetada una decisión responsable y libre de suicidio.

4. Los autores del Proyecto alternativo participan de estas objeciones. Los resultados que pretende este Proyecto podrían conseguirse también fácilmente a partir de la situación jurídica actual si la doctrina dominante fuera asumida por la jurisprudencia. Pero esta posibili-

Precepto que castiga la omisión del deber de socorro. Equivalente al artículo 489 bis del Código penal español.

dad parece excluida a la vista del caso Wittig (BGHSt 32, pars. 367 y ss.). La situación jurídica actual tal como se mantiene por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, expone al médico, al paciente y a los terceros a una gran inseguridad y se considera insatisfactoria. Por eso se reclama una regulación legal.

5. El Tribunal Supremo Federal ha fundamentado su punto de vista ya desde 1954 en una resolución del Gran Senado, según la cual, la Ley moral desaprueba inexorablemente todo suicidio porque nadie debe disponer de su vida autocráticamente, ni darse la muerte. Por ello, el derecho no puede admitir que la obligación de ayudar a un tercero ceda ante la voluntad del suicida desaprobada moralmente. La frase «volenti non fiat iniuria» no sería aquí válida porque nadie está legitimado para disponer de su vida por una resolución volitiva propia (BGHSt 6, 147.153). En su resolución más reciente el Tribunal Supremo Federal ha corroborado esa decisión y únicamente deja sin aclarar si el fundamento puede aún hoy ser aceptado en toda su extensión (cfr. BGH 32, 367 y ss., 376 y ss.).

Esta interpretación ético-moral se corresponde con los fundamentos religiosos de ambas confesiones cristianas que desaprueban el suicidio porque el hombre no tiene derecho a disponer por sí mismo de la vida dada por Dios (cfr. sobre ello Karl Barth 1951, 467 y ss.; Thielicke 1979, 82 y ss.; Bernard Häring 1981, 57 y ss.; por todos, Simson 1976, 32 y ss.).

El derecho vigente respeta estas convicciones al no castigar impedir el suicidio de otro o prestarle la ayuda necesaria, aunque con ello el que ayuda desdeñe la voluntad libre y seria del suicida.

Pero la misión del Estado no puede ser proteger con la ayuda del Derecho penal las convicciones religiosas e ideológicas, gravando la libertad de quienes piensan de otra manera. La Ley Fundamental (Constitución) parte de un Estado ideológicamente neutro. El juicio de condena moral de unos no debe, en un Estado ideológicamente neutral, convertirse en pautas de conducta para todos (Wagner 1975, 40 y 94; Schreiber 1982, 144; Wassermann 1984, 389 y ss.). En tanto que la jurisprudencia aquí criticada no se basa en un fundamento ideológicamente neutral, debe ser corregida.

6. Igualmente los nuevos intentos para fundamentar una obligación de salvamento respecto del suicidio exigida penalmente, no contienen, en última instancia, otra cosa que formulaciones manifiestas de confesiones ideológicas. Así, por ejemplo, se reprocha a los que apoyan una reducción del ámbito punitivo del partícipe en el suicidio un «pathos liberal» (Kutzer 1985, 710, 7 y ss., 713). También se rechaza la existencia de un derecho al suicidio; la muerte de un hombre por su propia mano no constituye el ejercicio de un derecho, sino la negación de un valor fundamental que reconoce el orden constitucional (Kutzer 1985, 710 y ss, 713; respecto a la obligación de continuar viviendo, cfr. también Schmidhauser 1983, 13). Pero de tales

argumentos hay que temer que a partir del derecho fundamental a la inviolabilidad de la vida se construya a toda costa una obligación de vivir que se oponga a la libertad del individuo garantizada constitucionalmente.

7. Por el contrario, permanece sin precisar si puede deducirse del artículo 2.I de la Constitución un derecho a la autodeterminación de la propia muerte, tal como se ha aceptado en parte (cfr., por ejemplo, Wassermann 1984, 391; Brändel, 1985, 85 y ss., 89). En todo caso, no puede ser adjudicada al Estado la responsabilidad absoluta sobre la propia vida del ciudadano en particular. Ello constituiría una extralimitación de las competencias del Estado (Schreiber 1982, 144) y obligaría a los que desean morir de un modo coactivo a continuar viviendo (Eser 1985 a), 6 y ss., 13).

Los autores del Proyecto, con la ponderación necesaria entre protección de la vida y protección de la libertad, han considerado también los conocimientos de la investigación del suicidio, según los cuales resulta claro que en la mayoría de los casos de intento de suicidio, el deseo de morir no tiene como base una resolución responsable y libre, sino un deseo de morir patológico (con más indicaciones, Wagner 1975, 119 y ss., 122; cfr. también en Jähnke 1980, ante par. 211, Rn. 27, Fn. 69). Pero incluso aunque sólo algunos suicidios están basados en una resolución responsable, libre y seria, se mantiene la necesidad de que exista una regulación para esos supuestos. Precisamente, el caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal (BGHSt 32, 367 y ss., Caso Wittig), en el que todos los puntos de referencia conocidos indicaban que el deseo de morir no era patológico, ha mostrado con nitidez esta necesidad concreta. Supuestos parecidos pueden también presentarse en otros casos, así en una situación existencial sin salidas (por ejemplo, la decisión del escritor Jochen Klepper y la resolución de muchos judíos ante su deportación).

8. La jurisprudencia actual, que restringe en demasía el marco de la participación impune en el suicidio, refuerza la tendencia al suicidio en soledad y por medios radiales. Pues a la vista de la jurisprudencia actual nadie puede estar seguro de que no va a ser responsabilizado penalmente si asiste a la muerte de un suicida que actúa de un modo responsable y libre con el fin de no dejarle sólo en los últimos momentos (Eser 1985, a), 17). El Proyecto, por el contrario, busca una salida a la soledad de la decisión para quien quiere suicidarse, ya que éste no tiene que exponer a otros al peligro de una responsabilidad criminal. El interesado puede hablar con amigos, parientes y médicos. De esta forma pueden ser descubiertas contraargumentaciones frente a la decisión suicida antes de que la decisión se transforme en un hecho irrevocable.

9. Ya en el año 1970 fue formulada en el Proyecto Alternativo una propuesta de regulación penal de no-impedimento del suicidio (par. 103, AE-Delitos contra las personas). El presente texto toma

como base las mismas reflexiones que aquel Proyecto de entonces. No obstante, el presente Proyecto formula con una sistemática distinta las condiciones para la impunidad de no-impedir un homicidio, que en el par. 103 AE-Delitos contra las personas aparecían regulados positivamente. La nueva técnica de regulación deja claro que la impunidad es una excepción. Además, los nuevos conocimientos de la investigación del suicidio pusieron de relieve hasta qué punto puede estar ausente una decisión responsable, libre y seria, no sólo respecto a los menores de 18 años o de quienes sufren perturbaciones psíquicas, en el sentido de los párrafos 20 y 21 C.P.; sino, también, en muchos otros casos, como el conocido suicidio para llamar la atención (*Appellsuizid*).

II. Fundamento en concreto

1. La impunidad, según el párrafo 1, sólo tendrá lugar cuando haya una *decisión responsable, libre y seria*, que tiene que ser manifestada expresamente o deducible de las circunstancias. Los conocimientos de la investigación del suicidio obligan a considerar la frecuencia de un deseo de morir patológico, permaneciendo planteada la cuestión de qué puntos de referencia pueden orientar la calificación de una resolución responsable, libre y seria.

Con razón se ha renunciado constantemente a una orientación directa en las características de la capacidad de culpabilidad de los párrafos 20 y 21 del Código penal, pues no siempre la ausencia de una característica exculpatoria o disculpatoria permite deducir una decisión libre o responsable (cfr. Jähnke 1980, ante par. 211, Rn. 36, con otras indicaciones). También, la fórmula utilizada ocasionalmente de «conciencia de libertad subjetiva» (Eser 1985, ante par. 211, Rn. 36; el mismo 1976, 392 y ss.) podría malentenderse; pues aun cuando quiera expresarse con ello que la determinación de una libertad «objetiva» no es de ningún modo posible y que, además, no debe imponerse a hombres que sufren y están hastiados de la vida criterios ajenos y representaciones de una vida como valor vivido y el sentido de la vida, podría esa fórmula dar la impresión de que tienen que ser respetadas incluso las representaciones patológicas de la libertad. Con esa falsa interpretación existirían incluso casos de una necesidad de ayuda manifiesta sin protección penal, como sucede, por ejemplo, cuando la libertad de conciencia del suicida se halla limitada por una grave enfermedad psíquica o una crisis vital que conduce al suicidio como llamada de atención.

Por ello, lo decisivo tiene que ser si el suicida comprende su situación y es plenamente consciente de la significación y alcance de sus resoluciones. Lo que realmente importa es la actual capacidad natural

de entendimiento (Jähnke 1980, ante par. 211, Rn. 26; en términos similares Wassermann 1984, 393).

Para excluir la aplicación del párrafo 215, apartado 1, a casos de suicidio como llamada de atención o a un suicidio realizado en una reacción en corto circuito, aparte de al par. 216 C.P., habrá que acudir al criterio de la *seriedad de la decisión*. Para ello puede recurrirse a criterios desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina en torno al párrafo 216 C.P., que consideran que falta esta característica cuando la resolución se debe a un déficit, condicionado por una enfermedad o la vejez, de la capacidad de entendimiento y juicio (Eser 1985, par. 216, Rn 8, con otras indicaciones).

2. También la formulación de que la decisión responsable y libre tiene que ser manifestada expresamente o deducible de las circunstancias, recoge los conocimientos aportados por la investigación del suicidio, pues en gran número de casos, el intento de suicidio no es el resultado de una decisión reflexiva, sino que es emprendido en una situación de necesidad, en apariencia sin salida, en la cual es precisa ayuda. Esta tiene que ser asegurada a través del Derecho penal en interés de una defensa solidaria de la vida. La ayuda tiene que prestarse para dar salida a situaciones críticas y protección frente a precipitadas decisiones tomadas de momento. Debe ser impedida la indiferencia frente a los necesitados de ayuda.

A menudo, resulta dudoso si existe previamente una resolución responsable y libre. Con frecuencia no son posibles determinaciones seguras en esa situación en la que tiene que tomarse una decisión inmediata sobre una intervención de salvamento. Ante un intento de suicidio, las exteriorizaciones comunicadas por el suicida no siempre son seguras. En caso de duda resulta, por eso, preferible una intervención de salvamento. Sólo cuando ciertos puntos de referencia extraídos de las circunstancias concurrentes hablan de una decisión seria y responsablemente libre, debe omitirse el intento de salvamento.

3. Estos presupuestos se dan por regla general en los casos de *suicidio «de balance»* (*), producto de una reflexión madurada. A menudo, la concurrencia de un estado de sufrimiento grave y duradero, ya sea de naturaleza orgánica o psíquica, en el sentido de los párs. 214 y 214 a) de este Proyecto, puede ofrecer un indicio real importante para una decisión responsable y seria. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal, en el tomo 32 (caso Wittig), habría que haber tomado esto en cuenta. Por el contrario, de la misma manera que en el suicidio sin una decisión de la voluntad responsablemente libre, en el mucho más frecuente supuesto del *suicidio como llamada de atención*, existe una obligación de salvamento, porque el

(*) *Bilanzsuicid*, es el suicidio como consecuencia de un balance, de una revisión y reflexión sobre el pasado.

autor, en estos casos, no quiere, en sentido estricto, el suicidio, sino que quiere llamar la atención sobre su situación desesperada. Se trata, en último extremo, de una petición de ayuda (cfr. Eser 1985, a), 14; Jähne 1980, ante par. 211, Rn 27 y ss.).

4. De acuerdo con el apartado 2 del Proyecto y en equivalencia con el párrafo 103 AE-Delitos contra las personas, en ningún caso debe ser tomada en cuenta la decisión como responsablemente libre, cuando el suicida es un menor de 18 años. Por los conocimientos de la investigación del suicidio respecto de los niños y jóvenes puede afirmarse más que nunca, la falta de una decisión seria, libre y responsable.

Por ello, la obligación de conservar la vida tendrá un carácter primordial sobre el derecho a la autodeterminación, precisamente en los casos de jóvenes que a menudo no son capaces de darse cuenta de las consecuencias y la irreversibilidad de su hacer. La responsabilidad con el prójimo exige aquí una acción de salvamento, que ofrezca al que quiere morir la posibilidad de volver a encontrar la razón de vivir. Esto es tanto más necesario cuanto mayor es la posibilidad de cambios vitales y de la forma de ver la propia vida cuando aún queda mucha vida por delante. La ayuda es también exigible aun cuando el niño o el joven en la situación concreta haya actuado con toda probabilidad de un modo responsable y libre; su resolución de quitarse la vida no exime nunca de la obligación del salvamento.

5. En los demás casos mencionados en el apartado 2 ha de considerarse que es más grande el peligro de que el suicida no tenga suficientemente en cuenta el carácter sólo pasajero de su situación y desesperanza, cuando su capacidad de decisión se encuentra obstaculizada a causa de una perturbación profunda de la conciencia o debilidad mental, u otra enfermedad psíquica grave (párs. 20 y 21 C.P.). En tales personas no se da una decisión libre. También aquí es necesario ofrecer una ayuda de salvamento, ya que, gracias a ella, puede vislumbrar el suicida una nueva perspectiva vital. Ciertamente, un hombre ya deteriorado por la edad puede estar por completo en situación de tomar una decisión seria sobre su vida, incluso cuando la capacidad de culpabilidad penal se encuentra alterada por su situación. Pero lo decisivo para una eventual resolución libre de la voluntad en relación con el suicidio de este grupo de personas es que la decisión de morir no se basa en las circunstancias patológicas a que se refieren los párrafos 20 y 21 C.P. Al no tratarse aquí de la capacidad de culpabilidad penal, sino de la cuestión del deseo serio y responsablemente libre de quitarse la vida, los párrafos 20 y 21 C.P. sólo deben utilizarse «analógicamente».

En la discusión del Proyecto incluso se ponderó partir de la idea de ayuda transitoria haciendo depender la impunidad de la omisión únicamente de si la decisión del suicida descansa sobre un estado psí-

quico, no sólo pasajero. La mayoría, sin embargo, convino en ligar la aceptación de una decisión responsable y libre a los criterios mencionados en el par. 215.

6. Pero estos criterios no son taxativos. Concretamente respecto al mencionado suicidio para llamar la atención es imaginable toda multitud de supuestos en los cuales no puede hablarse de una resolución responsable, libre y seria, aun cuando el grado de perturbación no traspase el umbral de los pars. 20 y 21 C.P. La segunda parte del apartado 2 cumple sólo la función de mencionar a modo de ejemplo un caso claro de ausencia de una decisión responsablemente libre. En ningún modo, permite la conclusión contraria de que cuando falta una situación de enfermedad en el sentido de los pars. 20 y 21 C.P., siempre deberá partirse de la existencia de una voluntad responsable y libre.

7. En concreto, del Proyecto resultan las siguientes consecuencias sobre la punibilidad:

a) El tercero que omita no actúa antijurídicamente, si existe una decisión responsable y libre del suicida y el omitente partió de ese punto de referencia cierto, es decir, partió de que el acto del suicidio se basaba en una decisión seria, responsable y libre manifestada expresamente o que podía deducirse de las circunstancias concurrentes. Decisiones responsables y libres sin las circunstancias objetivas mencionadas por la ley pueden darse también cuando éstas no han sido manifestadas expresamente ni pueden deducirse de las circunstancias concurrentes. En la vida humana en común, sin embargo, sólo puede tener relevancia cuando éstas son constatables a partir de puntos de referencia seguros.

b) Respecto a la existencia de *error* resultan las siguientes consecuencias:

aa) Cuando el autor considera erróneamente que se encuentra ante una decisión responsable y libre, si es el no-garante, no será castigado; mientras que si es el garante, será castigado por homicidio imprudente por omisión, de acuerdo con el par. 222 del vigente Código penal, siempre que se le pueda reprochar una lesión del deber de asistencia. La simple afirmación del omitente de haber considerado el suicidio (no libre) como responsable y libre, no es suficiente, sin embargo, para admitir un error que excluya el dolo: más bien el omitente tiene que haber partido de hechos concretos que, en general, son considerados como circunstancias que hacen reconocer frente a terceros una decisión responsable, libre y seria.

bb) Cuando las circunstancias objetivas existentes que indican de hecho una decisión responsable y libre no fueran conocidas por el autor, entonces ha de castigarse al garante en relación con el dolo correspondiente, como tentativa por los pars. 212, 22 y 13 del vigente Código penal. Para el no-garante, según la opinión dominante, el

hecho sería impune, mientras que para un sector doctrinal, sería punible en su caso por el par. 323 c) C.P.

cc) Cuando falten las circunstancias que indiquen una decisión responsable y libre y crea el autor erróneamente que es suficiente un punto de referencia por él conocido, habrá un error de permisión (*Erlaubnisirrtum*). El autor conoce la situación real correctamente, pero valora falsamente los presupuestos jurídicos de las circunstancias concurrentes, es decir, minusvalora los presupuestos. La consecuencia sería un error de prohibición de acuerdo con el par. 17 C.P. que, sólo en caso de ser inevitable, conduciría a la impunidad, es decir, sólo cuando el que omite con el empleo de todos sus conocimientos y posibilidades, no hubiera llegado al conocimiento de la prohibición de su conducta. Con ello se intenta evitar la indiferencia frente al suicidio ajeno.

c) También la *participación activa* es tratada correctamente. La participación activa en el suicidio a falta de la tipicidad del hecho principal —como ocurre hoy— no será castigada. La punibilidad por autoría mediata en comisión no es afectada por ello.

La punibilidad viene en cuestión además cuando se da autoría por omisión; sin embargo, cuando existe un suicidio responsable y libre, el autor mediato, a la vista de la regulación del Proyecto, queda impune.

d) El Proyecto renuncia a tomar postura sobre el momento en el que comienza una obligación jurídica de salvamento del suicida. En los delitos de omisión, el comienzo de la obligación de actuar es una cuestión general de dogmática penal. En todo caso, del par. 215 del Proyecto no hay por qué deducir la conclusión contraria, de que en todos los supuestos no abarcados por la regulación exista una obligación de salvamento.

e) El Proyecto tampoco toma postura sobre qué medidas han de ofrecerse y exigirse en el caso concreto para impedir un suicidio. Esta es una cuestión que depende del correspondiente contenido de la obligación de garante, o, en su caso, del deber de socorro, en atención a las circunstancias del caso en particular. De ningún modo, exige el par. 215 que un suicidio no considerado responsable y libre se impida «con todos los medios», como puede ser un simple «internamiento de seguridad» en un centro psiquiátrico. Sin embargo, el derecho no debe obstaculizar una combinación dirigida médicamente, de medidas de seguridad y terapéuticas (cfr. Koch 1984, 714).

f) Una mención específica en el par. 323 a) del Código penal vigente del par. 215 de este Proyecto sería superflua, porque el par. 215 concede la impunidad por impedir el suicidio tanto al garante, como al no garante.

Parágrafo 216. *Homicidio solicitado*

- (1) «Será castigado con pena de prisión de seis meses a cinco años quien cometa un homicidio a solicitud expresa y seria de quien no quiere vivir más.
- (2) El Juez puede dispensar la pena en los supuestos del apartado 1, cuando el homicidio sirve para acabar con un estado de padecimiento grave e insoportable para el afectado, que no puede ser remediado o atenuado por medio de otras medidas».

FUNDAMENTOS AL PARAGRAFO 216

I. Determinaciones previas

1. Existiendo una regulación amplia de la ayuda a morir pasiva e indirecta en los pars. 214 y 214 a), así como de no-impedir un suicidio en el par. 215, resulta dudosa la necesidad de reducir todavía la punibilidad del homicidio solicitado. Los médicos que han participado en el proyecto han aclarado, de forma concluyente, que sólo en muy raros supuestos los pacientes solicitan a su médico que les quiten la vida. También Twycross informó que en Londres, en el St. Christopher's Hospice, de 500 a 600 enfermos moribundos y pacientes con graves dolencias, durante un año, sólo tres o cuatro casos le han dirigido un deseo de morir (cfr. von Lutterotti, 1985, 107). E incluso, en estos casos, la solicitud se debió a que los dolores u otros síntomas no fueron sometidos a un control satisfactorio o a que los pacientes fueron tratados incorrectamente (cfr. Twycross, 1976, 119).

Existe, pues, la sospecha fundada de que los pacientes apenas si solicitan la muerte con seriedad cuando se sienten bien asistidos, tanto médica como humanamente, cuando se les da el afecto necesario en casa o en el hospital, o cuando pueden confiar en que, cuando llegue el momento, no les será negada la ayuda a morir en la forma regulada en los pars. 214 y 214 a) de este Proyecto. En todo caso, en la relación médico-paciente, una buena asistencia del paciente moribundo con una enfermedad grave y la ayuda necesaria en la muerte hacen superfluo el problema del homicidio solicitado.

2. Sin embargo, la regulación actual del homicidio solicitado en el par. 216 C.P. no es del todo satisfactoria. Ciertamente, como se ha señalado, se puede resolver el problema de la ayuda a morir a través de los pars. 214 y 214 a) sin necesidad de cambiar el par. 216 C.P. La separación técnico-legal de «ayuda a morir» y «homicidio solicitado» aclara al mismo tiempo las diferencias objetivas, trayendo especialmente a colación que, en relación con el homicidio soli-

citado, a diferencia de la ayuda a morir, generalmente no se trata de una actuación médica (cfr. también bajo apartado I-3). Si se mantuviera sin cambiar el par. 216 del vigente Código penal, la regulación legal resultaría insatisfactoria en algunos casos poco frecuentes pero trágicos: *Los homicidios por compasión y misericordia*, generalmente producidos por un amigo próximo o por un pariente que quiere liberar al que sufre de una grave angustia, tendrían que ser castigados sin excepción por el par. 216 del derecho vigente, incluso cuando el hecho no resulta negativo desde una perspectiva ética.

Estos homicidios pueden aparecer en casos de *situaciones de necesidad extrema*, en las cuales alguien está padeciendo un sufrimiento agudo insoportable, sin que pueda serle suministrada una «ayuda a morir indirecta», porque no hay ayuda médica o ésta no llega a tiempo. Así sucedió al conductor de un camión, que tras un accidente de automóvil quedó aprisionado en la cabina de su vehículo en llamas. La ayuda no era posible. Cuando el costado del hombre fue alcanzado por las llamas, pidió encarecidamente a su compañero que le matara; lo que éste hizo golpeándolo con un hacha.

Semejantes situaciones desesperadas pueden suceder en una guerra o tras una catástrofe. Por ejemplo, un soldado es herido mortalmente, la ayuda médica no es posible. Para acortar su sufrimiento, pide a un tercero que le dispare. Tras la caída de un avión en una zona inaccesible, un herido sin salvación que sufre unos dolores angustiosos, pide morir. Por otra parte, también son imaginables supuestos en los que alguien está *gravemente enfermo*, sin curación, pero sin ser un «*enfermo moribundo*» y sin que se trate principalmente de atenuar su sufrimiento (cfr. par. 214 a). En estos casos puede tratarse o bien de una curación defectuosa, ya mencionada —la víctima sobrevive al accidente, pero sólo con graves defectos, que no le conducen, sin embargo, a la muerte—; o bien de otros estados de sufrimiento que sólo le permiten llevar una vida en extremo limitada. A modo de ejemplo, se puede ofrecer el siguiente caso: a finales de los años setenta, una mujer de unos sesenta años intentó matar a su hija de cuarenta años aproximadamente con una limonada envenenada; a continuación intentó también quitarse la vida. La hija había quedado, tras una tentativa de homicidio por estrangulamiento realizado por el marido, dos años atrás, completamente paralizada y casi ciega. Y había reiterado expresamente su deseo de morir. El procedimiento penal contra la madre fue sobreseído por incapacidad para comparecer en juicio. Quien mata a petición propia a un paralítico casi total, que no puede quitarse a sí mismo la vida, actúa en un conflicto apenas imaginable para quien se encuentra ajeno a él, en el que tiene que decidirse entre la infracción de la prohibición del homicidio y la negación de la ayuda al prójimo.

Semejante comportamiento sencillamente no es merecedor de pena. El caso descrito muestra contundentemente que la afirmación de

Rudolphi de que el homicidio de un hombre no es un medio de liberarle de un padecimiento (1981, 308 y ss.; 346 y ss.), así formulada, resulta demasiado genérica y no puede exigir una validez general. Por esta razón, se buscó una regulación que posibilitara la exclusión de la pena del par. 216 en casos excepcionales.

3. *Casos típicos* de un homicidio solicitado, y esto vale tanto para el derecho vigente como para el par. 216 del Proyecto, son aquellos que suceden en el ámbito de las relaciones humanas y no en una relación de tratamiento. El par. 216, apartado 2, no es un precepto, como los pars. 214 y 214 a), que se refiera exclusiva o principalmente a los médicos. Autores potenciales y, en consecuencia, destinatarios de la norma, son aquellos que reciben de otro, con el que, por lo general, guarda una relación de proximidad, la petición de que le quite la vida.

4. El Proyecto renuncia a una liberalización del homicidio solicitado. Afirma la *inviolabilidad de la vida ajena* y la significación que corresponde a la garantía penal de protección de la vida. El Proyecto no cambia nada respecto a la punibilidad general de la muerte solicitada en el par. 216 del vigente Código penal, que se sigue manteniendo. Se trata sólo de que, en una situación extrema e igualmente existencial tanto para el que va a morir, como para el autor, *pueda*, bajo determinados presupuestos, permanecer sin sanción penal la decisión de una persona de renunciar, por razones humanitarias, a la conservación de la vida humana ajena en una situación de necesidad sin salida (Hirsch 1974, 790; Engisch 1976, 320). Con ello queda claro que en relación con el homicidio compasivo solicitado no se trata de proporcionar, por encima de todo, un derecho de autodeterminación al que padece, ni concederle una prevalencia frente a la protección de la vida (Hirsch 1974, 790, 794; Engisch 1976, 320; vid. en contra Kaufmann 1983, 121 y ss.).

Tampoco es éste el fin del par. 216, apartado 2 del Proyecto. Se trata, sobre todo, de renunciar a la pena sólo en caso de acciones objetivas ciertamente antijurídicas, pero, sin embargo, en casos concretos no incondicionalmente merecedores de pena (vid. Eser 1976, 400; Simson 1976, 333 y ss.). De acuerdo con la opinión completamente dominante entre los autores del Proyecto, la regulación propuesta no puede conducir a un «paulatino debilitamiento del respeto al bien jurídico (vida)» [no obstante, Hirsch, 1974, 786; en el resultado asimismo Bockelmann 1968, 24, 30 (nota 37)]. A tales temores ha de objetarse también, de acuerdo con el derecho vigente, que un homicidio puede permanecer impune (por ejemplo, a causa de una colisión de deberes justificada o de un estado de necesidad exculpante). El par. 216, apartado 2 del Proyecto no reconoce ningún derecho al homicidio, sino que sólo posibilita una renuncia a la pena. El autor permanece expuesto al peligro, no sólo de la persecución penal, sino también del castigo. En el juicio tiene que responder, tiene que expli-

car las razones de su resolución y soportar el riesgo de que el tribunal enjuicie el conflicto en un sentido distinto. A la vista de estas consecuencias jurídicas, el autor no consentirá de forma irreflexiva quitar la vida a otro que lo ha solicitado. Por el contrario, la regulación propuesta impide solicitar de otros la muerte, ya que esta muerte, aun pedida y consentida, no quedará, en principio, impune.

5. En el debate se tuvo en cuenta no sólo la redacción ahora presentada del par. 216, apartado 2, sino también, en especial, la siguiente propuesta de Klug:

«Parágrafo 216.

- (1) Como ahora.
- (2) El homicidio no es antijurídico cuando sirve para producir una muerte digna, en especial, para dar fin a una situación de padecimiento grave, que no puede ser evitado, ni atenuado mediante otras medidas.
- (3) Como ahora el apartado 2.»

De acuerdo con la concepción de Klug, la formulación mencionada es necesaria para salvaguardar el Derecho fundamental a la autodeterminación, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Constitución, que también incluye el derecho a la determinación del momento de la propia muerte. Por el contrario, la mayoría de los autores defendieron la opinión de que el derecho a la autodeterminación del que sufre no debe ponerse en primer lugar, pues no se trata de su propia muerte, sino de su muerte ejecutada por un tercero.

En el homicidio solicitado se trata menos del derecho a la autodeterminación del afectado que de la consecuencia jurídica para el autor. Por lo demás, consideran su propuesta como suficiente para garantizar convenientemente los derechos e intereses del que actúa. Una calificación como causa de justificación se considera excesivamente amplia por la mayoría y carente de un fundamento objetivo. Con la posibilidad de excluir la pena, queda claro que incluso en los supuestos contemplados por el par. 216, apartado 2, sigue existiendo el contenido del injusto de un homicidio consentido.

6. La redacción del par. 216, apartado 2, deja claro que de este precepto no se deduce ninguna pretensión ni ningún *derecho al homicidio consentido*. Ciertamente, quien es solicitado puede matar a otro bajo los presupuestos del par. 216, apartado 2, sin tener que ser castigado forzosamente. Pero, en ningún caso, resulta de ello un derecho del afectado a exigir de otro que termine con su propia vida, ni tampoco en éste el correspondiente deber. Por eso, para evitar la apariencia de que pueda existir una pretensión sobre el homicidio solicitado, no se tuvo en consideración la solución de la justificación. Ciertamente es imaginable que un enfermo o un impedido soporten con más facilidad su situación después de saber que puede solicitar de otro que en un determinado momento le dé muerte. Pero no puede

darse nunca una obligación jurídica a matar a otro, cualquiera que sea la razón. Especialmente en las relaciones entre el médico y el paciente, semejante derecho podría conducir finalmente a exponer al médico a un acto de presión. De ello tienen que ser protegidos los médicos en interés de su ética profesional.

II. Fundamento concreto

1. El precepto se basa en el par. 216, apartado 1 C.P., y con ello, en el presupuesto de que el autor se «ha decidido por el homicidio ante la solicitud expresa y seria del que va a morir». A través de estas referencias directas, el Proyecto deja claro que sólo se permite la *ayuda a morir* y, además, se aclara que la vida caracterizada por una enfermedad o sufrimiento, no debe ser valorada por criterios cualitativos, como el «valor» o el «desvalor» de la vida. También un homicidio por compasión es un homicidio doloso o puede incluso ser un asesinato; si se ha realizado sin que el muerto lo haya solicitado.

2. El par. 216, apartado 2, exige «un estado de sufrimiento grave e insportable para el afectado». De esta manera se basa, en primer lugar, en un criterio *objetivo*: el estado de sufrimiento grave.

Los autores conscientemente no han planteado como presupuesto la no curación de la situación de sufrimiento, ya que entonces no quedaría abarcado el homicidio en situaciones de extrema necesidad, en las cuales, a causa de circunstancias exteriores, no es posible la salvación del afectado. Por las mismas razones que en los pars. 215, apartado 1, Nr. 3, 214 a), el concepto «estado de sufrimiento» se consideró preferible al de «enfermedad» (cfr. supra, el fundamento al par. 214, apartado 5, así como el fundamento al par. 214 a), apartado 2).

Finalmente, tampoco se ha acudido, como en los pars. 214 y 214 a), a la muerte que se está produciendo de forma inmediata, ya que entonces, los casos de enfermos graves que pueden vivir todavía largo tiempo con su deficiencia estarían excluidos desde el principio.

El par. 216, apartado 2 exige además que *para el afectado*, su padecimiento tenga que ser *insoportable*. Este presupuesto *subjetivo* que sólo tiene en cuenta la vivencia del afectado fue admitido, porque las fronteras de lo humanamente tolerable en relación con un grave padecimiento no es objetivable. Cambia de una persona a otra. Nadie —y mucho menos quien goza de salud— puede pretender determinar obligatoriamente cuánto sufrimiento puede soportar una persona. Por el contrario, el afectado puede ser capaz de soportar y resistir más de lo que un extraño pueda imaginar. Queda, pues, claro que la ayuda para terminar con la vida no se tomará en consideración cuando sólo el autor imagina la situación insoportable y atentadora contra la dignidad del que sufre; una muerte piadosa únicamente con-

duce a la dispensa de la pena cuando el afectado mismo quiere acabar con su sufrimiento.

3. Para asegurar que en el par. 216, apartado 2, sólo se incluyen casos excepcionalmente extremos, se destaca expresamente que el estado de sufrimiento «no pueda ni impedirse ni atenuarse por medio de otras medidas», es decir, en esa concreta situación ineludible. De este modo queda claro que medidas conforme a los pars. 214 y 214 a) tienen preferencia frente al homicidio solicitado conforme al par. 216, apartado 2. Por regla general, una solicitud sería de morir, que incluya omitir aquellas medidas de tratamiento que prolongan la vida, o un acortamiento de la vida a través del tratamiento médico, presupone que el paciente se halla completamente informado y bien atendido. Si es posible suministrar una ayuda a los pacientes a través de una forma de actuación en el sentido de los pars. 214 y 214 a), entonces es que existen «otras medidas» en el sentido del par. 216. En este caso, no hay lugar para un homicidio solicitado no punible. La posibilidad de que se produzca un suicidio, no podrá entenderse, por el contrario, como «otras medidas», en el sentido del par. 216, apartado 2.

4. Aunque el par. 216, apartado 2, abarca una constelación de casos en los cuales se produce un homicidio por compasión, la «acción por compasión» no constituye una característica subjetiva del tipo.

La motivación del autor como simple característica subjetiva del autor es impropia para delimitar el tipo con claridad. Además, el autor que actúa bajo los mismos presupuestos y con idéntico fin, pero por otras motivaciones, aunque más estimables, por ejemplo, por el convencimiento sobre la necesidad y equidad de su hacer, quedaría perjudicado injustamente.

5. Desde el punto de vista de la dogmática jurídicopenal, los autores de este Proyecto parten de que el par. 216, apartado 1, del vigente Código penal, abarca sólo el hacer, pero no el omitir (cfr. Eser 1985, par. 216, número marginal 10).

III. Comparación con la propuesta holandesa

El Proyecto de Ley del Gobierno holandés ya mencionado anteriormente contiene (artículo 293), además de una liberalización de la ayuda a morir pasiva e indirecta, una regulación para justificar el homicidio solicitado activo bajo determinados presupuestos (artículo 293). El Proyecto holandés va más lejos que este Proyecto en tanto que no sólo prevé una posibilidad de dispensar la pena, sino que contiene una justificación del homicidio activo. Por las razones ya discutidas, los autores no se inclinan por esa solución (vid. *supra* apartados 1, 5 y 6). El Proyecto holandés quiere además privilegiar sólo a los médicos, y contiene garantías jurídico-procesales diferenciadas

que deben prevenir los abusos. Por el contrario, el presente Proyecto parte de que las nuevas normas sobre ayuda a morir [pars. 214 y 214 a)] otorgan una ayuda suficiente a las particulares relaciones médico-paciente. Las acciones de homicidio activo en situaciones vitales extremas, y como último recurso para terminar con un estado de sufrimiento sin salida y grave, no son medidas médicas específicas. No pueden estar médicamente indicadas, sino que son actos de solidaridad humana. Por eso, los autores de este Proyecto de ayuda a morir consideraron equivocada tanto su regulación específica, como la incorporación de normas de procedimiento. El resto de los presupuestos de la regulación holandesa se parecen, no obstante, a las indicaciones propuestas aquí.

BIBLIOGRAFIA

- ALTERNATIV-ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES, VORGELEGT VON J. BAUMANN U. A.: *Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, «Erster Halband», Tübingen, 1970.
- ATROTT, H.-H.: *Patientenverfügungen - Hinwendung zum Patienten*, «MMW» 126 (1984), pp. 976-978.
- BARTH, K.: *Kirchliche Dogmatik*, Bd. III/4, Zürich, 1951.
- BAUER, K. H.: *Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in medizinischer Sicht*. En KAUFMANN, A., G. BEMMANN, D. KRAUS, K. VOLK: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember, 1978*. München, 1979 (pp. 497-517).
- BOCKELMANN, P.: *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968.
- BOTKE, W.: *Suizid und Strafrecht*, Berlin, 1982.
- BRÄDEL, O. C.: *Über das Recht, den Zeitpunkt des eigenen Todes selbst zu bestimmen*, «ZRP» (1985), pp. 85-92.
- BUNDESÄRZTEKAMMER: *Richtlinien für die Sterbehilfe*, DÄBI. 76 (1979), pp. 957-960.
- BUNDESÄRZTEKAMMER: *Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirates zur Frage des Kriteriums des Hirntodes*, DÄBI. 79 (1982), pp. 35-41.
- CRAMER, P.: *Kommentierung von § 323 c StGB. En Schönke/Schröder: Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 22. edic. München, 1985.
- DELLINGSHAUSEN, U. BARONIN VON: *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, Düsseldorf, 1981.
- DENEKE, J. F. V.: *Die Forderung des menschenwürdigen Sterbens*. In LÜTH, P.: *Sterben heute - ein menschlicher Vorgang? Beiträge zur Frage Sterbehilfe als Lebenshilfe*, Stuttgart, 1976 (pp. 69-70).
- DETERING, J.: *§ 216 StGB und die aktuelle Diskussion um die Sterbehilfe*, «JuS» (1983), pp. 418-423.
- DEUTSCH, E.: *Arztrecht und Arzneimittelrecht. Eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten*, Berlin, 1983.

- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR CHIRURGIE: *Resolution zur Behandlung Todkrankender und Sterbender*, Med. Welt 104 (1979), pp. 1379-1380.
- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR GERONTOLOGIE: *Resolution «Sterben und Sterbebegleitung»*, Berl. Ärztekammer, 16 (1979), p. 670.
- DGHS (DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR HUMANES STERBEN): *Das Menschenrecht auf einen natürlichen Tod. In: Internationaler Überblick über Patientenverfügungsgesetze und rechtliche Regelungen der Sterbehilfe*, Augsburg, 1985.
- EHRHARDT, H.: *Euthanasie und Vernichtung «lebensunwerten» Lebens*, Stuttgart, 1965.
- EIBACH, U.: *Recht auf Leben - Recht auf Sterben. Anthropologische Grundlegung einer medizinischen Ethik*, Wuppertal, 1974.
- ENGISCH, K.: *Suizid und Euthanasie nach deutschem Recht*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 312-321).
- ENGISCH, K.: *Aufklärung und Sterbehilfe bei Krebs in rechtlicher Sicht*. En KAUFMANN, A., G. BEMMANN, D. KRAUSS, K. VOLK: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember, 1978*. München, 1979 (pp. 519-537).
- ESER, A.: *Sterbehilfe und Euthanasie in rechtlicher Sicht*. En EID, V.: *Euthanasie oder Soll man auf Verlangen töten?* Mainz, 1975 (pp. 45-70).
- ESER, A.: *Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 392-407).
- ESER, A.: *Lebenserhaltungspflicht und Behandlungsabbruch aus rechtlicher Sicht*. En AUER, A., H. MENZEL, A. ESER, A.: *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, Köln, 1977 (pp. 75-149).
- ESER, A.: *Kommentierung der §§ 211 ff, StGB*. En SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Stratgesetzbuch, «Kommentar»*, 22, edic. München, 1985.
- ESER, A.: *Sterbewille und ärztliche Verantwortung*, «MedR» (1985), pp. 6-17 (zitiert 1985 [a]).
- ESER, A.: *Der Arzt im Spannungsfeld von Recht und Ethik*, «Focus MHL» 3 (1986), pp. 48-55.
- FRITSCHKE, P.: *Grenzbereich zwischen Leben und Tod. Klinische, juristische und ethische Probleme*, 2, edic. Stuttgart, 1979.
- GEILEN, G.: *Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme*, «JZ» (1968), pp. 145-152.
- GEILEN, G.: *Euthanasie und Selbstbestimmung. Juristische Betrachtungen zum «Recht auf den eigenen Tod»*, Tübingen, 1975.
- GROPP, W.: *Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung*, «NStZ» (1985), pp. 97-103.
- GRÜNDEL, J.: *Sterbehilfe aus ethischer Sicht*, «MedR» (1985), pp. 1-6.
- HACKENTHAL, E.-W.: *Euthanasie in strafrechtlicher Sicht*. En Hiersche, H.-D.: *Euthanasie, Probleme der Sterbehilfe. Eine interdisziplinäre Stellungnahme*, München, 1975 (pp. 121-168).
- HANACK, E.-W.: *Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen aus juristischer Sicht*, «MedR» (1985), pp. 33-38.

- HÄRING, B.: *Frei in Christus, Moraltheologie für die Praxis des christlichen Lebens, Bd. III: Die Verantwortung des Menschen für das Leben*, Freiburg, 1981.
- HERZBERG, R. D.: *Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord*, «ZStW» 91 (1979), pp. 557-589.
- HIRSCH, H.-J.: *Einwilligung und Selbstbestimmung*. En STRATENWERTH, G., A. KAUFMANN, G. GEILEN, H.-J. HIRSCH, H.-L. SCHREIBER, G. JACOBS, F. LOOS: *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 24. März, 1974*. Berlin, 1974 (pp. 775-800).
- HORN, E.: *Kommentierung der §§ 211 ff, «StGB»*. En RUDOLPHI, H.-J., E. HORN, E. SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Bd. II: Besonderer Teil (§§ 80-358)*, Frankfurt, 1985.
- ILLARDT, F. J., H.-G. KOCH: *Medizinische Ethik*, Ein Arbeitsbuch, Berlin, 1985.
- JÄHNKE, B.: *Kommentierung der §§ 211 ff, «StGB»*. En JESCHECK, H.-H., W. RUSS, G. WILLMS: *Strafgesetzbuch, «Leipziger Kommentar»*, 10, edic. Aufl., Berlin, 1980.
- KAUFMANN, A.: *Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie*, «JZ» (1982), pp. 481-487.
- KAUFMANN, A.: *Euthansie - Selbsttötung - Tötung auf Verlangen*, «MedR» (1983), pp. 121-125.
- KLEE, E.: *«Euthanasie» im NS-Staat. Die Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Frankfurt a. M., 1983.
- KLUG, U.: *Das Recht auf einen menschenwürdigen Tod*. En HEINEMANN, G., W.-D. SCHMIED-KOWARZIK: *Sabotage des Schicksals. Festschrift für Ulrich Sonnemann*, Tübingen, 1982 (pp. 114-117).
- KLUG, U., K. WATERSTRADT: *Stellungnahme der Humanistischen Union e.V. im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema «Sterbehilfe»*. *Stenographisches Protokoll über die 51. Sitzung des Rechtsausschusses*, «Deutscher Bundestag», 10, Wahlperiode, 1985, Anlage (pp. 135-148).
- KOCH, H.-G.: *Der Suizidpatient als Rechtsfall*, «MMW» 126 (1984), pp. 713-716.
- KREUZER, A.: *Ärztliche Hilfeleistungspflicht in der Sicht des Strafrechts*. En MERGEN, A.: *Die juristische Problematik in der Medizin, Bd. II: Ärztliche Aufklärungs und Schweigepflicht*, München, 1971 (pp. 217-254).
- KUTZER, K.: *Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe*, «MDR» (1985) pp. 710-716.
- LENCKNER, TH.: *Vorbemerkungen zu §§ 13ff. u. §§ 32ff, «StGB»*. En SCHÖNKE/SCHÖDER: *Strafgesetzbuch, «Kommentar»*, 22, edic. Aufl., München, 1985.
- LÜTH, P.: *Sterben heute - ein menschlicher Vorgang? Beiträge zur Frage Sterbehilfe als Lebenshilfe*, Stuttgart, 1976 (pp. 56-68).
- LUTTEROTTI, VON, M.: *Menschenwürdiges Sterben. Kann sich die Gesellschaft auf das Gewissen des Arztes verlassen?* Freiburg, 1985.
- MAURACH, R., F.-CHR. SCHROEDER: *Strafrecht: Besonderer Teil, Teilbd. 1: Straftaten gegen Persönlichkeits und Vermögenswerte*, 7, edic. Karlsruhe, 1977.

- MENZEL, H.: *Ziel und Grenzen ärztlichen Handelns im Extrembereich menschlicher Existenz*. En AUER, A., H. MENZEL, A. ESER: *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, Köln, 1977 (pp. 53-74).
- MÖLLERING, J.: *Schutz des Lebens - Recht auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, Stuttgart, 1977.
- MOOR, P.: *Die Freiheit zum Tode. Ein Plädoyer für das Recht auf menschenwürdiges Sterben, Euthanasie und Ethik*, Reinbek, 1973.
- NOLL, P.: *Diktate über Sterben & Tod. Mit Totenrede von Max Frisch*, Zürich, 1984.
- RÖSSLER, D.: *Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema «Sterbehilfe». Stenographisches Protokoll über die 51. Sitzung des Rechtsausschusses*. Deutscher Bundestag, 10, Wahlperiode, 1985, Anlage (pp. 77-82).
- ROXIN, C.: *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*. En BOCKELMANN, P., A. KAUFMANN, U. KLUG: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. «Geburtstag»*, München, 1969 (pp. 380-405).
- ROXIN, C.: *Der Schutz des Lebens aus der Sicht des Juristen*. En BLAHA, H., P. GUTJAHR-LÖSER, E. NIEBER: *Schutz des Lebens-Recht auf Tod*, München, 1978 (pp. 85-109).
- RUDOLPHI, H.-J.: *Tötungsverbot und Selbstbestimmungsrecht (I/II), Altenpflege* (1981) 308-310, 346-350.
- RÜPING, H.: *Für ein Transplantationsgesetz*, MMG 7 (1982), pp. 77-84.
- SAX, W.: *Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung, Überlegungen zum «Unterlassen durch Tun», zum «Schutzzweck der Norm» und zur «scheinbaren Rechtsverletzung»*, JZ (1975), pp. 137-151.
- SCHARA, J.: *Die Grenzen der Behandlungspflicht in der Intensivmedizin*, MMW 117 (1975), 1429-1434.
- SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2, edic. Tübingen, 1983.
- SCHMITT, R.: *Eugenische Indikation vor und nach der Geburt*. En KOHLMANN, G.: *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983 (pp. 329-339).
- SCHMITT, R.: *Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht*, JZ (1985), pp. 365-370.
- SCHOLTEN, H.-J.: *Legalisierung der aktiven Sterbehilfe in den Niederlanden?*, JZ (1984), pp. 877-879.
- SCHREIBER, H.-L., W. WACHSMUTH: *Ärztliche und rechtliche Hinweise über die Behandlung Todkranker und Sterbender*. En *Chirurgie und Recht, Deutsche Gesellschaft für Chirurgie* —Mitteilungen— 1980 (pp. 83-86).
- SCHREIBER, H.-L.: *Das Recht auf Leben und das Recht auf Tod in juristischer Sicht*. En KURZROCK, R.: *Schriftenreihe der Rias-Funkuniversität*, Bd. 31, Berlin, 1982 (pp. 142-150).
- SCHREIBER, H.-L.: *Kriterien des Hirntodes*, «Bericht über eine Stellungnahme des wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer», JZ (1983), 593-594.
- SCHREIBER, H.-L.: *Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Thema «Sterbehilfe»*, «Stenographisches Protokoll über die 51», Sitzung

- des Rechtsausschusses, Deutscher Bundestag, 10, Wahlperiode, 1985, Anlage (pp. 83-105).
- SCHREIBER, H.-L.: *Rechtliche Perspektiven*. En VERHDEUTSCH; *Ges. inn. Med.*, 91. Bd, München, 1985.
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN: *Richtlinien für die Sterbehilfe*, Basel, 1976.
- SCHWINGE, E.: *Die angelsächsische Welt und die sog. Sterbehilfe*. En KAUFMANN, H., E. SCHWINGE, H. WELZEL: *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, Marburg, 1964 (pp. 149-159).
- SIMSON, G.: *Die Suizidat*, München, 1976.
- SIMON, G.: *Die Tötung aus Barmherzigkeit in rechtsvergleichender Sicht*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 322-335) (zitiert 1976[a]).
- STENGEL, E.: *Selbstmord und Selbstmordversuch*, Stuttgart, 1969.
- STERNBERG-LIEBEN, D.: *Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament*, NJW (1985), 2734-2739.
- THIELICKE, H.: *Wer darf sterben?*, «Grenzfragen der modernen Medizin», Freiburg, 1979.
- TWYXCROSS, R. G.: *Freiwillige Euthanasie. Eine klinische Betrachtung*. En ESER, A.: *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976 (pp. 111-120).
- UHLENBRUCK, W.: *Der Patientenbrief - die privatautonome Gestaltung des Rechts auf einen menschenwürdigen Tod*, NJW (1978), 566-570.
- UHLENBRUCK, W., M. ROLLIN: *Sterbehilfe und Patienten-Testament*, Berlin, 1983.
- WAGNER, J.: *Selbstmord und Selbstmordverhinderung*, Karlsruhe, 1975.
- WASSERMANN, R.: *Das Recht auf den eigenen Tod*. En WINAU, R., H. P. ROSEMEIER: *Tod und Sterben*, Berlin, 1984 (pp. 381-412).
- WÖRZ, R.: *Die medikamentöse Therapie von Karzinomschmerz*. En HACKENTHAL, E., R. WÖRZ: *Medikamentöse Schmerzbehandlung in der Praxis*, Stuttgart, 1985 (pp. 293-323).
- WOLFLAST, G.: *Rechtsfragen der Organtransplantation*, «Gesetzliche Regelung wäre wünschenswert». En *Organtransplantation heute*, Sonderbeilage der Monatsschrift des Marburger Bundes, Erlangen, 1984 (pp. 9-12).
- WÜRMEILING, H.-B.: *Ethische Gesichtspunkte zur Patientenverfügung*, MMW 126 (1984), 979.
- ZIMMERMANN, M.: *Therapie chronischer Schmerzen und Betäubungsmittelrecht*, «Spektrum der Wissenschaft» 9 (1985), 20-21.