



A VIDA O MUERTE

*Sobre la disponibilidad de la propia vida,
la eutanasia, el suicidio y otros asuntos
incluso más graves ante el Derecho penal*

GUSTAVO A. AROCENA

Prólogo de
JOSÉ DANIEL CESANO

A VIDA O MUERTE

*Sobre la disponibilidad de la propia vida,
la eutanasia, el suicidio y otros asuntos incluso más graves
ante el Derecho penal*

GUSTAVO A. AROCENA

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Nacional de Córdoba - República Argentina

A VIDA O MUERTE

*Sobre la disponibilidad de la propia vida,
la eutanasia, el suicidio y otros asuntos incluso más graves
ante el Derecho penal*

Prólogo de

JOSÉ DANIEL CESANO

REUS
EDITORIAL

2022

editorial
IB de **f**
Montevideo - Buenos Aires

Colección: Ciencias Penales, N° 8

Dirigida por: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Catedrática de
Derecho Penal en la Universidad de Barcelona.

I.S.B.N.: 978-9915-650-58-6 (Latinoamérica)

I.S.B.N.: 978-84-290-2678-8 (España)

Depósito Legal M-21542-2022

En Madrid, España:

© Editorial Reus

C/ Rafael Calvo, 18. 2º C - 28010-Madrid (España)

Tels.: (+34) 91 521 3619, (+34) 91 522 3054

e-mail: reus@editorialreus.es

www.editorialreus.es

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Impreso en España en el mes de septiembre de 2022 por:

Ulzama Digital

*A Carolina Moyano Horenstein,
que hace posible con su amor
mis momentos de felicidad.*

“El sentido de la vida no es la solución de un problema; consiste, más bien, en vivir de un cierto modo. No es metafísico, sino ético. No es algo separado de la vida, sino algo que hace que vivir valga la pena (lo que equivale a decir que es una cierta calidad, profundidad, abundancia e intensidad vital). Así entendido, el sentido de la vida es la vida en sí, vista de una cierta manera”.

Terry Eagleton, *El sentido de la vida*, traducción de Albino Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2008, p. 199.

ÍNDICE

Principales abreviaturas y latinismos utilizados ..	13
Prólogo de JOSÉ DANIEL CESANO.....	15
CAPÍTULO I	
Introducción: la protección de la vida humana independiente en el Código Penal argentino....	23
CAPÍTULO II	
La vida humana en las restantes normas del ordenamiento jurídico argentino	31
CAPÍTULO III	
El derecho al respeto a la dignidad inherente al ser humano	39
CAPÍTULO IV	
La consideración del suicidio en la ley penal sustantiva de la Argentina	53

CAPÍTULO V

La eutanasia y el Derecho argentino 73

CAPÍTULO VI

El carácter sagrado de la vida humana 87

CAPÍTULO VII

Pero... ¿disponer incondicionadamente de la
propia vida? 101

CAPÍTULO VIII

A modo de parcial recapitulación: el “principio
del daño” (*harm principle*)..... 117

CAPÍTULO IX

¿Tiene alguna relevancia el “principio de
ultima ratio” a los fines de reflexionar
sobre la disponibilidad de la propia vida? 123

CAPÍTULO X

El homicidio piadoso en los últimos proyectos
de reforma del Código Penal de la nación 129

CAPÍTULO XI

Reflexiones finales 133

Bibliografía..... 139

PRINCIPALES ABREVIATURAS Y LATINISMOS UTILIZADOS

AA.VV.	autores varios
Ap.	apartado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCCN	Código Civil y Comercial de la Nación
cfr.	<i>confer</i> (compare, consulte)
cit.	citado, citada
Cód.	Código
Const.	Constitución
n°	número
p.	página
p. ej.	por ejemplo
PICDP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
pp.	páginas
<i>sit venia verbo</i> ..	permítasenos la frase; permítasenos la expresión; con permiso sea dicho
ss.	siguientes

StGBStrafgesetzbuch (Código Penal alemán)

stricto sensoen sentido estricto

t.tomo

v.ver

v. gr.*verbi gratia* (por ejemplo)

verbi gratiapor ejemplo

vol.volumen

wwwWorld Wide Web

PRÓLOGO

LA DIGNIDAD EN EL CONFÍN EXISTENCIAL DEL MORIBUNDO...

I. Con un tono intimista, que solo le es permitido a la amistad, René Char le escribía a Albert Camus: “Las horas previas a un duelo son desgarradoras. El sufrimiento y esta lucha condenada al fracaso oprimen espantosamente el alma y el corazón. Mi madre, a pesar de su edad y el debilitamiento, se entregó a la muerte solo tras haber agotado todas sus fuerzas. *Eso me ha causado una fuerte impresión*”¹.

La belleza de la frase anterior no disimula, ni un ápice, la perplejidad que produce la muerte, cuando va precedida de graves sufrimientos.

Se trata de algo consustancial al ser humano. Pero también de *algo* que muta con el tiempo y con las culturas.

¹ Carta de René Char a Albert Camus, fechada en L’Isle, 3 de julio de 1951. En: CAMUS, Albert – CHER, René, *Correspondencia. 1946 - 1959*, Alfabeto Editorial, Madrid, 2019, p. 103 (énfasis del original).

En efecto, los cambios de época que describió Ariès² en 1975 muestran cómo en Occidente, durante el siglo pasado, los hospitales se volvieron centros en los cuales los hombres se dirigían para morir: la muerte es un malestar que irrumpe en la felicidad y debía ser, en consecuencia, desplazada de la vida familiar y social; se muere a solas, sin familia. Y sin duda aquel corte cronológico que le impuso a su obra este prestigioso historiador (1975), hoy, tras la desoladora pandemia, hubiese merecido agregar un nuevo capítulo en donde el Estado –¡qué paradoja!– vedó hasta el más mínimo contacto con los afectos moribundos, sin despedidas, sin el más mínimo descanso y alivio frente a tremenda pena...

Desde luego que también aquellas actitudes cambian de cultura en cultura. Si comparamos a algunas sociedades africanas, se podrá ver que allí –y a diferencia de Occidente– hay una integración de la muerte como elemento necesario del circuito vital; que identifica a la muerte ideal como la “buena” muerte; y en donde la actitud del grupo ante quien muere se desenvuelve con valores maternos y de seguridad; en donde la familia toma al moribundo a su cargo³.

II. Me detuve en estas consideraciones para demostrar que las actitudes frente a la muerte y sus

² ARIÈS, Philippe, *Morir en Occidente: desde la Edad Media hasta nuestros días*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2007. La obra se publicó, en su 1ª edición, en *Seuil*, 1975.

³ THOMAS, Louis Vincent, *Antropología de la muerte*, 2ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 628.

dilemas son una materia volátil, que se mueve ligeramente y anda por el aire; y que, por eso, resulta difícil de analizar a partir de una única perspectiva. Dicho en otras palabras: el tema del fin de la vida –y las perplejidades que provoca– es una cuestión que, por su propia naturaleza, reclama *a gritos* un diálogo interdisciplinario, aunque sin confusiones de planos: ni el derecho, ni la filosofía, ni la antropología, ni la teología –para no seguir con una enumeración decididamente *vana*– pueden, por sí solas, explicarla; a lo sumo podrán subsumirla en su ámbito disciplinar. Pero, aun así, por las características que vimos más arriba, será difícil obtener una explicación razonable. Claro que este entrecruzamiento de miradas –*que siempre es saludable*– tampoco debe confundirse con un *totum revolutum*.

El libro de Gustavo A. Arocena que tengo el honor de prologar constituye una obra que discurre por esos cauces de esclarecido diálogo (sin confusiones); especialmente entre el derecho penal, el derecho constitucional y convencional y la ética. Nadie mejor que él para este cometido: Arocena es un jurista exquisito –como lo demuestra con su prolífica labor, con la que siempre deleita–, pero es mucho más que esto. Su perfil lo acerca al de aquellos intelectuales *humanistas*, de los que, lamentablemente, cada vez hay menos.

Y así, el autor parte, como premisa, de la centralidad –que comparto– del derecho fundamental a la dignidad de la persona humana; dignidad que reconoce como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar libremente –sin ninguna injerencia estatal– sus pro-

pias decisiones sobre sí mismo, sobre su plan de vida, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea. Es lógico que, sobre esta *piedra de toque*, muchas reglas jurídicas necesiten ser repensadas. Con maestría, Arocena nos ayuda en esta labor cuando, por ejemplo, en el capítulo IV, frente al castigo, por parte de la ley penal argentina, de la instigación o ayuda al suicidio, tras pasar por su criba las opiniones de doctrina nacional y extranjera, concluye críticamente respecto de las opiniones mayoritarias de aquella (doctrina vernácula), al sostener que “la intromisión de la intervención estatal en la esfera íntima del sujeto implica un atentado a su dignidad inherente como ser humano, lo despersonaliza (...) y violenta su derecho a la autónoma configuración de su propio plan de vida”. O, cuando en el capítulo siguiente, al analizar la eutanasia, no admitida explícita ni implícitamente por el legislador argentino (lo primero, a través de la ley 26.529; lo segundo, sobre la base “del irrestricto” artículo 79 del Código penal), censura la postura del ordenamiento jurídico afirmando, con certeza, que si el derecho a la vida es un derecho individual que tiene como titular exclusivo a la persona humana, “y esta es titular además del derecho a configurar autónomamente su propio proyecto de vida, tanto el Estado como los terceros tienen un deber de abstención respecto de la ejecución de decisiones vitales legítimamente adoptadas por sujetos competentes”.

Desde luego que tal reconocimiento reclama siempre –tanto cuando pensemos en una eutanasia pasi-

va⁴ como activa⁵– el requerimiento expreso de quien se encuentre en *trance muerte*, lo que supone un sujeto capaz para ello; justamente con el propósito de resguardar la *limpidez* de su consentimiento. Si a esto agregamos la trascendencia del *harm principle* o principio del daño –del que el autor se ocupa especialmente en el capítulo VIII–, no es posible otra cosa sino coincidir con Arocena cuando afirma: “Es condición necesaria para la legítima criminalización de un comportamiento humano la afectación de derechos de terceros a través de su concreta lesión o, al menos, de la generación de un peligro real para aquellos”. Es un extremo que no se visualiza en las acciones u omisiones que pueden dar lugar a algunas de las formas de eutanasia.

Por cierto que no desconozco que la meditada afirmación anterior de Arocena encierra consecuencias que van mucho más allá del problema que

⁴ Esto es: las acciones u omisiones consistentes en no activar, o bien en retirar, determinados remedios curativos con el fin de acelerar la muerte segura del paciente que sufre graves padecimientos, con su consentimiento. Cfr. MORESO, Juan José, “Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio”, en: Carmen Tomás – Valiente Lanuza (ed.), *Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 80.

⁵ Es decir: las acciones consistentes en causar directamente la muerte del paciente, o bien proporcionarle los instrumentos adecuados para que se cause a sí mismo, con su consentimiento, que padece una enfermedad incurable, o bien terminal, o bien gravemente invalidante (MORESO, “Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio”).

esbozo. Y lo digo porque, para ser consecuentes, su posicionamiento nos interpela más allá de esos límites –siempre partiendo del concepto de dignidad, tal como quedó planteado–, incluyendo situaciones en las que se colabore con el plan de vida de un sujeto capaz que requiere, v. gr., asistencia médica no eutánica (pienso en el suicida). Claro que en estos casos la evaluación de aquella capacidad debe ser extremadamente rigurosa; sobre todo porque actualmente la vieja tradición *durkheimiana* es objeto de revisiones⁶. Mi detenimiento particular en la cuestión eutánica en modo alguno significa olvido o desatención de todos estos otros fecundos asuntos, sino, más bien, una sensibilidad personal por esta.

III. Si bien hay que reconocer que la citada ley 26.529, en comparación con el mutismo anterior sobre estas cuestiones –erigidas casi en un verdadero tabú–, representa un modestísimo avance (con la recepción de la *distanasia*), el adelanto, como lo sostiene Arocena, “resulta insuficiente”.

Creo que es hora de que nuestro ordenamiento jurídico se ocupe, con serenidad, de estos asuntos.

Si damos un vistazo a las legislaciones extranjeras se puede observar cómo algunas comunidades se han mostrado abiertas a la problemática. En efecto: Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo y, recientemente,

⁶ Al respecto, cfr., entre otros, NEIRA, Hernán, “Suicidio y misiones suicidas: revisitando a Durkheim”, *Cinta moebio* (2018) 62: 140-154, doi: 10.4067/S0717-554X2018000200140.

España, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021 (de regulación de la eutanasia) –para no referirme sino a la situación europea– vienen señalando una tendencia no ya a despenalizar la eutanasia sino “a contemplarla como un verdadero derecho (...), un derecho individual del ciudadano, de rango fundamental, a decidir sobre su propia muerte y a obtener ayuda de terceras personas para producírsela”⁷.

Ciertamente, legislar sobre este aspecto exige una cuota de madurez política y de responsabilidad institucional importantes. La religión y los dilemas éticos que suelen permear nuestra existencia deben acallarse para, de una vez por todas, los delicadísimos aspectos que entrañan estos asuntos sean analizados sin prejuicios. Y en realidad, si lo hacemos de esa forma, estoy seguro de que la tarea será realizable. Para eso hay que tener en claro, como eje de la coordenada de la discusión, dos ideas: a) la jerarquía del derecho a la dignidad humana, que es también *garantía de libertad individual*; y b) el rechazo de toda actitud *paternalista*. Para esto último, personalmente, prefiero hablar, antes que de Estado, de *Estado de Derecho*, como atmósfera sustancial para el ejercicio de la libertad. Y si así lo hago es porque el *paternalismo* puede resultar muy peligroso para este último concepto; con lo cual, por lógica, habré de rechazar aquella actitud, en defensa de esta concepción política (Estado de Derecho). Si somos conscientes de esto estaremos

⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA (ed.), *Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, p. 13.

más cerca de lograr el avance. En este contexto, el libro de Arocena constituye un nutriente insustituible para la discusión. Ojalá nuestra dirigencia política –*tan desanclada del bien común*– abrevie en una obra que, por su consecuencia, fundamentación y valentía, debiera ser –y espero que así ocurra– de consulta obligada.

JOSÉ DANIEL CESANO

Córdoba, 10 de agosto de 2022.

Directora
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona

Miembros del Consejo Editorial

- **GUSTAVO EDUARDO ABOSO**, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- **GERMÁN ALLER**, Universidad de la República, Uruguay.
- **MANUEL CANCIO MELIÁ**, Universidad Autónoma de Madrid, España.
- **RAÚL CARNEVALI**, Universidad de Talca, Chile.
- **JOSÉ DANIEL CESANO**, Universidad de Córdoba, Argentina.
- **EDUARDO DEMETRIO CRESPO**, Universidad de Castilla - La Mancha, España.
- **MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Universidad de León, España.
- **VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN**, Universidad de Barcelona, España.
- **MARIO PEREIRA GARMENDIA**, Universidad de Navarra, España.
- **GABRIEL PÉREZ BARBERÁ**, Universidad de Córdoba, Argentina.
- **PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ**, Universidad de Navarra, España.

España
978-84-290-2678-8



9 788429 026788

Uruguay
978-9915-650-50-0



9 789915 650500