

Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida

Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida

Profesor Dr. ALBIN ESER, Universidad de Friburgo (RFA)
Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional
Traducción: PATRICIA R. LAURENZO

«Pérdida de valores fundamentales»: Con esta frase se puede expresar quizás una angustia esencial que desde hace ya algunos años recorre casi todo el mundo. Comienza con la alarmante toma de conciencia de los daños al medio ambiente que comprimen cada vez más el espacio vital. También se manifiesta en las pretensiones de autonomía del hombre que pretende incluso despreciar la muerte produciéndola presuntamente, sin ver que de ese modo la vida misma se hace disponible. Y termina, sin que esto sea precisamente lo menos importante, con especulaciones omnipotentes de una biología y una medicina para las cuales no parecen existir fronteras infranqueables, ni ante la procreación ni ante la experimentación o simple destrucción de la vida.

Existiendo tales tendencias, no es sorprendente que la vida, tradicionalmente considerada como inviolable y «sagrada», aparezca expuesta cada vez con mayor intensidad a una valoración cualitativa y con ello —como consecuencia necesaria—, sea confrontada y ponderada con otros valores. Esto es motivo suficiente para preguntarse si realmente puede esperarse a largo plazo el paso de la protección de la vida orientada por su «santidad» a una consideración más «cualitativa» de aquélla y en su caso, dónde residen sus causas. Con este fin se comparará seguidamente el derecho alemán actual con la protección jurídico-penal de la vida en el periodo de transición a la Edad Moderna.

El que se haya elegido precisamente aquel momento para realizar la comparación se debe agradecer, ante todo, a la feliz coincidencia con un aniversario sumamente significativo para la historia del Derecho penal, pues hace cuatrocientos cincuenta años, en 1532, se producía el nacimiento del primer Código penal unitario del «Sacro Imperio romano de la Nación alemana»: el «Peinliche Halsgerichtsordnung» de Carlos V (I de España) (1) que rigió

(1) La «Peinliche Gerichtsordnung Keiser Karls V», conocida generalmente por la abreviatura de su designación latina como «Carolina», es citada en adelante según la edición Reclam de G. RADBRUCH-A. KAUFMANN, 4 ed., 1787.

—al menos subsidiariamente— hasta la sanción del «Reichsstrafgesetzbuch» (StGB) de 1871, influyendo así de modo decisivo en la práctica jurídico-penal por alrededor de trescientos cincuenta años (2). La confrontación del derecho actual con la «Constitutio Criminalis Carolina» (CCC) responde asimismo a un fundamento material de peso, pues, como veremos, la «Carolina» marca un auténtico hito en lo que se refiere precisamente a la protección de la vida: En esta obra legislativa se fundieron bajo la influencia del Derecho Canónico con su concepción «sagrada» de la vida, tanto la protección discriminatoriamente parcializada de proveniencia romana como la práctica de la composición de origen germánico, fusión que condujo a un grado de protección de la vida no alcanzado hasta entonces.

Pero antes de introducirnos en esta tarea, permítaseme una advertencia metodológica. Cuando aquí se contraponen «santidad» y «calidad» de la vida, con ello se indican solamente ciertos puntos de referencia. Así, la «santidad» es el rasgo distintivo de todas aquellas tendencias que pretenden proteger la vida humana como tal, sin atender a eventuales deficiencias físicas o mentales o a su utilidad social (3). Por orientación «cualitativa» se deben entender todos aquellos aspectos que no califican a la vida como inviolable y no susceptible de ponderación «per se», sino como algo cualitativamente graduable o, en todo caso, no excluido a priori de toda ponderación con otros intereses (4). Dada la vaguedad en que ambos criterios son conscientemente mantenidos, «santidad» y «calidad» de la vida deben imaginarse siempre entre comillas.

Si se trata de seguir las huellas del cambiante destino de la protección de la vida, oscilante entre su «santidad» en el sentido de su absoluta «invulnerabilidad» y su «calidad» en el sentido de una cierta relativización valorativa, esta oposición requiere sin embargo una salvedad fundamental. Protección de la vida como

(2) En general, sobre la significación de la Carolina, la introducción de la versión Reclam anteriormente citada, así como EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafpflege*, 3 ed., 1965, p. 107 y ss., en especial, p. 131 y ss.

(3) En este sentido se deberían comprender también, por regla general, las fuentes que acentúan la «santidad» de la vida. Y esto sucede verdaderamente desde hace ya mucho tiempo (cfr. especialmente infra, notas 20 y ss., 40, 68, 86), sin que las huellas de esta concepción permitan sin embargo atribuir la terminológicamente a determinados autores. Incluso en las obras de F. WALTER, *Die Euthanasie und die Heiligkeit des Lebens*, 1935, y de G. WILLIAMS, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, London, 1958, que expresamente se refieren a la «santidad» de la vida, se buscará infructuosamente la génesis de las fuentes escritas de tal pensamiento.

(4) En contraste con la concepción «orientada a la santidad», la «orientación cualitativa» de la vida no puede remontarse todavía terminológicamente a ninguna tradición semejante. En el sentido expuesto en el texto, se encuentra la contraposición de una ética de la «sanctity of life» con una de la «quality of life», sobre todo en J. FLETCHER, *In verteidigung des Suizids*, en A. ESER, *Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem*, 1976, p. 233 y ss., en especial p. 243.

bien «sagrado» y absoluto o por el contrario «cualitativamente» susceptible de relativización: Esta contraposición, imaginable tal vez como modelo teórico, muy probablemente nunca se ha realizado históricamente como una alternativa excluyente. Pues aún prescindiendo totalmente del problema de si en la historia real del hombre y la sociedad existen valores absolutos y normas sin excepciones (5), el Derecho penal es ya por su naturaleza y finalidad un derecho subsidiario y fragmentario que, como tal, sólo pretende contrarrestar las amenazas peligrosas para los bienes jurídicos. Por ello, desde el principio la pregunta por la protección absoluta o relativa de la vida, sólo puede tender a averiguar si el ordenamiento jurídico de una época está más inclinado a una consideración sagrada o por el contrario, cualitativa, de aquella (6).

En lo que se refiere al curso de la investigación, la pregunta por las tendencias orientadas a lo «sagrado» o a lo «cualitativo», serán analizadas en dos momentos de su evolución: En un primer paso, la *Carolina* de 1532 será analizada como punto de comparación y luego, en un segundo paso, se comparará el estado alcanzado entonces por la protección jurídico-penal de la vida con el actual. Esto será expuesto a través de puntos especialmente neurálgicos de la protección de la vida: Aborto, infanticidio, suicidio y eutanasia.

I. PROTECCION JURIDICO-PENAL DE LA VIDA HASTA LA CAROLINA

1. *Merecimiento de protección de la vida humana.*

En primer lugar, en lo referente al merecimiento de protección de la vida humana como tal —prescindiendo por el momento del aborto e infanticidio— los tipos de homicidio de la *Carolina* (arts. 130 a 156) no permiten inferir ninguna clase de limitaciones de carácter personal. Aunque al tratar sobre el objeto del homicidio —hoy descrito expresamente como «hombre» (*Mensch*) en el § 211 StGB— se habla sólo de «alguien», niño o suicida, y prescindiendo además de que en la *Carolina* se buscará infructuosamente una definición de persona, no hay duda, sin embargo, que con el «alguien» protegido en el homicidio, la *Carolina* se refería

(5) En sentido negativo, FLETCHER, en ESER, *Suizid*, op. cit., p. 234 y ss. En especial sobre la relativización de la protección de la vida, A. AUER, *Die Unverfügbarkeit des Lebens und das Recht auf einen natürlichen Tod*, en A. AUER, H. MENZEL, A. ESER, *Zwischen Heilauftrag und Sterbehilfe. Zum Behandlungsabbruch aus ethischer, medizinischer und rechtlicher Sicht*, 1977, p. 7 y ss., 23 y ss.

(6) En general sobre los distintos puntos de vista relacionados con las amenazas de la «calidad de la vida», A. AUER, *Der Mensch und seine Zukunft. Zur gegenwärtigen Diskussion über die «Lebensqualität»*, 1974.

a todo ser de naturaleza humana (7), sin distinción de sexo, edad, status o estado de salud (8).

De ahí que también gozaban de total protección jurídico-penal los enfermos mentales y los débiles o ya condenados a muerte como consecuencia de una enfermedad (9). Sólo estaban excluidos de esta protección los llamados monstruos y los que eran declarados al margen de la ley (Rechtlose). Se volverá sobre este punto.

A diferencia de esta valoración fundamentalmente igualitaria, en el *derecho romano* no toda persona era igual. Aun cuando buena parte de los hechos históricos permanecen en la obscuridad, es posible afirmar que durante el período de las XII Tablas rigió la ley atribuida al antiguo rey romano Numa (siglo VII a.C.), según la cual es asesino quien da muerte dolosa a un «homo liber» (10). Esta circunscripción de la protección pública de la vida al ciudadano libre (11) tenía como consecuencia que la muerte de un esclavo —no considerado persona sino cosa— fuera tenida simplemente por un delito privado contra la propiedad, es decir, como un puro daño en las cosas y esto sólo bajo la condición de que se tratara de un esclavo ajeno, pues la muerte del esclavo propio por su amo quedaba exento de sanción (12). Sólo cuando se comenzó a reconocer al hombre no libre la calidad de persona, se aplicó paulatinamente también al caso de muerte de esclavo (13) la «Lex cornelia de sicariis» del tiempo de Sullas (siglo I a.C.) que regulaba los delitos contra la vida. Sin embargo, este supuesto no alcanzó en la práctica plena subsunción en el tipo de homicidio, sino bajo el reinado de Constantino (14).

(7) Cfr. K. F. ROSSHIRT, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, parte II, ap. 1, 1839, p. 203, donde se vio incluso un infanticidio anticipado en los casos de aborto con muerte de un feto ya «animado» (vid. infra, Nr. I, 2); cfr. C. A. TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde* T. I, 2 ed., 1822, p. 357 y ss.; también las fuentes en notas 43 y 100.

(8) Así en particular la interpretación de A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 1 ed., 1801 (aquí según la 9 ed., 1826), § 207. De los comentarios más antiguos a la CCC, tampoco se pueden extraer limitaciones a la protección de la vida— salvo las excepciones que a continuación se consideran— fundadas en status o calidad alguna.

(9) Cfr. en especial, E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, parte I, 1823, parte II, 1826, p. 22; TITTMANN, *Handbuch I*, p. 294 y s.; así como infra, nota 68.

(10) «Si qui hominem liberum morti duit, patricidas esto»: así FESTUS, según TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 612, nota 4.

(11) Sobre las personas aquí incluidas, ROSSHIRT, *Geschichte*, II/1, 186 y s.

(12) MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 616, con más documentación.

(13) Cfr. en especial MARCIANO, *Ad legem corneliam de sicariis et veneficis*, D.48.8.1.2: «Qui hominem occiderit, punitur, non habita differentia, cuius conditionis hominem interemit». Cfr. también PFAFF, en *Paulys Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft*, T. VIII/2, 1913, col. 2249, sobre «homicidium».

(14) MOMMSEN, *Röm. Strafrecht* p. 617.

Es característico de esta estratificación y por ende, discriminación cualitativa de la vida humana, propia del antiguo derecho romano, que ya por principio ciertas clases sean substraídas del merecimiento de protección como personas, con lo cual la vida no es objeto de reconocimiento por su sola entidad y existencia individual, sino por su respectivo rol social. En esta medida se distingue especialmente la muerte del esclavo del poder disciplinario del pater sobre sus hijos menores de edad (15).

De modo similar, en el penamiento jurídico *germánico* el siervo tampoco era considerado «persona» sino «cosa mueble» (16). Como tal se encontraba sometido al poder de dominio de su dueño que (17), bajo ciertas circunstancias, era justificante incluso de la muerte del siervo por su amo. Aunque de forma menos evidente, también las diferencias en la fijación de la multa de los sistemas de composición del derecho popular, tal como debieron mantenerse en parte hasta la alta Edad Media (18), podrían basarse en una similar valoración de la vida dependiente del status social. En efecto, como reparación por la muerte de una persona, se fijaba una multa en base a una «aestimatio capitis», multa que era erigida en rescate de sangre de un hombre libre y que se graduaba según el status, sexo y edad. Así por ejemplo, la capacidad de engendrar de una mujer o el bautismo de un niño, eran puntos positivos que influían en la tasación (19).

Sólo cuando se ha tomado conciencia de la existencia de tales graduaciones valorativas de la vida, se puede apreciar en todo su valor la concepción humana de la Carolina. Sea cual fuere el emplazamiento de cada uno según el derecho feudal o su escalonamiento dentro de la jerarquía social, en lo que respecta al merecimiento de protección jurídico-penal, la Carolina equipara al señor y al siervo, al hombre y a la mujer, al erudito y al analfabeto, al sano y al que sufre una enfermedad mortal. Esta superación de la anterior discriminación cualitativa es impensable sin la influencia del pensamiento *cristiano*. Para éste, la vida es un don de Dios que debe entenderse al mismo tiempo como facultad

(15) Sobre el ciertamente muy discutido «ius vitae et necis», MOMMSEN, op. cit., p. 617 y s.; así com J. F. H. ABEGG, *Revisiori der Lehre von den angeblich straflosen Tödtungen*, en *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, 1830, p. 55-378, aquí, p. 206 y ss. Sobre el derecho a dar muerte al niño deforme cfr. infra, nota 31.

(16) C. v. SCHWERIN-H. THIEME, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 4.^a ed., 1950, p. 17; cfr. también H. MITTEIS-H. LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 14.^a ed., 1976, p. 21.

(17) EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 26 y s.

(18) En general sobre esto EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 24 y ss.; así como ABEGG, *Untersuchungen* (supra, nota 15), p. 223 y ss.

(19) ROSSHIRT, *Geschichte* II/1, p. 194 y s.; EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 25; además WILLIAMS, *Sanctity* (supra, nota 3), p. 29. Naturalmente tampoco hoy hay que excluir que el rol social de la víctima encuentre su expresión en la medición de la pena. Pero con ello no se pondrá en duda, de ningún modo, la naturaleza humana de aquélla.

y como deber (20). Como creación de Dios, cada hombre es desde el punto de vista existencial, fundamentalmente igual al otro. Pues «dado que Dios es quien crea, conserva y redime al hombre, hasta la más miserable de las vidas adquiere valor frente a El» (21). En esta medida la vida humana es per se y sin atender a su calidad física o status social «sagrada» e inviolable (22). Con la creciente influencia de los principios eclesiásticos en el derecho medieval esta concepción de la vida como valor en sí mismo encontró finalmente recepción en la Carolina (23).

2. Aborto e infanticidio.

Esta visión espiritualizada de la vida se manifiesta aún más claramente en la punibilidad del aborto y del infanticidio. Pues mientras la vida ya nacida es corporalmente tangible y por ello su protección es también más fácilmente inteligible, el respeto a la vida por nacer exige por el contrario la comprensión —muy frecuentemente olvidada en nuestros días— de que el derecho a la vida no depende del «poder-sostenerse-sobre-sus-propios-pies», sino que este derecho también corresponde al ser genéticamente completo y aún no nacido. Teniendo en cuenta la clara sobrevaloración de la autonomía física, apenas puede sorprender que el derecho romano haya dejado impune el aborto hasta la época

(20) Cfr. en especial TOMÁS DE AQUINO: «Vita est quoddam donum divinitus homini attributum, et eius potestati subiectum qui, occidit et vivere facit»... «Transitus de hac vita ad aliam feliciorem non subiacet libero arbitrio hominis, sed potestati divinae. Et ideo non licet homini se ipsum interficere ut ad feliciorem transeat vitam» (Summa Theologica, libro II, parte II, qu. 64, art. 5, citado según la edición Thomas de A. F. Utz, T. 18: *Recht und Gerechtigkeit*, 1953, p. 165/166).

(21) D. BONHOEFFER, *Ethik*, 1949, p. 108 y s.

(22) Pues como deduce BONHOEFFER, op. cit., con el conjunto de la tradición cristiana del dogma de la creación, en base a su fundamento divino, «el derecho a la vida reside en su existencia y no en algún tipo de valor. No hay, ante Dios, ninguna vida desprovista de valor, pues es la vida misma lo que Dios aprecia». Como consecuencia de ello, «le corresponde ahora realmente a la vida humana un derecho inmanente que no puede ser mediado desde el prisma de su utilidad social» (así, AUER, en AUER-MENZEL-ESER, supra, nota 5, p. 19 y ss., aquí p. 21). Sobre los aspectos de la santidad cfr. además WALTER, *Heiligkeit des Lebens* (supra, nota 3), en especial p. 20 y ss., 138 y ss., 377 y ss.; U. EIBACH, *Medizin und Menschenwürde. Ethische Probleme in der Medizin aus christlicher Sicht*, 1976, p. 83 y ss.; así como infra, notas 68, 86 y 138. Cfr., sin embargo, también W. SCHÖLLGEN, *Aktuelle Moralprobleme*, 1955, p. 393/399 y P. SPORKEN, *Menschlich sterben*, 1974, p. 29, donde se aprecia un cierto distanciamiento con la tesis de la «santidad». Aún más decidido por la concepción «cualitativa», FLETCHER, op. cit.

(23) Cfr. E. HENKE, *Grundriss einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft*, T. I, 1809, p. 259 y ss.; ROSSHIRT, *Geschichte II/1*, p. 193, 199 y ss., 229, WILLIAMS, *Sanctity*, p. 27 y s. En general sobre la intervención de la doctrina italiana en la recepción de esta influencia, G. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1933, p. 342 y ss.

imperial. El aborto fue considerado una inmoralidad que podía ser castigada por el pater familias y más adelante —cuando a fines del período republicano se hizo cada vez más frecuente sobre todo entre las clases altas—, también fue atacado como un mal social que desde Septimius Severus (alrededor del año 200 d.C.), fue incluso puesto bajo pena (24). Pero como lo demuestran su equiparación con la esterilización y su tipificación en la ley Cornelia contra los envenenamientos (25), lo preponderante no era tanto la protección de la vida invidual, como, en cambio, los intereses demográficos del Estado. Y así como los frutos del árbol aparecen como una parte de éste mientras no han caído, así también en el embrión se divisó solamente una «mulieris portio vel viscerum» (una parte de las vísceras) (26). Por cierto, quien pretende ver en esto el arquetipo romano de una emancipación a la «mi vientre me pertenece», menosprecia sin duda los intereses propios del hombre romano. Pues a diferencia de lo que sucede en nuestros días, donde el hombre, si bien puede engendrar y en su caso alimentar al hijo, no puede en cambio evitar su eliminación antes del nacimiento (27), en el derecho romano el aborto era considerado como un ataque dirigido contra el padre, quien era despojado así de su descendencia legítima (28). Consecuentemente sólo era punible el aborto de la esposa (actual o ya divorciada) del progenitor (29). También detrás del derecho del padre a la exposición del recién nacido (30) —reprimido sólo desde el período imperial—, es posible suponer —junto a todas las referencias formales a la potestad doméstica— la existencia de motivos de higiene social. Esto es válido en todo caso respecto a las criaturas deformes, cuya eliminación era incluso una obligación del padre, según las antiguas costumbres (31).

De modo similar, para los grandes filósofos *griegos* la vida humana no es ningún valor como tal, sino en tanto se lo vincule

(24) Cfr. en detalle MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 636 y s.; así como la investigación básica de SPANGENBERG, *Über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht*, Archiv des Criminalrechts II (1818), p. 1-53, 173-193, aquí p. 20 y ss.

(25) ULPIANO, D.48.8.8; PAULUS D.48.19.38.5; cfr. MOMMSEN, op. cit.

(26) ULPIANO, D. 25.4.1.1; cfr. también PAPINIANO, D.35.2.9.1; además SPANGENBERG, Arch. Crim. II, p. 22.

(27) Esto al menos no es posible frente a una interrupción del embarazo indicada conforme al § 218 a StGB; cfr. A. ESER, en A. SCHÖNKE-H. SCHÖDER, StGB, 21 ed. (en la adaptación de TH. LENCKNER-P. CRAMER-A. ESER- W. STREE), 1982, § 218, Nr. 23.

(28) MARCIANO, D.47.11.4; cfr. SPANGENBERG, op. cit., p. 28.

(29) Cfr. HARTMANN, en *Paulys Realencyclopädie*, T. I/1, 1893, sobre «abortio».

(30) Cfr. SPANGENBERG, *Über das Verbrechen des Kindesmord und der Aussetzung der Kinder*, Archiv für Criminalrecht III (1819), p. 1-30, 359-382, aquí p. 10 y ss.; pero también C. J. A. MITTERMAIER, *Beytraege zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerschaft*, Archiv für Criminalrecht VII (1825), p. 1-44, 304-327, 443-522, aquí p. 4 y ss.

(31) Cfr. ABEGG, *Untersuchungen* (supra, nota 15), p. 209 y s.; MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 619. Con todo, en PAULUS D.25.3.4 se trata también de la muerte del recién nacido «misericordiae causa».

a su utilidad social. Pues, como enseña Platón en su *Politeia*, las mujeres, para mantener la «pureza» de la estirpe del guardián, deben presentar al niño recién nacido ante la autoridad competente y «cuando ha nacido un mutilado, ellas —como es conveniente—, lo ocultarán en un lugar inaccesible y desconocido» (32). Por similares motivos de política demográfica (33) las personas ancianas, en caso de unirse aún sexualmente, debían preocuparse «en lo posible por no dar a luz lo concebido, si lo hubiere, pero si no pudiera evitarse, se lo debe exponer, porque no está autorizada la crianza de tales (criaturas)» (34). En igual sentido Aristóteles cree necesario aconsejar el aborto cuando los padres esperan más hijos de los que pueden alimentar (35).

En contraste con esta valoración de la vida con cierto aire de darwinismo social, que parece no prestar aún ninguna atención a los derechos propios del concebido y recién nacido (36), en los derechos germánicos popular y territorial, ya se condenó el aborto e infanticidio en forma creciente (37). Este fortalecimiento de la protección de la vida tampoco puede explicarse sino por la *influencia eclesiástica*. El eje decisivo fue la doctrina cristiana del alma (38): Si (también) el alma es esencial para el hombre, entonces la protección de la vida ya no puede orientarse solamente por la salud del «corpus» o su utilidad para la «societas», sino que debe respetar asimismo el «anima». Esta nueva perspectiva teológico-antropológica repercutió ante todo en tres aspectos:

— Por una parte, por el fortalecimiento e independización de la protección de la vida del no nacido. Si el alma constituye una parte esencial del ser humano que además se infunde ya en el embrión, entonces éste, desde el momento de su animación, se

(32) PLATÓN, *Politeia*, V 9, *Sämtliche Werke* (traducción al alemán de F. SCHLEIERMACHER), Rowolth Klassiker, T. III, 1951, p. 181 (460 b, c).

(33) Cfr. WILLIAMS, *Sanctity*, p. 26 y s.

(34) PLATÓN, op. cit., p. 182 (461 c).

(35) ARISTÓTELES, *Politik*, libro 7, cap. 16 (traducción al alemán de E. ROLFES, 3.ª ed., 1922, p. 271). También Hipócrates, a pesar de haberlo condenado en principio en su juramento, parece haber admitido ampliamente el aborto; cfr. G. DAN, *Zur Geschichte des Abtreibungsverbots*, en J. BAUMANN, *Das Abtreibungsverbot des § 218 1971* p. 329-330.

(36) Lo que sin embargo podría explicarse en parte también desde la perspectiva antropológica por la doctrina del alma de Aristóteles que se aclarará más adelante.

(37) Frente a lo fragmentario de las fuentes muchos detalles todavía permanecen en la oscuridad (cfr. SPANGENBERG Arch. Crim. II p. 7 y ss.). También aparecen escalas cualitativas de valoración en la medida que —paralelamente a la imposición de reparaciones diferentes en caso de homicidio normal (cfr. supra nota 19)— el valor de la reparación en este caso dependía del período de embarazo. Más detalladamente R. HIS, *Strafrecht des deutschen Mittelalters* T. II 1935 p. 76 y ss.; además TROMMSDORFF-GERLICH *Die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in der historischen Entwicklung*, Anlage zur 15. Sitzung des BT- Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 7. Wahlperiode, 1973, p. 685-698, aquí p. 786 y ss.; DAHN, op. cit., p. 332 y s.

(38) En general sobre esto, M. SCHMAUS, *Der Glaube der Kirche*, T. I, 1968, p. 325 y ss.

hace merecedor de protección en su carácter de vida humana, es decir, en virtud de un derecho propio —en tanto germen de una personalidad individual— y no sólo como parte del cuerpo materno (39). Por ello el Corpus Juris Canonici, fundándose en Agustín y en el Papa Esteban VI, cree legítimo designar como «homicida» al causante de un aborto (40).

— Por lo demás, el argumento sobre la «santidad» de la vida también debe tener su origen en esta visión espiritualizada del hombre, pues, participando de la vida divina a través de su alma, como unidad de cuerpo y alma, se eleva sobre la naturaleza e ingresa en la esfera tabú de lo sagrado.

— Pero, por otra parte, el basamento del hombre en el alma, debía acarrear también limitaciones en su protección. Pues si sólo la vida de la persona animada merece respeto, entonces estará exento de protección todo ser al que se crea posible negar contenido anímico. Esto vale en parte para el embrión durante su primera fase (41) y en especial, para el llamado monstruo (42).

Las consecuencias jurídico-penales de esta antropología canónica se pueden observar finalmente en la Carolina: En una dirección de *ensanchamiento* de la protección, el aborto, el infanticidio y la exposición de recién nacidos son equiparados en esencia al homicidio normal (43), reconociéndosele así al niño no nacido un derecho a la vida que no se encuentra relativizado por ninguna autorización para darle muerte por razones familiares o sociales de proveniencia greco-romana. Por la otra parte, la doctrina canónica de la animación también tuvo un efecto *limitativo* de la protección, distinguiéndose en el aborto entre criatura «viviente» y «no viviente»: En este último caso la imposición de la pena quedaba librada a la conciencia del juzgador, con lo que se evitaba, al menos, la aplicación de la pena de muerte. En cambio el aborto de un embrión ya considerado «viviente» se expiaba por la pena

(39) Cfr. ROSSHIRT, *Geschichte* II/1, p. 193, 199 y s.

(40) Según el *Decretum Gratiani*, cañ. 20, Causa 2, Quaestio 5. Cfr. además las fuentes en SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 32 y s. En general sobre el reforzamiento de la protección de la vida, P. HINSCHIUS, *System des kath. Kirchenrechts*, T. V, 1893, p. 176 y ss., 183, 569, 797 y ss.

(41) Pues en tanto éste pudiera considerarse no animado, su muerte no se veía como homicidio (cfr. en especial AUGUSTINUS, *Decret. Grat.* c. 8,9, C. 32 q.2), sino que era sancionada solamente con multa (SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 36).

(42) Aunque su muerte no es expresamente reconocida como autorizada, esto surge indirectamente en tanto al monstruo se le negaba aptitud para ser bautizado, cfr. P. HINSCHIUS, *System*, T. IV, p. 31, notas 1 y 47.

(43) Esto ya se comprueba formalmente en tanto el aborto está incluido en el artículo 133 CCC sin graduación especial y como un caso de «bösen tödtung» (art. 130 y ss. CCC); cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 45 y ss., y en especial C. G. WACHTER, *Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts*, parte I, 1825, parte II, 1826, aquí II, p. 173 y s. Tampoco se distinguen diferencias esenciales en cuanto a la clase de pena si se la compara con la muerte de un niño ya nacido (131 CCC).

de muerte, ya por decapitación si había sido practicado por el hombre, ya por asfixia por inmersión si era practicado por la embarazada (44). Así apareció el criterio de «ser viviente», cuya interpretación ocuparía todavía por mucho tiempo a la jurisprudencia del derecho canónico y que —visto desde su perspectiva contraria— resultaba de valor literalmente vital para la suerte del causante del aborto. Si bien una minoría creyó poder interpretar el término «viviente» en el sentido de «viable» (45), su interpretación como «animado» —en el sentido de la concepción canónica— fue la que encontró mayor aceptación —probablemente justificada desde la perspectiva histórico-subjetiva—, considerándose en general como sinónimos las calificaciones de *formatus*, *vivifactus* y *animatus* (46). Pero esto planteaba en la práctica un problema temporal casi insoluble, esto es, a partir de qué momento se podía sostener que existía tal animación. En parte, recurriendo a Aristóteles, para quien la animación del embrión comenzaba en su 80 día, y en parte en base a una interpretación errónea de un pasaje bíblico según el cual el feto masculino era capaz de recibir el alma en forma dos veces más veloz que el feto femenino, el momento clave fue fijado por regla general en el 40 día del embarazo (47). Desde la perspectiva actual esta disputa suele producir hilaridad, aunque la concepción —que se presenta como tan progresista— del escaso valor del embrión durante su primera fase (48), no está precisamente muy distanciada de aquella diferenciación entre «*formatus*» e «*informatus*». Sea como fuere, lo importante desde una perspectiva histórica, es que el problema de la animación —aspecto esencial de la existencia humana— no sólo ocupó la mente de los teóricos, sino que dominó también la justicia en materia de aborto. Así por ejemplo, en un *Consilium* que en 1667 debió celebrar la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen, de conformidad con los usos forenses de la época, se consideró conforme a derecho que la mujer adúltera que había abortado y seguidamente ahogado en una piel a su

(44) Art. 133 CCC. Sobre otros intentos de distinción y atenuación cfr. WACHTER, *Lehrbuch* II, p. 179 y ss.

(45) Cfr. CHR. MARTIN, *Lehrbuch des Deutschen gemeinen Criminal Rechts*, 1829, § 136; así como la reseña de opiniones en SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 40 y ss.

(46) Así la opinión dominante, aunque la doctrina de la animación ya fue considerada errónea en el siglo XVI; cfr., por ejemplo, J. S. BOEHMER, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, 1714, sobre el artículo 133 § III; J. Chr. FROELICH, *Commentarius in Kayser's Carl V. und des H. röm. Reichs Peinliche Haltserichtsordnung*, 1727, p. 207 y ss.; además SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 36 y ss.; WACHTER, *Lehrbuch* II, p. 175 y ss.

(47) Cfr. en especial AUGUSTINUS, *Decret. Grat.* c.8,9 C.32 q.2; así como *Decret. Greg.* cap. 20 X lib. 5 tít. 12; además HINSCHIUS, *System*, T. I, 1869, p. 44, T. V, 1893, p. 569; SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 33 y ss.; también G. SIMSON-F. GREEDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, 1969, p. 86 y ss.

(48) Así, por ejemplo, al hablarse de una pura «acumulación de células». Cfr. además *infra*, Nr. II, 3.

hijo de treinta semanas de vida y por tanto ya «viviente», fuera «condenada a morir decapitada, como pena bien merecida y terrible escarmiento para los demás» (49).

Si se busca una respuesta a otra pregunta vinculada a la anterior, esto es, por qué la Carolina puso bajo pena al abortó de un feto «no viviente», siendo que a éste debía negársele calidad humana por carecer de animación, la respuesta parece no estar vinculada con la protección de la vida, pero sí con la concepción canónica. Pues de todos modos, desde el momento de la concepción se cuenta con un recipiente corporal en el cual puede establecerse el alma: Quien destruye este recipiente impide el despertar de un alma y con ello el nacimiento de la vida (50). En esta medida se hace necesario un anticipo aún mayor de la protección de la vida: Ya el hombre somáticamente esbozado y con ello potencialmente susceptible de animación debe ser protegido.

Por otra parte no debe ocultarse la cara opuesta de la doctrina de la animación: La mayoría de sus seguidores consideraban admisible el dar muerte al llamado «*Monstrum*» (51). Esto aparece teóricamente consecuente, pues un ser a quien se cree poder negar contenido anímico y al que falta por lo tanto el signo esencial de la humanidad según la concepción de la época, está excluido ab initio de las normas que protegen la vida. De allí que esta concepción no tenga por qué sentirse tocada por el reproche de la eliminación de la vida no querida por razones de higiene social, reproche que sí podría hacerse a la práctica romana de la exposición; del mismo modo que las acciones eutanásicas del nacional-socialismo no pueden sin más derivarse del pensamiento de Martin Lutero, sólo porque éste, siguiendo el espíritu de la entonces vigente doctrina de la animación, haya considerado que el niño idiota, como pura «*massa carnis*», era susceptible de eli-

(49) W. A. LAUTERBACH, *Collectio novae consiliorum iuridicorum tuingensium*, Vol. IV, 1733, Consilium CXXV, p. 562/566. En general, sobre la significación de estos concilios para la administración de justicia de entonces, J. GEIPEL, *Die Konsiliarpraxis der Eberhards-Karls-Universität*, 1965, en especial p. 12 y ss., 61 y ss. Prescindiendo de casos tan claros como el expuesto, donde también hoy prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo prohíben el aborto (al menos como desaprobación objetiva sin considerar una dispensa de pena fundada en motivos personales como la del § 218 ap. 3 párr. 3 StGB), la Facultad de Tübingen es merecedora de respeto sobre todo porque intentó de modo notable poner coto a la abundante utilización de la pena de muerte de su época, considerando suficiente la pena extraordinaria de la picota con subsiguiente destierro en caso de existir duda sobre la viabilidad del feto; cfr. por ejemplo, en LAUTERBACH, op. cit., los concilios LXII, p. 275 y ss., LXXV, p. 318 y ss.

(50) Cfr. Decret. Grat. c9 C32 q.2, c.5 X 5.12; además ROSSHIRT, *Geschichte II/1*, p. 193. Desde este punto de vista se explica también la inclusión de la esterilización en el tipo de aborto del artículo 133 CCC (cfr. ROSSHIRT, op. cit., p. 229; WACHTER, *Lehrbuch II*, p. 174).

(51) Cfr. BOEHMER, *Meditationes zu Art. 131 CCC § IX*, FROELICH, *Commentarius*, p. 156; WACHTER, *Lehrbuch I*, p. 99, II, p. 120, con más documentación.

minación (52), y esto es así porque a pesar de tales consideraciones, dentro de la concepción antropológica vigente la «santidad» de la vida permanecía, en principio, intacta. Pero por cierto: ¿a qué precio? Pagando la consistencia inmanente del sistema con la exclusión ab initio de la vida no deseada del concepto mismo de hombre. En esta medida tampoco para la doctrina de la animación la vida es «sagrada» por su existencia biológica, sino únicamente cuando reúne determinadas cualidades antropológicas.

Y como en cualquier tipo de selección cualitativa de la vida, naturalmente también la Carolina se encontraba ante el problema de determinar qué tipo de carencias eran configurativas de un monstruo «no animado» y como tal susceptible de destrucción. Aunque no de modo expreso, se encuentra sin embargo una alusión indirecta en el tipo de *infanticidio*, para el que se requiere una «criatura viva y membrada» («lebendig glidmessig kindlein») (artículo 131 CCC). Pues aunque la existencia de miembros («Gliedmässigkeit») sólo valiera en principio como un indicio para la prueba de la vitalidad (53), de todos modos ello debió haberse fundado también en la opinión entonces manifiestamente dominante de que las «criaturas deformes se separan tanto de la especie y forma humanas» que simplemente no llegan a obtener el status de persona (54). La posibilidad de que esta equiparación entre monstruo y criatura deforme, como consecuencia de la falta de métodos refinados para el examen médico-psicológico, acarrearía a cualquier niño aparentemente idiota o con algún tipo de deformación el peligro de ser abandonado a la muerte en su carácter de monstruo, es algo que, si bien permanece en la oscuridad de la historia (55), no está de ningún modo fuera del reino de la probabilidad (56).

3. Suicidio

Igual que la consideración de la fase inicial de la vida, la atención a su fase final puede suministrar ciertas explicaciones sobre su valoración jurídico-penal. Pues según que el derecho exija una conservación de la vida «a cualquier precio» y «hasta el último aliento» o permita en cambio un acortamiento de la vida por mano propia o ajena, podrán extraerse consecuencias respecto a la invio-

(52) M. LUTHER, *Tischgespräche*, Kritische Ausgabe, T. 5, 1919, p. 8 y s. Cfr. además SIMON-GEERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), p. 49.

(53) Así BOEHMER, *Meditationes zu Art. 131 CCC* § IX y TITTMANN, *Handbuch I* § 175, mientras que FEUERBACH, *Peinl. Rech* § 237 y WACHTER, *Lehrbuch II* p. 167 y ss. (entrando en detalles sobre el estado de las opiniones), pretenden entender el término «membrado» en el sentido de «viable».

(54) FROELICH, *Commentarius*, p. 156; cfr. también SPANGENBERG, *Arch. Crim.* III, p. 27 y ss.; MARTÍN, *Lehrbuch* § 122, nota 2.

(55) Cfr. ROSSHIRT, *Geschichte II/1*, p. 205: «sobre el derecho de dar muerte a un monstruo se habla más en los compendios que en la práctica».

(56) Cfr. también infra, Nr. II, 4.

labilidad o disponibilidad de aquélla. Pero sobre la pregunta por la admisibilidad del suicidio y la eutanasia, la Carolina sólo permite extraer perspectivas fragmentarias.

En lo que se refiere a «la pena por la propia muerte», la Carolina (art. 135) distingue entre el suicidio del autor de un delito, que ya ha perdido la disposición de su cuerpo y de sus bienes, y el caso de quien «de otro modo, por enfermedad del cuerpo, melancolía, fragilidad mental u otras imbecilidades similares, se dé muerte a sí mismo». Las consecuencias derivadas de esta distinción sólo se vinculan sin embargo con el destino de la herencia, que en caso de suicidio «normal» es conservada por el heredero, mientras que el patrimonio de un delincuente —que mediante el suicidio quiere anticiparse a una pena de muerte necesariamente ligada con la confiscación— es perdido por el heredero (en beneficio del soberano). Prescindiendo de estas penas sustitutivas post-mortem que ya conoció el derecho romano tardío —aunque no para el suicidio como tal, sino para el delito desencadenante de éste— (57), en la Carolina no se encuentran penas ni para la tentativa de suicidio ni para la cooperación al suicidio, guardando silencio también sobre otras sanciones informales. Si esto permite concluir que para la Carolina el suicidio estaba en principio permitido o al menos era excusable o en todo caso no era un delito, es un problema que fue discutido durante todo el período de vigencia de aquélla (58): En favor de una renuncia a toda desaprobación puede hablar el que precisamente en este punto la Carolina evoca su tradición «imperial» —en el sentido de tradición jurídico-romana— y los romanos (como lo ha demostrado de modo certero el penalista C. G. Wächter) (59), que a lo sumo consideraron merecedor de sanción al suicidio del soldado y del delincuente que lo realiza para evitar la confiscación, no sólo se abstuvieron de cualquier clase de penalización, sino que en ciertas ocasiones celebraron la muerte voluntaria como un hecho heroico (60). Pero el que este mismo enfoque haya servido de base a la Carolina es algo que puede discutirse con argumentos de peso. Pues no sólo que los científicos de la época pudieron haber (mal) interpretado (61) el derecho romano, dándole un sentido opuesto, esto es, como prin-

(57) Cfr. en especial MARCIANO D.48.21.3; más datos infra, nota 59.

(58) Cfr. por una parte, favorables a la impunidad, BOEHMER, *Meditationes zu Art. 135 CCC §§ V, VI*; WÄCHTER, *Lehrbuch I*, p. 102; por la otra parte afirman su punibilidad, FROELICH, *Commentarius*, p. 241; cfr. además infra, Nr. II, 8. Detalladamente sobre todo esto el trabajo de WÄCHTER que a continuación se cita, en especial p. 639 y ss.

(59) C. G. WÄCHTER, *Revision der Lehre von dem Selbstmorde, nach dem positiven römischen und gemeinen Deutschen Rechte und den neuen Gesetzgebungen*, Archiv des Criminalrechts X (1829), p. 72-111, 216-266, 634-680, aquí en particular p. 75 y ss. Cfr. también ABEGG, *Untersuchungen* (supra, nota 15), p. 69 y s.

(60) Cfr. G. SIMSON, *Die Suizidat. Eine vergleichende Betrachtung*, 1976, p. 25 y s.

(61) Cfr. WÄCHTER, Arch. Crim. X, p. 239 y s., 651.

cipio de condena al suicidio, sino que además no se debería menospreciar la influencia del derecho canónico que, desde Agustín, condenó (62) el suicidio por constituir una lesión a la prohibición divina de matar y lo sancionó con la denegación de sepultura cristiana (63). De allí había sólo un pequeño paso a la deshonra pública del suicida exitoso a través de la llamada «sepultura de asno» (Eselsbegräbnis) en el desolladero, como también —finalmente— a la arbitraria penalización de la tentativa de suicidio (64). Por eso, se puede atribuir a la Carolina la buena intención de reaccionar al menos limitadamente contra la abusiva práctica confiscatoria de aquel tiempo. Pero pretender ir más allá, extrayendo de ella una renuncia a la condena del suicidio o un llano reconocimiento de la libertad de suicidarse, contradiría el espíritu de la época, para el cual, como don de Dios, también la propia vida —aún la más miserable— era sagrada. Y sólo quien renunciara a ella por una alteración mental podía contar con el perdón de Dios y la compasión de los hombres.

4. Eutanasia

Sobre esta base no puede sorprender que también resulte infructuosa la búsqueda en la Carolina de eventuales felicitaciones de la eutanasia, mediante la admisión de la muerte consentida. Pues, si ni siquiera está permitido renunciar a la vida por mano propia, ¿cuánto menos puede estar permitida la muerte ejecutada por manos extrañas? Y con ello la Carolina apenas contrasta con el derecho romano, porque, distinto que en el caso del suicidio —(posiblemente) impune—, no es de ningún modo seguro que la muerte a ruego se haya tenido por justificada en base al principio «volenti non fit iniuria» (65). En todo caso, los antiguos parecen haber hecho verdaderas concesiones en el caso de abandono de tratamiento a moribundos, en tanto se prohibía al médico la continuación del tratamiento que era tenida por inútil (66).

(62) Cfr. en especial Decret. Grat. c.9.11 C23 q.5; además TOMÁS DE AQUINO, op. cit. (supra, nota 20). Sobre la evolución en detalle cfr. WACHTER, Arch. Crim. X, p. 634 y ss. SIMSON, *Suizidat*, p. 30 y ss.

(63) Cfr. Decret. Grat. c.12 C.23 q.5; así como HINSCHIUS, *System V*, p. 32, 179, 541 y s., 797. En esto tampoco el Codex Juris Canonici de 1917 trajo cambios fundamentales (cfr. c.1240 §§ 1, 2).

(64) Cfr. WACHTER, Arch. Crim. X, p. 646 y ss., 651 y s.; SIMSON-GEERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), p. 66 y s., con otros datos.

(65) En sentido negativo en particular ABEGG, *Untersuchungen*, p. 62 y MOMMSEN, *Röm. Strafrecht*, p. 626; también dudoso SIMSON-GEERDS, *Straftaten*, p. 43.

(66) Cfr. PLATÓN, *Politeia*, supra, nota 32), p. 133 y ss. (407), p. 141 (410 a, b); sobre la muerte de ancianos en la antigua Roma arrojándolos desde un puente cfr. ABEGG, *Untersuchungen*, p. 215 y ss. En general también H. SCHADEWALDT, *Arzt und Patient in antiker und frühchristlicher Sicht*, Med. Klinik 59 (1964), p. 146-152.

De todos modos, aún sin mandamiento o prohibición formal, las posibilidades de una eutanasia manipulada estuvieron limitadas hasta ya muy entrada la Edad Moderna por falta de analgésicas o medios conservativos de la vida verdaderamente eficaces. Por eso, es tanto más digno de resaltar que la Carolina no sólo no ignoró el comportamiento médico, sino que incluso dedicó un tipo penal autónomo a la muerte provocada por suministro de fármacos, tipo en el que se tiene presente tanto la muerte causada dolosamente, que convierte al médico en asesino, como la provocación de la muerte por yerro técnico (67). No consta en este aspecto que los ancianos o moribundos hayan sido menos merecedores de protección (68).

5. Excepciones a la prohibición de matar

Este cuadro de amplia y completa protección de la vida, quedaría sin embargo como un puro eufemismo si no se tomaran en cuenta también las diversas brechas existentes en esta valla protectora. Con ello no se hace referencia tanto a los casos en que a la vida biológica le era negada ab initio su calidad humana (69) —como en el caso de los esclavos en el derecho romano antiguo o de las criaturas deformes en la Carolina—, sino a aquellos casos en que la muerte de una persona era justificada. En esto tienen poca importancia las distinciones constructivas de tal justificación, esto es, si ello sucedía por una «*Friedloserklärung*» (declaración de privación de la paz) que al segregar al delincuente del ordenamiento jurídico dejaba el campo libre para que se pudiera disparar contra él (70), o por el reconocimiento de un derecho a

(67) También más allá los comentarios del período del derecho común sobre este artículo: cfr. H. KEHR, *Arztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlung. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 134 der Carolina*, Diss. Marburg, 1972. De mucho mayor significación médico-legal era en cambio el problema causal, decisivo para el homicidio, de si una herida mortal era letal per se o sólo per accidens; cfr. sobre este por ejemplo, BOEHMER, *Meditationes zu Art. 147 CCC*, en especial el § VI.

(68) Por el contrario, en la literatura del derecho común se subraya siempre que la causalidad de una herida mortal no se excluye porque la persona en cuestión hubiera muerto de todos modos en breve plazo (cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 50, III, p. 28), pues, como expresa TITTMANN, *Handbuch I*, § 145: «De la misma manera que no se duda de la existencia de un homicidio, si resulta de la autopsia del cuerpo de la víctima que ésta sólo hubiera podido vivir poco más tiempo, así tampoco puede anular el concepto de homicidio, en el caso dado, la existencia de una enfermedad que conduce por sí a la muerte». En el mismo sentido HENKE, *Handbuch II*, pp. 21 y s., quien se apoya incluso expresamente en la «santidad de la vida».

(69) Cfr. supra, notas 12 y 51.

(70) En profundidad sobre los elementos y límites de las llamadas *consecratio* y *proscriptio* en el derecho romano, ABEGG, *Untersuchungen*, pp. 186 y ss., 202 y ss.; MOMSEN, *Röm. Strafrecht*, pp. 934 y ss.; así como

darle muerte —como en el caso de la legítima defensa— basado en una *causa de justificación* en el sentido dogmático actual (71). Aquí se trata sólo de averiguar a cuáles intereses se les reconocía tal importancia como para renunciar por ellos a una vida humana. Es innegable que existe una ponderación de la vida frente a otros intereses, aún cuando ese mecanismo de valoración —por estar predeterminado a través de generalizaciones en la ley o en la costumbre— ya no resulte consciente en cada caso concreto.

Si se analiza la estimación de la vida en la Carolina desde esta perspectiva, su manto de santidad ofrece abundantes lagunas. La justificación —aún sin autorización expresa— de la muerte del *enemigo de guerra*, si bien es lamentable por ser resultado de la avidez de poder, no es en cambio sorprendente en tanto se basa en una larga tradición (72). También la admisión de la muerte en *legítima defensa* se mantiene dentro de lo ordinario, siendo en parte incluso más restringida que hoy —al menos por su tenor literal—, al limitarse a la defensa del cuerpo, la vida, el honor y el buen nombre (73) y establecer —tal como más tarde concluyeron los comentaristas— que el hurto de «cosas de poco valor, como peras, manzanas o cosas similares no autoriza a nadie a quitar la vida a otro» (74).

Tanto más alarmante aparece el poco valor dado a la vida cuando se trata de la declaración de falta de derecho por la pronunciación de la *pena de muerte* (75). No solamente se incurría en esta pena en caso de delitos contra la vida (art. 130 y ss., CCC), donde en todo caso se trataba de una vida frente a otra —aunque con este tipo de compensaciones naturalmente sólo queda la apariencia de una sagrada inviolabilidad de la vida—, sino que también podían ser castigados con pena de muerte el blasfemo (artículo 106), el que practicara la magia negra (art. 109), el falsifi-

sobre la llamada «Acht» en el derecho germánico, cfr. R. HIs, *Geschichte des Deutschen Strafrechts bis zur Carolina*, 1928, pp. 75 y ss.; E. SHMIDT, *Geschichte*, pp. 29 y s., 63 y s.

(71) Esto ya lo había visto en esencia ABEGG, op. cit., pp. 56 y s., quien del mismo modo ofrece una evaluación detallada y extrañamente restrictiva de los casos de muerte impune (cfr. en especial sobre la Carolina, pp. 335 y ss.).

(72) Sobre el aspecto histórico de la muerte del enemigo de guerra, ABEGG, op. cit., pp. 86 y s., 198 y s., 301 y s.; y F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrchts*, T. II Kriessrecht, 2. ed., 1969, pp. 16 y ss.; cfr. también J. MAUSBACH-G. ERMECKE, *Katholische Moraltheologie*, T. III/2, 10 ed., 1961, pp. 244 y s.

(73) Art. 140 CCCC. Cfr., sin embargo también art. 150, § 2 CCC, por el cual también es posible la ayuda necesaria en el «bien» de otro.

(74) Así, FROELICH, *Commentarius*, p. 153. De todos modos en la práctica no queda mucho de esta limitación, como lo muestran las explicaciones siguientes. Cfr. también ABEGG, op. cit., pp. 333 y ss., sobre otros derechos similares en materia de legítima defensa.

(75) Por el contrario el derecho a matar en caso de destierro no tuvo ninguna significación especial bajo la Carolina (cfr. ABEGG, op. cit., pp. 293 y ss., 362 y ss.). Tampoco logró mantenerse por mucho tiempo afortunadamente la temporal falta de protección jurídica de los gitanos, fundada en el reglamento policial de 1577 (ABEGG, op. cit., pp. 369 y s.).

cadore de moneda (art. 111), el autor de delitos contra la honestidad (art. 116) y el violador (art. 119), el traidor y el desertor (art. 124), el incendiario (art. 125) y el sedicioso (art. 127), así como el ladrón (art. 126) y el autor de hurto calificado (arts. 160, 162, 172). Aún cuando se observe que se trata de la protección de bienes jurídicos muy valiosos para la concepción de la época, no se puede desconocer sin embargo, que la vida no sólo no está excluida de toda valoración, sino que en caso necesario puede ser sacrificada incluso por puros intereses patrimoniales de carácter material. Lo cierto es que ya no se puede hablar más de absoluta inviolabilidad de la vida. Las tan sutiles teorías de la pérdida de derechos, que ya sirvieron de base a la «Friedlosigkeit» (privación de la paz) (76) y siempre se siguen construyendo (77) por los defensores de la pena de muerte, pueden tal vez encubrir la cuestión, pero no explicarla realmente. Pues ya sea que se entienda a la pena de muerte como causa de justificación —colocando a los bienes jurídicos atacados en rango preferente a la vida del delincuente—, o que se considere que la vida, por la sola comisión del hecho, se hace disponible; en ninguna interpretación se puede pasar por alto que la vida humana aparece, ya como ponderable, ya como susceptible de calificación jurídico-social. Así, ya no se puede hablar más de inviolabilidad absoluta sino, en todo caso, relativa de la vida.

Y como si la relatividad de la graduación en la estimación de la vida debiera hacerse también ópticamente visible, la Edad Media todavía se permitió, con auténtica fantasía criminal, la imposición de atroces agravantes a la pena de muerte. La espada y la horca tenían apariencia humana en comparación con la asfixia por inmersión o la pena del fuego, la rueda o el descuartizamiento,

(76) Cfr. EB. SCHMIDT, *Geschichte*, p. 63. Desde la perspectiva filosófico-teológica, esto estaba apoyado por enunciados como el siguiente de Tomás de Aquino: «Cuando el hombre peca, abandona el orden de la razón y pierde con ello la dignidad humana, ya que el hombre es libre por naturaleza y está en esa situación por su propia voluntad, y cae de algún modo en una dependencia animal; en tal medida cabe decidir sobre él en función de lo útil para los demás» ... «De ahí que pueda ser bueno matar como un animal a un hombre que vive en pecado» (op. cit., supra nota 20, qu. 64, arts. 2 a 3; cfr. sobre esto también la notas de LITZ, pp. 476 y ss.). Aun para un penalista tan esclarecido como Feuerbach, no es del todo extraña la admisión de la ausencia de derecho del condenado a muerte, del desterrado o antiguamente —según el RPO— de los gitanos (cfr. supra, nota 75) (*Peinlich, Recht*, §§ 34, 207). Ya en contra, sin embargo, ABEGG, *Ueber die angebliche Rechtslosigkeit der zum Tode Verurteilten*, Arch. Crim. IX (1827), pp. 625 y ss., pues con ello ya no se eliminaría sólo el derecho a la vida, sino la vida misma.

(77) Cfr. en especial WALTER, *Heiligkeit des Lebens* (supra, nota 3), pp. 158 y ss., cuyo ataque —sorprendente para el tiempo del nacional-socialismo— a la eliminación de la vida «sin valor vital» en su ya eufórica defensa de la pena de muerte y la muerte en guerra, lo hace prácticamente increíble. Últimamente, sobre la permisibilidad moral de la pena de muerte en base a la pérdida de derechos, cfr. MAUSCHBACH-ERMECKE (supra, nota 72), pp. 280 y ss., 284.

el arrastre o la sepultura con vida (78). Tampoco la Carolina, considerada éticamente moderada en otros aspectos (79), pudo librarse totalmente de la psicosis de crueldad de su tiempo (79 bis).

Así, la consideración de la vida de la época de la Carolina, presenta, en conjunto, un cuadro verdaderamente discrepante: El fervor por los muertos parece haber hecho olvidar el humanitarismo frente a los vivos (80). Al intentar imponer la protección de la vida mediante la destrucción de vida, la pretensión de santidad de ésta queda suspendida. Pudiéndose destruir la vida para seguridad de otros bienes jurídicos, ésta se convierte en objeto ponderable.

II. EL DERECHO ALEMÁN Y SU EVOLUCIÓN

Si se intenta tender un arco comparativo entre la Carolina y el derecho alemán actual y sus tendencias, aparecen como atendibles ante todo, los siguientes aspectos evolutivos:

1. *La vida como valor supremo fundamental*

Por principio, la vida humana aparece hoy como el más alto de todos los bienes: Según el Bundesverfassungsgericht (BVefGE 39, 1/41), ella es «la base vital de la dignidad humana y el presupuesto de todos los otros derechos fundamentales» (81). Esta alta

(78) Cfr. la enumeración de las agravantes a la pena de muerte en artículo 192 CCC.

(79) Cfr. EB. SCHMIDT, *Geschichte*, pp. 112 y ss.

(79 bis) Así, por ejemplo, creyó necesario amenazar el infanticidio con la siguiente pena:

«Item welches weibjre kind, das leben vinnnd glidmass empfangen hett, heymlicher bosshafftiger willigar weiss ertödtet, die werden gewonlich lebendig begraben vnnnd gepfelt, Aber darinnen verzweiffelung zuerhütten, mögen die selben übelthätterinn welchen gericht die bequemlicheyht des wassers dazu vorhanden ist, ertrenckt werden. Wo aber solche übel offft geschehe, wollen wir die gemelten gewonheyt des vergrabens vnnnd pfelens, umb mer forcht willen, solcher bosshafftiger weiber auch zulassen, oder aber das vor dem erdrencken die übelthätterin mit glüenden zangen gerissen werde, alles nach radt der rechtuerstendigen.» (art. 131).

(80) Cfr. WILLIAMS, *Sanctity*, p. 35, sobre la explicación de tal rigor frente a abortante e infanticida.

(81) BVerf GE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht), T. 34, pp. 1/41.

En el mismo sentido ya hablaba FEUERBACH, *Peinl. Recht*, § 206, de la vida como «condición de todos los derechos». Detalladamente sobre rango y posición de la vida en el sistema constitucional, DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *GG*, Art. 2, párr. 2, nrs. 1 y ss.; W. LEISNER, *Das Lebensrecht*, publicado por Niedersächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Hannover, 1976, pp. 23 y ss., también pp. 9 y ss., 19 y ss., con detalles sobre la situación histórico-intelectual y causas jurídico-constitucionales que explican la

valoración encuentra importante expresión jurídico-penal en el hecho de que la más grave de todas las penas, la pena privativa de libertad por vida, sólo se amenace como pena única en el asesinato (§§ 211, 220 a StGB) y fuera de ello, prácticamente sólo entre en consideración como pena alternativa, ya en aquellos delitos que se califican por la muerte de la víctima, como la violación, el robo o el incendio con resultado muerte (§§ 177 III, 251, 307 StGB), ya para los hechos que perturban el fundamento del Estado, como la traición a la paz y la alta traición (§§ 80, 81 StGB). Además, la abolición de la pena de muerte (art. 102 Grundgesetz) aún para tales delitos capitales, implica un indirecto «reconocimiento del valor fundamental de la vida humana» (82) y con ello un claro abandono del anterior uso indiscriminado de la pena de muerte con su correspondiente desprecio por la vida. La vida, como «fenómeno bio-sociológicamente unido e indivisible», merecedor de igual protección en cada una de sus fases, sin atención a la disposición de ánimo individual o a su estimación social (83): Este principio de «protección absoluta de la vida» (Maurach) está expresado ya con una claridad poco común desde entonces, en las notas oficiales al Código penal de Feuerbach para Baviera de 1813:

«Que se puede cometer el delito de homicidio tanto respecto a embriones como respecto a viejos decrepitos o enfermos que esperan la muerte o delincuentes culpables de muerte, igual respecto a cualquier hombre, sin distinción de nación, religión, fortuna o edad, eso se manifiesta con la palabra "hombre"» (84).

Siendo el derecho a la vida igual para todos, una vida no es compensable con otra vida y por ello, el propio estado de necesidad con amenaza para la vida, por el cual sólo es posible salvarse mediante la muerte de otro (caso de Karnéades), si bien es subjetivamente disculpable, no se justifica sin embargo objetivamente (85). También el deber de mantener la vida «a cualquier precio» y «hasta el último aliento» aparece así como un mandamiento constitucional, para no mencionar la inadmisibilidad de cualquier clase de eutanasia activa. En pocas palabras: A la vida se le

relativamente tardía inclusión constitucional de este derecho humano reconocido como «evidente» desde mucho tiempo atrás. Este rango objetivo de la vida no impide naturalmente que desde una perspectiva ético-individual se le antepongan, bajo determinadas circunstancias, otros valores («¿Qué sería de la vida sin honor?»), cfr. E. v. LISZT, *Die vorsätzlichen Tötungen. Eine kriminalpolitische Studie*, Viena, 1919, pp. 1 y s.

(82) BVerf GE 18, 112/117; 39, 1/36 y s.; también LEISNER, *Lebensrecht*, p. 14.

(83) R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Bes. Teil, 5 ed., 1969, p. 12.

(84) *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern*, nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths, T. II, 1813, p. 2/3.

(85) Así, en principio, la opinión hoy prevaeciente: cfr. por ejemplo, J. BAUMANN, *Strafrecht*, Allg. Teil, 8 ed., 1977, pp. 357 y s.; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 34, nrs. 23 y ss.

concede un grado de inviolabilidad que no se avergüenzan de describir como «sagrada» aún aquellos autores que, en su carácter de agnósticos, permanecen fuera de toda sospecha de énfasis religioso. Pues, como admite el propio Glanville Williams, partidario de la eutanasia, «hasta el moderno ateísmo se (inclina) a apoyar plenamente el dogma según el cual es nuestra obligación considerar a toda vida humana como «sacred» sin importar cuán inútil, carente de valor o repugnante sea el individuo en cuestión» (86).

2. Excepciones «clásicas» a la prohibición de matar

Resta preguntarse en qué medida esta pretensión de protección absoluta no es sólo una cláusula programática, manteniéndose también en los hechos. Dudas al respecto serán expuestas —igual que con la Carolina— en algunos puntos neurálgicos de la protección de la vida.

En lo concerniente a las tres excepciones «clásicas» a la prohibición de matar (*legítima defensa*, muerte en guerra y *pena de muerte*), conviene tener presente que aunque esta última está entre nosotros constitucionalmente bloqueada (art. 102 Grundgesetz), sin embargo puede ser todavía una cuestión virulenta que, a pesar de su dudosa eficiencia y legitimidad, adquiere siempre actualidad por las espectaculares ejecuciones llevadas a cabo en el exterior (87).

Distinguiéndose de esta tendencia comparativamente restrictiva de la pena de muerte, la muerte en *legítima defensa* —sea ésta individual frente a un agresor determinado o general frente al «enemigo de guerra»—, ha sido verdaderamente ensanchada. Casi de ningún modo podría expresarse con mayor cinismo cuán poco valiosa es la vida individual en sí misma, como en el hecho de que el efecto del armamento nuclear sólo sea susceptible de medir en «megatones» y a pesar de ello no sea posible hasta ahora imponer su proscripción jurídico-internacional.

También la *legítima defensa individual con resultado mortal*, limitada todavía en la Carolina esencialmente a la defensa del cuerpo, la vida o el honor (88) —postura recientemente confirmada en las limitaciones a la legítima defensa de la Convención Europea de Derechos Humanos (89)—, se amplió en el período

(86) WILLIAMS, *Sanctity* (supra, nota 3), p. 30.

(87) Desde la perspectiva constitucional tampoco estaría excluida de ningún modo su reintroducción, con la condición de que esto sirviera para la protección de otra vida (DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Art. 2, ap. 2, nr. 14).

(88) Cfr. supra, nota 73.

(89) El art. 2 (2) a del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950, prohíbe dar muerte «intencionalmente» a otro,

intermedio en forma generalizada a la defensa de cualquier bien jurídico, haciendo posible que el Tribunal del Reich declarase justificado el disparo mortal contra un mero ladrón de frutas (90). Ciertamente, el «derecho no tiene por qué ceder ante el injusto» (91). Para que este lema que característicamente sólo es conocido con tan cortante formulación en el derecho alemán (92)— no degeneren en ergotismo formal, es preciso que en la legítima defensa tampoco quede totalmente fuera de atención el valor del bien jurídico que se lesiona para defender al otro. No se trata simplemente de poner al agresor ilegítimo fuera de la ley: Su muerte sólo aparece justificada cuando se trata —también materialmente— de la defensa de intereses de peso (93).

Esto también debe tomarse en consideración frente a la discutida autorización a la policía del «disparo mortal» (finalen Todeschusses) (94). Ante toda necesidad de una profilaxis eficiente del delito —como la que era de desear especialmente frente a los actos terroristas sucedidos durante los años 70—, la prevención debe tener sin embargo también su límite allí donde ella podría convertirse en una ejecución anticipada.

Con todo, puede concluirse que las excepciones «clásicas» a la prohibición de matar representan sólo la reacción frente a una agresión ilegítima —al menos desde una perspectiva típico-ideal—, donde la vida destruida ya se había puesto por sí misma previamente en juego. En esto se distinguen fundamentalmente la legítima defensa, la pena de muerte y la muerte en guerra defensiva, de los casos que se considerarán a continuación y en los que la vida destruida no es agresor, sino víctima: Interrupción del embarazo (95), eutanasia y suicidio.

siempre que ello no sirva para la defensa de una persona frente a un uso ilegítimo de la fuerza. La consecuente limitación de la legítima defensa con resultado muerte a la pura protección de la persona, es entre nosotros peligrosamente subestimado; detalladamente sobre el estado de las opiniones LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 32, nr. 62.

(90) RGSt (Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen), T. 55, p. 82 (1920).

(91) Así la concepción hasta hoy dominante sobre el principio básico de la legítima defensa (cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3.^a ed., 1978, p. 269).

(92) Cfr. JESCHECK, op. cit., p. 280.

(93) Si esto se verifica a través de un control de abuso del derecho, según principios de proporcionalidad o por otros caminos (cfr. sobre el estado de las opiniones LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 32, Nrs. 46 y ss.) es un problema secundario, en tanto se reconozca que también la legítima defensa está condicionada por la creciente exigencia de respeto por la vida.

(94) Cfr. § 41, ap. 2, párr. 2 de Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 1976; sobre esto, entre otros, H. SCHOLLER-S. BROSS, *Neue Akzente im Polizeirecht?*, ZRP 1976, pp. 270/273 y s.

(95) Este «rol de víctima» del embrión tampoco puede ser convertido en un «rol de agresor» por el reconocimiento a la embarazada de un estado de necesidad «defensivo»; sobre esto G. BEMMANN, *Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung*, ZStW 83 (1971), pp. 81 y 91 y ss.

3. Otros casos de desincriminación. Interrupción del embarazo

Seguramente en ningún tipo protector de la vida es tan manifiesta la marcha por caminos opuestos de las tendencias a la santidad por una parte y la atención a intereses diversos por la otra, como en la interrupción del embarazo. Por un lado, el principio de merecimiento de protección de la vida por nacer se ha venido fortaleciendo permanentemente desde la Carolina. La distinción entre vida animada e inanimada —aunque ya reconocida como incorrecta en el siglo XVII (96)— siguió influyendo todavía largamente a través de la praxis del derecho común, que atendió —como signo de la animación— al grado de formación corporal, la madurez o la viabilidad, considerando al movimiento del niño en el seno materno como prueba de ello (97). En un principio, esta práctica se amplió aún más, cuando algunos códigos penales particulares hasta el Allgemeines Landrecht für Preussische Staaten (PrALR) de 1794, penaron más severamente el aborto practicado durante la segunda mitad del embarazo que el practicado en la primera (98). Por el contrario, ya se buscará infructuosamente alguna distinción de este tipo en la «Josephina» de 1787 (99), apareciendo tal tendencia ya totalmente superada en el Código penal bávaro de 1813, el cual sin distinción alguna, pone todo aborto bajo pena (100). El mismo camino siguieron también los distintos

(96) Cfr. WÄCHTER, *Lehrbuch* II, p. 178. Sin embargo la Iglesia siguió formalmente aferrada a esta postura hasta 1869 (cfr. HINSCHIUS, *System* V, p. 798, nta 7); también en la conciencia popular perduró esta idea por mucho tiempo (cfr. F. v. HOLTZENDORFF, *Handbuch der deutschen Strafrechts*, T. III, 1874, p. 456).

(97) Cfr. al respecto supra, nota 49, los casos citados de los concilios de Tübingen; además FROELICH, *Commentarius*, pp. 207 y s.; SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, pp. 44 y ss. Según ROSSHIRT, *Geschichte* II/1, p. 229, este paso de la ficción vinculada a la vida espiritual, a lo corporal, condujo a que la formación somática decisiva —«medizinischen Träumereien folgend»— se fijara, fluctuando de uno a otro extremo, entre los 35 y los 120 días.

(98) Así, ya la Constitution IV del Príncipe Elector August von Sachsen de 1572; también el Codes Juris Bavarici Criminalis de 1751 (§ 20); mientras que el Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (PrLR), hizo la división decisiva en la 30.ª semana del embarazo (II. Buch, 20 Tit., §§ 986, 987). Cfr. también las fuentes en TROMMSDORFF-GERLICH, op. cit. (supra, nota 37), pp. 691 y ss.

(99) Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung de José II, 1787, § 112. Cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, p. 186.

(100) Cfr. art. 172. El que allí se hable del alumbramiento de un niño «inmaduro» o «muerto», puede explicarse ante todo porque la muerte de un niño «recién nacido viable» era punible como infanticidio según el artículo 157 y el aborto era entendido como una especie de «tipo de recogida» (Auffangtatbestand) para toda provocación dolosa de un nacimiento sin vida (cfr. *Anmerkungen*, op. cit., pp. 34 y s., 44; también SPANGENBERG, *Arch. Crim.* II, pp. 189 y s.). Por cierto, ya por entonces se criticó el énfasis puesto en la viabilidad (cfr. SPANGENBERG, *Arch. Crim.* III, pp. 369 y s.) y entretanto fue justamente abandonado (cfr. ya F. Von LISZT, *Verbrechen und Vergehen wider das Leben*, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Bes. Teil: VDB Bd. V, 1905, p. 10; sobre el derecho actual ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Vorbem.* 14 vor § 211).

ordenamientos jurídicos particulares (101) —incluido el primer StGB de Württemberg de 1839 (102)— de modo tal que para el RStGB de 1871 la penalización del aborto vigente entonces —es decir, desde el momento de la concepción (103)— estaba fuera de toda discusión.

El mencionado principio de merecimiento de protección de la vida por nacer ha permanecido intacto incluso durante la regulación de plazos de la 5.ª ley de la reforma penal de 15-6-1974 (104) y vale con más razón para el actual sistema de indicaciones (105). Pues, como lo estableció con fuerza vinculante el Tribunal Constitucional (BVerfG), el derecho a la vida garantizado a «todos» («jedem»), corresponde también al embrión, como bien jurídico autónomo e independiente de la voluntad protectora de la madre (106). Con ello se concede a la vida no nacida una importancia no alcanzada hasta entonces.

Por otra parte, sin embargo —y esta es la otra cara de la medalla—, nunca más que ahora en su nueva historia, la vida en gestación ha tenido que ceder tanto la preferencia a múltiples intereses contrapuestos. La primera ruptura a apuntar en su muro protector jurídico-penal es el reconocimiento por el Tribunal del Reich en el año 1927 de la llamada «indicación médica»: Con ella el embrión debe retroceder, no sólo frente al interés de la vida de la madre, sino también frente a los intereses de la salud de ésta (107). Pero mientras aquí solamente se trataba de un problema de prioridad, con la «indicación eugenésica» reconocida en las «leyes de salud de la herencia» (Erbgesundheitsgesetze) de 1933/35 (108) el mismo derecho a la vida fue puesto básicamente en cuestión: En aquella sociedad ya no había lugar para la descen-

(101) Detalles particulares en TROMMSDORFF-GERLICH, op. cit., pp. 693 y ss.

(102) Art. 253. Pero con todo, todavía aquí la Exposición de Motivos concuerda con las ideas de la animación; cfr. F. C. Th. HEPP, *Commentar über das neue württembergische Strafgesetzbuch*, T. III/1, 1843, pp. 282 y ss.; P. F. HUFNAGEL, *Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*, T. II, 1842, p. 100.

(103) A. F. BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 6.ª ed., 1872, p. 470. Esto no fue discutido tampoco por aquellos que negaban al fruto concebido un derecho propio a la vida, para protegerlo, en cambio, como bien jurídico «demográfico» de la colectividad, así G. RADBRUCH, *Abtreibung*, en VDB (supra, nota 100), p. 160; cfr. también v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III*, p. 457.

(104) Cfr. Begründung zum Entwurf eines 5. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, Bundestags-Drucksache 7/1981, p. 5.

(105) Cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 3 vor, § 218 con más datos.

(106) BVerfGE 39, 1/36 y ss.

(107) RGSt 61, 242, 255. Sobre la significación revolucionaria que este «estado de necesidad suprallegal» tuvo para la justificación, cfr. desde la perspectiva de aquel tiempo E. MEZGER, *Strafrecht*, 2.ª ed., 1933, pp. 241 y ss.

(108) Cfr. § 10a Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses de 14-7-1933, en la versión de 26-6-1935, RGB1 I, p. 773; sobre esto, SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch für des Deutsche Reich*, 1.ª ed., 1942, § 218, nota V2, pp. 447 y s.

dencia que padeciera enfermedades hereditarias. Sea que ahora esto se impute abiertamente a consideraciones de política demográfico-racial o que de manera altruista se argumente que para una vida enferma —o por otras razones no querida— es mejor simplemente no nacer; lo cierto es que con este paso la vida físicamente existente ya no valía per se como sagrada, sino en tanto superaba además un «control de calidad» higiénico-social. Pero sobre todo a través de la reforma del aborto del presente decenio, la vida no nacida se ha convertido cada vez más en objeto de valoración y ponderación: Esto se inicia precisamente por el no reconocimiento al óvulo fecundado como tal de la calidad de vida humana independiente, que sólo se atribuye al embrión definitivamente «*individualizado*». Consecuentemente, la protección penal no comienza hasta la finalización de la llamada anidación (109). Tales calificaciones continúan con la tentativa de la regulación de plazos del Proyecto Alternativo, de fundar la admisión de hecho de la interrupción del embarazo durante el primer cuarto de éste en el escaso valor de la primera fase de la vida (110), reviviendo así —aunque seguramente sin intención— la largamente superada teoría de la animación. Estas tendencias encuentran finalmente su punto más bajo de descalificación allí donde, en un inconsciente retorno a las concepciones romanas, el feto es degradado a la calidad de «*portio ventris*» y con ello a una parte dependiente de la madre (111).

También los casos de indicaciones de la actual regulación del aborto (§ 218 a StGB) —aunque orientados por el derecho completo y autónomo del embrión a la vida— son un manifiesto barómetro de la relativamente escasa estima en que aún permanece la vida por nacer frente al conflicto con peligros físicos, psíquicos y sociales para la embarazada. Es claro que existen tanto razones humanitarias comprensibles como caminos dogmáticos susceptibles de fundamentación para concebir como causas de justificación incluso a las puras necesidades sociales (112). Empero, no puede desconocerse que con ello la vida en gestación se convierte en un valor susceptible de ser ponderado e incluso desplazado por intereses materiales: La *calidad* de vida (de la madre) se antepone a la *existencia* de vida (del niño). Si a esto se agregan ade-

(109) Cfr. § 219d StGB. En el mismo sentido ya la opinión dominante antes de la reforma: Cfr. LAY, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9.ª ed., 1971, § 218 Rdnr. 15. En general cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 6, 26 y s. vor § 218.

(110) Cfr. *Alternativ-Entwurf eines StGB*, bes. Teil, *Straftaten gegen die Person*, Vol. 1, 1970, p. 31.

(111) Como, sobre todo, por el lema «mi vientre me pertenece». Los hechos demuestran que de todos modos esta concepción tampoco se había extinguido en el siglo XIX; cfr., por. ej., WÄCHTER, *Lehrbuch II*, p. 121: Comparación del niño en el seno materno con un brazo amputado.

(112) Sobre esta interpretación (por cierto no indiscutible), detalladamente ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 218a, Rdnr. 5 y ss.

más las otras causas personales de exclusión de la pena previstas para la embarazada (113), la pretensión de protección del embrión aparece convertida, en los hechos, en excepción (114).

4. Muerte de monstruos y otros deformes

La pretensión de «santidad» de la vida se ve confrontada con una prueba aún más dura en el caso del llamado monstruo. Mientras la interrupción del embarazo puede ser explicada todavía en base a consideraciones de estado de necesidad, en el caso del monstruo se pone en cuestión su calidad humana y, con ello, el merecimiento de protección como tal. Debe tenerse presente que por monstruo se entendía a todo ser «sin forma y constitución humana» (115) incluyendo así a las criaturas deformes, especialmente a los niños sin miembros (116). La Carolina creyó poder negarles protección porque la criatura deforme carecía de alma (117). Aunque esta fundamentación fue despojada de su base con la caída de la doctrina de la animación, la criatura deforme siguió sin embargo ulteriormente privada de protección jurídico-penal, pues aún cuando su muerte o eliminación clandestina era sancionada como contravención de carácter policial, no se trataba tanto de la protección individual de la vida, como de una medida de profilaxis policial contra los abusos (118). La fundamentación

(113) Así, ante una interrupción no indicada realizada dentro de las 22 primeras semanas desde la concepción, conforme al asesoramiento de un médico (§ 218, ap. 3, párr. 2), ante una situación especialmente afflictiva (§ 218, ap. 3, párr. 3), en la sola tentativa (§ 218, ap. 4, párr. 2), y en general frente a todas las disposiciones protectoras adicionales (§§ 218b, ap. 1, Nr. 2; 219, ap. 1, párr. 2; 219c, ap. 2 StGB).

(114) Detalladamente sobre las distintas posibilidades de sanción para la embarazada, el médico y otros terceros ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 11 y ss. vor § 218.

(115) Así, p. ej., PrALR I.1, §§ 17, 18; cfr. también II.20, § 176.

(116) Así, invocando el art. 131 CCC (sobre esto supra, nota 51), SPANGENBERG, Arch. Crim. III, p. 27; en el mismo sentido, por ej., FROELICH, *Commentarius*, p. 156 (cfr. supra nota 54), FEUERBACH, *Peinl. Recht*, § 207, y TITTMANN, *Handbuch I*, § 145, quienes equiparan expresamente monstruo y criatura defectuosa. Cfr. también las fuentes en E. v. LISZT (supra, nota 81), pp. 6 y s. La actual distinción entre la llamada mola y otro tipo de deformaciones parece no haberse comprendido hasta mediados del siglo XIX (cfr. GOLDAMMER, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten*, Parte II, 1852, p. 363; H. HÄLSCHNER, *System des Preussischen Strafrechts*, Parte II, 1868, p. 72; HUFNAGEL, *Commentar II*, pp. 5 y s.; claras limitaciones ya en HENKE, *Handbuch II*, pp. 13, 22, nota 3). Mientras el «huevo de mola», en base a factores genéticos o exógenos, está destinado a perderse ya durante el embarazo (cfr. D. HOFMANN, *Die Fehlgeburt*, 2.^a ed., 1969, pp. 140 y ss.) planteando así en todo caso un problema de aborto (cfr. ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 218 Rdnr. 4), en el caso de las llamadas deformaciones, la viabilidad no está excluida a priori.

(117) Cfr. supra, nota 51.

(118) Así por ej., según el PrALR II.20, § 716; cfr. sobre esto BERNER, *Lehrbuch*, p. 455; además HENKE II, pp. 13 y s.

ideológica de esta renuncia a la protección puede buscarse tanto en la concepción antropológica del «ser dotado de inteligencia y libertad» (119) como en la intención de evitar —por razones de política demográfica— toda existencia que significara una carga inútil (120). El que también en el Código Penal del Reich de 1871 se echaran en falta reservas al respecto (121), fue campo propicio para las teorías darwinistas (122) —con importante adhesión en el ámbito jurídico-penal y médico respectivamente de dos estudiosos tan significativos como Karl Binding y Adolf Hoche (123)— que finalmente se hicieron cruel realidad en las así llamadas «acciones eutanásicas» de la tiranía nacional-socialista (124).

Aunque de este modo también sufrió grave descrédito la eutanasia inspirada en fines humanitarios, no debe olvidarse que los seres con graves deformaciones psíquicas o corporales —en caso de no ser sorprendidos por una muerte indulgente— se enfrentan a un pesado destino que puede significar, al mismo tiempo, una carga indescriptible para su familia. Por ello, en la práctica son grandes los esfuerzos por salir al paso a toda obligación de protección mediante la negación ab initio de la calidad humana, para permitir así —si bien no mátar activamente (125) al niño defectuoso—, al menos dejarlo morir —en lo posible ya durante el nacimiento— mediante la renuncia a toda medida de conservación de la vida, cosa que, en la clandestinidad, ha dejado de ser infrecuente (126). Urge poner de manifiesto la significación trascendente que este paso supone. Pues tan pronto como la sólida existencia física ha dejado de configurar la naturaleza humana, para pasar a ser elementos decisivos del derecho a la vida, la «normalidad» de la forma corporal, el nivel de las facultades, la capacidad de autoconservación o llanamente la utilidad social, se ha dado el paso decisivo hacia una valoración cualitativa de la vida. Esperar de la biología o de la medicina claros criterios de

(119) Así, por ejemplo, TITTMANN, *Handbuch*, I § 145; cfr. también el criterio de la «personalidad» en BERNER, *Lehrbuch*, p. 455. Se decidieron en otro sentido, en cambio, v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III* (supra, nota 96), p. 413: «Las deformaciones no son fundamento para destruir a los seres por ellos afectados».

(120) Cfr. F. v. LISZT, *Vorsätzliche Tötungen*, p. 8.

(121) Cfr., sin embargo, v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III*, p. 413.

(122) Profundiza sobre esto G. FICHTNER, *Die Euthanasiediskussion in der Zeit der Weimarer*, en ESER, *Suizid* (supra, nota 2), p. 24, 29 y ss.

(123) A través de su comprometida defensa en «Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens», 1920.

(124) Cfr. la documentación de A. MITSCHERLICH-F. MIELKE, *Das Diktat der Menschenverachtung*, 1947, en especial p. 109 y ss.

(125) Esta es la tendencia de W. CATEL, *Grenzsituationen des Lebens. Beitrag zum Problem der begrenzten Euthanasie*, 1962, donde, por lo demás, trata ostensiblemente de dar gran amplitud al círculo de los niños «idiotas».

(126) Cfr., por ejemplo, J. REGENBRECHT, *Zum Problem der «Sterbehilfe», Gedanken zur Operationsindikation bei schwersten Fehlbildungen Neugeborener*, en *Münchener Med. Wochenschrift* 115 (1973), p. 602 y s.; M. D. HEIFETZ, *Das Recht zu sterben*, 1976, p. 47 y ss.; así como (críticamente) EIBACH, *Medizin* (supra, nota 22), p. 437 y ss.

limitadores de deformaciones «tolerables» e «intolerables» sería una mera ilusión, pues cuanto más progresa la investigación sobre deformaciones, más matices sutiles llevan al convencimiento de que no es posible constatar ningún tipo de salto «cualitativo» (127). Con todo, si la humanidad no quiere exigirse demasiado a sí misma, resultará quizás inevitable con el tiempo la imposición de verdaderas limitaciones a la conservación artificial de la vida. Por cierto, sería fatal que este paso se diera más o menos furtivamente y sin seria reflexión sobre su significado político-constitucional y sus múltiples consecuencias para la protección de la vida (128).

5. Concepto y criterios de la muerte

Problemas similares se plantean con final de la vida, esto es, en lo concerniente al concepto de muerte. Mientras los ordenamientos jurídicos del pasado podían conformarse con la ingenua concepción de Savigny, para quien la muerte es «un acontecimiento tan simple de la naturaleza» que no requiere ninguna aclaración de sus elementos (129), hoy nosotros nos vemos confrontados con la comprobación médico-biológica según la cual la muerte es un fenómeno gradual, en el que las diferentes funciones vitales se extinguen a distinta velocidad y en parte también pueden ser reanimadas con independencia de las demás. De este modo el clásico corte de la vida en la paralización del corazón, de la circulación y de la respiración se ha vuelto problemático (130). Si este proceso se equiparase a la muerte, la obligación de protección de la vida terminaría con él, con lo cual debería negarse toda obligación de reanimación, aunque las funciones cerebrales —habiendo paro de la circulación— permanecieran aún totalmente intactas. En sentido contrario, la víctima totalmente descerebrada de un accidente debería ser objeto de todas las medidas de conservación de la vida durante todo el tiempo que su corazón siguiera latiendo, para no mencionar su necesaria exclusión como donante de órganos.

(127) Cfr. sobre esto la reseña informativa sobre las clases y causas de las deformaciones de J. SCHOWING, *Teratologie*, en Image Roche, Basel, 1974, Nr. 63, p. 2-9.

(128) Así se plantea en especial la cuestión de si nuestra Ley Fundamental permitiría —y en qué medida— algún tipo de discriminación entre vida «con valor vital» y «sin valor vital»; deciden negativamente sobre todo DÜRIG, en MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, art. 2, ap. 2, Rdnr. 10; LEISNER, *Lebensrecht* (supra, nota 81), p. 23 y ss.

(129) Citado según G. GEILEN, *Rechtsfragen der Todeszeitbestimmung*, en W. KRÖSL-E. SCHERZER, *Die Bestimmung des Todeszeitpunktes*, Viena, 1973, p. 285. Por lo visto, la cuestión de la muerte tampoco es considerada bajo ningún aspecto problemática en la completa reseña de derecho comparado sobre los supuestos de protección de la vida de F. v. LISZT (supra, nota 100), cfr. allí, por ejemplo, p. 9.

(130) Cfr. J. WAWERSIK, *Reanimation und ihre Grenzen*, en ESER, *Suizid* (supra, nota 4), p. 125 y ss.

El modo de resolver en definitiva estos problemas, es algo que debe permanecer al margen de nuestro trabajo (131). Aquí sólo es esencial determinar que el problema del momento de la muerte no se comprende en su fundamento si se lo reduce —como ciertamente sucede hasta ahora— a una cuestión médico-pragmática del imperio de las circunstancias. Pues en la resolución en favor o en contra de un determinado concepto de muerte, ya está implícita la decisión normativa previa en favor de una concepción específica del hombre: Si lo único determinante de la naturaleza humana es la vida físico-biológica, entonces la obligación de prolongar la vida se extiende tanto tiempo como exista una mínima chispa de aquélla. Si en cambio se quiere poner el punto final en la muerte cerebral, esto supone visualizar el signo de la humanidad en el espíritu. Pero de este modo nos encontramos nuevamente ante una consideración «cualitativa» de la vida que —por descansar en una valoración antropológica—, tiene carácter normativo y exige consecuentemente sanción jurídica (132).

6. Eutanasia e interrupción del tratamiento

Resulta aún más apremiante prestar atención a las implicaciones normativas de las decisiones fácticas —en apariencia de carácter estrictamente médico— en los prolegómenos de la muerte, esto es, en el caso de eutanasia. De las múltiples formas que ella puede adoptar (133), aquí sólo se expondrá aquélla en la que

(131) Detalladamente sobre el estado de las opiniones G. GEILEN, *Legislative Erwägungen zum Todeszeitproblem*, en ESER, *Suizid*, p. 301 y ss.; sobre los aspectos civiles del problema K. SAERBECK, *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe*, 1974. Sobre la opinión del autor más detalladamente ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 16 y ss. vor § 211.

(132) Por eso el convenio de cirujanos y anestesiistas sobre «Todeszeichen und Todeszeitbestimmung» (*Der Chirurg*, 1968, p. 196), no es per se vinculante, sino sólo por el reconocimiento que —por vía del silencio— le otorga el ordenamiento jurídico; cfr. ESER, *Der Arzt zwischen Eigenverantwortung und Recht*, en D. MIETH-H. WEBER *Anspruch der Wirklichkeit und christlicher Glaube*, Düsseldorf, 1980, p. 166, en especial p. 177 y ss.; así como AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag* (supra, nota 5), p. 120 y s. En igual sentido sobre el carácter normativo del concepto de vida LEISNER, *Lebensrecht*, p. 21, 32. Esto es aún más digno de consideración frente a las tentativas de resolver simultáneamente los problemas de la interrupción del tratamiento y donación de órganos a través de un concepto variable de muerte, que se hace depender de los intereses en juego (cfr., por ejemplo, K. SAERBECK, op. cit., supra nota 131, p. 118 y ss., 123 y ss.). En contra de ello, la asamblea del Parlamento de Europa en su resolución Nr. 613, 1976 de 29-1-1976, sobre «los derechos de los enfermos y moribundos», ha sostenido expresamente que para la determinación del momento de la muerte no se deben considerar más intereses que los del moribundo.

(133) De las abundantes publicaciones al respecto, entre las más recientes cfr. en especial K. ENGISCH, *Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht*, en ESER, *Suizid* (supra, nota 4), p. 312 y ss.; E. W. HANACK, *Euthanasie in strafrechtlicher Sicht*, en H.-D. HIERSHE, *Euthanasie*, 1975, p. 121 y ss.; sobre la opinión del autor más detalladamente ESER, en V. EID, *Euthanasie* 1975, p. 25 y ss., y en SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 22 y ss. vor § 211.

la discrepancia entre las orientaciones a la «santidad» y a la «calidad» en la protección de la vida aparece con una claridad antes insospechada: El abandono a la muerte de enfermos graves y moribundos. En la medida en que tal «eutanasia pasiva» ocurre con el consentimiento expreso o al menos presunto del paciente, se cree poder fundar la interrupción del tratamiento en la preeminencia del derecho de autodeterminación (134). Más problemáticos son, sin embargo, los casos en que el médico no puede conseguir total claridad sobre la voluntad real de su paciente: Como por ejemplo el postrado crónico carente de toda capacidad de reacción o la víctima de un accidente enviada en estado de inconsciencia, que aunque podría ser resucitada, sólo sería devuelta a una vida dolorosa y en definitiva insalvable. Si en estos casos se quisiera llevar a la práctica con verdadera estrictez el principio de la «santidad de la vida», entonces sería un deber imperativo el mantenimiento de la vida «a cualquier precio» y «hasta la última reacción del cerebro». Por el contrario, cuando se plantea —como sucede cada vez con más frecuencia— la pregunta por la ayuda real que tal prolongación de la vida supone para la persona en cuestión, detrás de ella subyace otra pregunta fundamental, esto es, si la esencia del hombre se agota en su existencia físico-biológica o si en cambio se requieren además, ciertas cualidades espirituales. También el requerimiento de los médicos de ser desligados de la obligación de tomar medidas de mantenimiento de la vida «inútiles», podría basarse en gran medida en la idea de hombre como «ser dotado de sentido» (135).

Cumplir con esta demanda sin dejar librada al mismo tiempo al abandono a la persona que ha perdido su plena capacidad de acción, será uno de los grandes problemas del futuro. Quizás el peligroso equilibrio entre la conservación de la vida puramente vegetativa por un lado y el abandono de la denominada vida «indigna de ser vivida» (*lebensunwertes Leben*) por el otro, podría consistir en abstenerse de toda valoración cualitativa de ella —y con ello también de su subvaloración—, manteniendo consecuentemente como un tabú, toda destrucción activa de la vida humana que no haya alcanzado la muerte cerebral; pero sin que ello excluya la posibilidad de poner fin a la obligación de prolongación de la vida (abandonándola así pasivamente a la muerte), cuando ella ha perdido definitivamente toda forma de capacidad de comunicación.

(134) Así, particularmente, G. GEILEN, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, 1975. Tampoco está esto, por cierto, libre de dudas, si se tienen en cuenta los límites al consentimiento del § 216 StGB; detalladamente al respecto ESER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag* (supra, nota 5), p. 105 y ss.

(135) Lo mismo vale en esencia para todo intento de poner fin a la obligación de mantenimiento de la vida en la «naturalidad» o «fatalidad» de la vida «que se extingue» o con la renuncia a medios «artificiales» (cfr. en detalle las fuentes en ESER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag*, supra nota 5, p. 126 y ss.); pues lo determinante es en última instancia, la idea de que la vida en estos casos sólo es mantenida en pie con «muletas», con lo cual se la menosprecia cualitativamente.

También allí subyace naturalmente una valoración antropológica. Claro que —como ya se ha demostrado en otro lugar— este límite al tratamiento ya se infiere en el fondo de las barreras inmanentes de la misión curativa del médico: Si su objetivo no se ve ya tanto en la prolongación físico-biológica de la vida por sí misma, sino en la autorrealización de la voluntad de la persona afectada, entonces la obligación de tratamiento del médico debe terminar a más tardar allí donde por existir una inconsciencia irreversible debidamente probada, esté excluida bajo todo punto de vista una recuperación de la capacidad de comunicación (136).

Problemas semejantes de valoración aparecen agravados allí donde ya no se trata sólo de los intereses «internos» y propios del paciente afectado (mantenimiento de la vida - atenuación del dolor), sino que además entran en juego *ponderaciones «externas»*: Así especialmente cuando se deben considerar también los intereses de otros pacientes (insuficiencia de equipos - selectividad) o en general frente al problema de la relación entre inversión y resultado. ¿En qué medida se considera «productivo» un tratamiento? El crudo planteamiento de esta pregunta enseña que la vida ya se ha convertido en un valor susceptible incluso de ponderación material (137).

7. Muerte a ruego

Finalmente se encarará otro aspecto muy distinto del mismo tema: La relación entre la protección de la vida y el derecho de autodeterminación tal como se manifiesta tanto en caso de suicidio como en caso de muerte consentida causada por un tercero. También aquí se trata en definitiva de la «santidad» y la «calidad» de la vida: De la «santidad», en tanto la vida representa un bien merecedor de protección con independencia de la voluntad o valoración de cada sujeto individual (138). Bajo el «aspecto cualitativo» por el contrario, es posible agrupar todos aquellos valores y factores cuya pérdida (real o supuesta) hace que la vida aparezca ante el sujeto individual como indigna de ser vivida, inclinándolo consecuentemente al suicidio o a la eutanasia. En la pretensión de autodeterminación sobre la vida y la muerte, reside la radical postulación de una concepción «cualitativa» de la vida.

(136) Detalladamente sobre este punto de vista —cuyo resultado ha sido tomado por otros— así como sobre la delimitación con las puras perturbaciones de la capacidad de comunicación ESER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilaufrag*, p. 129 y ss., con más detalles.

(137) También sobre esta problemática más detalladamente ESER, en AUER-MENZEL-ESER, op. cit., p. 132 y ss., así como ESER, *Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht*, en P. LAWIN-H. HUTH, *Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht*, Stuttgart, 1982, p. 77 y ss.

(138) Incluso desde una perspectiva agnóstica (cfr. WILLIAMS, supra, nota 86). Naturalmente esto adquiere aún mayor vigencia cuando se considera a la vida, ya como un don de Dios (cfr. supra, notas 20 y ss.), ya en su función de componente del Estado (cfr. FEUERBACH, infra, nota 144).

El respeto jurídico-penal por esta exigencia, articulada cada vez con mayor vehemencia —también entre nosotros (139)— y sin atender a su dudosa constitucionalidad en la demanda de un «derecho a la muerte», está marcado por una evolución muy poco uniforme. En lo que toca a la muerte a ruego, punible en la Carolina sin limitación alguna como homicidio (140) —cosa que sucede aún hoy en muchos ordenamientos jurídicos extranjeros (141)—, entre nosotros se implantó, ya en la segunda mitad del siglo XVIII —sobre todo bajo la influencia de Christian Wolff— una tendencia moderada (142) que fue recogida por primera vez en el Preussischen Allgemeinen Landrecht (PrALR) en forma de atenuante de la pena (143). Aunque este paso no encontró la adhesión del ilustrado Código penal bávaro de 1813, e incluso fue retirado del Código penal prusiano de 1851, puesto que nadie puede disponer por sí de su vida (144), sin embargo se impuso en los otros estados, entre ellos en el código penal de Württemberg de 1839 (145) al menos como atenuante de la pena, siendo acogido finalmente en el actual § 216 StGB (146). Por el contrario, no logró imponerse la concepción según la cual la muerte a ruego debe permanecer en

(139) Cfr. sobre esto en especial P. MOOR, *Die Freiheit zum Tode-Ein Plädoyer für das Recht auf menschenwürdiges Sterben*, 1973. Sobre el contenido ético de esta exigencia AUER, en AUER-MENZEL-ESER, *Heilauftrag* (supra, nota 3), p. 34 y ss.; sobre su cuestionabilidad constitucional G. ROELLECKE, *Gibt es ein «Recht auf Tod?»*, en ESER, *Suizid*, supra nota 2, p. 336 y ss.; pero también J. MÖLLERING, *Schutz des Lebens —Rech auf Sterben. Zur rechtlichen Problematik der Euthanasie*, 1977, p. 86 y ss.

(140) Cfr. supra, Nr. I, 4.

(141) Cfr. SIMSON-GEERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), pp. 43 y ss.

(142) Cfr. F. v. LISTZ, VDB (supra, nota 100), p. 128.

(143) PrALR II 20 § 834: «Quien de muerte a otro a su ruego o le ayude a cometer suicidio, tiene de 6 a 10 años de prisión o reclusión, y en caso de grave sospecha de haber causado en la víctima el deseo de la muerte, incurre en prisión o reclusión perpetua», lo que implica una atenuante de la pena de muerte prevista para los demás casos (cfr. § 806).

El mismo espíritu debe inspirar al § 833 según el cual «Quien supuestamente con buena intención, acorta la vida a heridos de muerte u otros enfermos desahuciados» es penado como el homicida culposo. Que en ello no estaba de ningún modo implícita una subvaloración objetiva del moribundo, se aclara por el § 835, según el cual «los homicidas dolosos no se liberan de la pena que les corresponda por la sola circunstancia de que el occiso hubiera estado de todos modos cercano a la muerte». Cfr. en general, los *Motive zur Gesetz-Revision Penum I, T. III/2*, 1829, p. 101, 124 y ss.

(144) Cfr. GOLDAMMER, *Materialien II*, p. 364. En igual sentido las *Anmerkungen zum Bairischen StGB* (supra, nota 84), I; sobre artículo 123, p. 307. Esto explica que también Feuerbach, como uno de los más decisivos creadores de este Código penal, más tarde se haya retractado de su primitivo apoyo a la impunidad de la muerte a ruego, dado que la vida estaría sustraída del libre arbitrio del titular (*Peinl. Rech*, § 35; cfr. también §§ 206, 241).

(145) Artículo 239, por el cual cuando el que pedía la muerte ya estaba desahuciado o herido de muerte, se concedía una atenuante adicional de la pena. Con más profundidad sobre los motivos HEPP, *Commentar III/1* (supra, nota 101), p. 49 y ss., con una referencia detallada sobre estado de la ley y de las opiniones de entonces.

(146) Cfr. v. HOLTZENDORFF, *Handbuch III*, p. 444 y s., también la documentación en BINDING-HOCHE (supra, nota 123), p. 21 y ss.

principio impune o en todo caso sancionarse sólo como contravención de naturaleza policial (147). Y esto con razón; pues, prescindiendo totalmente del peligro de abuso —que ya sirvió de freno al legislador prusiano (148)—, la muerte a ruego no es una cuestión de pura autodeterminación, sino que —por entregarse a un tercero la decisión definitiva sobre la vida y la muerte— también implica una determinación *ajena* (149). Pero a través de tal disponibilidad ajena de la vida, el tabú de la inviolabilidad de ésta es puesto radicalmente en duda (150). De allí que aquel que ha creído su deber acceder a un ruego de muerte, no debería ser favorecido de ningún modo por una justificación objetiva, sino, en todo caso, por una causa personal de exclusión de la pena (151).

8. Suicidio

En contraste con esta tendencia uniformemente atenuadora, en el caso del suicidio es de describir una evolución menos lineal (152). Después de una desaprobación más bien moderada en la Carolina, en la práctica del derecho común el suicidio fue objeto de una condenación cada vez más aguda (153), hasta el punto que Carpzwow —siendo el jurista más influyente de su época— se atrevió incluso a imputar al suicida un doble crimen, pues éste comprometería no sólo su cuerpo sino también su alma (154). Dentro del mismo espíritu, la Theresiana de 1768 pudo disponer que el cuerpo del suicida se «destruya como el de una bestia sin inteligencia» (155). Incluso para espíritus de la Ilustración como el de Feuerbach, el suicidio continúa siendo antijurídico, pues el suicida, a su arbitrio, arrebató sus energías al Estado, energías que había

(147) Así, particularmente C. CH. STÜBEL, *Über die Natur der Handlung wenn Jemand ein, nach dem Sittengesetz, unveräußerliches Gut des Andern, mit dessen Einwilligung, beschädiget oder demselben ganz entziehet*, Arch. Crim. IX (1826), p. 551 y ss. En el mismo sentido sobre todo HENKE, *Handbuch I*, p. 231 y ss. II, p. 16 y s. y TITTMANN, *Handbuch I*, § 149.

(148) Cfr. GOLTDAMMER, *Materialien II*, p. 364.

(149) Cfr. sobre esto también la fundamentación HÄLSCHNER, *System II* (supra, nota 116), p. 69 y s.

(150) Cfr. también ESER, en EID (supra, nota 133), p. 67 y ss.; y MÖLLERING, *Schutz des Lebens*, p. 93 y ss., ambos con más datos.

(151) En este sentido se propone últimamente sobre todo una dispensa de pena (cfr. ESER, *Suizid*, supra, nota 4, p. 400, con más datos).

(152) Cfr. supra, Nr. I, 3.

(153) Para lo cual se creyó (equivocadamente) poder fundarse entre otras también en fuentes romanas; Cfr. FROELICH, *Commentarius* (supra, nota 46), p. 241 y ss.; y en especial C. G. WINKLER, *De mortis voluntariae prohibitione ac poenis*, 1775. Pero también ya críticamente al respecto cfr. BOEHMER, *Meditationes* (supra, nota 46) sobre el artículo 135 CCC; también en especial WÄCHTER, Arch. Crim. X, p. 239 y s., 651. Una perspectiva de derecho comparado sobre la evolución de entonces en SIMSON, *Suizidat* (supra, nota 60), p. 42 y siguientes.

(154) Así según WÄCHTER, Arch. Crim. X, p. 218.

(155) Constitutio Criminalis Theresiana, art. 93 § 7.

comprometido con aquél (156). El PrALR ya renunció sin embargo a sancionar la *tentativa* de suicidio —pues quien atenta contra su vida sólo puede provocar en realidad la compasión de sus semejantes (157)— mientras que la *ayuda* al suicidio continuó siendo punible (158). En esta situación se encuentran básicamente hasta hoy numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros, como los de Austria (§ 78 StGB) y Suiza (art. 115 StGB) (159).

Por el contrario, en Alemania, la *impunidad* tanto del suicidio como de la pura participación en él, ya se impuso, en general, a mediados del siglo XIX (160). Junto al aspecto dogmático de la imposibilidad de participación en una acción atípica como el suicidio (161), también fue acogida la tesis de Wächter, según la cual la persona no se encuentra en ninguna relación jurídica frente a sí misma y consecuentemente tampoco puede cometer un injusto contra sí misma (162). Si esta clase de argumentos teórico-jurídicos pueden resistir una prueba minuciosa, es algo de lo que puede prescindirse aquí. Desde la perspectiva material de la «santidad de la vida» cada muerte —también la de una vida que subjetivamente aparezca como «carente de valor»— significa la pérdida de un valor. Por eso, no se puede negar toda justificación a ciertas nuevas tendencias que pretenden poner nuevamente bajo pena la participación en el suicidio (163) y que se fundan, en gran medida,

(156) FEUERBACH, *Peinl. Recht* § 241.

(157) Cfr. A. F. ROSSHIRT, *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, 1828, p. 342.

(158) Equiparándosela con la muerte a ruego (cfr. supra, nota 143). Tampoco han desaparecido totalmente las sanciones informales para el suicidio exitoso, pues según el PrALR II..20. § 803, si bien los suicidas no debían «ser ultrajados después de su muerte, deben, en cambio, ser privados de todo aquello que en otro caso honra la muerte y memoria de otra gente de su misma clase o rango». Detalladamente sobre el estado muy diverso del derecho y las opiniones de principios del siglo XIX WÄCHTER, *Arch. Crim.* X, p. 676 y ss., quien —aunque claro oponente a la punibilidad del suicidio— no quería, sin embargo, renunciar a otro tipo de desaprobación estatal del mismo (op. cit., p. 675, 680).

(159) Desde la perspectiva del derecho comparado, en detalle, SIMSON-GERDS, *Straftaten* (supra, nota 47), p. 77 y ss. y SIMSON, *Suizidat*, p. 45 y ss.

(160) Cfr., por ejemplo, sobre el derecho de Württemberg HEPP, *Commentar* III/3, p. 49 y ss.; HUFNAGEL, *Commentar* II, p. 20 y ss.; sobre derecho prusiano GOLDAMMER, *Materialien* I, p. 315 y ss., 327, II, p. 363 y ss. De todos modos la impunidad entra en consideración sólo cuando se trata de un suicidio «libre y responsable» y la participación del otro no aparece como autoría de una muerte a ruego (§ 216 StGB). Detalladamente sobre la delimitación —aún hoy discutida— entre ayuda impune al suicidio y muerte punible de un tercero ESER en SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. 33 y ss. vor § 211 y § 216 Rdnr. 11.

(161) Cfr. GOLDAMMER op. cit.

(162) WÄCHTER (supra, nota 59) *Arch. Crim.* X, en especial p. 656 y s.; sobre esto cfr. además HÄLSCHNER, *System* II, p. 65 y s.; pero también ABEGG, *Untersuchungen*, p. 66, 72 y ss.

(163) Así, en particular, P. BINGEWAT, *Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik*, ZStW 87 (1975), p. 623 y ss.; G. GEILEN, *Suizid und Mitverantwortung*, *Juristenzeitung* 1974, p. 145 y ss.; EB. SCHMIDHÄUSER, *Selbstmord und Beteiligung am Selbst-*

en lo dudosa que resulta empíricamente la existencia de una «libre» voluntad de suicidarse. A pesar de todo, considero en principio correcta la impunidad de la participación en el suicidio. Como ya se expresara, el suicidio plantea el caso típico-ideal más claro de conflicto entre la protección de la vida orientada por su «santidad» y la autodisposición cualitativamente motivada. Si se diera absoluta preeminencia al precepto de santidad, la persona que se quitara la vida quedaría reducida prácticamente a objeto, pues su deber de mantenerse con vida se fundaría exclusivamente en la voluntad de la sociedad. Si no se quiere convertir al Estado en fideicomisario de la divinidad que da la vida, entonces difícilmente se puede negar al hombre todo poder configurador de su vida y su muerte. Y aquí no resulta tan decisivo determinar si se trata de un «derecho» de la persona, sino solamente si el Estado y la sociedad, por su parte, tienen el derecho de mantener con vida a una persona, por la fuerza y contra su voluntad. Esto me parece en todo caso dudoso en tanto el hombre fuera apartado de la muerte no ya por motivo de su propia autorrealización, sino en el fondo sólo por el interés de la sociedad en el mantenimiento de ciertos tabúes.

Ciertamente con este argumento sólo queda excluido de la punibilidad, en principio, el suicidio ejecutado sin participación. Pero, como ya se ha demostrado en otro sitio, lo mismo puede ser aplicable en última instancia a la *participación en el suicidio*, siempre que la decisión definitiva sobre la muerte permanezca en manos del suicida (164).

III. PERSPECTIVAS

Si hay conclusiones que extraer de la cambiante historia de la protección jurídico-penal de la vida, la más importante es sin duda, que dicha protección no puede orientarse ni exclusivamente por preceptos de «santidad» ni unilateralmente por factores cualitativos, sino que ambos principios deben alcanzar una óptima concordancia (165). También ha aparecido como un prejuicio, la opinión generalizada de que el nivel alcanzado por la protección de la vida en el pasado va en permanente retroceso, prejuicio que también alcanzó al título originario de este trabajo, donde se sospechaba una caída «de la santidad a la calidad de la vida».

Por el contrario ha resultado que no existe tal desprecio unilateral de la vida, sino que la protección de ésta está marcada por una amplitud de oscilación verdaderamente dilatada, en la

mord in Strafrechtlicher Sicht, en Festschrift für H. Welzel, 1974, p. 801, 806 y s., 819.

(164) Cfr. ESER, *Suizid* (supra, nota 4), p. 398 y s.

(165) Sobre el aspecto de «compromiso» que también supone la protección de la vida, ESER, op. cit., p. 394 y ss.

cual los aspectos «sagrado» y «cualitativo» sólo marcan los posibles vértices valorativos. En este sentido, en el futuro sólo se podrán hacer esfuerzos por conseguir —como lo quiere poner de manifiesto el título actual— un compromiso aceptable «entre la santidad y la calidad de la vida». Por una parte, el respeto por la «santidad» de la vida no debe fosilizarse en un pretexto formal para reprimir las exigencias del hombre concreto por dar un sentido a aquélla. Por la otra parte, la ambición de una vida «cualitativamente» valiosa, no debe socavar su preeminente derecho a la existencia. Esto es válido sobre todo allí donde no se trata de la vida propia sino de la valoración de una vida ajena. Que esto se pierde de vista fácilmente, lo prueban con no poca frecuencia los argumentos de quienes han desplegado las banderas de la emancipación total. Pues, por ejemplo, al imputar a la vida no nacida —por no deseada— o la vida que se extingue —por inadecuada para el tratamiento—, que es mejor para ellas, ya sea no nacer o, en su caso, haber muerto, se está prejuzgando de un modo francamente tutelar, sobre la idea de «calidad» de vida de otra persona. «Lo hacemos por tu bien», esto sirve frecuentemente como pretexto para asegurar lo mejor para sí mismo. Egoísmo con ropaje de humanitarismo: También contra esto es válido defender a la vida.

