

**UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"**

ESCUELA DE POSTGRADO

**DESPENALIZACIÓN DEL HOMICIDIO A PETICIÓN
(ARTÍCULO 112) DEL CÓDIGO PENAL PERUANO DESDE
UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y PENAL**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

TEREZA MARGARITA SÁNCHEZ MENDOZA

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

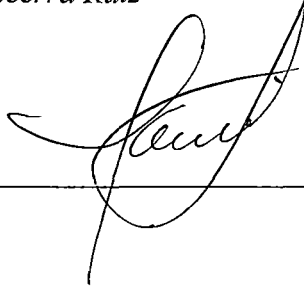
**Huaraz – Perú
2012**

Nº Registro: TO306

MIEMBROS DEL JURADO

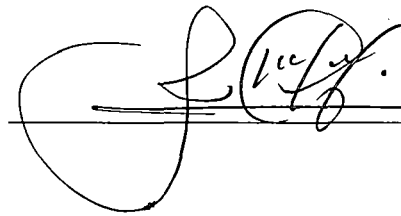
Magister José Antonio Becerra Ruiz

Presidente



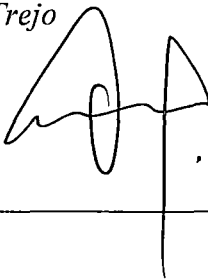
PhD. Félix Claudio Julca Guerrero

Secretario



Magister Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal



ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

A Dios

DEDICATORIA

A mi esposo e hijos, por el tiempo no
dedicado a ellos por el afán de
superarme.

INDICE

	Página
Resumen	viii
Abstract	ix
I. INTRODUCCIÓN	1 – 11
Objetivos	9
Hipótesis	10
Variables	10
II. MARCO TEÓRICO	12 – 47
2.1. Antecedentes	12 – 13
2.2. Bases teóricas	13 – 43
2.3. Definición de términos	43
III. MATERIALES Y MÉTODOS	47 – 51
3.1. Tipo, nivel y diseño de Investigación	47
3.2. Diseño de Investigación	47
3.3. Plan de recolección de datos	48
3.4. Instrumentos de recolección de datos	49
3.5. Plan de procesamiento de datos	50
3.6. Plan de análisis de datos	51
IV. RESULTADOS	52 - 63

V. DISCUSIÓN	64 - 156
VI. CONCLUSIONES	157
VII. RECOMENDACIONES	160
VIII.REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164-169

RESUMEN

El propósito del trabajo fue identificar el tratamiento jurídico –desde la perspectiva constitucional y pena al problema del homicidio a petición o piadoso, regulado en el artículo 112 del Código Penal, así mismo, como a partir de la configuración del programa político criminal correspondiente a un Estado de Derecho, Social y Democrático se viene afrontando dicho problema jurídico. En ese propósito, se ha incidido en la problemática existente en torno al trato que le da nuestra legislación al delito de homicidio piadoso, la cual consiste en la atenuación de la pena; por lo que resultaría inoperante la imposición de una pena a esta clase de delitos, debiendo más bien, tenerse en cuenta la posibilidad de su justificación o excepción de pena. Cabe señalar que el aspecto más importante de la investigación radicara en la justificación a la luz de la doctrina constitucional y penal contemporánea para la despenalización del delito en mención, además de analizar e interpretar las diferentes posiciones de la legislación comparada, a fin de establecer cuál es el tratamiento, a fin de establecer si la legislación extranjera actual, se inclina por la atenuación o despenalización de este tipo penal. Nuestro planteamiento, es el de legislar la justificación o exclusión de la pena para este tipo de acciones, teniendo en consideración la circunstancias que rodeen la comisión del hecho concreto y como elemento indispensable el consentimiento de la víctima, en pleno uso de sus facultades, a fin que no continúe con el padecimiento de terribles e insoportable dolores, debiendo por tanto, hacerse una modificación del artículo 112 de nuestro penal vigente.

Palabras claves: Eutanasia, Legalidad, Dignidad, Muerte digna, Despenalización.

ABSTRACT

The purpose of this study was to identify the legal treatment from flat-constitutional and grief to the problem of homicide pious o request, regulated in Article 112 of the Penal Code, likewise, as from the political agenda setting for a state criminal law, Social and Democratic has been facing the problem legal. In that purpose, has an impact on the problems surrounding the treatment that gives our law the offense of compassionate homicide, which is the mitigation of punishment, and it would be ineffective to impose a penalty for this kind of crimes and should rather be considered the possibility of its justification or pena. Cabe except to note that the most important research in the justification are filing in light of constitutional doctrine and contemporary criminal for the decriminalization of the offense in mention as well as analyze and interpret the different positions of comparative law, to establish what treatment, to establish if current foreign law, is inclined to the attenuation or decriminalization of this offense. Our approach is to legislate or exclusion justification of punishment for such actions, taking into consideration the circumstances surrounding the commission of the concrete and as an indispensable element of the victim's consent, in full possession of their faculties, order not to continue with the terrible suffering of unbearable pain, and must therefore be an amendment to Article 112 of our criminal law.

Keywords: Euthanasia, Legality, Dignity, Death with dignity, Decriminalization.

I. INTRODUCCIÓN

El examen del homicidio piadoso (“eutanasia”) es uno de los problemas más difíciles del Derecho Constitucional y del Derecho Penal. El asunto, que evoca es tenso, e incluso dramático, el conflicto entre la prohibición de matar y la autonomía personal en relación con la propia existencia en un contexto de cercanía de la muerte o de intensos sufrimientos, necesariamente requiere un enfoque pluridisciplinar (jurídico, médico, ético, etc.), y, por si fuera poco, no permite una solución jurídica satisfactoria por completo. Todos los modelos de abordaje jurídico del problema arrojan luces y sombras. Las soluciones oscilan entre las malas y las peores. Pero unos parecen tener más ventajas que otros.

El contexto fáctico del problema de la eutanasia es el surgimiento de un nuevo poder, con riesgo de desbordamiento y abuso, frente al que los derechos fundamentales deben reaccionar para asegurar a las personas un ámbito de libertad, el poder emergente de la tecnología médica en relación con el final de la existencia humana, cada vez más “medicalizado”.

La protección absoluta de la vida planteó pocos problemas mientras la Biología y la Medicina no estuvieron en condiciones de manipular el comienzo y el fin “natural” de la vida humana por medios artificiales.

De hecho, no es casual que la palabra, de origen griego, eutanasia (“buena muerte”), no haya adquirido su sentido actual (como equivalente a alguna forma de ayuda en el morir) precisamente hasta nuestra época, a pesar de que ya se utilizaba desde la antigüedad para aludir a una muerte natural, rápida

y sin demasiados dolores. El significado contemporáneo de la eutanasia como derecho del enfermo terminal de poder decidir el modo y el tiempo de la propia muerte es un fruto necesario de la edad de la técnica, cuyas condiciones eran completamente desconocidas en los tiempos precedentes.

La pregunta sobre la eutanasia requiere el examen conjunto de otras cuestiones íntimamente asociadas: si existe o no un derecho fundamental a disponer de la propia vida; cuál es el estatuto constitucional del suicidio; si hayo no diferencias cualitativamente significativas, desde el punto de vista jurídico, entre la eutanasia activa de un lado y la indirecta y pasiva por otro; y, en suma, si de la Constitución se deriva la obligación de permitir la eutanasia, o de prohibirla, o de remitir la regulación al legislador penal, y en tal caso con qué extensión y bajo qué condiciones. Es preciso ordenar de modo razonable las piezas de este puzle.

El debate, además de altamente ideologizado, es complejo y se desarrolla en escenarios religiosos, sociales, políticos, médicos y, por supuesto, jurídicos, donde se corre el riesgo, casi fisiológico, de intentar hallar el fundamento legitimador de la propia postura, convirtiendo a la Constitución en un babel de interpretaciones incompatibles y recíprocamente irreductibles.

La cuestión se juzga desde la perspectiva religiosa y bioética. La radical postura contraria de la Iglesia en un país de tradición cultural católica, como el nuestro, impacta con fuerza sobre el debate. Hay una áspera diatriba antropológica de fondo en el contexto de una sociedad multiétnica; el acuerdo se contrae al hecho de que la vida no es sólo “biología” sino también “biografía”,

pero unos y otros extraen consecuencias totalmente diferentes de esta idea aplicada al proceso de la muerte.

La polémica está, por supuesto, en la arena política. Periódicamente se presentan en el Congreso proyectos de ley en relación con la regulación de la eutanasia, pero, desde el punto de vista político, el lugar donde se ha planteado con mayor agudeza el problema quizás haya sido en el marco de la oleada reciente de reforma constitucional.

Ahora bien, aunque el debate no ha hecho avanzar el reconocimiento jurídico de la eutanasia (por la propia limitación de su factura institucional no podía hacerlo), sí ha provocado, sin embargo, en este punto un interesante resultado: ha consagrado como “nuevo” derecho (dentro de la reciente y discutida categoría de los derechos estatutarios) uno de naturaleza prestacional, el derecho a los cuidados paliativos, el derecho frente al dolor físico. Pero lo cierto es que el alcance de los cuidados paliativos en España es todavía limitado, no está universalizado, se limita a ciertas zonas, patologías y número de enfermos.

Insisto en que el debate sobre la expresión “derecho a morir” no me parece riguroso desde el punto de vista técnico. “Derecho a morir” o “derecho a morir con dignidad” no equivalen necesariamente (entre otras cosas) a eutanasia directa o a suicidio asistido. La expresión “derecho a morir” es tan expresiva como deliberadamente equívoca. Desde luego, no tiene un sentido preciso porque la muerte, más que un “derecho”, es un “hecho”, fatalmente inevitable por lo demás.

En el derecho norteamericano, el *right to die* se ha convertido en una rama del ordenamiento, de reciente creación pero de desarrollo fulgurante, cuyo contenido, bastante variado (pues comprende disposiciones constitucionales, penales y de daños), remite a la regulación sobre el modo en que pueden adoptarse las decisiones en orden a “rehusar el tratamiento médico que sostiene la vida” o “a la toma de decisiones sobre el final de la vida”, pero de ningún modo comprenden de la eutanasia activa directa ni el suicidio asistido por un médico.

El debate sobre la eutanasia es también vivo, lógicamente, entre los profesionales de la medicina. En el juramento de Hipócrates, que figura como introducción al Código de Ética y Deontología Médica se lee: “Y no daré ninguna droga letal a nadie, aun que me la pidan, ni sugeriré un tal uso”.

Es importante destacar el hecho de que las normas deontológicas médicas tienen, por definición, carácter moral, pero esto no excluye que se las pueda dotar de algún tipo de eficacia jurídica en la medida en que la potestad de aprobarlas y de aplicar la disciplina corporativa está atribuida por la Ley de Colegios Médico del Perú.

La normativa deontológica en el Perú está integrada por el Código de Ética y Deontología Médica; la que habilita (e incluso obliga) al médico a practicar la eutanasia indirecta y la pasiva, prohíbe en su párrafo tercero, en fórmula lapidaria muy próxima a la del juramento hipocrático, la eutanasia directa: “El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste”. Si un

médico incumple el Código, puede incoarse un procedimiento disciplinario según lo previsto en el Código de ética, que puede dar lugar, según la gravedad de la falta a sanciones como la amonestación, el apercibimiento, la suspensión temporal de ejercicio profesional e incluso la expulsión del Colegio, lo que, en la práctica, dado el sistema peruano de colegiación obligatoria para poder ejercer la medicina, equivale a su inhabilitación definitiva para ejercerla.

La querrela doctrinal es intensa, cómo no, entre los juristas. La discusión jurídica actual sobre eutanasia y suicidio asistido presenta numerosos protagonistas, escenarios y enfoques, pero, hasta el momento, la lideran abrumadoramente penalistas y filósofos del Derecho.

Sin embargo, la cuestión tiene importantes implicaciones de Derecho Constitucional. Coincidimos con F. Hufen cuando sostiene que una dogmática de Derechos Fundamentales “sobria” podría contribuir aquí, igual que en otras cuestiones límite que plantee a la Medicina, Derecho, la racionalización de un debate con demasiada carga ideológica.

La cuestión requiere, sin embargo, más allá de gruesos argumentos intercambiados entre las posiciones éticas en combate, una inteligencia constitucional finamente articulada.

Finalmente, el problema penal de la eutanasia puede y debe ser abordado desde la Constitución. En la eutanasia están comprometidos derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física, moral y el libre desarrollo de la (art. 2.1 CPE), los principios de la dignidad humana (art. 1 de la

CPE), el valor libertad (art. 2.2 de la CPE), la libertad ideológica y religiosa (art. 2.3 CPE). La eutanasia no aparece expresamente contemplada en el texto constitucional, ni seguramente deba estarlo. Ello no quiere decir que carezca de sentido su estudio desde una perspectiva constitucional.

Desde esta perspectiva, la “norma constitucional” sobre la eutanasia, ha de ser “construida”, más que simplemente “hallada” y, por lo mismo, no estará en ningún caso exenta de controversia, incluso si se entiende que, a la luz de la Constitución, puede postularse tanto la prohibición penal de la eutanasia activa directa como su despenalización.

La concepción que se maneja en el trabajo de investigación es una posición que considera más plausible a la vista de la Constitución, es una concepción diversificadora que distingue entre la eutanasia activa directa y el suicidio asistido, de un lado, y la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva, de otro.

La tesis que sustentamos puede resumirse así: la eutanasia activa directa o el suicidio asistido pueden ser tanto prohibidos penalmente como constituir, bajo determinadas circunstancias, excepciones legítimas a la exigencia de protección jurídica de la vida; por el contrario, la eutanasia pasiva y la activa indirecta son manifestaciones del derecho fundamental a la integridad personal, es decir, conductas que integran el contenido del derecho fundamental a la integridad personal.

El morir dignamente sería entonces el morir libre de dolor, con los analgésicos y tranquilizantes necesarios para el desasosiego y con el suministro de medicamentos que se requieran contra las incomodidades que se puedan presentar, eliminando en lo posible el sufrimiento de morir en vida. Aunque no solamente reduciendo el dolor, lo que vale es una vida con cierta autonomía y libertad.

El morir dignamente es que se respete la dignidad del moribundo, hay casos en que el paciente anhela de alguna manera la muerte, pero por causa de la intromisión médica, protegida en un deber moral, el paciente debe soportar una degradación tan grande que no la iguala, lo terrible que podría ser el camino hacia la muerte, destruyéndose la dignidad de la persona, por lo cual éstas medidas ya no conservan un ser humano. Lo que debe preservar el médico es al ser humano integral y no solamente una mera existencia vegetativa.

Legalizar la eutanasia no equivale a decidir quién puede vivir y quién no. Tener derecho a ayudar a alguien a morir según su voluntad no implica poder asesinarlo en contra de su voluntad. El miedo al peligro de los abusos, a que la legislación evolucione de tal modo que el médico pueda matar al paciente en contra de su voluntad, es equivalente a creer que legalizar las relaciones sexuales o la prostitución fuera a llevar a legalizar las violaciones. La confusión entre eutanasia y asesinato en algunos debates parece provocada a conciencia como distracción ante la falta de argumentos de los que la prohíben.

En ese contexto, se ha elaborado el presente informe final del trabajo de investigación, el mismo que se encuentra estructurado de la siguiente manera:

El marco teórico, que comprendió el estudio de las bases teóricas que justifican y dieron sustento al trabajo de investigación, tales como la Derechos Fundamentales, Teoría de la Vida y Muerte Digna, Teoría del Delito, información recogida de la doctrina y la jurisprudencia constitucional y penal contemporánea.

Asimismo, **la metodología**, que involucro: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis estadístico de la información. Seguidamente, **los resultados**, donde a través de la presentación de los cuadros y gráficos estadísticos debidamente interpretados, se contrastó las hipótesis planteadas. A continuación, **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, por ejemplo, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluyo, en la última parte del trabajo, las **conclusiones**, las **recomendaciones**, la **bibliografía** consultada y, un segmento de **anexos**.

Finalmente en este apartado se incluyen algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos, los mismos que fueron utilizados en el proceso de contrastación de las hipótesis planteadas; siendo formulados de la siguiente forma:

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Problema general

¿Cuál es el tratamiento jurídico que debe de recibir el homicidio piadoso a fin de despenalizarlo del Código penal vigente al amparo de los fundamentos del Derecho Constitucional y Penal?

Problemas específicos

- ¿Cuáles son los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del homicidio piadoso (artículo 112) del código penal peruano vigente?
- ¿Cuál es la configuración político-criminal de la protección penal de la vida humana en nuestro ordenamiento jurídico?
- ¿Qué tratamiento jurídico ha recibido el homicidio piadoso en el Derecho comparado respecto a su despenalización, con el objeto de llegar a determinar si es posible su aplicación en nuestra realidad con la consecuencia modificaría del art. 112 del Código Penal Peruano?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Objetivo general

Analizar el tratamiento jurídico que debe de recibir el homicidio piadoso a fin de despenalizarlo del Código penal vigente al amparo de los fundamentos del Derecho Constitucional y Penal.

Objetivos específicos

- Explicar los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del homicidio piadoso (artículo 112) del código penal peruano vigente.
- Describir la configuración político-criminal de la protección penal de la vida humana en nuestro ordenamiento jurídico.
- Explicar el tratamiento jurídico que ha recibido el homicidio piadoso en el Derecho comparado respecto a su despenalización, con el objeto de llegar a determinar si es posible su aplicación en nuestra realidad con la consecuencia modificaría del art. 112 del Código Penal Peruano.

FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN:

Sí es posible establecer y justificar el derecho a la eutanasia en el Perú como consecuencia del derecho a la muerte digna; dentro de la concepción doctrinaria de la Constitución Política de 1993, pero sólo en su forma voluntaria, pasiva, y lenitiva, teniendo en cuenta los fundamentos de la dignidad humana y muerte digna.

VARIABLES:

- **Variable Independiente:** Muerte digna (“Derecho a la eutanasia”)

Indicadores:

- ✓ Interpretación constitucional
- ✓ Dignidad Humana

- ✓ Vida
- ✓ Derecho a la Vida
- ✓ Protección
- ✓ Intangibilidad
- ✓ Autonomía Individual
- ✓ Individualismo
- ✓ Límites
- **Variable Dependiente:** Despenalización del homicidio piadoso.

Indicadores:

- ✓ Doctrina constitucional
- ✓ Doctrina penal
- ✓ Derecho comparado
- ✓ Justificación
- ✓ Propuesta normativa
- **Variable interviniente:** Doctrina constitucional y penal

II. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Revisado las tesis sustentadas en la EPG-UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica de la despenalización del homicidio piadoso en Código Penal vigente.

Por otro lado debemos tener presente, que el problema de la eutanasia no es algo actual si no como vemos, en la antigüedad clásica, en Atenas y otras ciudades griegas, el Estado suministraba cicuta a quienes lo solicitaran explícitamente para poner fin a sus sufrimientos. Lo curioso es que la palabra eutanasia no se usaba para designar dichas acciones de ayuda a morir, sino que equivalía al “*felicivei honesta mortemori,*” de los Romanos.

Así también, la Eutanasia fue tratada ya por Sócrates, Platón y los Estoicos quienes la consideraban moralmente permisible, pero es en el siglo XX es cuando la polémica adquiere mayor fuerza, pues es en 1938 cuando se forma simultáneamente en Inglaterra y Nueva York la primera sociedad a favor de la eutanasia que posteriormente en 1988 cambio de nombre a Asociación Pro-Derecho a Morir, extendiéndose dichas asociaciones en Australia, Alemania, Japón, China, Filipinas, Israel, y otros países.

Diversos autores, nacionales y extranjeros, han realizado estudios sobre la Eutanasia, ya sea a favor o en contra de la regulación de la misma o de su

despenalización. Así tenemos juristas como Albin Eser, en Estudios de Derecho Penal Médico, concluye que debería eximirse de pena al facultativo que no inicia un tratamiento o lo interrumpe, siempre que sea a solicitud del paciente¹.

El tema de la Eutanasia ha sido tratado también desde el punto de vista de la muerte y no desde la perspectiva del Derecho a la Vida. Así tenemos a Jean Louis Baudouin en su obra *La ética ante la muerte y el derecho a morir* y a Xavier Hurtado Oliver con su obra “El derecho a la vida ¿y la muerte?”.²

Por su parte Jenny Teichman en su obra *Ética Social*, defiende la vida señalando que la asistencia paliativa afirma la vida y considera la muerte como un proceso normal ni la acelera ni la pospone³.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Acepciones y modalidades de eutanasia

Al respecto el ex profesor de la Universidad de Munich Claus ROXIN dice “Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones”⁴. En ese sentido el desaparecido profesor de la Universidad Pompeu Fabra y fundador de ella, CalsamigliaBlancafort sostenía “La eutanasia significa la inducción a la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la

¹ ESER, Albin. (2001). *Estudios de Derecho Penal Médico*, Editorial IDEMSA, Lima.

² BAUDOUIN, Jean Louis (1993). “*La ética ante la muerte y el derecho a morir*”, Edit. Herder, Barcelona. En: <http://www.infofilosofia.info/modules.php?name=Sections&op=printpage&artid=36>

³ TEICHMAN, Jenny (1998). *Ética Social*, Editorial Cátedra, Madrid.

⁴ ROXIN, Claus (1999). “*Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia*”, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html, consultado Junio 28 de 2011, p. 12.

reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal. El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida; si el enfermo no es terminal, entonces no es un caso de eutanasia”⁵. De las concepciones antes expuestas, podemos extraer las dos modalidades en que se ha venido entendiendo esta figura. Por un lado tenemos la eutanasia en sentido amplio entendida como “muerte sin dolor”, “muerte digna”, “muerte buena”, en la que no necesariamente existe la solicitud de muerte de la persona y la concepción restringida sinonimizada con la privación de la vida por el pedido mismo de la persona, para poner fin a sus sufrimientos⁶. De este mismo parecer fue el profesor CALSAMIGLIABLANCAFORT, quien manifestaba que existirá eutanasia si “a) se precipita la muerte; b) de un enfermo terminal; c) que la desea; d) con el objetivo de evitar un daño mayor; e) la acción u omisión la realiza una tercera persona”⁷.

En tal sentido, debemos dejar establecido que entre el homicidio a petición, homicidio pietista u homicidio eutanásico y la eutanasia en sentido estricto son sinónimos; sin embargo, con el concepto amplio de eutanasia, existe una sustancial diferencia.

En el primero caso existe la voluntad de la persona del paciente; mientras que en el segundo el sujeto pasivo no expresa dicha voluntad por estar en un estado de inconsciencia.

⁵CALSAMIGLIABLANCAFORT, Albert (2002). “Sobre la Eutanasia”, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf, consultado Junio 29 de 2010, p. 345.

⁶BARQUÍN SANZ, Jesús (1998). “*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*”, En: Eutanasia y Suicidio, Editorial Comares, Granada, p. 157.

⁷CALSAMIGLIABLANCAFORT, Albert. Ob., Cit., p. 345.

Asimismo, se requiere que en la eutanasia la persona (a la cual se le priva de su vida) esté sufriendo una enfermedad terminal. Estas definiciones diferencian el concepto de eutanasia, con el de ayuda al suicidio contenido en el artículo 113° de nuestro Código Penal⁸, pues en esta figura la persona no se encuentra sufriendo enfermedad alguna.

2.2.2. La eutanasia desde el punto de vista de la dignidad humana.

El artículo 1° del Capítulo I referente a los Derechos Fundamentales de la persona, del Título I De la Persona y la Sociedad, de la Constitución Política de 1993, señala que: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado". Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social.

En ese sentido fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.

Por su estructura, el artículo primero puede ser analizado desde diferentes teorías de los derechos fundamentales y de los métodos de interpretación

⁸Artículo 113.- Instigación o ayuda al suicidio El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco, si el agente actuó por un móvil egoísta".

constitucional. Así, desde una concepción liberal clásica de los derechos del hombre, la defensa de la persona está inserta en un status negativo de la persona humana. Esta posición estática de los poderes públicos, es propia de la primera hora del constitucionalismo abstencionista del Estado. En virtud de la cual, se asume desde entonces que la persona humana autónomamente y en el seno de la sociedad civil, cuenta con las capacidades y potencialidades por sí misma para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Bajo esta concepción aparecen los derechos de primera generación, que son aquellos derechos de defensa de los clásicos derechos a la vida y a las libertades personales frente a las autoridades del Estado; a quienes se les exige que se auto limiten y no intervengan en la esfera de los derechos individuales. Por ello, en esta fase se consagra el principio de la autonomía de la voluntad de la persona, según el cual: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni está impedido de hacer lo que ella no prohíbe", según prescribe el artículo 2° inciso 24 párrafo a de la Constitución Política del Perú.

Contemporáneamente, sin embargo, esta clásica concepción de la persona humana, sólo se puede entender a cabalidad en el marco de la segunda parte del mencionado artículo primero; es decir, integrándola a la dignidad de la persona humana, desde una perspectiva de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional propia de la teoría institucional.

En este entendido, el respeto a la dignidad humana se encuadra, en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales del constitucionalismo social, que partiendo de un status positivo de la libertad; reconoce que todas las

personas tienen tanto las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, como que también, para ello cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados.

En esta perspectiva humanista a decir de Enrique Bernalés Ballesteros: "... la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal, como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia..."⁹ Pues así, la dignidad adquiere una dimensión individual y social, orientada a la libertad de la persona; con lo cual la dignidad funda y se inserta en la esfera de lo jurídico-político. En ese sentido la dignidad se convierte en un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva, que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía.

Pero, la dignidad no sólo es un valor y principio constitucional, sino también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y la sociedad, sino también de fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, la dignidad de la persona humana se proyecta no sólo a la defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre, la misma que sólo puede ser entendida a cabalidad en el marco de la teoría institucional.

⁹ BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993 – Análisis Comparado* 5ta. edición, Editorial RAO S.R.L., Lima, p. 21.

La dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto. Lo cual es una virtud para la dogmática, pero a su vez una dificultad para la jurisprudencia; por cuanto un mismo acto o decisión gubernamental puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros, por ello la interpretación constitucional de un caso de la afectación o no de la dignidad de una persona es constitutiva no sólo de concepto, sino también de ejercicio legítimo del mismo.

Por ello, si bien a priori se puede partir de una idea general de dignidad humana, como concepción del hombre en tanto persona, en la cual se corporeizan los más altos valores espirituales y costumbres éticas individuales y comunitarias, constituyendo un principio y un límite de actuación de todas las personas, la sociedad y el Estado.

Resulta más comprensible encontrar un concepto de la dignidad de la persona humana cuando éste se viola, por actuación consciente o inconsciente del Estado, la sociedad o los particulares que produce positivamente u omisivamente daños a los valores innatos de la persona humana, codificados en la conciencia jurídica y social.

El concepto de dignidad humana se concretiza cuando se vincula con los derechos fundamentales: lo cual no significa que la tutela de la dignidad sólo se pueda visualizar en relación a una afectación de un derecho constitucional concreto. Así, si bien la dignidad opera como una cláusula interpretativa, también es protegible por sí misma, en tanto es principio constitucional y derecho fundamental justiciable.

2.2.3. La dignidad y los derechos fundamentales

La dignidad está estrechamente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos el doble carácter de los derechos fundamentales: como derechos de la persona y como un orden constitucional; de modo que, "los derechos individuales son la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos". En este sentido, la dignidad opera no sólo como un derecho individual, sino también como un límite de los derechos; lo cual se traduce en un deber general de respetar los derechos ajenos y propios¹⁰.

Para que se configure el carácter de derecho objetivo, requiere de la actuación del Estado para la protección y el desarrollo del mismo. A partir de esta concepción de dignidad se desarrolla la categoría de los límites del legislador en relación a la dignidad, subordinando la vieja tesis de la reserva de ley por la nueva tesis central de contenido esencial

La dignidad incide, pues, directa o indirectamente en las funciones de los derechos fundamentales establecidos y no sólo en la abstracta norma constitucional. En ese sentido, el dominio y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia a todo derecho fundamental¹¹.

¹⁰ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor (2009). *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Juristas Editores, Lima, p. 23

¹¹ *Ibidem*.

A juicio de Villa Stein es preciso afirmar que “Al codificador se le pasó por alto la eventual anticonstitucionalidad del tipo penal creado, pues la Constitución de 1997, consagraba en su Art. 2 **“el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad”** y este derecho constitucional, se ve atacado en la hipótesis de una agonía o muerte indigna”¹²

En esta misma perspectiva el mismo autor señalado anteriormente hace un análisis exhaustivo al llegar a la siguiente conclusión: “Respecto de la Constitución de 1993, ocurre otro tanto, pues en este caso se colisiona el tipo penal de homicidio pietista, con lo dispuesto con el Art. 1 de la Constitución Política que consagra “La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”

Pues se mata por piedad y en precisa salvaguarda de la vida y muerte digna, este acto de supremo amor no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez. Debemos tener en cuenta que el Art. 2 del estatuto peruano asimismo defiende el libre desarrollo de la persona, derecho que igualmente se pone a salvo en la dogmática pero justa hipótesis del homicidio por piedad.

El maestro español Enrique Gimbernatordeig, haciendo un análisis minucioso del derecho penal vigente en España, llega a la siguiente conclusión: “...Que no obstante ser el homicidio piadoso, formalmente típico, no son punibles...”¹³ y nos dice además que “...ello es así porque, en los supuestos que nos ocupan, la acción

¹²BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. Cit., p. 127.

¹³GIMBERNATORDEIG, Enrique (1990). *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 52.

eutanásica es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la Constitución Española”¹⁴

Además, sostiene en primer lugar, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1 CE), pues frecuentemente la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige. Además cuando así el paciente lo solicita, mediante la eutanasia, se protege también la dignidad a la persona (Art. 10.1 CP), pues nadie puede estar más legitimado que el propio afectado para decidir en una situación límite donde está la dignidad: en seguir luchando por la supervivencia o en renunciar a los cables, las sondas y los instrumentos de las unidades de cuidados intensivos, para poder morir en paz.

En esa misma perspectiva se pronuncia Enrique Bacigalupo en la segunda edición de sus importantes estudios sobre la parte especial del derecho penal, pues en donde socorre a la tesis de la atipicidad de la eutanasia precisando que: “...en verdad, el fundamento debería encontrarse en el derecho del paciente a una muerte digna, es decir sin sufrimientos inhumanos”¹⁵

Por su parte Bacigalupo, más convincente argumenta dentro de esta misma línea que: “en las soluciones intentadas a los casos de eutanasia piadosa se le excluya del derecho penal pues se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma, pues no puede ser ni el sentido ni el fin de esta obligar al médico a omitir todo tratamiento contra el dolor en el caso de los moribundos...”¹⁶

¹⁴ *Ibíd.*, p. 53.

¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1994). *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da. Edición, Editorial AKAL, Madrid, p. 20.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 21.

En tales supuestos falta el sentido social del suceso propio de una acción de homicidio, que reemplazar las causas dolorosas de una muerte por causa no dolorosa no importa la realización del tipo de homicidio.

Más concretamente plantea Bacigalupo como resolver la cuestión de la posición de garante del médico frente al enfermo que exige la muerte, diciendo que: “La voluntad del paciente, excluye completamente el deber del médico cuando aquel rechaza en forma autorresponsable la prolongación posible de la vida mediante una terapia o la continuación de la misma”¹⁷

En estos casos la omisión del médico de continuar no cumple con el tipo del homicidio por omisión, ni tampoco con el de ayudar al suicidio. Contra la voluntad del paciente no hay posición de garante del médico. En general pues, la eutanasia debiera descriminalizarse e incluir la hipótesis de este dramático género de necesidad en el Art. 20 del Código Penal como un estado de necesidad exculpable.

2.2.4. El bien jurídico “vida” en la Constitución Política y en el Código Penal

El bien jurídico protegido en este tipo penal no es cualquier vida, sino “la vida no deseada por su titular”¹⁸, “en este aspecto el legislador pudo estar influido por la idea de que el paso de la vida a la muerte constituye una decisión que cada

¹⁷ Ibid., p. 110.

¹⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1996). “*Homicidio y sus formas (Y III): Suicidio y Eutanasia*”, en: Derecho Penal. Parte Especial, 2da. Edición, editora Tiran Lo Blanck, Valencia, p., 77. Son interesantes las palabras de este jurista cuando afirma “El Código hace una valoración como fenómeno biológico, al margen de su consideración como derecho emanado de la dignidad de la persona (...) lo que se tutela aquí no es otra cosa que el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular”.

cual debe tomar personalmente y que no puede dejar en manos de un tercero”¹⁹. Interesantes son las reflexiones el profesor Carbonell Mateu, cuando señala que el problema a valorar en este primer presupuesto, es si el bien jurídico protegido en este tipo penal, corresponde o no al bien jurídico “vida”, en sí tutelado por la Constitución²⁰. Al respecto dice el autor “Se ha destacado la necesidad de interpretar todos los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución, de acuerdo con los criterios derivados del libre desarrollo de la personalidad. Se trata, en fin, de no realizar una interpretación contradictoria entre la vida y libertad, sino de considerar que los valores se integran mutuamente, de manera que no pueden aparecer como contrapuestos”²¹. Razón tiene Valle Muñiz cuando señala que todos estos derechos fundamentales, derivan de la dignidad intrínseca de la persona humana²².

La eutanasia voluntaria involucra necesariamente que el bien jurídico “vida” que establece el artículo 2º inciso 1 de la carta magna, sea interpretado en correspondencia con su “libre desarrollo de la personalidad” que se establece en este mismo cuerpo normativo; ambos como proyecciones de la dignidad intrínseca de la persona.

Siguiendo este pensamiento, si analizamos desde un punto de vista teleológico el artículo en comento, debemos darle la razón –una vez más- al profesor Carbonell Mateu cuando señala “Una interpretación integradora de vida y libertad (...) a la luz del libre desarrollo de la personalidad, obliga a considerar

¹⁹ESER, Albin (1990). *Derecho Penal, Medicina y Genética*, Editorial Idemsa, Lima, p. 42.

²⁰En la forma como en el fondo, tanto la Constitución española como la peruana son similares respecto a la tutela del bien jurídico “vida”.

²¹CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit., p. 78.

²²VALLE MUÑIZ, citado por CARBONELL MATEU. *Ibíd*, p. 79.

que sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido.

En otras palabras la vida es un derecho, no un deber (...)”²³; sin embargo, añade el autor “Una concepción como la que aquí se mantiene conduce a rechazar que la Constitución imponga al ciudadano deberes basados en valores independientes de su libertad y su dignidad. En ese sentido, debe rechazarse la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular”²⁴.

Desde mi modesto punto de vista, considero acertadas estas ideas, por cuanto el derecho a vivir o bien jurídico “vida”, no debe ser entendido unilateralmente en el sentido positivo, como el derecho deseado a vivir, sino que el mismo –por libre desarrollo de la personalidad y como proyección de la dignidad intrínseca- debe abarcar su lado negativo como el derecho a morir que tiene y ostenta cada persona²⁵.

Considero que si los bienes jurídicos han sido redactados bajo la hipótesis de su configuración en contra de su titular, por las mismas razones, cuando es el mismo titular del bien jurídico quien consciente una privación de su vida (bien jurídico este que si bien es cierto es uno de aquellos no disponibles, sin embargo, por estar el mismo en un grado de afectación avanzado, se torna disponible para

²³Ibíd. p. 78.

²⁴Ibíd. p. 79.

²⁵En ese mismo sentido el profesor CARBONELL MATEU manifiesta “Por consiguiente, la vida impuesta contra la voluntad de su titular no es un valor constitucional ni puede configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal”. En ese mismo sentido JAKOBS, cuando señala “(...) el Estado es garante de las condiciones externas para ello: la protección, la previsión y las prestaciones del Estado no sólo garantizan la supervivencia, sino también la calidad de vida”. *Vid.*, JAKOBS, Günther (2000). *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Palestra Editores S.R.L., Lima, p., 309.

su titular), el comportamiento no debe formar parte de la esfera penal, para quien ejecuta directamente la solicitud de la persona.

Es obvio que el pedido del paciente, debe tener ciertos requisitos, de lo contrario estaríamos propiciando lagunas de punibilidad y esta práctica se realizaría de manera irracional y hasta clandestina por personas en busca de uno u otro interés²⁶.

2.2.5. El Derecho Penal y la despenalización del homicidio piadoso.

La despenalización del homicidio piadoso (art. 112 del C.P.) encuentra su fundamento en el concepto de calidad de vida y el llamado derecho a morir.

Debemos de tener en cuenta que la vida humana tiene que tener ciertas condiciones para poder desarrollarnos como los seres humanos que somos, en ese sentido estaría justificado la práctica de la eutanasia frente a un enfermo incurable que no puede llevar a cabo una vida con un mínimo de calidad.

Es menester considerar que la capacidad de la autonomía es un referente válido para afirmar la licitud ético – jurídico de la eutanasia. Es así que califican la decisión eutanásica como decisión de carácter personal, que solo y únicamente incumbe al individuo y que se incluye dentro de la esfera que abarca la autonomía. Si bien se puede apreciar diversos matices en cada una de ellas. En ese sentido, la única función que el Estado tendría es la de establecer los mecanismo y

²⁶En el mismo sentido se ha pronunciado en profesor Albin ESER, al señalar “Si bien este punto de vista tiene su razón de ser, sobre todo para evitar que se apele de forma abusiva a una supuesta petición de morir de la víctima; lo cierto es que también dificulta la posibilidad de que un médico que actúe de buena fe auxilie a morir a un paciente con la finalidad de calmar sus dolores”. *Vid.* ESER, Albin. *Derecho Penal, Medicina y Genética*. Ob., Cit., p. 41.

procedimientos adecuados para garantizar que se respete esa voluntad, puesto que la libertad presenta la norma de clausura del sistema de derechos fundamentales y concibieron el derecho a la vida como un derecho de libre disposición por parte de su titular.

La vida de una persona que sufre de una enfermedad terminal ha venido a ser inútil no sólo para su familia, sino que además para la sociedad y para el mismo paciente.

Una persona sana no debe cometer suicidio puesto que tiene muchos deberes para con su familia, la sociedad y su propio desarrollo. Por el contrario, una persona que sufre de una enfermedad terminal no tiene ya más deberes que cumplir, sencillamente porque se encuentra en incapacidad de hacer algo por sí misma o por los demás.

Nadie saca ningún provecho de que su vida continúe, cargada como está con el peso del sufrimiento. Por lo tanto es razonable afirmar que dicha persona se encuentra justificada para poner final a su propia vida, por su propia cuenta o con la ayuda de los demás.

Cuando uno se encuentra ante dos males, necesariamente tiene que escoger el mal menor. La prolongación de un sufrimiento inútil es un mal mayor que el procurarse una muerte inmediata, que de todas maneras pronto iría a sobrevenir.

Afirma Raúl Peña Cabrera que: “Resulta inhumano e insensato conservar en vida a un paciente terminal cuando él ya no quiere vivir más, y una simple

inyección podría poner fin a su lamentable estado, sin dolor (una muerte sin sufrimiento)...”²⁷

Una persona que no cree en Dios puede razonablemente concluir que el hombre es el dueño de su propia vida. En consecuencia, puede decidir libremente poner fin a su propia vida, por su cuenta o con la ayuda de otros, cuando ya no tiene más deberes que cumplir con respecto a su familia y a la sociedad.

La libertad del hombre para obrar no debe cohibirse a menos que haya razones convincentes de que su libertad entra en conflicto con los derechos de los demás. Ahora bien, no puede demostrarse tal conflicto en el caso del enfermo terminal. Por tanto tal persona tiene el derecho a morir como ella escoja.

La eutanasia voluntaria positiva es un acto de delicadeza para con la propia familia y para con la sociedad, ya que el enfermo terminal decide no seguir siendo oneroso para ellos prolongando su enfermedad, con los consiguientes costos y todo el trabajo de cuidar a un paciente enfermo de gravedad. Es mejor liberar los escasos recursos médicos y financieros para que se empleen en curar a aquellas personas que pueden llevar una vida útil.

Si se llegara a derogar el art. 112 del C.P. peruano, se deberían tener en cuenta los siguientes aspectos:

El testamento en Vida (o testamento vital) : es un documento en el que el interesado expresa sus voluntad sobre las atenciones médicas que desea recibir en

²⁷ PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Ediciones Jurídicas, Lima, p. 164.

caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que le haya llevado a un estado que le impida expresarse por sí mismo.

Puede realizar su propio testamento vital personalizado, con las indicaciones y razonamientos que considere pertinentes. De este tipo de documentos existen muy variadas versiones, existen fundaciones en muchos países que asesoran a cualquier persona sobre este aspecto, de acuerdo con las leyes vigentes en cada país.

Los argumentos que podrían estar a favor de ello pueden ser: El promedio de esperanza de vida ha aumentado enormemente en los países más prósperos. (Y aún en países menos prósperos, como el nuestro) Ello nos beneficia mientras gozamos de un buen estado de salud. Pero sin embargo los avances médicos, que han supuesto una gran mejora para la salud, pueden servir también para alargar el proceso de la muerte. En teoría, se necesita nuestro consentimiento para que se nos administre un tratamiento, pero la mayoría de la gente acepta automáticamente lo que el médico le suministra. Hay quien pasa meses, incluso años, con una calidad de vida tan pobre que llega a desear vehementemente morir.

Por su parte el penalista Hurtado Pozo expresa que: “La aplicación continuada de medios extraordinarios para alargar la vida (¿o la agonía?) es una violación de los derechos constitucionales del paciente (o quien lo represente) sería ir contra la dignidad de la persona y contra su intimidad...”²⁸

²⁸ HURTADO POZO, José (1995). *Manual de Derecho Penal Parte Especial – Homicidio*, Editorial Jurista Editores, Lima, pp. 173 -174.

Por lo tanto, si se hablase de pacientes mentalmente incapacitados para tomar una decisión de este tipo, ésta debe apoyarse en el principio de subrogación para proteger los derechos de autodeterminación y el bienestar del afectado directamente. Sin embargo, aquí podría caerse en el horroroso camino de decidir quién y cómo vive alguien al poder plantear la ley que si una persona no puede volver a tener una existencia "normal" consciente, íntegra y útil (en los mejores términos del utilitarismo), significaría que sólo una vida "normal, íntegra y útil" es digna de protección legal.²⁹ Serían los riesgos de las personas de determinada edad, o los llamados desechables. Más aún la pérdida de confianza en el médico o personal de la salud. A esto se contraponen que el simple hecho de que las funciones del paciente sean limitadas o que el pronóstico médico sea negativo, no implica que pueda disfrutar de lo que le queda de vida, ni que todos tengamos que ser homogéneos.

Al prolongarse inútilmente la agonía de una persona, se pone a la familia en situaciones que podrían llamarse inhumanas, se pueden destacar, en el país, los costos de tener una persona en unidad de cuidados intensivos, que fácilmente ascienden a \$1.500.000.00 diarios, costos que difícilmente pueden sufragar familias de escasos recursos, (que entre otras, son el 80 % de la población peruana, según datos optimistas) estos gastos, dan, por lo general, al traste con la economía familiar, no son difíciles de encontrar situaciones en las que la familia queda en la ruina por destinar todos los recursos disponibles en la atención de quien irremediamente iba a morir. Definitivamente, en este país enfermarse es un lujo costoso.

²⁹ Ibidem

El ejemplo anterior lo que nos muestra es una realidad tangible en nuestro país, donde la práctica de la medicina se ha deshumanizado como producto de una sociedad de economía capitalista salvaje, donde, prima el capital sobre la vida.

En muchos casos se alude que mantener una persona "que de todas formas se iba a morir" supondría una carga social y económica para la sociedad mantener con vida a esos seres tan deficientes. Hemos considerado que así como se dedican grandes presupuestos para la guerra interna en el país, se deben dedicar mínimos recursos para atender a estos desafortunados y darles un resto de vida digna o un camino hacia la muerte más digno. Pero que sea el estado quien atienda estas necesidades.

Si se legisla sobre la eutanasia (cosa no fácil de lograr), ésta legislación debe ser lo suficientemente amplia y clara para que quepa la posibilidad de que cada caso (por ejemplo el de la persona que padece una enfermedad incurable, dolorosa e irreversible; o el del cuadripléjico lucido a quien ya no le importa vivir) presenta sus propias y peculiares dificultades.

2.2.6. La muerte digna: Alcances doctrinarios

2.2.6.1. Presentación del tema

Es menester para una persona ligada al campo jurídico – legal tener que empezar a debatir subjetivamente un tema tan polémico como es **“la posible aplicación de la Eutanasia o muerte piadosa”** y tratar de plasmar objetivamente conclusiones para justificar su despenalización de nuestro ordenamiento jurídico.

El interés por profundizar un trabajo relacionado a este tema, surge hace algunos años aproximadamente, cuando un familiar directo tuvo que soportar una cruel enfermedad cancerígena que por más de dos años lo postró en cama y cuya etapa terminal duró seis meses que nunca olvidaré, antes nunca había experimentado la magnitud del daño a la persona física y el deterioro de su dignidad, este hecho marcó para siempre el modo de ver las cosas en torno a lo que entendía por vida humana y al valor que tiene una muerte digna en ciertos casos en la actualidad. Muchos autores que han escrito sobre el tema sostienen que quienes creemos en un Dios personal, en especial los católicos, tenemos un motivo para rechazar la eutanasia. Pues teniendo en cuenta la religión la eutanasia implica matar a un ser querido por Dios, quien vela por su vida y su muerte³⁰, pero acaso esto es criterio absoluto para no tener una muerte digna?.

Es confuso el panorama en un primer momento al tener que contrapesar la vida humana y por otra parte la dignidad de esta. Creo que necesariamente debemos conceptualizar o al menos definir que entendemos por vida humana y a partir de esta, definir también la vida en dignidad de la persona. Es entonces necesario tocar el tema del Derecho a la Vida y por otro lado la Eutanasia.

Es la muerte digna un remedio acaso para terminar con un sufrimiento y dolor incesante?, Justifica su aplicación el hecho de no tener que ver seguir sufriendo a un familiar? Es acaso la única cura que termine con el dolor de la enfermedad terminal?, Debería aplicarse la eutanasia (activa) en nuestro país?. Son muchas las interrogantes que desde ya surgen en torno al tema materia de análisis, por lo que

³⁰ RODRÍGUEZ ITURRI, Roger (1997). *El derecho a amar y el Derecho a morir: Entre la vida y la muerte*, Fondo Editorial PUCP, Lima. p. 309.

en un primer escenario trataremos de definir lo que se debería entender por Eutanasia y sus diferentes variantes y/o su clasificación:

¿Qué es la eutanasia?, el Dr. Quintano Repolles la define como la acción de acortar voluntariamente la vida de quien, sufriendo una enfermedad incurable, la reclama insistentemente para hacer cesar sus insoportables dolores³¹. Es pues este fundamento el más pertinente quizás para solicitar la aprobación de la eutanasia en todos los países que aún no la regulan, o que la hacen pero indirectamente; fundamento que es muy válido y a la vez coherente ya que en los casos de enfermedades terminales - incurables que tienen características aberrantes, decidir seguir viviendo es darle paso a una muerte lenta pero dolorosa.

Debemos tener en cuenta además que se hace referencia a una manifestación de voluntad del sujeto (llámese paciente) el cual como es lógico, debe aún tener las facultades para decidir y disponer que es lo que quiere en verdad, no en los casos en que ya ha avanzado la enfermedad y dicho sujeto podría encontrarse durante las 24 horas del día bajo los efectos de “medicamentos” (en realidad drogas alucinógenas como la piridina o morfina).

Por eso es sumamente necesario tener en cuenta el límite de la voluntad del sujeto – paciente para la decisión de estos casos. Existe una extensa discusión acerca del derecho a la muerte (eutanasia), es decir a una muerte sin sufrimientos extremos. Creo que es de impecable acierto la definición del Dr. Martín Diego Farrel quien a través de una argumentación simple sostiene que por eutanasia se

³¹ MARCOS DEL CANO, Ana María (1999). *La Eutanasia. Estudio Filosófico, Jurídico*, Ediciones Jurídicas y Sociales - Marcial Pons, Madrid, p. 94.

entiende “privar de su vida, sin sufrimiento físico a otra persona, a su requerimiento y en su interés”³².

Como se venía diciendo uno de los fundamentos de la práctica de la Eutanasia es pues terminar con el sufrimiento de una persona (suponemos en los casos de enfermedades terminales), pero teniendo en cuenta que éste sujeto – paciente deberá prestar su requerimiento e interés. El concepto eutanasia entendida por la iglesia católica es más estricta, ya que sostiene que esta es el llamado “homicidio por compasión”, es decir, el causar la muerte de otro por piedad ante su sufrimiento o atendiendo a su deseo de morir por las razones que fuere.

Luis Fernando Niño-Juez Penal y Jurista Argentino-, habla sobre el derecho a morir, basado en la autonomía individual³³. “La terminación de la vida puede suceder por algún accidente, por alguna enfermedad mortal, por agotamiento, o por la voluntad del mismo ser vivo”. Si el hombre no decide el momento y las circunstancias de su muerte, entonces son el azar o las circunstancias incontrolables.

Debemos necesariamente tratar de definir una palabra que en materia de Derecho es tocada constantemente, sin embargo cuando pensamos en una conceptualización se torna un poco difícil, esto es pues lo que entendemos por “Vida Humana”, normalmente ante la pregunta que es la vida? Se imagina automáticamente una respuesta vaga y simple como: “un conjunto de procesos y/o etapas desde el nacimiento hasta la muerte”, de lo que se puede colegir que por

³²FARREL, Martín Diego (1985). *La Ética del Aborto y la Eutanasia*, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 174.

³³ NIÑO, Luis Fernando (1994). *Eutanasia Morir con Dignidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 27.

muerte debemos entender un proceso natural de todo ser vivo, en donde la vida llega a su término. Pero es de tenerse en cuenta para dichas definiciones el carácter moral de la misma, el nivel moral supone una dimensión especial de eso que se denomina habitualmente “calidad de vida”.

El concepto tiene una referencia en los medios materiales necesarios para alcanzar un nivel suficiente de desarrollo orgánico y mental, de realización de posibilidades mediante recursos adecuados; creemos al igual que la Dra. Boladeras que para hablar de vida humana debemos tener en cuenta un conjunto de características definitorias de la existencia personal. Con la denominación de “indicadores de la condición humana” es decir los siguientes aspectos: (conciencia de sí, dominio de sí, sentido de futuro, sentido de pasado, capacidad de relacionarse con otros, preocuparse por otros, comunicarse, tener curiosidad).³⁴ Por lo que el concepto de “vida humana” incluye necesariamente este amplio abanico de referencias.

En teoría se distingue entre variantes o especies de la eutanasia, es así como encontramos una activa y otra pasiva, la primera implica un acto tendiente a concluir con la vida del enfermo para terminar con sus sufrimientos, mientras que la segunda consiste en un no hacer, es decir una abstención en agotar todos los recursos de la ciencia, es decir “La distanasia” (proviene del griego "dis", mal, algo mal hecho, y "thánatos", muerte) es etimológicamente lo contrario de la eutanasia, y consiste en retrasar el advenimiento de la muerte todo lo posible, por todos los medios, proporcionados o no, aunque no haya esperanza alguna de

³⁴BOLADERASCUCURELLA, Margarita (1999). *Bioética – La vida y la Muerte*, Editorial Síntesis, Barcelona, p. 81.

curación y aunque eso signifique infligir al moribundo unos sufrimientos añadidos a los que ya padece, y que, obviamente, no lograrán esquivar la muerte inevitable, sino sólo aplazarla unas horas o unos días en unas condiciones lamentables para el enfermo.

Tengamos en cuenta entonces los siguientes conceptos que se puede apreciar en torno a la clasificación de la eutanasia hecha por la Doctrina³⁵:

Según su finalidad:

- **Eutanasia eugénica:** por razones de "higiene racial", libera a la sociedad de los enfermos que son una carga. este tema no merece el mayor análisis por no estar relacionado a las conclusiones del presente trabajo.
- **Eutanasia piadosa:** es la que se practica con el fin de aliviar los dolores y sufrimientos a un enfermo. En efecto es pues este tipo de eutanasia el que será materia de análisis profundo y minucioso relacionado al caso peruano.

Sus medios:

- **Eutanasia positiva:** es aquella en que el agente de manera directa y positiva actúa sobre la persona enferma provocándole la muerte.
- **Eutanasia negativa:** el agente deja de hacer algo que permite proseguir con la vida del paciente.

³⁵CARDENAL NARCISO, Jubany Arnau (2006) "*100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos*", en sitio web: <http://www.conferenciaepiscopal.es/ceas/documentos/eutanasia.htm#>, consultado octubre 24 de 2007.

Sus intenciones:

- **Eutanasia directa:** cuando en la intención del agente existe el deseo de provocar la muerte directamente del enfermo.
- **Eutanasia indirecta:** consiste en la muerte no querida en su intención que sobreviene a causa de los efectos secundarios del tratamiento paliativo del dolor.

Su voluntariedad:

- **Eutanasia voluntaria:** es la que solicita el paciente de palabra o por escrito.
- **Eutanasia involuntaria:** es la que se aplica a los pacientes sin su consentimiento.

2.2.6.2. Argumentos que justifican su implementación en la normatividad nacional.

Está basada en las claras y evidentes dos posiciones contrapuestas en torno a este tema; por un lado aquellos que creen conveniente su aplicación en nuestro territorio peruano por ende la aprueban y de otro, los detractores que niegan su implementación normativa y aplicación. En este punto no haremos una copia y/o transcripción de lo que está ya plasmado en los libros, sino trataremos de analizar los argumentos más relevantes tratando de encontrar la justificación de dicha afirmación y las conclusiones a las que se quiere llegar. Teniendo en cuenta además que en la doctrina nacional y extranjera, son muy comunes o similares las tesis a favor y en contra de la Eutanasia; de entre las cuales es necesario tener que mencionar y explicar los siguientes argumentos que la justifican:

A.- Empecemos analizando uno de los criterios muy usados constantemente para justificar la aplicación de la eutanasia es la calificación de ésta como “un acto humano para con el enfermo” considero que también lo es para la familia y la sociedad, ya que el enfermo terminal decide no seguir siendo oneroso para ellos, prolongando su enfermedad, con los consiguientes costos y todo el trabajo de cuidar a un paciente enfermo de gravedad. Es mejor liberar los escasos recursos médicos y financieros para que se empleen en curar a aquellas personas que pueden llevar una vida útil³⁶.

Este es quizás uno de los fundamentos que secundaria y conjuntamente con la dignidad de la persona serían aprobadas en pro de su aplicación, ya que cuando se habla del “enfermo” nos imaginamos a una persona que simplemente sufre cierta deficiencia en su aspecto físico y/u orgánico, lo cierto es que si nos pondríamos a analizar las etapas de una enfermedad terminal nos daremos con la sorpresa que la denominada enfermedad se convertirá en una crónica o grave, en la que solo queda esperar a la muerte como cura del dolor, es pues, esta etapa la que nos hace reflexionar del sentido de la vida, es decir si es o no necesario seguir manteniendo en “vida” a alguien que sabe que pronto dejara de existir, pero que desea no se siga prolongando su existencia y que alguien humanamente lo ayude a terminar con ese dolor. Debemos tener en cuenta además los gastos o costos que implica tener a un desahuciado en casa, es decir una persona que en cualquier momento dejará de ser el mismo y se convertirá seguramente en un adicto al

³⁶CARDENAL NARC, Nazmy y VILLARROEL WILLIAMS, K. (1996). Escuela Universitaria de la Cruz Roja. Terrassa, Barcelona, en <http://www.agoradenfermeria.com/CAST/num003/vida.html>, consultado agosto 06 de 2011.

calmante, ya que la enfermedad lo dominará y no lo dejará hasta que paralice su corazón o su cerebro.

B.- Muchos autores reconocen que el ser humano así como tiene un derecho a la vida, puede tener un derecho a la muerte? Este derecho posiblemente sería una consecuencia fundamental de la libertad del ser humano, de su autonomía, de su derecho a una dignidad personal y a que no se le someta a tortura o tratos inhumanos³⁷.

Desde este punto de vista tenemos que tener en cuenta que históricamente se ha formulado tres únicas excepciones al derecho a la vida, aceptadas tradicionalmente al principio general de protección de la vida humana: *la legítima defensa, la guerra justa y la penas capital, impuesta por autoridades del Estado*, en ese sentido no es descabellado pensar en su aplicación teniendo como base la dignidad de la persona, en ese sentido es totalmente pertinente hablar de la teoría que nos explica la Dra. Boladeras, cuyo texto está ampliamente relacionado con la dignidad de la persona, es decir, el desarrollo de las funciones del organismo humano en forma completa y su mantenimiento en las mejores condiciones es el elemento primordial para toda persona y su despliegue como ser trascendente; “el bien no está en vivir sino en vivir bien”, el sabio vive mientras deba vivir y siempre calibrará la vida en cuanto a su calidad, nunca en cuanto a su cantidad³⁸, el panorama que se nos presenta a favor de la aplicación de la eutanasia esta vez es más fuerte y consistente a mi parecer, ya que tenemos como base un derecho a la dignidad que es fundamental tanto como la vida misma.

³⁷GAFO FERNÁNDEZ, Javier (1999). *Eutanasia y ayuda al suicidio – mis recuerdos de Ramón Sampecho*, Descleé de Brouwer Editorial, Bilbao, p. 150.

³⁸BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. Ob. Cit., p. 81.

Muy bien destaca la autora citada cuando diferencia entre “vivir” y “vivir bien”, ya que un ser humano para su desarrollo en este mundo necesariamente requiere un conjunto de condiciones para poder desarrollarse como persona y adquirir el temple y el nivel moral que le corresponde, gracias a su espíritu de superación y a su capacidad creativa, ha logrado perfeccionar sus conocimientos y alcanzar un tipo de ciencia que contribuye de forma decisiva a la dinamización de sus procesos de aprendizaje y al dominio de la naturaleza, tanto exterior al hombre como la que le da existencia. Es necesario traer a colación el término “calidad de vida” que nos señala la autora citada para intentar objetivar los aspectos relevantes para la evaluación de una vida humana buena.

Hasta este punto, haciendo un pequeño resumen, considero justificable la aplicación de la eutanasia en ciertos casos, teniendo como principal argumento no solo la dignidad, sino el vivir bien y la calidad de vida que deben tener las personas, se cumple acaso con estos fundamentos cuando vemos en los hospitales enfermos terminales quejándose y gritando de dolor para que alguien por lo menos se compadezca y les calme el durísimo dolor?, es necesario resaltar la intervención del médico en éstos casos, no como sujeto activo de la eutanasia activa sino en el caso de la pasiva (distancia), a mi criterio personal considero que los médicos se han robotizado y acostumbrado al quejido y lloriqueo de los enfermos terminales, quienes ya no sienten nada por ellos y los tratan algunas veces como objetos inservibles que esperan su pronta muerte para callar, al respecto he tenido la mala fortuna de toparme en la realidad con un profesional de la medicina que en los casos descritos hacía comentarios bromistas delante de estas personas que no saben qué hacer por el horroroso dolor.

Considero que para el análisis de la implementación de la eutanasia en el Perú necesariamente tendremos que recurrir a médicos “de verdad” que entiendan que los quejidos, gritos y lloriqueos en los hospitales no provienen de un objeto o cosa sino de una persona tan igual como ellos y que en muchos casos es mejor adelantar la muerte de una persona que en realidad ya tiene el alma muerta.

C.- Ya que traemos a colación el caso de las enfermedades terminales (ejm. Cancerígenas en cuarta etapa) cuando el paciente es desahuciado por su médico de cabecera, quedándole al paciente tan solo esperar su muerte, es lógico pensar que esta persona ya no tiene ninguna utilidad para su familia o para la sociedad, es decir contrario sensu que nosotros las personas que nos encontramos bien de salud tenemos un sin número de obligaciones en esta vida.

Por lo tanto, no se justifica un suicidio; en el caso del enfermo ya no hay obligaciones o deberes que cumplir ni con su familia ni con la colectividad debido a una incapacidad que no le permite hacer algo por el mismo. Se puede colegir que de esta persona nadie sacará más provecho, ya que su vida estará cargada de sufrimiento, una vida sin sentido, en realidad “una vida sin vida”, por lo que un sector de la Doctrina encuentra justificación en poner fin a esta “vida” del enfermo bajo ciertos criterios y como es lógico con aprobación de dicho sujeto.

Desde un punto de vista general, esta hipótesis encontraría relevancia siempre y cuando se determine de qué tipo de enfermo y en qué etapa de dicha enfermedad se encontraría, teniendo en cuenta el grado de participación de esta persona en la sociedad, es radical determinar que una persona por no servir a la sociedad debería dejar de vivir, el enfoque que deberíamos dar a esta tesis

considero que va más allá, es decir lo útil que es una persona para su familia y para la colectividad y por otro lado cuando se torna inútil?, me permito responder esta pregunta y no tengo la menor duda que un enfermo de cáncer terminal o alguna enfermedad similar es muy dolorosa y psicológicamente trágica tanto para el paciente como para los familiares.

Teniendo en cuenta el costo que implica la atención de una persona enferma que tiene conocimiento (en muchos casos no es así) que dicha enfermedad está avanzando hacia un área más dura, terrible diría yo, por lo que los últimos suspiros de aire se mezclan con un dolor incesante y con un trauma psicosocial entre los familiares y el sujeto-paciente por verse consumido por su enfermedad. Por lo que encontraría justificación tener que acabar con la vida de dicho sujeto para minorar costos, evitar el trauma psicológico de la familia por la enfermedad terminal, y por qué la vida ya no tiene sentido y se tornó inútil.

2.2.6.3. Punto de vista objetivo: La eutanasia libremente elegida

En cuanto a la eutanasia libremente elegida, existen casos en que es el propio enfermo el que solicita que se ponga fin a su existencia, incluso en casos en que previamente ha suscrito (en plenitud de sus facultades físicas y mentales) un testamento pidiendo la eutanasia. en cuanto al deber del médico consistía más bien en intentar calmar los sufrimientos, en vez de prolongar todo lo que pueda con cualquier medio y a cualquier condición una vida que no es ya plenamente humana y que va naturalmente hacia la conclusión”³⁹

³⁹ MARCOS DEL CANO, Ana María. Ob. Cit., p. 128.

Conforme lo describe Antonio José Gómez Molina, en estos casos habría que tener en cuenta los siguientes datos⁴⁰:

a.- Hasta qué punto esta petición es firme y representa su auténtica voluntad o, más bien, es consecuencia del paso por algunos de los estados de ánimo por los que atraviesa el enfermo durante su última enfermedad.

b.- En segundo lugar debe insistirse en el posible trasfondo de frecuentes peticiones de eutanasia. Como una llamada en clave, a través de la cual el paciente intenta llamar la atención de los que le rodean, pedir un calor y un apoyo humano que no sólo están prestando.

c.- Finalmente hay que referirse a los dolores insoportables que pueden afectar al paciente y ser la causa que desencadene su petición de eutanasia.

El problema puede ser especialmente agudo en los casos de personas no creyentes, para los que no existe un destino trascendente del hombre ni un Dios del que se ha recibido la vida como un don. Sin embargo, desde una ética de fundamentación puramente humana existen importantes argumentos en contra de esa práctica:

¿Cómo valorar la profunda resistencia interior que siente el hombre de nuestra civilización al participar en una acción que significa la supresión de una vida humana? Nos referimos tanto al manejo de un arma en situaciones de guerra como a formar parte de un pelotón de ejecución en una pena de muerte... e incluso a desconectar un respirador en un caso de legítima "ortotanasia".

⁴⁰GÓMEZ MOLINA, Antonio José y RUIZ BARBERO, Antonio José. (2001). *Eutanasia*, en sitio web: <http://www.terra.es/personal/fjtam1/eutanasia.htm>., consultado enero 12 de 2012.

Es una actitud bella y profundamente humana la de la persona que es capaz de arrastrar lo que la vida significa en los momentos alegres y en los duros, sin volver la cara, sin renunciar a la vida, sino aceptándola en todas las circunstancias que comporta.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS⁴¹

- **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.
- **Dignidad.-** Es una cualidad intrínseca del ser humano. Cuando la Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona como un concepto jurídico abierto, lo que es una virtud para la dogmática, resulta en la práctica una dificultad para la función jurisdiccional. Al ser el principio de dignidad humana un concepto abierto resulta importante que - al momento de realizar la interpretación constitucional en cada caso concreto - tengamos presente que la dignidad de la persona no sólo es constitutiva del concepto, sino también, del ejercicio legítimo del mismo.
- **Libertad.-** La libertad es un concepto que hace referencia a muchos aspectos de la vida humana. Comúnmente se le define como aquella facultad natural que posee el ser humano de poder obrar según su propia voluntad. También es posible comprender la libertad como aquel estado en el que el hombre no está

⁴¹Ver. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, disponible en sitio web: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>, consultado julio 30 de 2011.

siendo esclavizado ni preso por otro. Se trata de un concepto que hace alusión a aquellos aspectos relacionados con la independencia, con la licencia para realizar aquello que se estime adecuado o conveniente.

- **Despenalización.-** Medida adoptada cuando, por motivos de política criminal y, por no tener mayor trascendencia, se les quita la calidad de delito a determinados actos, por ejemplo, lo que ha ocurrido con el ejercicio de la prostitución y con el adulterio.
- **Delito.-** Acción típica, antijurídico y culpable. Acto tipificado como tal en a ley, contrario al derecho y en el que el agente ha tenido dominio sobre las circunstancias, es decir, que por voluntad no ha desarrollado una conducta diferente. Todo hecho prohibido bajo la advertencia legal de una pena. Presupuesto necesario para la actuación del Estado en su función punitiva, sobre el que descansa todo el sistema penal. Infracción sancionada con una pena grave.
- **Pena.-** Es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la “restricción de derechos del responsable”. Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal, en lugar de otras denominaciones como Derecho criminal o Derecho delictual.
- **Muerte digna:** es la muerte con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles. También se denomina ortotanasia. Pretenden algunos identificarla con la muerte "a petición", provocada por el médico, cuando la vida ya no puede ofrecer un mínimo de confort que sería imprescindible; sería para éstos la muerte provocada por eutanasia.

- **Eutanasia:** es la acción u omisión por parte del médico con intención provocar la muerte del paciente por compasión.
- **Eutanasia activa:** es la eutanasia que mediante una acción positiva provoca la muerte del paciente.
- **Eutanasia pasiva:** es dejar morir intencionadamente al paciente por omisión de cuidados o tratamientos que son necesarios y razonables. Esta expresión — eutanasia pasiva— se utiliza en ocasiones indebidamente para referirse, en una buena práctica médica, a la omisión de tratamientos desproporcionados que son contraproducentes, indeseables o muy costosos. No se debe hablar de ningún tipo de eutanasia en esos casos, puesto que fomenta la ambigüedad y contribuye a difuminar los límites entre el correcto ejercicio de la medicina y la eutanasia. Es lo que intentan los partidarios de esta práctica. Conviene, sin embargo, mantener la expresión y el concepto específicos de eutanasia pasiva, pues, en ocasiones, se acaba así con la vida del paciente, por indicación médica: negándole cuidados que son necesarios y razonables.
- **Eutanasia voluntaria:** la que se lleva a cabo con consentimiento del paciente.
- **Eutanasia involuntaria:** practicada sin el consentimiento del paciente.
- **Encarnizamiento terapéutico (también obstinación o ensañamiento terapéuticos):** es la aplicación de tratamientos inútiles; o, si son útiles, desproporcionadamente molestos o caros para el resultado que se espera de ellos.
- **Distanasia:** es la muerte en malas condiciones, con dolor, molestias, sufrimiento... Sería la muerte con un mal tratamiento del dolor, o la asociada al encarnizamiento terapéutico.

- **Sedación terminal:** es la correcta práctica médica de inducir el sueño del paciente, para que no sienta dolor, en los ya muy raros casos de dolores rebeldes a todo tratamiento. Una sedación suave acompañando a los analgésicos, que los potencia manteniendo la conciencia del paciente es muy recomendable.
- **Eutanasia directa:** es lo que entendemos comúnmente por eutanasia; es decir, la muerte intencionada del enfermo a cargo del médico, por compasión. Puede ser activa o pasiva.
- **Eutanasia indirecta:** en realidad no existe la eutanasia indirecta; pues no hay eutanasia sin intención de provocar la muerte. Sería para algunos la muerte no buscada del paciente en el curso de un correcto tratamiento paliativo, por ejemplo contra el dolor.
- **Enfermo desahuciado:** el que padece una enfermedad para la que no existe un tratamiento curativo y que es mortal, aunque no necesariamente a corto plazo.
- **Enfermo Terminal:** el que padece una enfermedad irrecuperable, previsiblemente mortal a corto plazo: en torno a dos semanas o un mes, a lo sumo.
- **Ordenamiento Jurídico.-** Conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta y que están estructuradas en base al principio de jerarquía normativa. En el caso de los Estados democráticos, la Constitución Política constituye la base del ordenamiento jurídico.
- **Legislación penal.-** Un cuerpo de leyes que regulan la conducta humana respecto a un hecho antijurídico o al conjunto de leyes de un país destinadas a regular la conducta humana criminal.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO, NIVEL Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La naturaleza de la presente investigación correspondió al tipo de investigación jurídico dogmática teórica⁴², debido a que el análisis y datos empleados fueron teóricos, tomados de la doctrina relacionados al problema de investigación, es en base a la doctrina penal y constitucional contemporánea, la que permitió elaborar las bases teóricas para justificar el problema de investigación y realizar la discusión. Sin embargo afín de tener mayor objetividad en la investigación se tomó la opinión de los abogados para conocer su apreciación al respecto, sin que ello implique la desnaturalización del tipo de investigación empelada.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.2.1 Tipo de diseño

Correspondió a la denominada **No Experimental**, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

3.2.2. Diseño General:

Se empleó el diseño **Transversal**, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, está delimitado temporalmente para el periodo 2011, periodo en el cual se

⁴² SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editorial Edigraf, Lima, pp. 54 y ss.

recogieron en base a las técnicas e instrumentos diseñados la información necesaria para la investigación.

3.2.3. Diseño específico

Se empleó el diseño **Descriptivo-explicativo-comparativo**, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio y compararlos con otros ordenamientos jurídicos.

3.3. PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las estrategias o procedimientos de recogida de información, se realizó de la siguiente manera:

- (1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán la fichas Textuales y de Resumen.
- (2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

Además, para la obtención de información de la investigación se realizó a través del método cuantitativo y cualitativo lo que permitió recoger datos numéricos sobre el problema planteado.

Análisis e interpretación de la información

Análisis de contenido.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la información que fue estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizaron;
- c) Selección de las unidades de análisis, y

Criterios:

Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleándose técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

3.4. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual se recogieron la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para realizar el estudio de la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que existe en el Derecho Constitucional y Penal.

También se aplicó la encuesta para conocer la opinión de los abogados

de nuestra ciudad, a fin de recoger datos sobre sus apreciaciones sobre nuestro problema de estudio.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se confrontó el logro de los objetivos propuestos en la investigación; para lo cual se confrontó con la información encontrada en las diversas fuentes, las mismas que fueron procesada o interpretadas y fundamentadas con la técnica de la argumentación jurídica, la que permitió validar nuestra fundamentos teóricos a fin de que la justificación de la propuesta de despenalizar el homicidio piadoso posea coherencia, racionalidad y debida motivación a fin de que la hipótesis planteada pueda quedar validada.

3.5. PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS

Primero.- Se tabularon y ordenaron los datos de acuerdo a un parámetro elaborado en función de los propósitos de la investigación. Para cada variable se elaboró un parámetro que consiste en una escala de valoración de los datos recogidos.

Segundo.- En base de los datos ordenados se elaboraron los cuadros de distribución porcentual así como los gráficos estadísticos para su representación.

Tercero.- Se procedió a la discusión doctrinaria y de jurisprudencia encontrada para poder justiciar los problemas de estudio, en base a la argumentación jurídica.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS DE DATOS

Se siguió el siguiente plan:

- a.- Presentación de los cuadros estadísticos, y análisis de los cuadros estadísticos, resaltándose lo datos más importantes.
- b. Interpretación de los datos que presentan los cuadros de acuerdo al marco teórico que apoya la hipótesis.
- c.- Discusión de la doctrina y jurisprudencia.

IV. RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD DE ANÁLISIS

De acuerdo a lo diseñado en nuestro plan de investigación se estableció que el tipo de muestra fue No probabilística, en ese sentido cualquiera de los elementos de la población (abogados) podía constituir la muestra de estudio.

El procedimiento de recojo de información fue el siguiente:

- Primero, se elaboro el instrumento de recolección de datos, en mismo que se elaboró en basa a las variables e indicadores de investigación, elaborándose en base a preguntas cerradas.
- Segundo, se determinó que el tamaño de la muestra seria de 60 abogados, no se consideró ningún criterio de inclusión ni de exclusión.
- Tercero, se identificó a los abogados a quienes se les aplico la encuesta. Previamente se coordinó con ellos, a fin de que nos pudieran ceder un espacio en su tiempo para que puedan contestar el cuestionario.
- Cuarto, luego de recolectar la información se procedió a procesar, representar e interpretar los datos, obteniéndose solo dos datos: frecuencia y el porcentaje, los mismos que fueron representados en cuadros y gráficos estadísticos.
- Quinto, los resultados obtenidos resultados de la encuesta aplicada los abogados pertenecientes al colegio de Abogados de Ancash sobre su opinión referente a la despenalización del homicidio piadoso (art. 112 CP), fueron:

4.2. REPRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

CUADRO N° 01

¿Sabe cuál es el significado de homicidio piadoso?

RESPUESTA	f	%
Si	55	92
No	5	8
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

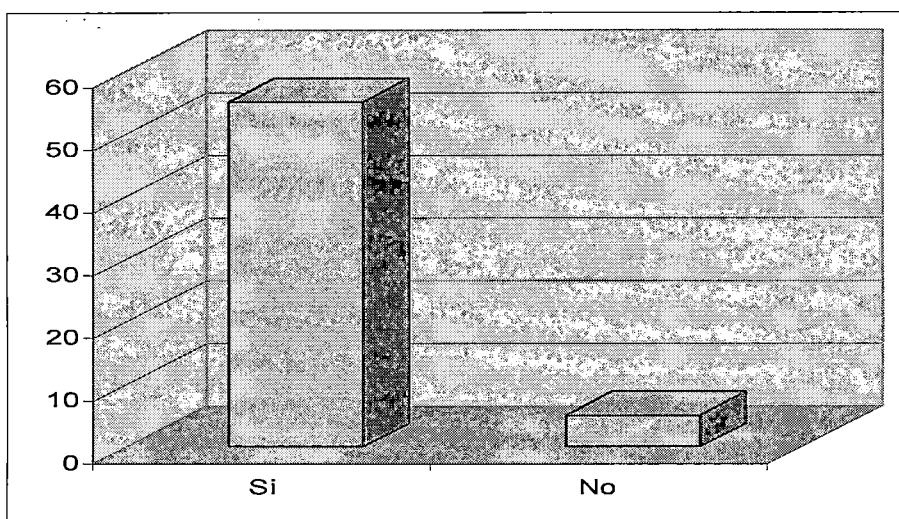


GRÁFICO N° 01
Conocimiento del Significado de Homicidio Piadoso

Interpretación.

Al observar el presente gráfico, podemos advertir que el mayor porcentaje de los encuestados afirman en un 92% que si conocen el significado del Homicidio Piadoso; 5 encuestados que representan el 08% manifiestan no conocer dicho significado. Lo cual demuestra que a la gran mayoría de los encuestados se les hace reconocido el tema del Homicidio Piadoso.

CUADRO N° 02

Homicidio piadoso es el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores ¿Está de acuerdo con dicho concepto?

RESPUESTA	F	%
Si	50	83
No	10	17
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

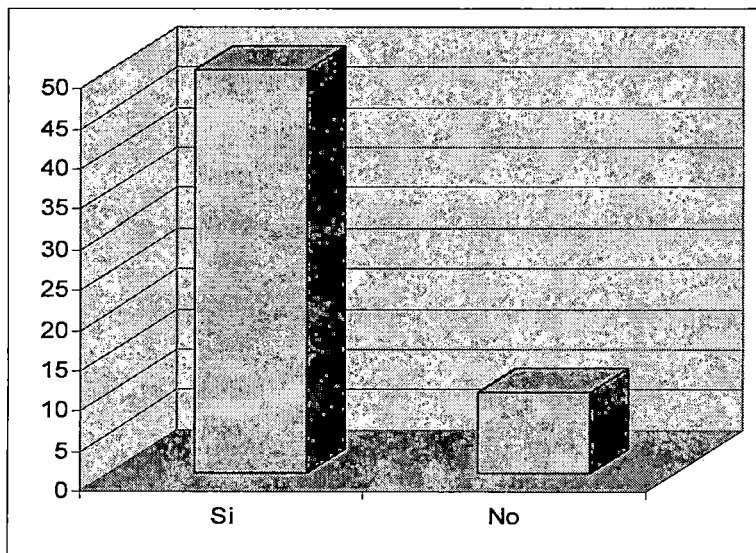


GRÁFICO N° 02
Aceptación del Concepto de Homicidio Piadoso

Interpretación.

A la pregunta está usted de acuerdo con el concepto de “Homicidio piadoso es el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores”, el 83% de los encuestados, es decir 50, validan ese concepto con la afirmación de su respuesta; solo 10 encuestados, que representan el 17% no está de acuerdo con dicho concepto.

CUADRO N° 03

¿Considera que a través del homicidio piadoso se hace daño intencionalmente a otra persona?

RESPUESTA	F	%
Si	45	75
No	15	25
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

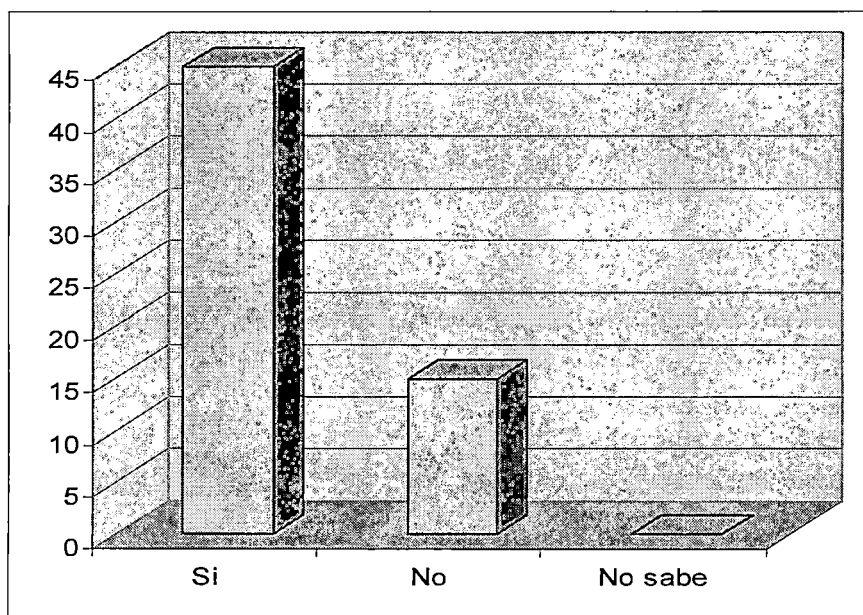


GRÁFICO N° 03

Consideración del daño intencional a otra persona a través del Homicidio Piadoso

Interpretación.

Como podemos observar en el presente gráfico, la mayoría de los encuestados, es decir el 75% que son 45 abogados, afirman que a través del homicidio piadoso se hace daño intencionalmente a otra persona; 15 encuestados que hacen un total de 25% niegan esta afirmación; ninguno de los encuestados manifiesta que no sabe, no inclinándose así por ninguna de las otras opciones.

CUADRO N° 04

¿En nuestro ordenamiento jurídico penal el homicidio piadoso se encuentra penalizado?

RESPUESTA	F	%
Si	50	83
No	10	17
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

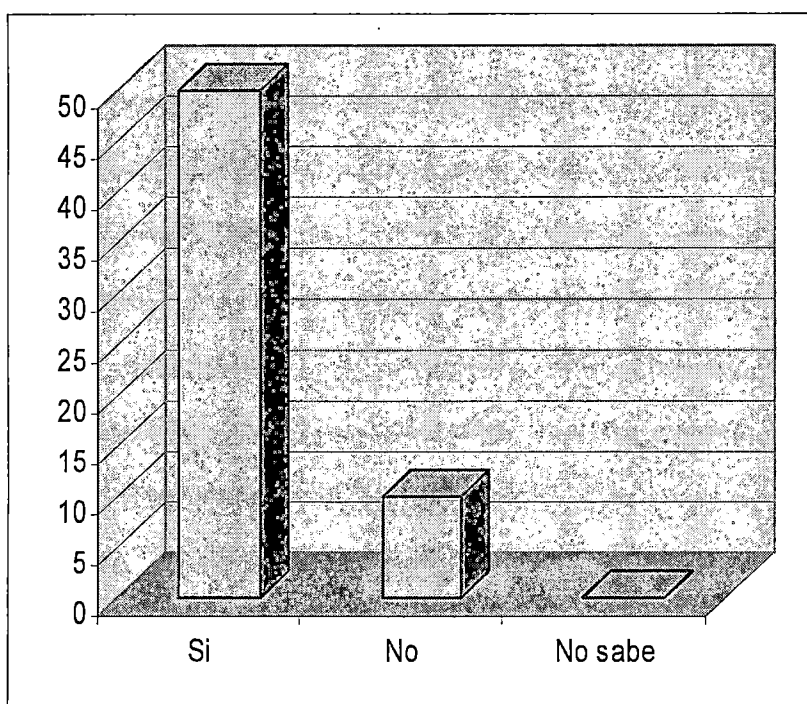


GRÁFICO N° 04

Grado de conocimiento de que el homicidio piadoso se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico.

Interpretación.

Como se muestra en el presente gráfico, el 83% de los encuestados, que hacen un total de 50 encuestados, refiere que si se encuentra penalizado el homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico, solo un minoritario 17% de los encuestados, es decir 10; afirman que el homicidio piadoso no se encuentra penalizado en nuestro ordenamiento jurídico.

CUADRO N° 05

¿Se encuentra regulado el derecho de la muerte digna en el Derecho Internacional o Constitucional?

RESPUESTA	f	%
Internacional	38	63
Constitucional	12	20
No sabe	10	17
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

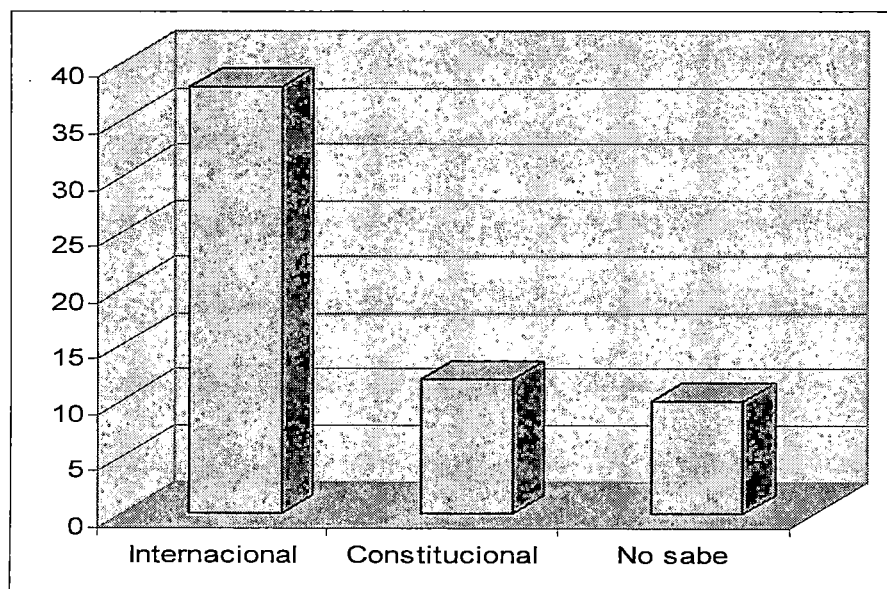


GRÁFICO N° 05

Conocimiento sobre si el derecho de la muerte digna se encuentra regulado

Interpretación.

A la pregunta ¿Se encuentra regulado el derecho de la muerte digna en el Derecho Internacional o Constitucional?, la mayoría de los encuestados es decir el 63%, dice que en el Derecho internacional si se encuentra regulado el derecho de la muerte digna; mientras que el 20%, es decir 12 encuestados, manifiestan que es en el Derecho Constitucional donde se encuentra regulado el derecho de la muerte digna; mientras que una relativa minoría es decir el 17% manifiesta no saber dónde se encuentra regulado el derecho de la muerte digna.

CUADRO N° 06

¿Está de acuerdo con el reconocimiento de la muerte digna como parte de los Derechos Humanos?

RESPUESTA	F	%
Si	60	100
No	0	0
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

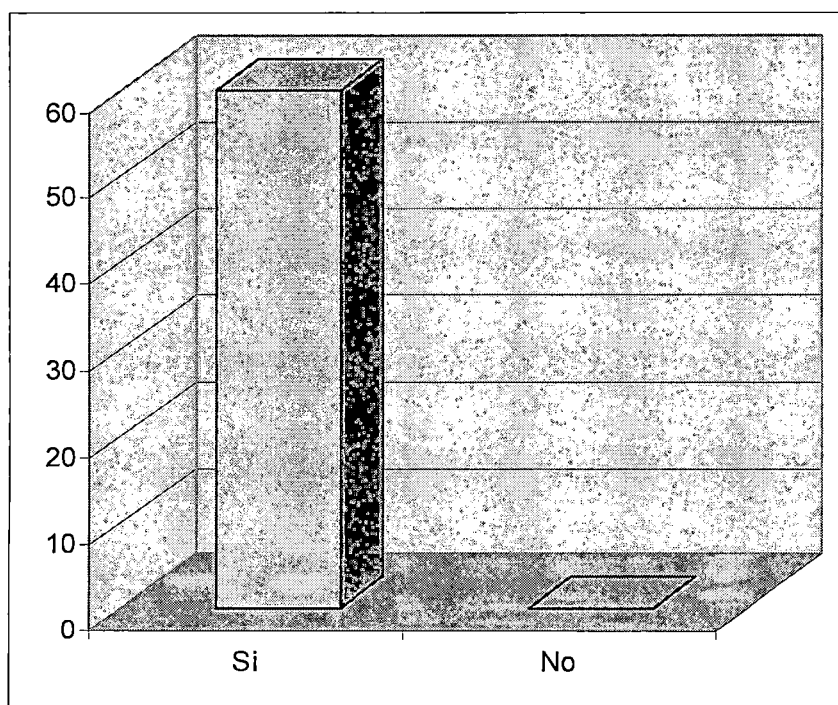


GRÁFICO N° 06

Reconocimiento de la muerte digna como parte de los Derechos Humanos

Interpretación.

Como se muestra en el presente gráfico, un rotundo 100% de los encuestados, manifiestan estar de acuerdo con el reconocimiento de la muerte digna como parte de los Derecho Humanos.

CUADRO N° 07

¿Se respeta el derecho a la vida humana en todas sus dimensiones?

RESPUESTA	F	%
Si	20	33
No	40	67
En algunos casos	0	0
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

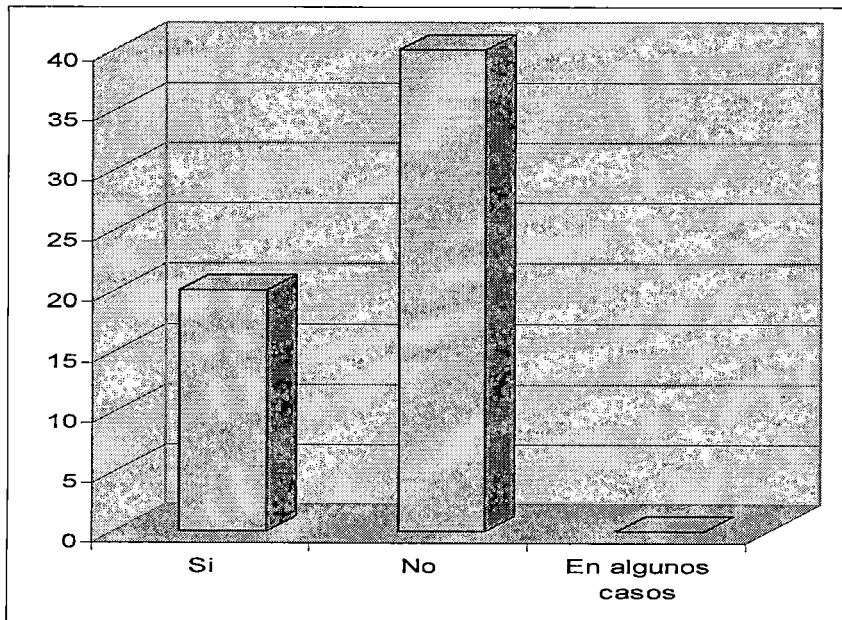


GRÁFICO N° 07

Respeto de la vida humana en todas sus dimensiones

Interpretación.

A la pregunta ¿Se respeta el derecho a la vida humana en todas sus dimensiones?, la mayoría de los encuestados menciona que no, que no se respeta el derecho a la vida humana en todas sus dimensiones, como lo refieren 40 encuestados, que representan al 67%; mientras que un 33%, es decir 20 encuestados refieren que sí se respeta el derecho a la vida humana en todas sus dimensiones. Ninguno de los encuestados refiere que en algunos de los casos se respeta el derecho a la vida humana en todas sus dimensiones.

CUADRO N° 08

¿Considera que el homicidio piadoso niega el derecho que tiene todo ser humano a la vida digna?

RESPUESTA	F	%
Si	35	58
No	20	33
No sabe	5	8
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

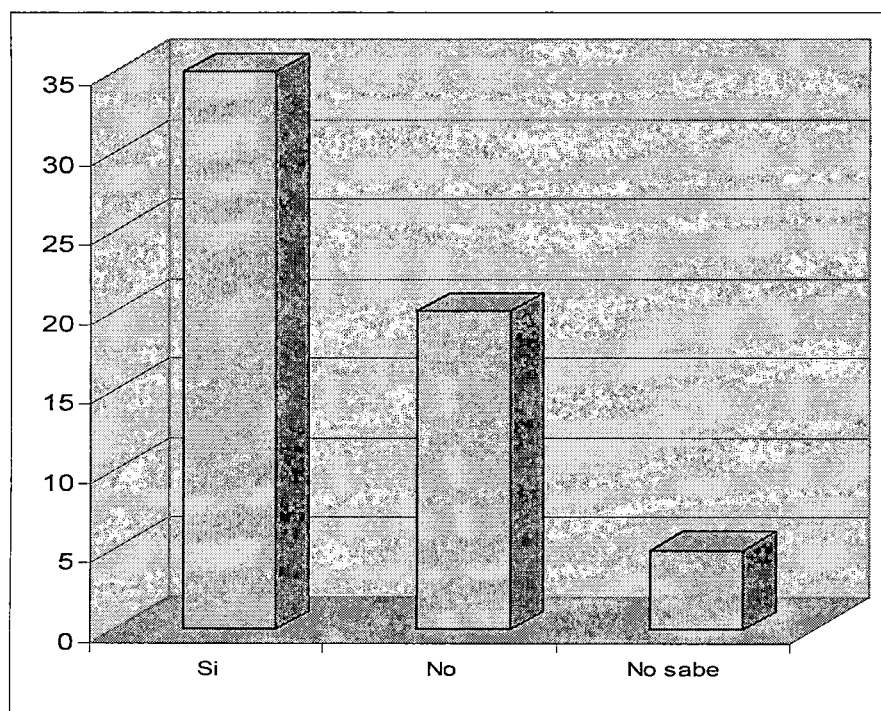


GRÁFICO N° 08

Consideración de que el homicidio piadoso niega el derecho que tiene todo ser humano a la vida digna

Interpretación.

Según el presente gráfico, la mayoría de los encuestados, es decir 58% , que hacen un total de 35 encuestados, consideran que el homicidio piadoso niega el derecho que tiene todo ser humano a la vida digna; un 33% de los encuestados, es decir 20 no consideran que el homicidio piadoso niega el derecho que tiene todo ser humano a la vida digna; cinco encuestados que representan el 8%, afirman no saber acerca de la pregunta.

CUADRO N° 09

¿Cuál(es) considera usted que son el (los) fundamento(s) para la despenalización del homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico?

RESPUESTA	F	%
La muerte digna	15	25
La vida digna	17	28
El respeto a la dignidad	23	38
Todas las anteriores	5	8
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

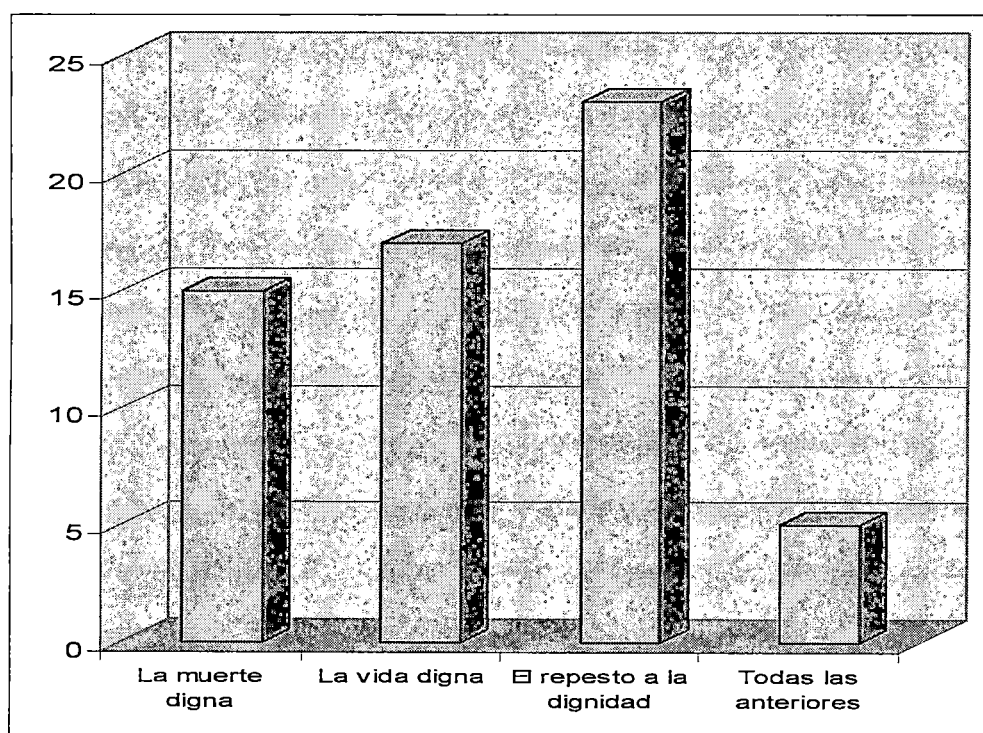


GRÁFICO N° 09
Fundamentos para la despenalización del homicidio piadoso

Interpretación.

Como podemos observar, el gráfico nos muestra que para la pregunta ¿Cuál(es) considera usted que son el (los) fundamento(s) para la despenalización del homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico?, las respuestas son diversas, no habiendo una mayoría significativa; ya que el 25% de los encuestados considera a la muerte digna como el fundamento para la despenalización del homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico; un 28% de los encuestados, es decir 17, consideran a la vida digna como el fundamento para la despenalización del homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico; una relativa mayoría, es decir el 38% considera que el respeto a la dignidad como el fundamento para la despenalización del homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico; solo 5 encuestados, es decir el 8% manifiesta que las tres alternativas anteriores como los fundamentos para la despenalización del homicidio piadoso en nuestro ordenamiento jurídico.

CUADRO N° 10

¿Disminuiría el sufrimiento de personas con enfermedades terminales si se despenaliza el homicidio piadoso?

RESPUESTA	F	%
Si	55	92
No	5	8
Total	60	100

FUENTE: Encuesta (elaboración propia)

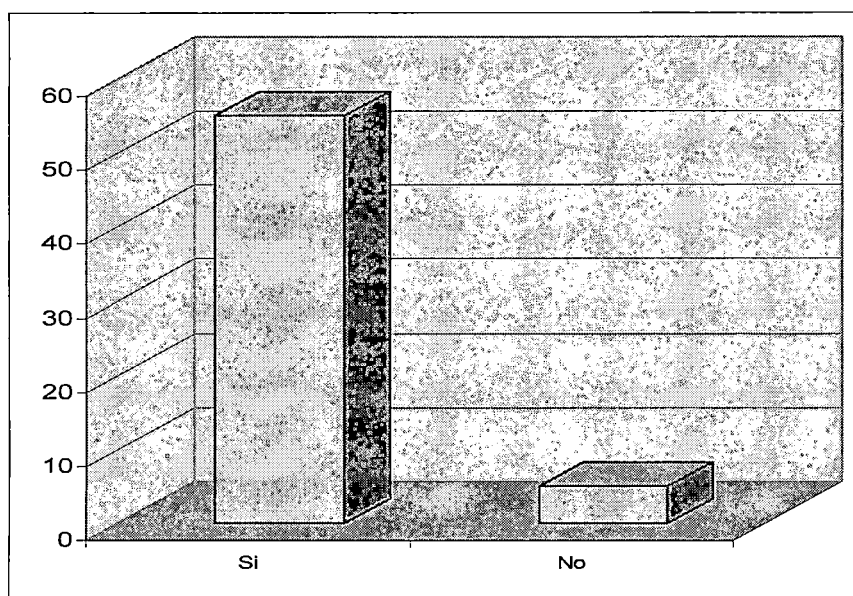


GRÁFICO N° 10

Disminución del sufrimiento de las con personas con enfermedades terminales si se despenaliza el homicidio piadoso

Interpretación.

Como muestra el presente gráfico, una gran mayoría de los encuestados es decir 55, que representan el 92%, afirman que si se despenaliza el homicidio piadoso, disminuiría el sufrimiento de personas con enfermedades terminales; una relativa minoría es decir 5 encuestados que representa el 8% de los encuestados, manifiesta que ni la despenalización del homicidio piadoso disminuiría el sufrimiento de personas con enfermedades terminales.

V. DISCUSIÓN

5.1. DISCUSIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

5.1.1. Generalidades

Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones⁴³. Además, se puede diferenciar entre eutanasia en sentido amplio y estricto. La eutanasia en sentido estricto existe cuando la ayuda es suministrada después de que el suceso mortal haya comenzado, por lo que la muerte está próxima con o sin tal ayuda. En un sentido amplio puede hablarse también de eutanasia cuando alguien colabora a la muerte de una persona que, en realidad, podría vivir todavía por más tiempo, pero que quiere poner fin –real o presuntamente- a una vida que le resulta insoportable por causa de una enfermedad.

Fuera ya de la eutanasia existen circunstancias en las que, con independencia de su voluntad, se mata o se abandona a la muerte a una persona enferma a través, respectivamente, de la negativa o de la interrupción de un tratamiento. En cualquier caso, estos supuestos deben ser discutidos aquí

⁴³ El concepto de “asistimiento” encubre que junto a él es posible una muerte completamente promovida por el comportamiento médico. Tampoco la utilización del concepto de “eutanasia” es indiscutida. Por un lado, para muchos la expresión está desacreditada por el así llamado programa eutanásico de la época nacional-socialista, que tenía por objetivo la muerte de los enfermos mentales. Por otro, muchos quieren limitar la palabra a la denominada ayuda a morir, esto es, al caso en el que se atenúa el dolor sin un efecto de acortamiento de la vida. No merece la pena discutir sobre tales cuestiones terminológicas, por lo que aquí utilizaremos el término tal y como se hace en el texto principal.

brevemente, ya sea porque poseen una relación material y constituyen pasos intermedios de la eutanasia, o bien porque son formas de aparición de la denominada destrucción de la vida carente de valor que todavía arrastra la discusión acerca de la eutanasia.

El enjuiciamiento de la eutanasia pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal. Ello obedece a los siguientes motivos. El primero porque son problemas existenciales que tratan acerca de la decisión sobre la vida o la muerte, que hace que por lo general apenas puedan ser susceptibles de regulación a través de normas abstractas; pues el Derecho vive de situaciones cotidianas tipificables y no siempre puede acertar con la singularidad del proceso mortal a través de su conceptualización generalizadora. Y segundo porque se dificulta un acuerdo sobre lo permitido y lo prohibido en la medida en que la eutanasia no es dominio exclusivo de los penalistas. En este ámbito médicos, filósofos, teólogos y escritores⁴⁴ reclaman con razón su derecho a intervenir enriqueciendo así el debate, pero complican un acuerdo acerca de su enjuiciamiento jurídico-penal a través de muchas premisas extrajurídicas de discutido carácter ideológico, propagandístico y de opinión.

No obstante, por lo menos la discusión ha conducido en los últimos veinte años a una «opinión mayoritaria» sobre la respuesta a muchas preguntas en la fundamentación de las resoluciones de los Tribunal de Justicia, así como a un significativo desarrollo y modernización de la doctrina penal y constitucional para afrontar este problema.

⁴⁴BERISTAIN, Antonio (1999). *Consideraciones Jurídicas y Éticas de la Eutanasia (El nuevo bioderecho a la muerte propia)*, en sitio web: <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m110.pdf>. Visitado el 12 de enero de 2012.

5.1.2. Sobre “Eutanasia y Derechos Fundamentales”

El libro de Fernando Rey Martínez “Eutanasia y Derechos Fundamentales”⁴⁵, que ha sido distinguido con el Premio “Francisco Tomás y Valiente” de 2007⁴⁶, puede ser situado dentro de una tendencia “tan acertada como prometedora”, por utilizar las palabras de Hassemer, hacia el desarrollo creciente de una conexión entre la tradición teórica penal y la jurídico-constitucional. La Constitución, señala Hassemer, tanto en la parte dedicada a los derechos fundamentales como en las garantías institucionales, “no se ocupa de nada distinto de aquello de lo que se han ocupado las tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach: los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal”⁴⁷.

El problema penal de la eutanasia puede y debe ser abordado desde la Constitución. En la eutanasia están comprometidos derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, los principios de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, el valor libertad, la libertad ideológica y religiosa. La eutanasia no aparece expresamente contemplada en el texto constitucional, ni seguramente deba estarlo. Ello no quiere decir que carezca

⁴⁵Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando (2008). *Eutanasia y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.

⁴⁶ El Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, deseando honrar la memoria del Excmo. Sr. Dr. Francisco tomas Valiente, decidieron en 1996 instituir conjuntamente un galardón que lleva el nombre de quien fuera insigne historiador y jurista, para estimular los estudios académicos sobre Constitución y Justicia Constitucional, a la que el homenajeado dedicó sus mejores esfuerzos, bajo el signo de la libertad y la tolerancia, como Profesor, Magistrado y Presidente del Tribunal Constitucional.

⁴⁷HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, trad. SPÍNOLA TÁRTALO, Beatriz (2007). *La teoría del bien jurídico*, Editora Marcial Pons, Madrid, p. 96.

de sentido su estudio desde una perspectiva constitucional. Desde esta perspectiva, la “norma constitucional” sobre la eutanasia, señala *Rey Martínez*, ha de ser “construida”, más que simplemente “hallada” y, por lo mismo, no estará en ningún caso exenta de controversia, incluso si se entiende que, a la luz de la Constitución, puede postularse tanto la prohibición penal de la eutanasia activa directa como su despenalización.

La concepción de *Rey Martínez*, que podemos anticipar ya, y que defiende no sin mostrar serias dudas acerca de la posición que considera más plausible a la vista de la Constitución, es una concepción diversificadora que distingue entre la eutanasia activa directa y el suicidio asistido, de un lado, y la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva, de otro. La tesis del autor de la obra objeto de esta recensión puede resumirse así: la eutanasia activa directa o el suicidio asistido pueden ser tanto prohibidos penalmente como constituir, bajo determinadas circunstancias, excepciones legítimas a la exigencia de protección jurídica de la vida; por el contrario, la eutanasia pasiva y la activa indirecta son manifestaciones del derecho fundamental a la integridad personal, es decir, conductas que integran el contenido del derecho fundamental a la integridad personal.

Destaca el análisis de dos modelos: el de despenalización (parcial) de la eutanasia activa directa, acogido en Holanda (donde, por cierto, la cuestión no se ha planteado desde la idea de la autonomía del paciente y sus derechos fundamentales) y Bélgica; y el modelo de suicidio asistido por médico acogido en Oregón. *Rey Martínez* insiste en la necesidad de diferenciar nítidamente entre ambos modelos y en la necesidad de considerar “figuras distintas” la eutanasia

activa directa y el suicidio asistido, mostrando su preferencia por el modelo del suicidio asistido de Oregón en la medida en que, entre otras razones, “parece garantizar mejor la defensa contra cualquier tipo de abuso, error o presión sobre el paciente que decide suicidarse” o es una solución “más respetuosa con el texto constitucional”.

Lleva razón *Rey Martínez* cuando afirma que se trata de figuras jurídicas distintas. En el modelo del denominado suicidio asistido quedaría fuera del Derecho penal el auxilio no ejecutivo al suicidio de otro. Como sucede en el caso de Oregón, será el propio paciente el que haya de administrarse por vía oral la medicación letal. Por el contrario, en el modelo de despenalización de la eutanasia activa directa, quedaría fuera del Derecho penal la intervención hasta el punto de ejecutar la muerte, el auxilio ejecutivo, mediando un contexto eutanásico.

El problema es, a nuestro modo de ver, que el modelo del suicidio asistido no se enfrenta de forma coherente y plena al complejo tema de la eutanasia. En particular, deja sin resolver aquellos casos dramáticos en que, presente una enfermedad terminal y dolores insoportables, el enfermo, que ha manifestado, con todas las garantías que legalmente quepa establecer, su voluntad de morir (en su caso, a través de un documento de instrucciones previas), no estuviera en condiciones de llevar a cabo la acción (tetrapéjicos, personas en estado vegetativo permanente...). Dicho modelo no está en condiciones de responder satisfactoriamente a la cuestión de por qué merece una desvaloración jurídica más severa el auxilio “ejecutivo” (al suicidio) a quien se halle en situación final con dolores insoportables y sin capacidad de movimiento, que el auxilio “al suicidio”

a quien, al menos, está en condiciones de actuar, sobre la base de que en un caso se ejecuta la muerte y en el otro se proporcionan los medios para que el paciente ejecute su propia muerte. En estas situaciones extremas, y a efectos de su eventual desaprobación jurídica, los límites en general aceptados entre el auxilio ejecutivo y el no ejecutivo se hacen menos precisos. Desde un punto de vista moral, finalmente, no puede dejar de observarse cierta hipocresía en la diferente desaprobación de ambos casos. Imaginemos el supuesto de dos enfermos que se encontraran en la misma fase terminal con el mismo pronóstico de muerte inminente, con los mismos dolores insoportables, y que hubieran igualmente solicitado de forma válida ayuda a morir, pero sólo uno de ellos estuviera en condiciones de poder administrarse por sí mismo la medicación letal. Imaginemos cómo acercamos a ambos la medicación solicitada, después de cumplir ¡por supuesto! con todas las formalidades y garantías legales. Y observemos cómo uno, el que puede, la toma, y como el otro asiste inmóvil e impotente a la burla de la que, al menos aparentemente, estaría siendo objeto.

La doctrina constitucional ha desarrollado cuatro modelos de interpretación constitucional de la eutanasia, siendo los siguientes: El primero es el modelo de la “*eutanasia constitucionalmente prohibida*”. Es el modelo tradicional, asociado a ideologías conservadoras. Parte de la protección absoluta de la vida por el artículo 15 de la Constitución española Encuentra apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la vida no es un bien del que pueda disponer su titular y el suicidio no es un derecho fundamental sino una simple libertad fáctica. Un modelo, en fin, que en contra de lo que pudiera parecer, afirma *Rey Martínez*, goza “de una mala salud de hierro”.

El segundo modelo es el de la “*eutanasia como derecho fundamental*”. Situado en el polo opuesto al modelo anterior, sus partidarios sostienen que el derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución (“sólo o en relación con otros derechos o principios constitucionales” como el de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, el valor libertad, o la libertad ideológica) “incluye en su contenido el derecho a disponer de la propia vida por su titular”. De manera que no sólo el suicidio sino incluso la eutanasia activa directa serían manifestaciones de ejercicio legítimo de un derecho fundamental. A juicio de *Rey Martínez*, quienes mantienen esta posición deberían consecuentemente sostener, lo que no siempre hacen, la inconstitucionalidad del artículo 143.4 del Código penal, pues no le parece compatible “la existencia simultánea del reconocimiento de un derecho, nada menos que por la Constitución, y su prohibición absoluta, nada menos que por el legislador penal”.

El tercer modelo es el de la “*eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable*”. Sostenido, señala *Rey Martínez*, por *Tomás-Valiente Lanuza*, y considerado por *Rey Martínez* como “una variante, técnicamente más rigurosa, del modelo anterior”, este modelo comienza sosteniendo que de la Constitución no se deriva un derecho fundamental a terminar con la propia vida de forma activa, para continuar matizando que la cláusula general de libertad del artículo 1.1 de la Constitución ampararía conductas, como el suicidio, que no afectan a bienes jurídicos ajenos. La prohibición del suicidio sería por ello inconstitucional. En cambio, el legislador penal tendría las puertas abiertas tanto para incriminar la eutanasia activa directa, en atención a intereses públicos (así, el

control de posibles abusos) como para despenalizarla. Por otra parte, de acuerdo con este modelo, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva formarían parte del derecho fundamental a la integridad del artículo 15 de la Constitución.

El cuarto modelo es el propugnado por *Rey Martínez*: la eutanasia como “*excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida*”. Es un modelo que se presenta como más restrictivo que el anterior. Parte, como aquél, de que no hay un derecho fundamental a disponer de la propia vida. Pero va más allá que aquél cuando afirma que no hay un derecho al suicidio (aunque tampoco un deber de vivir), que el suicidio no es una libertad constitucionalmente amparada, y que, menos aún, puede considerarse la eutanasia activa directa como un derecho o una libertad constitucionalmente amparada aunque limitable por ley. De manera que el acento se sitúa, por decirlo así, en el reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Ésta es la regla. Por ello no es inconstitucional la incriminación de la eutanasia activa directa. Pero, y este pero es muy importante, “el legislador penal, en atención a otros bienes, incluso de rango constitucional, como el derecho frente al dolor dentro de la integridad personal protegida en el art. 15 CE, también podría despenalizarla bajo ciertas condiciones”. Ésta es la excepción.

Rey Martínez mantiene que tanto la eutanasia pasiva como la activa indirecta forman parte del derecho a tomar decisiones sobre la propia salud, derecho que se hallaría “implícito” o “en la penumbra” del derecho fundamental a la integridad personal, reconocido en el artículo 15 de la Constitución. A tal efecto, invoca reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en la que este

“nuevo” derecho parece abrirse paso.

A mi nuestro modo de ver, sin embargo, suscita dudas la invocación, por doctrina y jurisprudencia, del artículo 15 de la Constitución allí donde hace referencia “a la integridad física y moral”: unas veces se invoca la integridad física, otras se invoca la integridad moral, otras se invocan ambas, y otras, en fin, se pretende superar la dicotomía, acudiendo a la omnicompreensiva expresión “integridad personal”.

En nuestra opinión, ambas referencias pueden y deben permanecer separadas. Ello es particularmente claro cuando se trata de la eutanasia. No deja de ser paradójica la invocación del derecho a la integridad física cuando de lo que se trata es de causar la muerte. No parece que sea suficiente señalar que se trata de eliminar el dolor. Que acabar con el dolor acabando con la vida pueda ser considerado ejercicio del derecho a la integridad física sólo se puede sostener a costa de extender dicho derecho comprendiendo en el mismo el “nuevo” derecho a la autodeterminación corporal y dando después un paso más hasta fundamentar la eutanasia pasiva y la eutanasia activa indirecta. Se produce así la situación paradójica de que lo que empieza siendo denominado derecho a la integridad física acaba fundamentando determinadas modalidades de eutanasia. Desde luego, el citado derecho no puede ser invocado en la eutanasia activa directa. Pero entiendo que lo mismo cabría sostener respecto de la eutanasia pasiva y de la activa indirecta. Planteándolo desde el ámbito del Derecho penal y dando la vuelta a la argumentación: no parece que si mantuviéramos al paciente con vida aplicándole una terapia en contra de su voluntad mediando un contexto

eutanásico, pudiera apreciarse un delito contra la integridad física⁴⁸; más bien parece que estaríamos ante un ataque a la libertad o ante un ataque a la integridad moral (a no ser que ampliemos el delito de lesiones comprendiendo en el mismo los ataques a la autodeterminación corporal).

Problema distinto plantea la invocación de la integridad moral, derecho fundamental difícilmente delimitable de la dignidad de la persona de la que, como los restantes derechos fundamentales, emana, y que, pienso, sí estaría en condiciones de desplegar una función importante en la intelección de la eutanasia pasiva y de la activa indirecta, y acaso también en el eventual y excepcional reconocimiento legislativo de la eutanasia activa directa, dada la estrecha conexión de dicho derecho con la dignidad de la persona.

Después de examinar las dificultades de delimitación entre la eutanasia activa directa y la indirecta en el supuesto de sedaciones terminales, de tomar posición sobre el estatuto constitucional del suicidio en el sentido de rechazar el derecho al suicidio (“no hay un derecho al suicidio, sino, más modestamente, una libertad para morir”, y de plantear la cuestión de si existe un derecho constitucional a disponer de la propia vida, mostrándose contrario, *Rey Martínez* entra a discutir los principales argumentos que se han esgrimido a favor del reconocimiento legislativo de la eutanasia activa directa y llega a la conclusión de que ninguno de ellos es suficiente para que pueda adoptarse una posición clara y decidida al respecto.

En primer lugar, el principio de autonomía personal a menudo invocado es

⁴⁸HASSEMER, Winfried. Ob. Cit., p. 100.

“extremadamente liberal-individualista”. Llevado a sus últimas consecuencias, podría conducir a reconocer un derecho a disponer de la vida no sólo a los enfermos sino a cualquier persona que quiera morir.

En segundo lugar, el argumento de la dignidad de la persona (artículo 10. 1 de la Constitución), es utilizado tanto por los partidarios como por los detractores de la eutanasia. Sólo esto, viene a sostener *Rey Martínez*, sería suficiente para invalidar su invocación en el debate. Más aún si se tiene en cuenta que la dignidad no es reconocida.

La invocación del derecho a la integridad física por la jurisprudencia constitucional en casos como el de la huelga de hambre en centros penitenciarios puede considerarse motivada por la necesidad de evitar el riesgo de extensión a ámbitos como el suicidio asistido que se correría si se invocara la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, vid. La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143), como derecho fundamental en la Constitución española, es axiológicamente abierta y “puede ser simple ideología camuflada bajo un seudónimo jurídico respetable”, y su concepto no sólo no puede ser establecido con precisión sino que se halla en permanente proceso de elaboración.

Entiendo que acaso el temor al peligro de instrumentalización ideológica de la dignidad o las dificultades para su conceptualización no deban conducir tan decididamente a una desconfianza hacia la dignidad, máxime si se acepta, como hace el propio *Rey Martínez*, que la dignidad podría ser invocada en el debate sobre la eutanasia activa indirecta y sobre la eutanasia pasiva, y se admite que el derecho a la integridad personal es vecino inmediato “pared con pared” de la

dignidad. Acaso el examen de la relación entre la dignidad y el derecho a la integridad *moral* permitiría abordar de forma más matizada el fondo de la cuestión, como ya sugerimos antes.

En tercer lugar, ni la invocación del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10, 1 de la Constitución, ni la invocación del valor libertad del artículo 1.1 de la Constitución, conducen a resultados satisfactorios. A juicio de *Rey Martínez*, el modelo de la eutanasia como libertad constitucional limitable legislativamente presenta un “anclaje constitucional” “débil” y, por otra parte, se pregunta qué tipo de derecho fundamental o de libertad es una que puede prohibirse penalmente.

Llegado este punto, *Rey Martínez* procede a desarrollar el modelo por él defendido, el modelo de la eutanasia como excepción permitida, que le lleva a sostener que, a la vista de la Constitución, el legislador puede tanto prohibir la eutanasia activa directa y el suicidio asistido por médico, como despenalizar dichas conductas bajo determinadas condiciones de procedimiento, como excepción a la regla constitucional de protección plena de la vida, excepción que estaría fundada, desde el punto de vista de la dogmática penal, en razones de culpabilidad.

Considero que el libro citado de *Rey Martínez* constituye una contribución fundamental al debate jurídico sobre la eutanasia y puede considerarse imprescindible desde el momento de su publicación. Pero más allá de la clarificación del problema constitucional de la eutanasia, el autor encierra una importante aportación al debate sobre las relaciones del Derecho penal y la

Constitución desde la perspectiva del bien jurídico.

Rey Martínez pone de relieve que la Constitución no da una respuesta única e indiscutible al problema de la eutanasia, sino que en la Constitución caben diversas posibilidades de configuración. La exposición, clara y precisa, de los cuatro modelos de interpretación constitucional de la eutanasia, permite comprender el sentido último de las diferentes respuestas que se han dado desde el ámbito del Derecho penal.

El problema constitucional de la eutanasia es un banco de prueba de las teorías constitucionalistas sobre el bien jurídico. La vida es un bien jurídico fundamental reconocido constitucionalmente. Pero ni siquiera sobre un bien jurídico tan fundamental como la vida ofrece la Constitución una respuesta indiscutible acerca de hasta dónde debe extenderse su protección penal.

Una regulación penal que proteja la vida frente a conductas activas y directas mediando un “contexto eutanásico”, como hace el Código penal vigente, no violenta la prohibición de exceso constitucional: la vida es un bien jurídico de rango constitucional, cuya “disponibilidad” es de difícil fundamentación; la vida es, a lo sumo, “limitable” por el juego de otros derechos fundamentales, principios o valores, o “exceptuable”, bajo determinadas condiciones. En su caso, la restricción de su protección penal, incluida la eventual despenalización de la eutanasia activa directa, entraría dentro del margen de discrecionalidad legislativa en materia penal, que se desenvuelve con independencia de la teoría del bien jurídico.

Por otra parte, de la Constitución no puede deducirse un mandato de criminalización para proteger de forma absoluta la vida en situaciones de eutanasia. Sólo el modelo de la eutanasia constitucionalmente prohibida vendría a sostener esto. Pero ya hemos visto que este modelo tradicional, asociado a ideologías conservadoras, no es el único modelo posible con la Constitución en la mano.

5.1.3. La eutanasia en el Código Penal Peruano. ¿Debe ser punible el comportamiento del médico que opta por acabar con la vida de otro por piedad?. Un análisis a la figura del homicidio a petición, en referencia al Proyecto de Ley N° 2556-2007-CR.

5.1.3.1. Punto de inicio

Los constantes cambios sufridos por las ciencias médicas en los últimos años, sobre todo aquellos relacionados con los equipos médicos, los cuales permiten prolongar la vida hasta límites inesperados, están conduciendo a que el ser humano adquiera cada vez la capacidad de comprender que los conceptos “vida y “muerte”; ya no son los de antaño, o mejor dicho, que aquellos conceptos producto de los avances tecnológicos médicos, están dejando de ser dogmas inmutables e incólumes con los que eran entendidos en décadas pasadas. Así el Derecho –sobre todo el Derecho penal-, no es ajeno a este tipo de fenómenos, ante lo cual tiene que intervenir a fin de regular estas nuevas conductas. Pero aquellas intervenciones, donde el Derecho penal debe ingresar a regular positivamente estas nuevas conductas –como por ejemplo las manipulaciones genéticas-, deben ir de la mano con el hecho que también, esta rama debe apartarse de normalizar

ciertos comportamientos, con *aparentes* rasgos de punibilidad.

En lo referente a estos cambios, se encuentra el concepto de naturaleza humana, el mismo que está cambiando en sus postulados sustanciales⁴⁹, producto precisamente de los avances científicos, es decir, la vida humana como bien jurídico protegido y tutelado, está abandonando aquella ideología pétrea que nadie puede disponer de ella.

Es así, que tiene cabida la figura de la *eutanasia*, la misma que desde ya representa todo un debate en los distintos sectores de las ciencias humanas, los mismos que son enfocados desde distintas aristas de acuerdo a cada *criterio subjetivo* del pensador que los esboza y de acuerdo a la *rama del saber* de dónde emana. Criterios como: “*sólo Dios puede quitarle la vida a una persona y nadie más*”, o “*sólo se requiere de determinados presupuestos para que una persona le pueda privar de este Derecho a otra*”, son los planteamientos más comunes que se han venido esbozando en los últimos tiempos y que en el mundo actual marcan los dos bandos bien definidos; por un lado quienes abogan por su no realización en

⁴⁹ Ver. JAKOBS, Günther. Ob. Cit., p. 309. Quien señala “En una época en la que ya no existe un programa de derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente, y en la que a los vínculos religiosos en todo caso les corresponde un espacio residual en el ámbito privado, ya no es el Estado aquella institución que administra “objetividad, verdad y moralidad”. Cfr., J. WAWERSIK, citado por Albin ESER quien señala que “(...) 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 y de la respiración se ha vuelto problemático”. Vid., ESER, Albin. Ob. Cit., pp. 100-101. En el mismo sentido los profesores QUINTERO OLIVARES / VALLE MUNIZ, señalan “Los avances de la ciencia técnica y médicas permiten hoy el mantenimiento y prolongación artificial de la vida hasta límites inverosímiles”. De ese mismo pensar es el profesor ESPINOZA ESPINOZA quien señala “La ley reconoce ahora que la moderna tecnología médica ha hecho posible la prolongación artificial de la vida más allá de los límites naturales, lo que puede causar una pérdida de la dignidad del paciente y dolores y sufrimientos no necesarios, sin reales beneficios para el mismo paciente”. Vid., ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004). *Derecho de las Personas*, 4ta. Edición, Editora Gaceta Jurídica, Lima, p. 189.

cualquier situación; y por el otro, quienes defienden su práctica bajo determinados presupuestos.

Tal es así que nuestro Congreso de la República, a través de la Célula Parlamentaria Unión Por el Perú, representada por los congresistas Saldaña Tovar, Anaya Oropeza, León Zapata, Gutiérrez Cueva, Cánepa Lacotera, Luizar Obregón y Espinoza Ramos, han presentado con fecha 07 de Julio de 2008, el Proyecto de Ley N° 2556-2007-CR, titulado “Ley que modifica el artículo 112, homicidio piadoso, delitos contra la vida el cuerpo y la salud. Que autoriza la eutanasias, solo por daño cerebral irreversible debidamente aprobado por una junta de médicos”⁵⁰, mediante el cual “despenaliza” el comportamiento del médico y del personal sanitario que incurre en el tipo penal contenido en el artículo 112.

Es así pues, que el artículo en mención abordará la modalidad de eutanasia que se encuentra tipificada en el CP peruano, y se valorará si la solicitud que presta la persona, consigue hacer atípica o no el comportamiento del ejecutor directo (**el mismo que puede ser tanto el médico como un tercero**). Considero que así mis planteamientos evitan de ingresar a planos filosóficos, moralistas, teológicos o de cualquier rama ajena al derecho penal. En ese sentido, el punto medular de este trabajo será si la modalidad de eutanasia contenida en el artículo 112° del CP, debe seguir siendo punible en la persona que tiene el dominio directo de la acción delictiva.

En ese sentido, en el presente trabajo no se desarrollará *in extenso* el tema

⁵⁰*Vid.* [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/PorLey/02556/\\$FILE/02556.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/PorLey/02556/$FILE/02556.PDF)., fecha de acceso 25 de enero 2012.

de la eutanasia, pues ello obedece a ramas ajenas a las jurídicas, sino el concepto tomado en sentido estricto por el CP peruano. Por estas razones, las líneas venideras tienen como objetivo valorar el instante mismo de quitar la vida a una persona, cuando esta lo solicita de manera expresa, a fin de evitar *dolores* intolerables, donde el nivel de análisis estará también destinado a verificar si el Proyecto de Ley, se encuentra dentro de los postulados más autorizados referidos a esta materia o si por el contrario, se trata de un proyecto que aún carece de lógica jurídica, y que se le tiene que hacer algunos ajustes a su forma y fondo. De esta forma, me propongo abordar un tema tan complejo y apasionante como es “la eutanasia”, sobre el cual mucho se ha escrito sin llegar a posturas uniformes, sobre todo en la dogmática jurídico penal.

Finalmente, no está demás decir que lo que aquí se plantea, obedecen a reflexiones tomadas de autores de prestigio internacional, con quienes nos decantamos en algunas ideas y en otras vamos a mostrar nuestro desacuerdo; por ende, no pretendo sembrar ideas en quienes tienen una acepción ya definida de este tema, puesto que por la cantidad de sentimientos que están en juego en esta figura, cada quién es libre de extraer sus propias conclusiones.

5.1.3.2. Acepciones y modalidades de eutanasia

Al respecto el ex profesor de la Universidad de Munich Claus ROXIN dice “Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias

convicciones”⁵¹. En ese sentido el desaparecido profesor de la Universidad Pompeu Fabra y fundador de ella, CALSAMIGLIABLANCAFORT sostenía “La eutanasia significa la inducción a la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal. El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida; si el enfermo no es terminal, entonces no es un caso de eutanasia”⁵².

De las concepciones antes expuestas, podemos extraer las dos modalidades en que se ha venido entendiendo esta figura. Por un lado tenemos la eutanasia en sentido amplio entendida como “muerte sin dolor”, “muerte digna”, “muerte buena”, en la que no necesariamente existe la solicitud de muerte de la persona y la concepción restringida sinonimizada con la privación de la vida por el pedido mismo de la persona, para poner fin a sus *sufrimientos*⁵³.

De este mismo parecer fue el profesor CALSAMIGLIABLANCAFORT, quien manifestaba que existirá eutanasia si “a) se precipita la muerte; b) de un enfermo terminal; c) que la desea; d) con el objetivo de evitar un daño mayor; e) la acción u omisión la realiza una tercera persona”⁵⁴. En tal sentido, debemos dejar establecido que entre el homicidio a petición, homicidio pietista u homicidio eutanásico y la eutanasia en sentido estricto son sinónimos; sin embargo, con el concepto amplio de eutanasia, existe una sustancial diferencia. En el primero caso existe la voluntad de la persona del paciente; mientras que en el segundo el sujeto pasivo no expresa dicha voluntad por estar en un estado de inconsciencia.

⁵¹ROXIN, Claus. *Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia*. Ob. Cit., p. 15.

⁵²CALSAMIGLIABLANCAFORT, Albert. *Eutanasia*. Ob. Cit., p. 345.

⁵³BARQUÍN SANZ, Jesús. *La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*. Ob. Cit., p. 157.

⁵⁴CALSAMIGLIABLANCAFORT, Albert. *Ibid.*, p. 345.

Asimismo, se requiere que en la eutanasia la persona (a la cual se le priva de su vida) esté sufriendo una enfermedad terminal. Estas definiciones diferencian el concepto de eutanasia, con el de ayuda al suicidio contenido en el artículo 113° de nuestro Código Penal⁵⁵, pues en esta figura la persona no se encuentra sufriendo enfermedad alguna.

Proponemos las siguientes modalidades de eutanasia:

A.-De acuerdo a la voluntad de la persona

Eutanasia Voluntaria.- Es aquella mediante la cual, el paciente de una manera expresa y consiente *solicita* que se le suspendan los procesos curativos que le prolongan la vida y/o pide que se le suministren medicamentos que le produzcan la muerte. Esta modalidad se caracteriza porque la persona presta su consentimiento para una acción positiva (dosificar drogas letales) o para un comportamiento omisivo (dejar de suministrar fármacos paliativos o suspensión de aparatos artificiales).

Eutanasia Involuntaria.- Mediante ella la persona no presta su consentimiento para la muerte, aquí el fin de la vida se produce ya sea sin el consentimiento del paciente o bien contra su voluntad. Esta forma de eutanasia, representa todo un problema en la doctrina médica, cuando se tratan de establecer los presupuestos para valorar la voluntad tácita de una persona.

B.-Por el modo de realización del sujeto agente

⁵⁵ Art., 113.- Instigación o ayuda al suicidio El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco, si el agente actuó por un móvil egoísta”.

Eutanasia Activa.- Es aquella en la que existe una acción positiva destinada a producir la muerte en la persona. Sería el caso de la persona que suministra fármacos tendientes a privar de la vida a la persona; en otras palabras, se tratan de *acciones positivas* por parte del sujeto agente como desconectar los aparatos que mantienen con vida a una persona⁵⁶. Eutanasia pasiva inactiva, indirecta u ortotanasia.- Es la producida por la omisión de los tratamientos que prolongan el proceso de morir o por ejemplo de evitar realizar una operación que sólo alargaría en días la vida de la persona o por ejemplo el dejar de dializar a una persona inconsciente.

5.1.3.3. Regulación De La Eutanasia En El Código Penal Peruano.

Análisis del artículo 112° del CP.

La eutanasia haya descanso en nuestra legislación en el artículo 112° del CP, el mismo que a la letra prescribe:

“El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”.

Si nos remitimos a la clasificación antes expuesta, podemos advertir que la modalidad regulada, es la eutanasia en sentido estricto, asimismo, observamos que

⁵⁶ Sobre este tema, en España es bastante polémico, pues de acuerdo a la consideración de la conducta como “activa” u “omisiva” dependerá la adecuación en uno u otro inciso del artículo 143°. Me explico. La peculiar redacción del artículo 143° del CP español, obliga a subsumir los comportamientos activos dentro del inciso 3 y 4; sin embargo, de tratarse de una modalidad omisiva el comportamiento sería atípico. Para más abundamiento sobre este tema. *Vid.*, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (2008). *Perspectivas sobre la regulación de la eutanasia en España*, en sitio web: <http://red-am.com.ar/buscador/files/SALUD018.pdf>, consultado 01 de Julio del 2008.

la modalidad regulada es la eutanasia voluntaria (activa y pasiva), la cual tiene una pena atenuada de acuerdo al precepto en mención⁵⁷. En lo que respecta a la primera clasificación no hayamos problemas en su encuadrabilidad, pues la misma se origina a partir del pedido expreso de la persona; ahora, desde un aspecto estrictamente literal podemos advertir que pareciera que por su modo de realización, la misma se produce vía una acción positiva. Sin embargo, cuando analizamos el verbo rector mata(r), podemos advertir que el mismo se puede realizar vía una acción positiva o mediante un dejar de hacer (comportamiento omisivo impropio o llamado también comisión por omisión regulada en el artículo 13 del CP)⁵⁸, sobre esto último, sería el caso de la persona que expresamente solicita la muerte y sugiere que no se le suministre el fármaco que actúa como paliativo.

Así, quién realiza una acción bajo estos supuestos, su comportamiento se adecúa en este tipo penal, por ende, si falta algún presupuesto (como por ejemplo la solicitud de la persona o el elemento sufrimiento) su conducta se subsume en el artículo 106° del CP, bajo el *nomen iuris* de homicidio.

En lo referente al tipo de delito, se trata de un delito común, pues el mismo puede ser cometido por cualquier persona, ya sea un médico o por algún familiar, amigo o persona allegada al sujeto pasivo⁵⁹. Asimismo, el sujeto pasivo puede ser

⁵⁷ Así, AlbinESER señala “Esta atenuación de la pena puede explicarse tanto en base a una disminución del injusto (renuncia al bien jurídico), como también en base a una causa de atenuación de la culpabilidad (motivación de ayuda o compasión)”.

⁵⁸ Vid., MEINI MÉNDEZ, Iván (2009). *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*. En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/03/Meini.pdf>, visitado el 08 de enero de 2012.

⁵⁹ CASTILLO ALVA, José Luis (2008). *Derecho Penal. Parte Especial I*, Editora Grijley, Lima, p. 815.

cualquier persona, sin límite de edad, empero, la circunstancia de comisión del delito lleva ínsita una singularidad en la, vale decir, que se debe privar de la vida a una persona que solicita de manera expresa su muerte, por los intolerables dolores que padece producto de la enfermedad incurable terminal.

Además, el tipo penal para su configuración, exige el móvil pietista o móvil piadoso, es decir, que la persona que ejecuta la acción u omisión de matar, actúe bajo un móvil altruista, pues de comprobarse un móvil egoísta, la calificación jurídica debe ser la contenida en el artículo 106° del CP. Siendo ello así, la piedad podemos definirla como aquel estado emotivo que hace surgir un sentimiento de lástima, misericordia, compasión y clemencia por la persona enferma.

En palabras del profesor GÓMEZ LÓPEZ “Lo que precede a la formación del dolo homicida en el hecho de tal suerte que el sujeto activo vive primero un cuadro psicológico de perturbación bienhechora, se impresiona y sufre con el mal ajeno, quiere el bien para el prójimo, quisiera curarlo para salvarlo, pero ante la imposibilidad que se patentiza, surge desesperada, como una alternativa dolorosa, la idea de despenar”⁶⁰.

En consecuencia la piedad implica la fusión de una serie de sentimientos a los que se une el amor hacia el prójimo, es precisamente esa amalgama de sentimientos los que *limitan* pero *sin obnubilar*⁶¹ el conocimiento del sujeto agente, posibilitando que en él se forme el dolo con el cual procederá a dar cumplimiento al pedido de la víctima.

⁶⁰GÓMEZ LÓPEZ, Orlando (1997). *El Homicidio*, Tomo II, Editora Temis, Santa Fe de Bogotá, p. 88.

⁶¹ De lo contrario el tipo de injusto no sería atenuado, máxime cuando puede incluso presentarse una causa de inculpabilidad en caso se haya nublado por completo la capacidad de culpabilidad.

En lo referente a la enfermedad, esta debe ser “(...) física o neurológica no psiquiátrica, incurable. Es además exigencia del tipo que el sujeto pasivo esté muy adolorido como consecuencia de la enfermedad que padece”⁶². Esta definición se condice a que si estamos ante una enfermedad de tipo psiquiátrica, la persona se encuentra en un estado de inimputabilidad (por alteración mental), haciendo ineficaz su voluntad⁶³, máxime cuando en muchos casos no puede ni expresar su voluntad. Asimismo, considero también que desde una interpretación teleológica, el concepto de enfermedad debe abarcar aquellas de índole psicológica⁶⁴.

Siguiendo estas ideas, el concepto de “enfermedad” también debe estar en relación directa al de “dolores”, como causa y efecto, puesto que producto de la enfermedad el paciente ingresa a experimentar los dolores somáticos propios de

⁶²VILLA STEIN, Javier (1997). *Derecho Penal. Parte Especial I-A. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud*, Editora San Marcos, Lima, p. 132.

⁶³ Del mismo parecer es el profesor VILLA STEIN, quien señala “(...) la enfermedad psiquiátrica, en cualquiera de sus formas clínicas, es incompatible con un consentimiento válido”. *Vid.*, VILLA STEIN, Javier. *Ob. Cit.*, p. 133. A modo de ejemplo serían por ejemplo aquellas enfermedades alienables en las que hay trastornos generalizados como una psicosis traumática, epilepsia psicomotora, etc.

⁶⁴ Así: Carlos Pérez quien señala “La enfermedad es un estado patológico, orgánico o psíquico. Para los efectos de la norma, la enfermedad grave e incurable puede ser orgánica o mental a condición de que produzca intensos sufrimientos al enfermo”. PÉREZ, Luis Carlos (1986). *Derecho Penal. Parte Especial*, Editora Temis, Bogotá, p. 243. Como podemos apreciar el mencionado profesor usa el término “sufrimiento” en vez de dolores. Sobre este tema, importantes son las palabras del profesor ESPINOZA ESPINOZA quien señala que parece evidente que no siempre se puede hablar de sufrimiento del enfermo, que constituye uno de los presupuestos del acto eutanásico. Por ejemplo, en los casos de coma prolongado el enfermo no está consciente, y no es posible admitir el sufrimiento: y por tanto, poner fin a un coma prolongado e irreversible no debería ser definido como “eutanasia”. *Cfr.*, GIUSTI, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. *Ob. Cit.*, pp. 187-188. En lo que respecta a que la enfermedad también puede ser psicológica, el profesor CASTILLO ALVA también se decanta por este criterio. *Vid.*, CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte Especial*. *Ob. Cit.*, p. 818. Señala el mencionado pensador “No creemos que solo se deba valorar que la enfermedad tenga raíces orgánicas o patológicas y se excluya la enfermedad de carácter psicológico”. Sobre este punto termina señalando “También comprende los padecimientos y sufrimientos psicológicos que pueden ser muy graves y duros y alterar de manera esencial el proyecto de vida de una persona y la autoreferencia de sí mismo, v. gr. Tetraplejía”.

ella⁶⁵, tal sería el ejemplo de aquellos dolores que demanda el “cáncer a los huesos”, conocido como *metástasis*. Ese tipo de dolores, son percibidos cuando la persona ingresa a ámbitos de lucidez, puesto que normalmente producto de estos sufrimientos, el paciente se encuentra en estado de incapacidad por los fármacos que se le suministran para paliar estos. Sin embargo, desde una interpretación literal, podría pensarse que la enfermedad sea incurable⁶⁶. Sobre este punto es menester detenerme a fin de aclarar algunas cuestiones que pueden mal interpretarse.

No considero que un paciente que padezca de una enfermedad incurable, sea lo mismo que un paciente con una enfermedad terminal. Digo ello pues, el paciente que por ejemplo presenta un cuadro clínico de VIH, no puede ser igual a quien se encuentra en estado terminal padeciendo esta enfermedad. Así, si alguien que vía examen médico ha sido diagnosticado como portador del VIH, y solicita que alguien le quite la vida, nos encontramos en la figura del 112º, pues los dolores más que físicos, hacen alusión a sufrimientos emotivos, lo cual en ningún momento podemos hablar de eutanasia, ya que en el fondo esta figura sería la de una ayuda al suicidio. Sobre este punto el profesor CalsamigliaBlancafort señalaba “Un enfermo es terminal si: 1.- su autonomía está tan deteriorada que es incapaz de gozar de sus derechos; 2.-su situación es irreversible, es decir, no existe

⁶⁵ Aunque en la actualidad la oncología más que combatir los casos de cáncer en etapa terminal, trata de paliar los dolores que son innatos a él. Esto es lo que en el argot médico se llama “calidad de vida”.

⁶⁶ BRAMONT ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO señalan “Es necesario precisar que no se está exigiendo que la enfermedad sea mortal, sino sólo incurable”. *Vid.* BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editora San Marcos, Lima, p. 67. *Cfr.*, también la idea del profesor CASTILLO ALVA, quien también es partidario que la enfermedad sea incurable, dicho jurista sostiene “La situación objetiva del paciente, como la enfermedad incurable, ejerce un peso e importancia semejante a la voluntad y solicitud expresa del paciente”. CASTILLO ALVA, José Luis. *Ob. Cit.*, p. 817.

posibilidad de recuperación de su autonomía (...) La terminalidad es fuente de valor y no una mera definición”⁶⁷⁻⁶⁸.

El último de los presupuestos de este tipo penal es que la petición o consentimiento de muerte tiene que ser expresa y consiente, la primera no ha de entenderse como un pedido verbal, pues la misma puede adoptar la modalidad escrita o por medio de *actos concluyentes*⁶⁹, siempre y cuando el sujeto actúe conscientemente sin ningún vicio de su voluntad; en consecuencia la petición tiene que ser en el preciso instante en que está sufriendo dolores intolerables producto de una enfermedad terminal, asimismo, soy del parecer que el pedido de muerte debe ser reiterante, no bastando cuantitativamente un solo acto.

De lo expuesto no comparto la idea de Castillo Alva, quien señala “La petición debe ser (...) en el mejor de los casos simultánea”⁷⁰ a la acción de matar, puesto que en esa lógica se avalarían pedidos que sólo pueden ser manifestados por única vez por los pacientes terminales, no valorando posteriores muestras de desistimientos de su anterior voluntad. Precisamente, son estas las razones que me llevan a pensar que dichos pedidos deben ser reiterantes, tal y conforme ha sido regulado en países como Holanda y Bélgica.

De lo sostenido, se debe excluir todo tipo de pedido tácito o de

⁶⁷*Vid.*, CALSAMIGLIABLANCAFORT, Albert. Ob. Cit., p. 346.

⁶⁸ Al respecto el profesor ESPINOZA ESPINOZA señala que ser un paciente terminal significa una condición incurable causada por un evento traumático o enfermedad, que, independientemente de la aplicación de maniobras o técnicas reanimatorias, servirá solo para posponer el momento de la muerte del paciente. *Cfr.* GIUSTI, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. Cit., p. 189.

⁶⁹ En el mismo sentido CASTILLO ALVA, quien señala “(...) pues la petición puede ser expresa también a través de actos concluyentes inequívocos, los cuales son absolutamente comprensibles en aquellos casos en los que la persona no ha perdido la conciencia, pero sí la capacidad de hablar, aunque no de comunicarse”. *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis. Ob., Cit., pp. 821-822.

⁷⁰CASTILLO ALVA. Ob. Cit., p. 819.

interpretaciones de voluntades tácitas sobre la verdadera voluntad del paciente, pues de aplicarse la práctica eutanásica en este tipo de casos, simplemente estaríamos dentro de la figura del homicidio contenido en el artículo 106 del CP. Esto último corresponde a las manifestaciones de la eutanasia involuntaria, donde múltiples problemas se han presentado.

El primer problema que se presenta, es si el médico que tiene una posición de garante para con la persona del paciente, puede o no quitar la vida de éste. Al respecto debemos concordar con el profesor Bacigalupo, quien señala que la voluntad del paciente, excluye completamente el deber del médico cuando aquél rechaza en forma autorresponsable la prolongación posible de la vida mediante una terapia o la continuación de la misma⁷¹.

Finalmente, en lo que respecta a la imputación subjetiva, se requiere que la conducta del agente sea a título de dolo⁷², es decir, que el agente conozca el *riesgo concreto* de su acción⁷³; empero, dicho dolo se encuentra gobernado por el sentimiento altruista del agente, lo cual lo diferencia del dolo común al que normalmente hacemos alusión.

⁷¹Cfr. BACIGALUPO, citado por VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., p. 132. En ese sentido, el profesor Albin ESER señala “De ello se deriva una primera afirmación importante para los límites aquí cuestionados del deber de tratamiento: allí donde el paciente, plenamente advertido y consciente de las consecuencias mortales de su decisión está de acuerdo con la suspensión definitiva del tratamiento, o con la renuncia a la adopción a nuevas medidas mantener la vida, o incluso lo reclama, termina en cualquier caso el deber médico a continuar con la prolongación de la vida”. *Vid.*, ESER, Albin. Ob. Cit., p. 177.

⁷²No comparto lo sostenido por el profesor CASTILLO ALVA, quien señala “El homicidio a petición puede cometerse en cualquiera de las variantes y posibilidades de dolo admitidos por la doctrina (...)”. *Cfr.*, CASTILLO ALVA. Ob. Cit., p. 828. Ello por cuanto se me hace imposible pensar que el autor actúe o pueda actuar bajo el imperio de un dolo eventual o dolo de las consecuencias necesarias.

⁷³Cfr. LAURENZOCOPELLO, Patricia (1999). *Dolo y Conocimiento*, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia.

5.1.3.4. El Bien Jurídico “Vida” En La Constitución Política y en el Código Penal

El bien jurídico protegido en este tipo penal no es cualquier vida, sino “la vida no deseada por su titular”⁷⁴, “en este aspecto el legislador pudo estar influido por la idea de que el paso de la vida a la muerte constituye una decisión que cada cual debe tomar personalmente y que no puede dejar en manos de un tercero”⁷⁵.

Interesantes son las reflexiones del profesor CARBONELL MATEU, cuando señala que el problema a valorar en este primer presupuesto, es si el bien jurídico protegido en este tipo penal, corresponde o no al bien jurídico “vida”, en sí tutelado por la Constitución⁷⁶.

Al respecto dice el autor “Se ha destacado la necesidad de interpretar todos los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución, de acuerdo con los criterios derivados del libre desarrollo de la personalidad. Se trata, en fin, de no realizar una interpretación contradictoria entre la vida y libertad, sino de considerar que los valores se integran mutuamente, de manera que no pueden aparecer como contrapuestos”⁷⁷. Razón tiene Valle Muñiz cuando señala que todos estos derechos fundamentales, derivan de la dignidad intrínseca de la persona humana⁷⁸.

⁷⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit., p. 77. Son interesantes las palabras de este jurista cuando afirma “El Código hace una valoración como fenómeno biológico, al margen de su consideración como derecho emanado de la dignidad de la persona (...) lo que se tutela aquí no es otra cosa que el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular”.

⁷⁵ ESER, Albin. Ob. Cit., p. 41.

⁷⁶ En la forma como en el fondo, tanto la Constitución española como la peruana son similares respecto a la tutela del bien jurídico “vida”.

⁷⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit., p. 78.

⁷⁸ Cf. VALLE MUÑIZ, citado por CARBONELL MATEU. *Ibidem*.

La eutanasia voluntaria involucra necesariamente que el bien jurídico “vida” que establece el artículo 2º inciso 1 de la carta magna, sea interpretado en correspondencia con su “libre desarrollo de la personalidad” que se establece en este mismo cuerpo normativo; ambos como proyecciones de la dignidad intrínseca de la persona.

Siguiendo este pensamiento, si analizamos desde un punto de vista teleológico el artículo en comento, debemos darle la razón –una vez más- al profesor CARBONELL MATEU cuando señala “Una interpretación integradora de vida y libertad (...) a la luz del libre desarrollo de la personalidad, obliga a considerar que sólo la vida *libremente* deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido.

En otras palabras *la vida es un derecho, no un deber (...)*⁷⁹; sin embargo, añade el autor “Una concepción como la que aquí se mantiene conduce a rechazar que la Constitución imponga al ciudadano deberes basados en valores independientes de su libertad y su dignidad. *En ese sentido, debe rechazarse la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular*”⁸⁰.

Desde mi modesto punto de vista, considero acertadas estas ideas, por cuanto el derecho a vivir o bien jurídico “vida”, no debe ser entendido unilateralmente en el sentido positivo, como el *derecho deseado a vivir*, sino que el mismo –por libre desarrollo de la personalidad y como proyección de la

⁷⁹CARBONELL MATEU. *Ibíd.*, p. 78.

⁸⁰*Ibíd.*, p. 79.

dignidad intrínseca- debe abarcar su lado negativo como el *derecho a morir* que tiene y ostenta cada persona⁸¹.

Considero que si los bienes jurídicos han sido redactados bajo la hipótesis de su configuración en contra de su titular, por las mismas razones, cuando es el mismo titular del bien jurídico quien consciente una privación de su vida (bien jurídico este que si bien es cierto es uno de aquellos no disponibles, sin embargo, por estar el mismo en un grado de afectación avanzado, se torna disponible para su titular), el comportamiento no debe formar parte de la esfera penal, para quien ejecuta directamente la solicitud de la persona.

Es obvio que el pedido del paciente, debe tener ciertos requisitos, de lo contrario estaríamos propiciando lagunas de punibilidad y esta práctica se realizaría de manera irracional y hasta clandestina por personas en busca de uno u otro interés⁸².

5.1.3.5. La eutanasia en el mundo

Los países que más han avanzado en esta materia, son Holanda (desde el 28 de Noviembre de 2000), Bélgica (desde el 23 de Setiembre de 2002) y Suiza (país

⁸¹ En ese mismo sentido el profesor CARBONELL MATEU manifiesta “Por consiguiente, la vida impuesta contra la voluntad de su titular no es un valor constitucional ni puede configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal”. En ese mismo sentido JAKOBS, cuando señala “(...) el Estado es garante de las condiciones externas para ello: la protección, la previsión y las prestaciones del Estado no sólo garantizan la supervivencia, sino también la calidad de vida”. *Vid.*, JAKOBS, Günther. *Ob. Cit.*, p. 309.

⁸² En el mismo sentido se ha pronunciado en profesor AlbinESER, al señalar “Si bien este punto de vista tiene su razón de ser, sobre todo para evitar que se apele de forma abusiva a una supuesta petición de morir de la víctima; lo cierto es que también dificulta la posibilidad de que un médico que actúe de buena fe auxilie a morir a un paciente con la finalidad de calmar sus dolores”. *Vid.* ESER, Albin. *Ob. Cit.*, p. 41.

que, sin embargo, prohíbe la eutanasia activa) en el viejo continente⁸³. En Asia tenemos el caso de Japón vía la Corte del Distrito de Yokohama, en Norteamérica el Estado de Oregón y en América Latina, tenemos la República de Colombia vía su Corte Constitucional y de la República del Uruguay vía su artículo 37° de su CP⁸⁴.

De todos ellos es indudable que Holanda (el cual fue el primer país en legalizar la eutanasia activa) y Bélgica son los paradigmas en lo que a esta práctica se refiere, pues cuentan con normatividad propia. Sin embargo, de un estudio a sus regulaciones, estas permiten la eutanasia activa bajo ciertos presupuestos.

Según la ley holandesa (prohíbe su aplicación en personas menores de 17 años), la eutanasia no será delito si el médico la práctica respetando los siguientes requisitos: que la situación del paciente sea irreversible y el sufrimiento insoportable; que el médico este seguro de que nadie coacciona al paciente y que su petición de morir haya sido expresada más de una vez; que el médico pida la opinión de otro colega, que deberá haber visto al paciente. El médico hará constar en el acta de defunción que la muerte se ha producido por causas no naturales y llenará un formato relativo a la aplicación de la eutanasia.

En Bélgica de una manera similar se ha regulado el tema de la eutanasia

⁸³ Como se puede apreciar, el homicidio a petición en el mundo comienza a ser despenalizado de los códigos penales extranjeros, ello en función –como vuelvo a repetir- a los cambios en los conceptos mismos de naturaleza humana. Aunque sobre este tema el profesor CASTILLO ALVA piensa que “Ningún país de nuestra órbita cultural deja sin castigo el homicidio a petición o con el consentimiento de la persona”. *Cfr.* CASTILLO ALVA. *Ob. Cit.*, p. 768.

⁸⁴ “Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”.

activa, al prescribir que para su aplicación se requiere que el paciente debe ser mayor de 18 años y estar mentalmente saludable; que el paciente debe solicitar la eutanasia de forma voluntaria, bien considerada y repetidamente; que el sufrimiento debe ser insoportable; el paciente debe estar bien informado de su situación y de otras alternativas; asimismo, un segundo médico debe confirmar que la enfermedad sea incurable y que el sufrimiento sea insoportable; asimismo, que el paciente siempre debe hacer su petición de eutanasia por escrito y finalmente, la eutanasia debe ser asistida por un médico. Finalmente, no está demás decir que países como Alemania, China y la India van por el camino de la legalización y no sería novedad que en los últimos años, algunos de ellos nos sorprendan con su respectivo cuerpo normativo sobre este tema.

5.1.3.6. Bondades y defectos del Proyecto de Ley N° 2556-2007-CR, de fecha 07.07.2008.

a. Bondades:

Las bondades definitivamente están en que ya nuestros parlamentarios se han preocupado por este controversial tema, entendiendo –según la exposición de motivos del presente proyecto- que el derecho a la vida o bien jurídico vida⁸⁵ no es absoluto, considerando que la persona humana –como único titular de ese derecho-puede disponer de él, cuando se presentan determinados requisitos y presupuestos siendo el más importante una enfermedad incurable, la solicitud expresa y los interminables dolores propios de la enfermedad. Esto desde mi

⁸⁵ Según la concepción funcionalista (moderada o sistémica) en que se quiera entender el término “vida”.

modesto parecer, **significa todo un avance** para nuestra legislación, por cuanto dota de protección jurídica al médico o personal sanitario que realiza esta práctica ante una persona con muerte cerebral. Considero que los planteamientos son plausibles, por cuanto en el proyecto de Ley, a diferencia de las legislaciones holandesa y belga no hace selección alguna en la edad de la persona enferma, entendiendo que la misma puede ser tanto un menor como mayor de edad. Asimismo, el proyecto se adhiere al concepto muerte más entendido por la doctrina médica como un *fenómeno gradual*, en el sentido que no se requiere el deceso total de la persona⁸⁶, sino que la muerte cerebral es el indicador que ya la misma -aunque aún goce del funcionamiento de algunos órganos como es el corazón-, se encuentra clínicamente muerta.

b. Defectos:

Una de las observaciones es que el proyecto en mención lo que regula no es la eutanasia voluntaria, sino la involuntaria, pues aquí la persona no presta su consentimiento. Infiero ello de la redacción misma del proyecto, de tomar como límite máximo de la vida a la muerte cerebral. Pero, ¿acaso una persona descerebrada puede válidamente prestar su consentimiento?, la respuesta es categórica. No.

En ese sentido, no encuentro razón del porqué se han confundido los planos de la eutanasia voluntaria e involuntaria, siendo esta última la que genera todo un problema, a la hora de valorar si la persona ha prestado tácitamente o no su

⁸⁶ Lo que SAVIGNY entendió como un acontecimiento tan simple de la naturaleza que no requiere ninguna corroboración en sus elementos. *Cfr.* ESER, Albin. Ob. Cit., p. 100.

consentimiento. Considero peligrosa esta forma de redacción, pues la discusión sobre este tema (para muestra podemos señalar los constantes debates que se han generado en España sobre la modalidad involuntaria) es un tema muy polémico y que aún no existe consenso. El proyecto en mención no lo podemos asemejar a las legislaciones Holandesa y Belga, por cuanto en ellas se ha legalizado sólo la *modalidad voluntaria* de proceder, pues en dichas legislaciones existen indicadores, que desde mi modesto entender son datos certeros y la única crítica que le podría hacer es que no debieron considerar la edad de la persona, pero este es un tema muy aparte. A lo que me refiero, es que en ambas legislaciones precisan del consentimiento REITERADO Y EXPRESO del paciente y no de cualquier aprobación, máxime cuando se debe requerir de una “interconsulta” donde los galenos arriben a la solución eutanásica. Esto no ha ocurrido en el proyecto en comento, pues se han confundido *grotescamente* los planos. Es decir, el artículo 112º del CP alude a las modalidades activas y omisivas (lo cual como hemos visto no existe en España, por cuanto de la redacción misma de su precepto, a la modalidad omisiva la hace atípica), pero con el indicador del consentimiento expreso del paciente, esto se conoce como eutanasia voluntaria.

Otro de los defectos, es que el texto mismo de la modificatoria no trata en absoluto del móvil pietista o de piedad, lo cual si traería serias consecuencias cuando los móviles sean ajenos a esta tipo de sentimiento y por ejemplo de trate de móviles egoístas. Ello desde ya hace absurdo que dentro de un tipo penal, donde el común denominador es la piedad, se trate de incardinar una comportamiento que en absoluto tiene que ver con este valor.

En todo caso la propuesta que aquí se hace y a fin de darle un sentido lógico al proyecto en mención, es que su redacción debió ser la siguiente: “No es punible la conducta del médico, que por piedad, acaba con la vida de una persona que padece de una enfermedad terminal, que le solicita de manera expresa, consiente y reiterada, para poner fin a sus intolerables dolores. Siempre y cuando tenga la opinión favorable de otro médico que haya examinado también al paciente”.

De la redacción observamos que sólo es el médico quién puede diagnosticar y determinar la aplicación de la eutanasia. No considero que se deba dejar este modo de proceder a una persona común y corriente, así como que no veo necesario que se deba conformar toda una junta médica. Basta la opinión de otro galeno que haya visto al mismo tiempo o posteriormente al paciente, a fin de sintonizar en la decisión de su colega. Ello, por cuanto existen zonas alejadas de nuestro país, donde no necesariamente una junta médica tiende a trasladarse hacia dichos lugares, pero donde sí existe –por lo menos- más de un galeno.

Otro de los criterios que nos muestra la redacción que presento, es que es tarea exclusiva del médico y no de un tercero, tomar la decisión en la interrupción de un tratamiento médico.

Al respecto nos dice el profesor Albin ESER“(...) ¿cómo puede introducirse en la zona límite entre la vida y la muerte el derecho, y demás el gravemente estigmatizante derecho penal? ¿No es esto un asunto tan íntimo que las decisiones pertinentes deberían dejarse totalmente a la responsabilidad del médico en vez de que, allí donde el paciente de ningún modo puede ser dueño de su suerte, se pretenda reglamentar y controlar, ¿no sería mejor, sencillamente, dejar la decisión

al criterio médico? (...)”⁸⁷, continúa el mencionado profesor alemán “Ante estas ideas es ciertamente correcto que sería realmente fantasmagórico si se coloca, en vez de al médico, al juez o al fiscal en la palanca del respirador”⁸⁸, finalmente nos dice el profesor alemán “Esto no quiere decir que el criterio del médico deba ser constreñido al marco de una estrecha casuística sino que su actuación tiene que permanecer ajustada a criterios legítimos y objetivables”⁸⁹.

5.1.3.7. Toma de postura

Por todo lo expuesto, abogo por la despenalización de la figura contenida en el artículo 112° del CP peruano, pero sólo como actuar médico, más no de cualquier persona⁹⁰. Lo señalado haya descanso constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad⁹¹, el mismo que se basa en la dignidad⁹² intrínseca de la persona. No entiendo cómo en nuestra legislación penal pueda existir un artículo que reprima la conducta de un facultativo cuyo móvil es la *piedad*⁹³. Consecuentemente no concibo la idea, cómo en un Estado de Derecho queremos tener a un ser humano sometido a aparatos electrónicos, implicando la mera

⁸⁷ESER, Albin. Ob. Cit., pp., 174-175.

⁸⁸ Ibídem.

⁸⁹ Ibídem.

⁹⁰ En contra: CASTILLO ALVA, quien sostiene “No es conveniente llegar hasta la renuncia de la pena, ya que se estaría legitimando peligrosamente actos caracterizados por intervenciones arbitrarias y presidios por intereses espurios”. Vid. CASTILLO ALVA. Ob. Cit., p. 813.

⁹¹ Así también lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia al señalar “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas, para definir, en forma autónoma las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia”. Vid. LOZANO VILLEGAS, Germán. *La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional*, en sitio web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/9.pdf>, consultado Junio 29 de 2008, p., 77.

⁹² Una primera reflexión nos llevaría a pensar que por dignidad se debe entender a un “vivir decoroso”; empero, empero aquí no se agota la idea de dignidad, pues dicho termino también engloba el concepto a un “saber morir”.

⁹³ Para el filósofo estadounidense Joel FEINBERG “es indigno a forzar a otro a morir en contra de su voluntad, pero una indignidad semejante es forzarle a vivir...contra su voluntad”. Vid. FEINBERG Joel, citado por CALSAMIGLIABLANCAFORT. Ob. Cit., p. 345.

prolongación de su agonía, donde su vida ha perdido todo sentido y función. Considero que quien permite que una persona viva en esas circunstancias, simplemente niega la vida. Por ende, penalizar una conducta médica cuyo móvil es el altruismo de una persona resulta demasiado drástico y desproporcional, en un Derecho penal que se jacta –sobre todo- de ser humanitario y garantista.

Es por ello que en las legislaciones donde se ha legalizado esta figura, se ha abandonado aquel vetusto postulado de HELLBACH quien manifestaba: “El médico mantiene la vida incondicionalmente o deja de ser médico” o aquel pensamiento HIPOCRÁTICO de no atentar jamás contra la vida del enfermo, puesto que hemos visto que estos dogmas, ahora con los cambios sustanciales médicos, admiten excepciones. Dichos postulados hoy en día, simplemente se han tornado obsoletos. Asimismo, debemos desterrar aquellos pensamientos moralistas en el sentido que sólo Dios es el único llamado a privar de la vida a una persona, pues –sin dejar de ser creyente- a lo único que conducen es a truncar la política criminal, tornándola inicua, incongruente y drástica al momento de reglamentar determinadas conductas, presentando un Derecho penal eficientista.

5.1.4. Eutanasia “entre el derecho a la vida y el derecho a la muerte”.

5.1.4.1. Situación problemática

El Magistrado del Tribunal Constitucional Profesor Gerardo Eto Cruz⁹⁴, ha sostenido en alguna oportunidad que la temática relativa al suicidio, no resulta ser una materia tan problemática como es el de la eutanasia. En efecto, excede los

⁹⁴ ETO CRUZ, Gerardo (2001). Estudios De Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, p. 125.

predios en que se desarrollan tanto las ciencias médicas como jurídicas, obligando antes de asumir una posición a favor o en contra de ella, analizar con mucha responsabilidad cada uno de sus elementos componentes.

Bajo este contexto, verificando la situación de un paciente que en términos vallejanos naciera cuando cristo estuviera enfermo, se encuentra bajo un cuadro patológico y en estado terminal, y para suerte la ciencia todavía no ha encontrado el medicamento que pueda mitigar ese dolor o sufrimiento corporal que trastoca el propio alma; este suceso acaso cruel y despiadado en la escena de un individuo nos invita a reflexionar sobre si dicha persona o personas gozan o ejercen realmente el derecho a una vida digna, considerando que este derecho se encuentra comprendido en la gama de los derechos fundamentales de la persona humana.

El sufrimiento de una persona resulta evidente a todas luces, pero como la vida es un bien jurídico protegido máxime si ostenta la categoría de derecho fundamental ergo indisponible, el paciente antes de recurrir al suicidio tendrá que pensarlo demasiado bien, *por más que ese deseo fluya en medio de una agonía cuyo inevitable paradero sea el de la propia muerte*. Lo antedicho pido al amigo lector no se interprete como que el autor de estas líneas sea partícipe de este tipo de posiciones pero, valga decir verdades, uno ya se debe imaginar la magnitud del dolor de este tipo de pacientes adolecen y que hace que prefieran la misma muerte frente al sufrimiento terapéutico.

Frente al supuesto anterior la eutanasia se enfrenta diariamente con opiniones contrarias y muchas de ellas netamente recalcitrantes, que sin lugar a

duda brotan de sociedades influenciadas por el catolicismo (con el debido respeto que merece tal postura), aquello que no ocurre en el ámbito de los Estados laicos como el Francés en que han quedado proscritas este tipo de inclinaciones.

Entonces, en qué quedamos: ¿A favor o en contra de la eutanasia? ¿Es una solución legal, moral?... ¿Es factible ponerse de acuerdo? ¿Qué preferimos, vivir con sufrimiento o una muerte digna?; como se verá son problemas vigentes para resolver, y en cuya tarea se involucra este pequeño trabajo, el cual parte de la siguiente interrogante: *¿La eutanasia, es una solución legal, moral o ética frente a casos médico- clínicos cuyo diagnóstico arroja que es una enfermedad terminal y en consecuencia incurable?*

La fundamentación teórica del presente trabajo se encuentra estructurada de la siguiente manera:

5.1.4.2. Eutanasia: Aspectos generales

Hace algún tiempo, los cables noticiosos provenientes del país más poderoso del orbe, han venido informando sobre la existencia de una singular máquina que activada por un procedimiento no complicado, permite a la persona que lo utilice, recibir en su organismo una dosis letal que le cause la muerte en forma instantánea y sin sufrimiento, permitiendo así, a quien ha decidido usarla dejar el reino de este mundo. Según las noticias, una dama de la ciudad de Michigan de nombre Janet, ha sido la primera persona que ha utilizado la máquina, inventada por el Dr. JACK AREVORIAN. El esposo de la señora Janet, hoy viudo, ha informado a la prensa que su amada murió “con dignidad”, después de haber

pasado una penosa enfermedad que le venía envejeciendo en forma prematura y del cual no había cura.

Había planificado todo hasta antes de su muerte, inclusive había solicitado una sublime música que le acompañara en los momentos finales, dijo el sereno viudo de la señora Janet⁹⁵.

Históricamente en el siglo XVII, FRANCIS BACON (1561-1626), acuñó el término eutanasia (del griego en: bueno y thanatos: muerte) a partir de su obra NOVUMORGANUM. Esta noción significa originalmente la muerte dulce o feliz, sin sufrimiento. Por aquella época se sostuvo el derecho que asistía a una persona para dar muerte a otra por razones piadosas. En términos genéricos, la eutanasia comporta varios elementos que configura su autonomía conceptual para que exista como tal, a saber: a) que se trate de un enfermo incurable; b) que padezca de crueles dolores; c) que la muerte se dé a propio pedido de los miembros de su familia; d) que se hagan impulsos de un sentimiento de profunda piedad y humanidad; e) que se le procure una muerte exenta de sufrimiento.

Sin embargo con el paso de los tiempos, la actividad médica restringió su significado dirigido a sólo suavizar muertes de las personas. Pero esta actividad, seguía respetando la concepción primigenia de la muerte dulce.

En el campo del Derecho, KARL BINDING y en la Medicina ALFRED HOCHÉ ejercieron notable influencia. Estos autores señalaban que existían seres humanos inútiles, por lo que constituyen “un cuerpo extraño en la sociedad

⁹⁵ ETO CRUZ, Gerardo. *Ibíd.*, p. 121.

humana". En consecuencia, la muerte resulta ser la medida más urgente y necesaria.

Esta concepción fue aplicada en el régimen nazi cuyo fundamento reposaba en la pérdida de tiempo y de dinero que significaba el cuidado de estos enfermos. Sin embargo, esta noción de eutanasia- que tienen muchos predicadores en la actualidad- no respeta la concepción primigenia de lo que significa, pues su aplicación obedece a un criterio axiológico repudiable, que implica un desvalor a determinadas personas, generándose una discriminación nauseabunda y absurda, aquello que podría denominarse eutanasia eugenésica.

"Si moralmente se justifica un primer paso (programa TAKTION T de los nazis para poner fin a la vida de los niños y adultos con incapacidad o retardo mental), entonces como progresión natural se darán otros sucesos B, C, etc. (los nazis extendieron su programa para alcanzar la raza ideal Aria exterminando judíos, polacos, rusos y otros grupos étnicos).⁹⁶ El argumento de la pendiente resbaladiza es de tipo consecuencialista, es decir a la hora de elegir entre las posibles alternativas se valora globalmente la bondad o maldad que acompaña la situación a la que aboca cada curso de acción y las consecuencias que conlleva o puede conllevar". Con todo, siempre se esgrime la tesis de que los médicos tienen el deber de conservar una vida humana, aunque en los últimos tiempos se viene levantando la tesis de lo que podría calificarse como el derecho a la muerte⁹⁷.

⁹⁶MANZANARES Rebeca & otros abogados. *Análisis Crítico de la Eutanasia y el Aborto en el Proyecto del Código Penal Venezolano*, Participantes de la maestría en ciencias penales y criminológicas de la universidad central de Venezuela, en sitio web: www.tododerecho.com/, consultado enero 12 de 2012.

⁹⁷ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 126.

5.1.4.3. Noción conceptual.

Posiblemente, el conceptuar determinadas categorías resulte tarea fácil; sin embargo, el tema que nos ocupa no es tan pacífico ni tan sencillo de simplificar. Hay que dejar bien sentado que una cosa es eutanasia y la otra: el homicidio piadoso u homicidio por piedad, muy a parte de saber si es necesario mantener en vida, cueste lo que cueste, a las personas enfermas o lesionadas gravemente y a las que el médico, a partir de determinado cuadro clínico, considera condenadas de modo irreversible a nuestra muerte próxima.

La eutanasia, como tal o *strictu sensu*, es la acción u omisión realizada por el profesional de la salud, a solicitud del paciente o de terceros, a fin de dar la muerte a un enfermo incurable poniendo fin a su sufrimiento⁹⁸.

De otro lado, el homicidio piadoso u homicidio por piedad, se presenta cuando falta alguno de los requisitos de la eutanasia (por ejemplo, ausencia de petición del paciente)⁹⁹. De ahí que, debemos acotar que el estudio neto de la eutanasia tenga privativamente un basamento constitucional, y hasta propio del derecho de las personas, siendo privativo su estudio por parte del derecho penal en su parte especial como homicidio por piedad.

Para efectos prácticos y con la finalidad de corroborar lo antedicho, me situaré en la circunstancia que hay una persona padeciendo una enfermedad Terminal o se encuentra fatalmente en un estado de coma en que ni siquiera es

⁹⁸VARSIROSPILIOSI, Enrique (2005). *La dignidad de la vida y, por qué no, de la muerte; eutanasia: ¿tenemos derecho a una muerte digna?*, en: actualidad jurídica, gaceta jurídica, mayo, tomo 138, p. 51.

⁹⁹ *Ibidem*.

posible que el propio enfermo solicite de forma expresa y consciente se ponga fin a sus intolerables dolores, natural y razonable por el grado de la enfermedad, ¿Si se le suministrase la inyección letal o se renuncia a su tratamiento que lo mantiene con vida, bajo un sentido de humanidad, con ausencia de la solicitud expresa del paciente, se cometería o aplicaría la eutanasia o se incurriría en homicidio por piedad?

Definitivamente, nos encontraríamos frente a un caso de homicidio piadoso, puesto que, la eutanasia supone solicitud expresa del enfermo de poner fin a sus intolerables dolores, sin dejar de observar que el artículo 112º del Código Penal de 1991 prescribe: el que por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

Asimismo, debemos señalar que la ausencia de disposiciones en los códigos penales en torno a los problemas que representa, significa su prohibición y condena como homicidio. Muchos legisladores y hasta un gran sector de la doctrina han brindado respuestas parciales a los problemas relativos a la eutanasia, al incorporar la figura privilegiada del homicidio piadoso y/o cometido a pedido serio e insistente de la víctima.

El Dr. Manuel Ossorio¹⁰⁰, ha precisado alguna vez que: “el homicidio piadoso, es corrientemente llamado eutanasia”, agregaba que: se caracteriza porque su móvil se presume inspirado en el sentimiento humanitario de evitar la

¹⁰⁰ OSSORIO, Manuel (1999). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Editorial Heliasta, 26ava. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, p. 481.

prolongación de un sufrimiento producido por una enfermedad reputada incurable, y a condición de que sea el propio paciente quien pida se le dé muerte. El tratamiento de la eutanasia, en efecto no pasa ni pasará desapercibido en los predios del derecho penal, pero hay que dejar bien claro que como tal será un tema de desarrollo a nivel del derecho constitucional y del derecho de las personas, pues se configura como una de las grandes excepciones al ejercicio del derecho fundamental a la vida. Cuando este derecho fundamental es vulnerado, digámoslo de este modo, recién entrará a tallar, como ultima ratio, el derecho penal.

Al respecto somos de la opinión que la eutanasia y el homicidio por piedad son categorías que deberían ser analizadas como distintas, pese a que en la forma pueden ser las mismas, siendo divergentes en el fondo.

En este sentido, a lo largo del desarrollo del presente trabajo, la manifiesta y hasta exagerada inclinación por el tratamiento doctrinario del tema a partir de las óptica constitucional y del derecho de las personas, no desvirtúa en absoluto el contenido penal de la eutanasia, a decir del doctor Ossorio- como homicidio piadoso.

Por consiguiente, somos de la posición que la eutanasia como tal será desarrollada en los predios del derecho constitucional, siendo que en el caso del homicidio piadoso, será materia de tratamiento estrictamente en el campo del derecho penal, parte especial.

5.1.4.4. Eutanasia activa y pasiva ¿Hasta qué punto es posible diferenciarlas?

El médico puede, mediante procedimientos médicos, abreviar la vida de un paciente moribundo. Si con esta finalidad, aplica una inyección mortal al agonizante, su comportamiento constituye un homicidio. Es un caso de la llamada eutanasia activa directa.

Se habla de eutanasia indirecta, cuando el médico proporciona al paciente substancias propias para aliviar los sufrimientos; pero igualmente, para abreviar la vida.

El criterio para distinguir la eutanasia activa de la pasiva no depende del hecho que el comportamiento del agente sea una comisión o una omisión. Interesa en primer lugar, considerar la esperanza de vida que tiene el paciente, y luego, determinar los alcances del comportamiento en función a la influencia que tiene sobre esa esperanza de vida. Si como se ha visto, la eutanasia es activa cuando el comportamiento influye negativamente sobre la duración de la vida del paciente; es pasiva cuando el médico renuncia a las medidas que mantendrían vivo al moribundo¹⁰¹.

Sobre el tema, el Dr. Eto Cruz señala: en la actualidad se distinguen dos tipos de eutanasia: la activa y la pasiva. En la primera, el médico abrevia la vida del paciente, ocasionándole la muerte, ya sea suministrándole alguna dosis letal o desactivando los tubos que le prolongan la vida. En este caso, nos encontramos

¹⁰¹ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 21.

ante un caso de homicidio, pues la jurisprudencia mantiene este temperamento. En la eutanasia pasiva, el galeno decide ya no continuar con el tratamiento, por lo inútil en que ha devenido, ocasionándole igualmente la muerte, esta situación también se reputa delito por omisión el campo del derecho¹⁰².

Resulta necesario señalar como grupo que, la bifurcación de la eutanasia, no importa que una respecto de otra, a nivel del ordenamiento jurídico penal merece menos penalidad, puesto que, si revisamos el artículo 112° del Código Penal, éste no hace ninguna distinción entre un hacer y un no hacer.

Queda claro entonces que en nuestro Código Penal, se sanciona el homicidio por piedad muy al margen que haya sido producto de un actuar del profesional de la salud a merced de aplicar un medicamento letal o cuando éste ha renunciado a la prosecución del tratamiento al que estaba sometido un determinado paciente (no hacer), pues en el fondo las dos circunstancias se encuentran penalizadas.

La eutanasia pasiva, está condicionada por los deberes del médico en tanto que garante: curar al paciente y mantenerle en vida. El médico no respeta estos deberes si se abstiene de tomar las medidas necesarias o no proporciona los medicamentos propios para prolongar la vida del enfermo o del herido agónico¹⁰³.

El conflicto de deberes ante el cual se encuentra el profesional de la salud, en opinión del grupo, reside o constituye una circunstancia excusable suprallegal;

¹⁰²ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 127.

¹⁰³HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 22.

el médico debe ya respetar su deber de preservar la vida del paciente o respetar su obligación de aliviar los padecimientos físicos y síquicos del mismo.

Si se tratase de un paciente cuya muerte se producirá fatalmente y en breve plazo, el médico deberá asistirlo durante su agonía. Su tarea principal es entonces aliviar los sufrimientos del agónico. en caso necesario, debería poder administrar al paciente una dosis de medicamentos peligrosa, si no hay otra posibilidad para atenuar o reducir los sufrimientos intolerables.

5.1.4.5. Fundamentos

A decir del Dr. Germán Bidart Campos¹⁰⁴, la aguda observación de que detrás de todo problema político hay siempre una cuestión religiosa, pues como él anota, puede servir para resaltar la tangencia inevitable del orden político y del espiritual. Más adelante- agrega- la toma de posición del Estado frente al poder espiritual o religioso puede definirse a través de tres posturas: la sacralidad, la secularidad y la laicidad.

Sobre la sacralidad, establece que es una forma política medieval, en la que realizaba de manera especial la conexión de lo temporal y lo espiritual, o en otros términos que la política tenía un carácter servicial con respecto a los espiritual.

Sobre la secularidad, es posible sostener que se trata de una forma política en que se contempla la realidad de un poder religioso, es decir que se respeta la

¹⁰⁴BIDART CAMPOS, Germán (1966). *Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, pp. 7-8.

existencia de una iglesia, pero el poder político no se confunde más con ella. Como dice el autor en mención, es una forma más atenuada que la sacralizada, pues se admite la presencia de un hecho religioso institucionalizado en una iglesia y en la medida de lo posible lo incorpora al área de los asuntos de interés temporal.

Finalmente, sobre la laicidad o Estado laico, se puede establecer que se trata de una forma política que a priori y sin reparar en la realidad religiosa que se da en el medio social, elimina el problema espiritual del terreno político- para adoptar- a lo menos teóricamente- una postura indiferente y agnóstica, que se da en llamar neutralidad.

En efecto, y sin necesidad de inclinar la balanza del todo a la posición sentada por el jurista Argentino, considero que se dará luz verde a esta posibilidad dependiendo de la orientación judeo-filosófica de cada Estado en particular, puesto que, no puede quedar duda que en el Estado sacro, la figura en estudio obviamente será reprimida en su práctica, aquello que medianamente ocurre en Estados adscritos a la tendencia de la secularidad.

En los Estados Laicos como en el caso de Francia y en el propio Estados Unidos, el tema en discusión ha quedado superado, pues ya se discute acerca de la posibilidad de reconocer el Derecho a la muerte en los casos de enfermedades incurables y muy dolorosas.

Entonces, no podemos dejar de lado la participación activa de la Iglesia Católica y su oposición férrea e ineludible en este tipo de temas, aquello que

como se verá más adelante ha propiciado que en nuestro Código Penal se haya previsto el tipo de homicidio piadoso, pero no debemos dejar de observar que la figura de la eutanasia desde la perspectiva terminológica y desde su contenido dista notablemente del tipo penal aludido.

Es de verse que el Estado Peruano presenta una orientación secular, o dicho en otros términos es un Estado Secular, adscripción que fluye del tenor literal del artículo 50° de la Constitución Política, que establece: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

5.1.4.5.1. Fundamentos a favor de la eutanasia

Cuando iniciamos el presente trabajo, manifestábamos que la legalización de la eutanasia en un determinado estado, dependerá de su orientación o sobre la base de qué ideas fuerza éste gire (sobre todo de carácter religioso).

Durante el proceso de canalización de la información vertida en el presente, nos hemos encontrado que con fecha 24 de febrero de 1957 ante el noveno Congreso Italiano de Anestésistas, el Papa Pio XII, declaró: “ No es contrario a la moral no dejar morir de muerte natural a un paciente condenado, ni administrar calmantes que pueden tener como efecto secundario el de abreviar la vida”¹⁰⁵.

¹⁰⁵ HURTADO POZO, José., Ob. Cit., p. 20.

Frente a diferentes casos de enfermedades incurables, somos de la opinión que si la eutanasia resultara una solución legal, ésta no podría ser contraria a la moral imperante en un determinado contexto socio-económico y cultural, toda vez, que, no por un capricho de carácter doctrinario y hasta quizás dogmático, no se puede dejar vivir con padecimientos físicos a un enfermo, cuando éste pida expresamente poner fin a este sufrimiento. Debemos ser conscientes, que ningún ser humano en la esfera terrestre, será capaz de pretender padecer en nombre de otro, los dolores provenientes de una enfermedad en estado terminal.

Por lo demás, los partidarios de la legalización de la Eutanasia argumentan que la persona tiene derecho a disponer de su vida y recibir la ayuda necesaria para conseguir una muerte indolora. Por el contrario, aquellos que se oponen a la misma, arguyen el derecho a la vida y el deber del Estado de garantizarlo, además que consideran que la eutanasia es una forma de discriminación hacia aquellos seres que se encuentran enfermos, viejos, con retraso mental o malformaciones genéticas.

La despenalización de la eutanasia en algunos países como Holanda o Colombia así como la recurrente aparición en la prensa de ciudadanos reclamando su derecho a llevarla a cabo, suele generar un debate que, desde mi punto de vista, entronca directamente con la necesidad de profundizar en valores democráticos fundamentales como la libertad, el pluralismo y la tolerancia¹⁰⁶.

¹⁰⁶ GARCÍA BRINK, Raúl (2004). *Algunos fundamentos éticos para defender la eutanasia*, en sitio web: <http://www.pensamientocritico.org/raugar1004.htm>, consultado enero 12 de 2012.

En efecto, y a modo de opinión personal, se puede referir que la decisión del parlamento holandés respecto a la adopción de una Ley regulando la eutanasia, supone una regulación que expresamente permite una práctica constante y favorable al derecho a la muerte digna.

En sintonía a lo señalado ha ocurrido desde el inicio de los años 80 en numerosos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se ha reconocido el derecho a la muerte (en inglés: *right to death*, *death with dignity* o *natural dignity*), trayendo como consecuencia que toda persona adulta tiene el derecho a rechazar, hacer cesar o proseguir un tratamiento destinado a mantenerla en vida o cuando está a punto de morir.

Estas circunstancias que rodean el hecho de la aplicación o no de la eutanasia en diversos sectores de la sociedad norteamericana, en definitiva como grupo nos conlleva a observar lo que sucede o sucedería con aquellos niños o adolescentes que padecen una enfermedad terminal. En estos casos, la familia se encargaría de autorizar la aplicación de la eutanasia, restringiendo el ejercicio legítimo del derecho a la muerte solo a aquellas personas que superan la mayoría de edad.

Pareciera entonces que el tema de la capacidad jurídica, va a tener la ligazón directa con el ejercicio del derecho a la muerte, aquello que no ocurre con el ejercicio irrestricto del derecho a la vida, pues, su goce es inmanente al ser humano o propia de la capacidad de goce, por el sólo hecho de ser humano, en cambio los demás derechos, su ejercicio, está condicionado a la mayoría de edad o la obtención de la capacidad de ejercicio.

Problematizando: ¿El derecho a la muerte digna, sólo se restringe a su ejercicio legítimo por parte de los adultos dejándose de lado a los adolescentes o niños que adolecen enfermedades incurables?

Consideramos que debería ser un ejercicio irrestricto tal y conforme ocurre con el derecho a la vida.

De otro lado, y a modo de paréntesis, la Constitución española, tanto en su título preliminar como en el título I, establece que España es un Estado Social y Democrático de Derecho fundado en el pluralismo y el respeto a la dignidad humana. Del mismo modo, garantiza la libertad ideológica y el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando se respeten las normas de convivencia necesarias dentro de una sociedad democrática.

Sin embargo, en muchas ocasiones leemos en la prensa o a través de la web o escuchamos en los debates sobre la eutanasia argumentos que defienden la inviolabilidad del derecho a la vida, afirmación ésta que desde nuestro punto de vista carece de fundamento alguno.

Veamos, en adelante, el asunto desde otro punto de vista: la Constitución reconoce el derecho que tenemos a no ser forzados a declarar sobre nuestra ideología, religión y creencias, pero si lo deseamos podemos hacerlo. Del mismo modo, se reconoce nuestro derecho a circular libremente por el territorio nacional (a la salud, a un medio ambiente equilibrado y los demás previstos en el artículo 2º de la Constitución Política del Perú de 1993); no obstante, podemos rehusar el ejercicio de tal derecho.

Por lo tanto, si alguien cree que vivir es una obligación en cualquier circunstancia porque considera que dicha conducta es moralmente buena, está llevando legítimamente a la práctica sus propios valores dentro de un Estado democrático y plural, pero no es una razón de peso para exigir que el Estado imponga como universalmente obligatorias dichas creencias.

5.1.4.5.2. Fundamentos en contra de la eutanasia.

Las razones de su no legalización se pueden extraer de diferentes sectores de la sociedad. Por citar algunos nada más, el Dr. Varsi Rospigliosi¹⁰⁷, refiere que el derecho a la muerte digna o el derecho a morir con dignidad es un eufemismo que se utiliza para legitimar que otro no de muerte- agrega, nosotros no somos dueños de nuestra existencia, dependemos de una sociedad organizada en la que existen límites en el actuar. Podemos decidir nuestro futuro, pero no nuestra existencia- más adelante señala: cierto, mi vida es mía (de quien más) pero en sentido restringido, es decir, que mi vida no es tuya; mi cuerpo no es tan tuyo, no es de nadie...se trata de un bien social.

Cabe agregar que, aun cuando un paciente depende su vida tan sólo por un tratamiento que a sabiendas se sabe que no podrá recuperarse, se afirma que no es lícito que se le desactive dicho tratamiento. Esta posición tiene como fundamento un pedestal de distinto orden: jurídico: si se le suprimen los tubos o se le deja de administrar su tratamiento, se comete delito y así tanto la jurisprudencia de la suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica como de distintos Estados lo han confirmado, tal y conforme se ha reseñado anteriormente.

¹⁰⁷VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 51.

Sumado a ello subyace el lado deontológico de la medicina: ésta existe para afirmar la vida y no para quitarla. Adicional a ello, subyacen también sublimes elementos como la esperanza: se prolonga una vida porque existen las posibilidades de que se descubra fórmulas científicas para salvarlo tarde o temprano; religiosas: la infinita misericordia del altísimo puede tener la piedad de curarlo; o en todo caso, de que lo recoja y lo tenga en su seno, pero en fin ya no habría la necesidad de ocasionarle la muerte por mano ajena; sino por muerte natural¹⁰⁸.

5.1.4.6. La negación dialéctica del derecho a la vida: el derecho a la muerte.-

5.1.4.6.1. Fundamentos

Recientemente en doctrina se viene señalando que mantener una persona viviendo una vida artificial y vegetativa, a sabiendas que no hay posibilidad alguna de recuperación, constituye un abuso del derecho, pues bajo el pretexto de afirmar el derecho a la vida, lo que simplemente se hace es prolongar un sufrimiento inmisericorde indigno de la condición humana.

En este extremo del trabajo, se debe precisar que a nivel de la Legislación Peruana, ya había una actitud de parte del Legislador, por asumir esta problemática, el mismo que se evidencia en el D.L N° 17505 de fecha 18.03.1969 (Código Sanitario) y el D.S N° 0098-71-SA de fecha 22.06.1971 (legislación derogada en la actualidad) que regulaba el Reglamento de injertos o trasplantes.

¹⁰⁸ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 127.

Con la aclaración efectuada, debemos tomar la referida legislación sólo a modo de antecedente normativo.

En la fundamentación doctrinaria a dicho Reglamento se señalaba que: “el médico está impedido de matar pero está obligado a permitir morir cuando toda recuperación es imposible”.

Inclusive, a nivel de los articulados se regula en el artículo 6° del Reglamento de injertos señalaba: Desde el momento en que el médico certifique, respecto de su paciente, que cualquier procedimiento técnico que se siga será inútil para producir su recuperación...”, como se podrá apreciar- señala el Dr. Gerardo Eto Cruz- resulta interesante esta actitud asumida por el Estado Peruano, pues ya existe un tratamiento frontal a un problema que siempre lo ha estado esquivando¹⁰⁹.

Sobre el particular, somos de la opinión que estos referentes de carácter legislativo, son a todas luces muestras de un intento por cambiar en nuestro país la visión sobre el tema de la eutanasia, aquello que en efecto no va a ser aceptado liminarmente por la sociedad, puesto que es por antonomasia: conservadora.

El cambio visionario sobre diferentes temas, como la legalización del aborto, eutanasia, drogas, etc., va a ser proporcional con el cambio de pensamiento colectivo, en tanto una sociedad libre de prejuicios y hasta de dogmas, permitirá un debate más científico que religioso sobre estos temas.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 128.

La represión del homicidio piadoso, es clara muestra, pues pareciera que se prefiere mantener a un enfermo en sufrimiento que poner fin, sujeto a criterios de piedad, a dicho tormento físico y hasta espiritual.

En todo caso, la represión del homicidio piadoso, debería tener como razón de ser: la investigación de las causas que obligaron al médico optar por aplicar la inyección letal o renunciar al tratamiento que permitía vivir con sufrimiento al paciente, mas no a la aplicación de una pena privativa de la libertad, pues si el paciente no tuvo la posibilidad y a través de sus propios medio autoeliminarse, por lógica racional tendrá que pedir auxilio al médico de cabecera o a quienes hagan sus veces.

5.1.4.6.2. ¿Existe el derecho a la muerte?

El desarrollo del presente apartado, supone la negación dialéctica a toda prédica en favor del derecho a la vida, reorientada desde su vertiente religiosa, en su punto más conservador, pero no como tesis que pretende desconocerla, pues tal y conforme acota el Dr. Varsi, no se trata de cómo queremos morir sino de cómo queremos vivir nuestros últimos días, quizás horas, de ahí el termino calidad de vida (cada vez peor utilizado).¹¹⁰

Rememorando lo dicho en líneas atrás, este derecho será ejercido por los adultos (tal y como ocurre en algunos estados de usa desde la década de los 80), pues en el caso de los niños y adolescentes, la decisión sobre la aplicación del

¹¹⁰VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 50.

mecanismo que pondrá fin a la enfermedad incurable y sus padecimientos, estará a cargo de los familiares más cercanos.

Al respecto, el Dr. Eto cruz¹¹¹ señala que, dentro del campo de la Teoría General del Derecho y de la Legislación, en rigor, el derecho a la muerte, no tiene cabida, pues representa con su sola afirmación, la violación del sacro principio del derecho a la vida.

Y aunque no ostente ahora status juris a, habría que perfilar la idea y el fundamento en que si debe existir este derecho para aquellas personas que por sus particulares circunstancias , voluntariamente deciden dejar de seguir viviendo en el marco de una enfermedad incurable, comprobada por los propios médicos que certifiquen que el tratamiento resulta inútil. Ahora bien, este derecho sólo y exclusivamente debe ser del propio paciente.

Pero además debe estar restringido sólo a las personas que se encuentran postradas en cama con un cuadro clínico deplorable: agonía, sufrimiento y debe constituir elemento indispensable que el paciente en forma lúcida exprese su voluntad. En consecuencia, el derecho a la muerte se diferencia de la eutanasia. Este último implica que los médicos y familiares deciden por el propio paciente (que se encuentra en una situación comatosa irreversible) y no sabe cuál es la voluntad del paciente, en cambio en el derecho a la muerte, se produce a solicitud del propio paciente.

¹¹¹ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 129. Se ha citado el autor en referencia, pues es quien ha desarrollado en forma más sólida el tema que nos ocupa en este apartado, recomendando al lector del presente su próxima revisión a efecto de comprender con mayores elementos de juicio.

Señala el respetado investigador que: “virtualmente podríamos agregar que este derecho a la muerte o el derecho a morir, sería un nuevo pariente entre el suicidio y la eutanasia; es más, se trataría, en este caso de una eutanasia” a pedido de la parte interesada o eutanasia de nuevo tipo”.

5.1.4.6.3. La estadística de la muerte

Cuando nos referimos a la estadística de la muerte, no nos referimos a un estudio estandarizado o traducido en un lenguaje de barras y hasta de gráficos, pues sólo hay que entenderlo en un lenguaje figurado.

Ocurre que en determinados países, dada su tasa de mortalidad en proporción a su tasa de natalidad, el número de pacientes que padecen enfermedades incurables resulta ser alto. ¿Cuántos son?, son cifras alterables cada día, por ello es que no nos atrevemos a mostrar ni siquiera un aproximado, no obstante y a modo de noticias mostraremos la información obtenida a través de la web y de diversos recursos informativos.

Según los cables, en U.S.A- nos informa el Dr. Eto Cruz, mueren diariamente cerca de 6.000 personas producto de un prolongado sufrimiento por las penosas enfermedades de los pacientes. Y anualmente, se reciben 10.000 cartas de peticiones a las autoridades para permitir que los médicos desactiven los tubos que les prolongan la vida. Éstos y otros datos más que pintan el bosque de sufrimiento de los pacientes y de los familiares, lo ha venido también reportando la Asociación de Autosuicidio que existe en Estados Unidos y cuya tenaz defensora es la ex vice presidenta Trudy Dalloshenlok. Si esto ocurre en EEUU,

es sólo una muestra de lo que sin lugar a dudas, ocurre en todos los países, con diferencias más o menos estadísticas; pero en, fin el fenómeno en esencia es el mismo.

5.1.4.7. El derecho a la vida

5.1.4.7.1. Fundamentos

La vida es la condición elemental para el desarrollo elemental para el desarrollo del ser humano. En sentido amplio, es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona natural.

El derecho a la vida es el primero de los derechos inherentes a la persona, en el sentido que constituye la *conditio sine qua nom* del ejercicio de todos los demás derechos de la persona¹¹².

El derecho a la vida , a la libertad y a la seguridad de la persona, contenido en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 6 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye en su amplio predicado a la integridad física y psicológica de los individuos¹¹³.

Este derecho fundamental, o derecho humano internalizado en nuestro ordenamiento constitucional a partir de su positivización; es el bien jurídico supremo por antonomasia; es a decir del Tribunal Constitucional el presupuesto de los demás derechos fundamentales de la persona humana.

¹¹² HURTADO POZO, Fernando. Ob. Cit., p. 24.

¹¹³ NIÑO, Luis Fernando. Ob. Cit., p. 120.

A nivel de nuestra Carta Política, en su artículo 2º se prevé precisamente este derecho fundamental, en efecto irrenunciable, no sujeto a caducidad propio e inmanente a cada ser humano por el sólo hecho de serlo.

Debemos anotar, a nivel de grupo que, una de las primeras manifestaciones sobre este derecho se encuentra en la Declaración de los Derechos Del Hombre y el Ciudadano de 1791, luego que estallara la Revolución Francesa, para que muy después en pleno siglo XX (en la etapa post- segunda guerra mundial), quedara acuñada inexorablemente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para luego ser recogida en la totalidad de los textos constitucionales del mundo, en señal de reconocimiento colectivo por parte de todas las fuerzas políticas terrenales.

5.1.4.8. El valor de la vida humana desde la perspectiva moral

5.1.4.8.1. Iglesia, Estado y Derecho

La conformación del derecho público europeo tuvo como ingrediente filosófico fundamental los principios de moral práctica devenidos de la religión católica. Desde la época de Constantino hasta nuestro tiempo, el ideario cristiano, portentosamente compatibilizado con el racionalismo griego por los magnos representantes de distintas corrientes escolásticas (Tomas De Aquino, John Duns Escoto), ha sido fuente esencial de los postulados políticos y jurídicos rectores de la organización social en el viejo continente.

Contemporáneamente, y sin perjuicio de las distintas tomas de posición de los estados frente al poder religioso, aún en aquellos que cabría definir como

laicos, caracterizados por una postura neutral o agnóstica frente a dicho poder, a diferencia de los confesionales - sacrales o seculares, es posible advertir a la impronta ética de la doctrina eclesial.

Si tal característica es predicable en términos generales, vale afirmarla rotundamente con respecto a toda regulación legal sobre determinados bienes, ligados por esencia a valores superiores de cualquier ordenamiento y por consiguiente a su moralidad legalizada. Es por ello que corresponde detenerse brevemente en el tratamiento deparado por la iglesia romana al bien por excelencia: la vida humana¹¹⁴.

5.1.4.8.2. La regla y sus excepciones

Bien personal, bien común hay don divino, la vida humana hubo de configurar para el tomismo- lo que equivale a decir para el pensamiento católico tradicional- el valor ético por excelencia.

Si bien es verdad que el derecho a la vida constituye el númen de la mayor parte de los derechos fundamentales, agrega Niño que, la muerte del enemigo en situación de guerra justa- la criminal por orden de la autoridad pública y según la Ley y el homicidio en legítima defensa componen la triada de más rancio abolengo en este elenco de situaciones excepcionales. De más reciente elaboración doctrinaria, se yergue junto a ellas el tiranicidio dirigido contra quien ha usurpado el poder... Elaborada con la aportación esencial de los teólogos medievales quienes- distinguiendo entre el *pactum uniones societatis* y el

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 39-40.

pactumsubjectionis- abrieron el camino para deponer o aún matar a los príncipes advenedizos e infieles a la verdadera fe, durante los tiempos de guerra de religión¹¹⁵.

5.1.4.8.3. Influencia de la moral clásica en la ley y la doctrina: *Crítica de la moral clásica y el argumento ideológico del pecado original*

Sostiene Niño¹¹⁶ que la duplicidad de esta visión clásica es inocultable. En tanto autoriza el homicidio, en defensa de la soberanía nacional, del orden jurídico o de la continuidad institucional y elogia la propia inmolación en pro de la salvación de otras. Sin embargo, cuando se trata de los temas de eutanasia, del aborto y otros es cuando en forma férrea se opone la iglesia católica: ¿Doble moral? ¿Doble punto de vista? ¿Cuál es la justificación en el caso del homicidio por motivo de guerra?, ninguno.

5.1.4.9. Enfermedades incurables

Pero aparte de las diversas enfermedades que son curables. La ciencia por su propia naturaleza de ser, trata de descubrir la verdad en torno a enfermedades que flagelan al mundo, no olvidemos que en Europa, pestes aún no conocidas otrora, diezmaron a poblaciones enteras.

Hoy al despertar del siglo XXI, si bien la capacidad heurística del hombre para seguir descubriendo e inventando nuevas cosas resulta obviamente encomiable y grandioso.

¹¹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 44.

Con anterioridad, se había señalado que existen enfermedades incurables que agravan más la situación por el penoso y prolongado sufrimiento de los apacientes. Pero aquí se pueden dar dos situaciones. Por un lado, la de aquellos pacientes que les aqueja una dolencia incurable y pueden decidir sobre su vida, y la de aquellos que están incapacitados de poder expresar su voluntad a seguir viviendo o en último caso morir. Lo normal es que aquellas personas que tienen una dolencia incurable tienen la firme voluntad a perseverar en la fe de su salvación física en las manos de la ciencia médica, como también en las manos del altísimo; sin embargo, por las mismas circunstancias en las que se encuentran a, otras personas tienen la voluntad de ya no seguir viviendo, aunque no lo puedan expresar¹¹⁷.

5.1.4.10. El sanar o curar ¿resulta ser lo mismo?

Indagando sobre lo concerniente al contenido esencial de lo que se presume conocer como acto médico, ha sido posible establecerse que “es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica, a saber: los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico, así como los que se deriven de estos. El acto médico es lo fundamental del trabajo del Médico Cirujano titulado a nombre de la Nación, y en tal virtud, éste asume responsabilidad de índole moral y legal por sus efectos¹¹⁸”; en efecto, invita a reexaminar las divergencias entre el curar y el sanar, acaso una diferencia de carácter terminológica o de forma o más bien neurálgica o de fondo.

¹¹⁷ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 124.

¹¹⁸Vid. CÁCERES GRAZIANI, Eduardo (2005). *Directiva de las Historias Clínicas Generadas en el INEN*, Instituto Especializado de Enfermedades Neoplásicas, Lima.

De acuerdo al Diccionario Medico Dorland¹¹⁹, "curar supone el curso de tratamiento de cualquier enfermedad o de un caso especial". Pero, hasta qué punto es creíble que los señores galenos sanan, o en todo caso sólo proporcionan una solución paliativa frente a diferentes enfermedades, quizá a modo de prevención, pero lo cierto que para efectos del presente nos aproximaremos a sus posibles diferencias.

Sobre el curar, basta echar un vistazo a todo el campo léxico de esta palabra para darnos cuenta de que le hemos cerrado y desviado el significado. Pro-curar, in-curia, curioso, cura (de almas), cura (sanitaria), curación, incurable, curioso, curiosidad.

Es evidente que el único significado que podemos considerar denominador común semántico de todas las palabras que forman este grupo es el cuidado o la preocupación por algo o por alguien. *Cura agrorum* es el cuidado (el cultivo) de los campos; *cura et diligentia* = cuidado y exactitud; *curas adimere*=quitar preocupaciones; *cura puellae* = el amor por la mocita; *curae acres cupidinis* = los cuidados (los sufrimientos) del amor; *cura aquaequae sub cutemest* (Celso) = la cura (el conjunto de remedios) de la hidropesía¹²⁰.

En cuanto al verbo curare la extensión del significado es la misma: *magna di curant, parva neglegunt* = los dioses se cuidan de las cosas grandes, y de las pequeñas se desentienden. Por cierto, el opuesto de curare es negligere (obsérvese

¹¹⁹DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO DE MEDICINA DORLAND (1989), 26ava. Edición, Volumen 2, Nueva Editorial Interamericana, Mexico, p. 393.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 321.

el doblete diligencia / negligencia). *Diligere* (=amar) comparte significado con un segmento semántico de curare.

De este mismo grupo léxico tenemos tres palabras derivadas del latín, pero que no han conservado su significado original. El término incurable es lógicamente el contrario de curable, que apenas se usa. Viene del latín *curábilis*, que no significa sólo curable, sino también "que es de cuidado, que es como para preocuparse". Al médico de cabecera Celso le llama *curans* = curante (se recuperó la forma de participio presente en practicante). Y la palabra curación (en latín *curatio*) no tenía el mismo significado que tiene para nosotros.

Era la acción de cuidar, la solicitud, la diligencia. En línea con el significado dominante de curare. Y cuando se usa en medicina, se entiende por *curatio* el conjunto de cuidados y tratamientos.

Por completar el grupo léxico pasamos a *curiosus*, *securus* y cura. Para los romanos el valor dominante de *curiosus* es el que deriva de cura: cuidadoso, solícito, diligente, exacto. Aún conservamos este valor, junto con el más frecuente de deseoso de indagar y de saber.

Lo importante es comprobar que todos sus valores proceden de **curare**. *Securus* procede también de curare, aunque de entrada no lo parece. El prefijo se-, que tiene también la forma sed- expresa separación, privación, alejamiento. *Securus* significa por tanto sine cura, es decir sin preocupación, sin cuidado. Y finalmente en el lenguaje eclesiástico el cura es aquel a quien se ha confiado la "cura" (en su valor latino, es decir el cuidado) de las almas. Solía decirse antes

"cura de almas". Está claro que ha cambiado radicalmente el contenido de curar. Hemos transferido a esta palabra los significados de sanar¹²¹. Ni siquiera del curandero, cuyo nombre se ha formado sobre "curar", se espera que cuide al enfermo. Va directo a sanarle. La medicina dejó de ser contemplativa, especulativa y "curativa" para convertirse en eminentemente activa e intervencionista; sobre todo la hospitalaria. La "primaria" y la preventiva en cambio, atiende más a "cuidar" a los usuarios que a sanarlos.

Podemos acotar que en todo caso, los señores médicos sólo curan mas no sanan, por cuanto el acto médico solo se orienta curar, bajo un conjunto de cuidados y tratamientos.

Entonces en respuesta a la interrogante formulada, desde nuestra posición el curar dista notablemente del sanar.

5.1.4.11. El suicidio y otras situaciones afines

A estas alturas del tiempo, resulta inoficioso insistir en el análisis jurídico de esta problemática, pues simple y llanamente consiste en que la propia persona decide quitarse la vida, aclarándose que lo que se reprime no es el suicidio en sí, pues no constituye delito, sino que es punible la instigación y quienes participaron en el suicidio ajeno. Indudablemente que quienes se prodigan su propia muerte son personas que han tenido alguna desgracia¹²².

¹²¹ ARNAL, Mariano (2010). *Curar*, En Revista: El Almanaque Medico; disponible en sitio web: <http://www.elalmanaque.com/medicina/salud8.htm>., consultado enero 12 de 2012.

¹²² ETO CRUZ, Gerardo. Ob. Cit., p. 124.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico penal de 1991, se reprime la figura de la instigación al suicidio o la inducción al mismo, más no el suicidio o autoeliminación. Al respecto Hurtado Pozo¹²³, señala que el suicidio es un comportamiento impune, por no estar previsto en ningún tipo penal. El homicidio consiste en causar la muerte al otro y no así mismo. Sin embargo, la represión prevista en el art. 113 supone un juicio de valor negativo respecto del suicidio. Según algunos autores, no se trata de un comportamiento lícito, pues de otra manera no se concibe que sea punible aconsejarlo o ayudar a su comisión.

Desde esta perspectiva, el suicidio sería un acto ilícito, contrario a los intereses de la sociedad. Esto justificaría la intervención del Estado para evitar los comportamientos que pueden propiciar el suicidio y proteger la vida de las personas aún en contra de su voluntad.

5.1.4.12. Posición de la legislación nacional

Nuestro Código Penal, en el título referido a los Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, tipifica el delito de "Homicidio por piedad", en el artículo 112 del citado cuerpo normativo; no se utiliza pues el término eutanasia.

El artículo 112 del Código Penal señala lo siguiente: "El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

¹²³ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 144.

Tal como señala el Dr. Luis Alberto Bramont-Arias Torres , especialista en Derecho Penal, nuestra legislación ha tipificado en el homicidio por piedad a la eutanasia activa, mas no a la pasiva (no prolongar artificialmente la vida de quienes indefectiblemente están destinados a la muerte, en la medida en que tal alargamiento sólo traiga efectos de sufrimientos), ni la indirecta (que supone el adelantamiento de la muerte -que se conoce como cierta- mediante el suministro de medicamentos que sirven para mitigar el dolor físico del enfermo).

Pero, no obstante tipificar el homicidio por piedad, el legislador lo ha atenuado disponiendo una pena máxima de 3 años pues brinda vital importancia al consentimiento expreso y voluntario del enfermo, colocando al que realiza la eutanasia como un mero colaborador, por lo que es este acto de colaboración lo que se castiga.

Así, existen tres aspectos fundamentales para concluir que estamos, legalmente, frente a la figura de la eutanasia activa u homicidio por piedad: el móvil de piedad que es el que impulsa al autor del hecho, la petición expresa y consciente de la víctima y la existencia de dolores intolerables que hacen difícil la vida del paciente.

A decir del Dr. Enrique Varsi Rospigliosi¹²⁴, en nuestro derecho local, el Código Penal Peruano tipifica como delito el matar a una persona para evitar sus intolerables dolores. El homicidio por piedad es un delito atenuado, la pena es reducida a diferencia de otros tipos de homicidio, no mayor de tres años, el autor puede ser cualquier persona, no se requiere que sea médico.

¹²⁴VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 52.

En el ordenamiento jurídico penal peruano, la eutanasia no encuentra asidero legal, por cuanto se encuentra reprimido bajo la figura del homicidio por piedad, teniendo en cuenta y haciendo eco sobre lo afirmado por el Dr. Manuel Osorio en cuanto se llama corrientemente eutanasia al homicidio por piedad.

Asimismo, se penaliza la instigación al suicidio de manera tal que incita a otro al suicidio o lo ayuda será reprimido, si el suicidio se ha consumado o se ha intentado, con una pena no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco si el agente actuó con un móvil egoísta.

La vida es el mayor bien jurídicamente protegido, las acciones mortales son tipificadas como delitos.

Agrega el Dr. Varsi, “si me preguntaran cuál hubiera sido el tratamiento en el Perú, respondería que no tengo la menor idea, qué criterio se hubiera asumido. Lo que sí sé es que somos bastante más conservadores pero prácticos a la vez.

La doctrina nacional sobre la materia es fundamentalmente pro vita, se rechaza todo acto tendente a limitar la vida del ser humano: Todas nuestras leyes marcan el mismo norte.

Recuérdese que en las discusiones del anteproyecto de reforma constitucional del 2002, existieron propuestas para constitucionalizar la prohibición de la eutanasia, lo que no dijo que esté bien o mal, sólo es un detalle de nuestra vocación, formación y cultura.

Lástima que no tengamos datos judiciales para hacer más clara nuestra respuesta, aunque no creemos que haya muchos, a pesar de que en realidad es común”¹²⁵.

Las prácticas eutanásicas no llegan a los estrados judiciales, pues es un delito en lo que los familiares son los cómplices y mal pueden hacer en denunciar sus propios actos, lo que es un problema medular en la penalización de este delito. Considero que un Juez peruano no hubiera accedido a pedido similar, las normas nacionales son contrarias a la legitimación de un acto que tienda a eliminar una vida. La eutanasia no es aceptada por la Ley como un medio por el que pueda violarse legítimamente el derecho a la vida, como sí lo es la pena de muerte, la legítima defensa.

En síntesis, el Código Penal del Perú, promulgado en 1991 con el Decreto Legislativo N° 635, incluyó el tipo "homicidio piadoso" en el artículo 112, esto es la penalización expresa de la eutanasia activa, y la pasiva cuando la misma es pedida por el enfermo (y en el resto de casos, supongo, quedará penalizado como homicidio o, como muy poco según las circunstancias del caso, un delito de omisión de socorro.

La eutanasia está lejos de ser un derecho, y tiene una penalización realmente fuerte (hasta tres años de cárcel), es considerado, por el legislador penal, un caso específico de homicidio. Desconozco, sin embargo, la ejecución práctica de este precepto y las posibles ponderaciones con estados de necesidad

¹²⁵Ibíd., p. 56.

que se pudieran dar para, en su caso, eliminar la condena en concreto bajo ciertos hechos.

5.2. De la eutanasia en la legislación comparada: Aspectos comparativos

5.2.1. En la legislación Colombiana

En Colombia se ha tipificado como delito el homicidio por piedad de la siguiente manera¹²⁶: Código Penal artículo 326°: "El que matare por piedad, para poner fin a sus intensos sufrimientos provenientes de la lesión corporal o enfermedad grave e incurable incurrirá en prisión de seis meses a tres años".

En esta legislación, por ejemplo, se tipifica como delito la acción de un sujeto de dar muerte a otro bajo una motivación subjetiva de piedad (entendido como un sentimiento de solidaridad o de humanidad) , sin que desde el punto de vista legal interese el consentimiento de la víctima. El carácter subjetivo que tiene el ordenamiento penal de Colombia convergen dos factores en el concepto de culpabilidad. Primero, la voluntad del sujeto activo en la realización del tipo penal (homicidio) y; segundo, la relación o nexo de causalidad entre la acción y resultado.

Sin embargo, la Corte Constitucional por una votación de 6 contra 3 en la sentencia de fecha 20.05.1997, permite la eutanasia activa en pacientes terminales. Hubo controversia en esta decisión que motivó la renuncia de su vicepresidente. La Iglesia Católica ha pedido la nulidad de la referida decisión tomando como

¹²⁶Disponible en sitio web: http://www.dmd.org.co/pdf/homicidio_por_piedad.pdf, consultado enero 12 de 2012.

base de su planteamiento el derecho a la vida. Adicionalmente a esta posición a favor genera complicidad en los médicos de unos actos contra su conciencia.

En relación a los fundamentos de la sentencia antes referida, debemos señalar que, el fundamento a morir en la legislación colombiana: los pacientes en sus últimas semanas de vida están preocupados por morir dignamente, antes que prolongar su existencia. Éste fue uno de los fundamentos que motivaron a los miembros de la Corte Suprema de Colombia para la expedición de la sentencia en la fecha antes glosada, a favor de la eutanasia¹²⁷.

5.2.2.- En la legislación Mexicana

En el caso de México¹²⁸ “la eutanasia no tiene una regulación específica a nivel de su Código Penal. Pero, los supuestos de eutanasia activa o pasiva voluntaria son abarcados por el artículo 312 del Código Penal Federal del Distrito Federal”. Dicho artículo prescribe: “El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años”.

De este artículo podemos extraer dos ideas: la primera de ellas a su vez se divide en dos hipótesis: a) prestar auxilio a otro para que se suicide y b) inducir a otro para que se suicide. Esta última se refiere al que presta auxilio al suicida al punto de ejecutar el mismo la muerte, es la figura del homicidio consentido o

¹²⁷ Disponible en sitio web: www.colombiamedica.univalleeduca/vol.28/eutanasia., consultado enero 12 de 2012.

¹²⁸ Disponible en sitio web: www.unam.edu.mx/boletinderechopenal., consultado enero 12 de 2012.

como prefieren llamarlo otros del homicidio suicidio. Y la segunda por la cual el sujeto activo actúa con móviles piadosos, en beneficio de la víctima y con su consentimiento".

En forma clara esta legislación establece que el consentimiento del ofendido en el homicidio, despliega sus efectos como causa específica de la atenuación de la pena. Esta atenuación está legislada en el artículo 52 del Código Penal, que dispone que el juez fijara las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito con base a la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta entre otros aspectos los motivos que lo determinaron a delinquir y todas las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de la comisión del delito.

Esta legislación si condena la eutanasia, eso diríamos, y a comparación con otras, y con la nacional con mayor penalidad al colocar un mínimo de cuatro años de cárcel, lo cual no le permitiría al reo acogerse a una suspensión de la pena, como lo permite la legislación penal peruana.

Esta ley no toma en cuenta el consentimiento del agente pasivo, puesto que argumentan que la vida es un bien indisponible. Mucho menos ponen como móvil del hecho la piedad.

Desde el punto de vista del grupo de investigación, como está redactado el artículo no se estaría castigando la eutanasia sino el suicidio asistido.

5.2.3. En la legislación Holandesa

Refiere el Dr. Hurtado Ozo, que la descriminalización de la eutanasia en esta latitud se retrotrae al 9 de febrero de 1995, fecha en que el Parlamento Holandés aprobó un reglamento dirigido a impedir la persecución de los médicos que practiquen la eutanasia por demanda expresa del paciente¹²⁹.

En la única parte donde se ha legislado la eutanasia es en los Países Bajos, pero una mirada breve a los artículos de su Código Penal que contemplan esta acción nos permitirá darnos cuenta de que en Holanda la eutanasia sigue penada, pero que si se cumplen con estrictas condiciones de cuidado, hay excepciones en la cual ofrecen al médico la posibilidad de ayudar a un paciente con una enfermedad terminal, insoportable; sin ninguna repercusión.

Aquí se presentaran los dos artículos del Código Penal Holandés, que fueron modificados a propósito de la nueva ley promulgada llamada "Ley sobre Comprobación de la Terminación de la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio":

Artículo 293: "El que quitare la vida a otra, según el deseo expreso y serio de la misma será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta".

El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por médico que haya cumplido con los requisitos de cuidados recogidos en el artículo dos de la Ley sobre Comprobación de la Terminación de

¹²⁹ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 136.

la Vida a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, y se lo haya comunicado al forense conforme al artículo 7 párrafo segundo de la Ley Reguladora de los funerales.

Artículo 294: "El que de informa intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilitare los medios necesarios para ese fin, será en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta tres años o con una pena de multa de la categoría cuarta se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo.

Debemos subrayar dos cosas primero, la legislación se centra en la petición del paciente. No basta la petición en sí. El médico tiene la obligación de determinar que no sólo existe la petición, sino también que la petición es: a) voluntaria y b) bien mediata. Además queremos subrayar la importancia de la consulta con otro médico, pues antes de que el médico acceda a atender una petición de eutanasia, debe consultar con un médico independiente que no esté involucrado en el tratamiento del paciente.

Se plantean varios problemas acerca de este hecho el principal, el constitucional, el cual confronta la autonomía y voluntad de la persona en un derecho personalísimo como es la vida.

Esta legalización ha hecho que aumente las muertes por esta causa, aunque sea tan restringida la norma, siempre está la posibilidad de que se presenten abusos en la realidad, pudiendo en algunos casos tergiversar la norma llegando a una especie de generalización.

5.2.4. En la legislación Argentina

Para la legislación argentina la eutanasia es considerada un homicidio. Desde hace algunos años se están debatiendo proyectos de ley sobre el derecho a la muerte digna.

Vale recordar que en la eutanasia existe una participación activa de la ciencia para terminar con la vida de alguien, mientras que la alternativa que se plantea en ¿nuestro? país apunta hacia el derecho de una persona de interrumpir un tratamiento médico, quirúrgico o clínico.

De momento, en el Congreso de la Nación, se manejan tres proyectos de ley acerca de los pacientes y su derecho a rehusarse a recibir determinadas terapias. En 1996 el tema se trató aunque no hubo acuerdo.

Hay quienes dicen que el tema no tiene mucho sentido ya que está contemplado en el artículo 19 de la Ley de Reglamentación de la Medicina que sostiene que “todo paciente tiene derecho a negarse a un tratamiento”. También rige una Ley Nacional (17.312/67), que indica que el médico debe respetar la voluntad del paciente en cuanto a su negativa¹³⁰.

5.2.5. En la legislación Norteamericana

En relación a los Estados Unidos podemos encontrar una condición favorable en relación a la eutanasia, comenzando por los ciudadanos de Oregón quienes aprobaron la medida de fecha 16.11.1994 que legalizaba la eutanasia bajo

¹³⁰DELLA TORRE, DANIEL (2001). Sección Salud, disponible en sitio web: www.diariolacapital.com.ar:diario., consultado enero 12 de 2012.

condiciones limitadas. Pero en contravención a esta medida La Nationalrighttolife (Comité por el Derecho Nacional a la Vida) obtuvo un interdicto para la implementación de la medida.

Pero el 07.03.1996, la Novena Corte Del Circuito De Apelaciones declaró inconstitucional una ley de Washington que criminalizó al médico que ayudara a pacientes terminales.

Para corroborar su pronunciamiento, la CORTE se ha pronunciado de la siguiente manera: “cuando los pacientes ya no pueden perseguir la libertad o felicidad y no desean tener la vida, el rigor del estado para mantenerlos vivos en menos obligatorio...un componente mental, el adulto enfermo terminal, que habiendo vivido aproximadamente toda su vida, tiene un interés fuerte en la libertad de elegir una muerte humana dignificada en vez de ser reducido a un estado de impotencia, sosiego”.... esta decisión fue condenada por la asociación médica estadounidense y la iglesia católica romana. Por otro lado, los activistas del VIH la han recibido con mucho entusiasmo¹³¹.

5.2.6. En la legislación Española: La disponibilidad del derecho a la vida en la doctrina del Tribunal Constitucional

Antes de la Constitución Española la postura tradicional de la doctrina era la de atribuirle al derecho a la vida un carácter absoluto. A raíz de 1978 y sobre todo en los últimos años las cosas parecen haber cambiado de sentido, aumentando considerablemente el número de autores que se han manifestado por

¹³¹Disponible en sitio web: www.geocities.com/legaleutanasia-html., consultado enero 12 de 2012.

otorgarle a este derecho un valor relativo, es decir, con límites, en base a una interpretación sistemática o integradora de los derechos fundamentales¹³².

El art. 15 de la Constitución Española textualmente dice: "*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra.*".

El texto recoge en este mismo artículo junto con derecho a la vida otros derechos que en el tema que nos ocupa pueden plantear un conflicto de derechos fundamentales como veremos más adelante. Los debates parlamentarios sobre este artículo se centraron en dos extremos,¹³³ en concreto si el término "todos" incluía al *nasciturus* y la completa abolición de la pena de muerte.

La redacción resultante para enunciar el derecho a la vida no nos permite afirmar sin más que la Constitución lo configura como un derecho absoluto, ni el derecho a su disponibilidad por el titular del mismo, ni mucho menos un derecho a morir.

Por su parte el artículo 10.2 dispone que en materia de derechos fundamentales su interpretación ha de ser conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Los textos a los que hace referencia contemplan sin excepción el derecho

¹³²DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1997).*Estudios sobre el nuevo código penal de 1995*, Editora Tirant lo Blanch, p. 54.

¹³³ Disponible en sitio web: http://www.eutanasia.ws/eutanasia_suicidio.html., consultado junio 28 del 2012.

a la vida y no contemplan el "derecho a morir con dignidad". Cabe destacar que en 1950 la "Euthanasia Society of America" solicitó incluir "el derecho a morir con dignidad" en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, cuya propuesta contenía conductas eutanásicas¹³⁴.

Sin embargo, los textos internacionales sobre derechos fundamentales a los que alude el artículo 10.2 de la Constitución Española, en general, no han servido de mucho en relación a la protección del *nasciturus* y la regulación del aborto no punible. Tampoco parecen arrojar mucha luz en orden a una interpretación de la cuestión ahora planteada¹³⁵.

Ello ha obligado a la jurisprudencia y a la doctrina, de forma poco pacífica, a realizar la construcción dogmática del mismo, aflorando la intensidad y la polémica del debate con ocasión de la concurrencia de una serie hechos, ya fueran legislativos (Ley del Aborto), la huelga de hambre planteada por los presos del GRAPO o la negativa a las transfusiones de sangre de los testigos de Jehová, con gran impacto en la opinión pública.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido bastante ambigua, lo que ha ayudado en ocasiones a avivar la polémica doctrinal, así como a estimular la más diversas interpretaciones tanto en un sentido como en otro.

En concreto, en relación al aborto, la Sentencia 53/1985 dio lugar a que se pudiera deducir por los autores la posibilidad en un futuro de la ampliación de los

¹³⁴SIMÓN LORDA, Pablo y otros. (2007). *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*, disponible en sitio web: <http://www.samfyc.es/pdf/GdTBio/201028.pdf>, consultado junio 28 de 2012.

¹³⁵ROMEO CASABONA, Carlos María (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Areces, Madrid, p. 41.

supuestos de despenalización del aborto y lo contrario también. Lo mismo ha ocurrido con el planteamiento de si el derecho a la vida tiene carácter absoluto y su primacía dentro del catálogo de derechos fundamentales. En dicha sentencia (F.J. 3) el Tribunal se pronuncia expresando que el derecho a la vida tiene la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional; supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

Pero a la vez lo considera indisolublemente relacionado en su dimensión humana con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen de un núcleo de derechos que le son inherentes, apreciando que la relevancia y significación de ambos valores se manifiesta en su colocación en el texto constitucional, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de otros derechos.

Para una buena parte de la doctrina que defiende el derecho a la disponibilidad de la vida, el derecho a la dignidad o mejor dicho el derecho a una vida digna, versus a una muerte digna, el propio art. 10.1 de la Constitución es "el punto de arranque" que permite no configurar el contenido del art. 15 del mismo texto como un deber, y otorgarle un valor relativo que cede ante otros derechos que lo completan o dan sentido a su protección en determinadas situaciones.

La sentencia 53/1985 no cierra la posibilidad a esta interpretación ya que en el F.J. 9 el Tribunal Constitucional declara que todos los bienes y derechos

constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos, pueden y deben estar sujetos a limitaciones¹³⁶.

Respecto a la disponibilidad del bien jurídico vida por el titular de la misma o mejor dicho la pérdida de la vida de los Testigos de Jehová, que podría acaecer como consecuencia de la negativa a recibir transfusiones de sangre en el ejercicio del derecho fundamental a libertad de conciencia o libertad religiosa, reconocido en el art. 16 de la Constitución Española, (dejando a un lado el caso de los menores de edad e incapacitados, nos centraremos en adultos capaces) sobre lo que el Tribunal se ha pronunciado en ATC 369/1984, de 20 de junio, por el que no admitió a trámite el recurso de amparo interpuesto por un Testigo de Jehová al que se le denegó la posibilidad de proceder en vía penal contra el Magistrado que autorizó una transfusión de sangre a su esposa que no quería recibirla. En este auto la colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la vida, a la salud y la libertad religiosa, el Tribunal la resuelve en beneficio de los primeros por entender que son bienes superiores que funcionan como límites a la libertad religiosa.

También es relevante lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/1990 relativa a la huelga de hambre de los presos miembros del grupo terrorista GRAPO, mantenida por los mismos como una forma de reivindicación, con grave riesgo para su vida y en la que algunos de los huelguista falleció, así como un médico que les dispensó tratamiento sanitario obligatorio. Aunque la solución que dio el Tribunal a este caso, fue la de tratamiento sanitario

¹³⁶Ibidem.

forzoso en base a la relación de especial sujeción de los mismos con la Administración Penitenciaria, por la cual ésta última tenía la obligación de velar por su vida, también se manifestó sobre otras situaciones.

Acerca del art. 15 el Tribunal declara que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya la propia muerte. En principio, deja claro que no existe un derecho a la propia muerte pero posteriormente continúa diciendo que lo anterior no impide, sin embargo, que siendo la vida un bien de la persona que se integra dentro del círculo de la libertad, pueda aquella disponer sobre su propia muerte. También aclara que la privación de la propia vida o la aceptación de la propia muerte no es un derecho subjetivo que implique la posibilidad de pedir apoyo al poder público, pero tampoco es un acto prohibido por la Ley.

Esta postura del Tribunal parece seguir la teoría de origen liberal de que lo que no está prohibido por la Ley, está permitido. En cualquier caso, tampoco se puede decir que es antijurídico o que vulnera las normas jurídicas, y menos las de orden penal, la realización de un acto no prohibido por norma alguna.

La contradicción se plantea cuando el Tribunal entra en el análisis (por otra parte, innecesario para la conclusión a la que llegó) de que de no existir una relación de especial sujeción, la intervención médica obligatoria sería ilícita en una persona que asume el riesgo de una decisión que a ella sola le afecta¹³⁷⁻¹³⁸.

¹³⁷ESCOBAR ROCA Guillermo. (1993). *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 350.

¹³⁸Ibid., p. 352.

Quizás, en cierto modo, desarrolle el planteamiento anterior la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en relación al caso de "Ramón San Pedro" del que pasamos a describir algunos hechos que nos permita delimitar mejor esta cuestión¹³⁹. La primera petición de "eutanasia activa directa" (en sentido estricto) ante los tribunales en España, fue presentada en Barcelona por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, el 30 de abril de 1993, solicitando que, puesto que él se encuentra imposibilitado para quitarse la vida, autorice a su médico de cabecera a suministrarle los medicamentos necesarios para morir sin dolor y que se respetase su derecho a no ingerir alimento por medios naturales ni artificiales. El Magistrado competente del Juzgado de Primera Instancia no la admite a trámite, por lo que el solicitante presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso el 28 de Febrero de 1994, por incompetencia territorial al igual que en primera instancia.

Lo anterior llevó a Sampetro Cameán a interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la resolución de la Audiencia, que resuelve su inadmisión mediante Auto¹⁴⁰. La argumentación y fundamentación mantenida en esta ocasión es menos ambigua y resuelve algunas cuestiones en la línea de un sector de la doctrina científica, del que realizamos la siguiente abstracción:

- La Constitución no reconoce explícitamente el derecho a morir con dignidad pero sí de forma implícita y se deduce del art. 15, art. 10 y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

¹³⁹ CASADO GONZÁLEZ María. (1994). *La Eutanasia Aspectos Éticos y Jurídicos*, Editorial Reus, Madrid, pp. 23-24.

¹⁴⁰ ATC 931/1994, de 18 de julio.

- En efecto, a juicio del recurrente solo la vida deseada libremente puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido, por lo que no existe un deber de vivir contra la voluntad personal de no hacerlo. Existe un derecho a la vida pero no un deber constitucional y jurídico de tener obligatoriamente que vivirla, porque su sola existencia supondría la mayor de las imposiciones imaginables a la libertad personal.
- La decisión libre y consciente de una persona en plenitud de sus facultades psíquicas y, al margen de cualquier presión externa, de poner fin a su vida, nunca puede ser castigada o impedida por el Derecho y, por ello mismo, en nuestro país el suicidio no está penado.

Hasta aquí el Tribunal, además de reconocer como derecho constitucional el morir con dignidad, aclara su posición y zanja la polémica existente en la doctrina relativa a la antijuricidad el acto suicida realizado por una persona con sus facultades mentales intactas. Cuestión aparte es, la intervención de un tercero en el hecho de la muerte, ya que delimita la autonomía de la voluntad restringiéndola al marco de acción del titular de bien jurídico vida para obtener su propia muerte. Por tanto, aunque, San Pedro estuviera impedido para realizar una acción positiva que causara su propia muerte, su petición de ayuda para intervenir en la misma el médico de cabecera era contraria a Derecho, veamos cómo lo argumenta:

- No existe ningún título que justifique la intervención del Estado en la libertad de la persona a morir con dignidad, porque la vida a diferencia de la propiedad, no tiene una función social, sino que es un derecho personalísimo. Por todo ello, el art. 409 del CP, que tipifica como delito el auxilio al

suicidio, supone, en casos como este, un límite innecesario al ejercicio del derecho a morir con dignidad, carente de toda apoyatura constitucional y contrario a los derechos consagrados en los art. 10 y 15 de la Constitución.

De lo anterior se puede derivar el derecho a libre disposición del bien jurídico vida por el titular de la misma siempre que no suponga la intervención por medio de la acción de terceros, entendido este derecho como una expresión de su libertad que solo a él le atañe, siempre que el sujeto no tenga alteradas sus facultades mentales. Pero no se resolvió el problema de la omisión de sus familiares y del personal sanitario ya que debido a la situación de incapacidad física que padecía Sampedro, la alimentación debía ser suministrada irremediabilmente por aquéllos.

Y, ¿Podríamos en este caso, deducir que el derecho de San Pedro a una muerte digna reconocido de forma implícita en la Constitución derivado de los art. 10.1, 15 y 17 lo ampara a morir de inanición? Si la respuesta es afirmativa, no existe la obligación de terceros a intervenir para evitar el resultado de lesión de los bienes jurídicos de salud y vida (arts. 195 y 196 CP.), sino que, por el contrario, los terceros intervinientes incurrirían en un delito o falta de coacciones (arts. 172 y 620 CP.), ello sin perjuicio de la atenuación o exención de la responsabilidad penal por la vía acorde al caso.

En este punto podríamos llegar a algunas conclusiones parciales.

- El derecho fundamental a la vida no es un derecho absoluto, es un derecho sometido a límites como el resto de los derechos fundamentales. Ahora bien,

no por ello, deja de tener primacía en relación con el resto de los derechos fundamentales, ya que es el pilar donde se sustentan el resto de los derechos.

- No existe el deber constitucional de vivir en contra de la voluntad de la persona titular del bien jurídico vida, cuando esa voluntad corresponde a un sujeto plenamente capaz (cuestión aparte es la significación del concepto de plenitud), sobre todo en determinados tipos de situaciones donde la calidad de vida es muy deficiente por existir en el sujeto un sufrimiento que le resulta difícil de soportar.

Lo anterior no significa que la Constitución reconozca un derecho a la muerte sin más. Y mucho menos la intervención activa del Estado o de un tercero para sesgar la vida de una persona, en cualquier situación que se encuentre.

Pero tampoco existe una obligación del Estado o de terceros en los casos de pacientes en situación terminal (situación que entendemos según los criterios establecidos por la SECPAL)¹⁴¹, para alargarles la vida utilizando medios desproporcionados en contra de la voluntad de los mismos. En este supuesto no existe legitimación alguna para actuar en contra de la voluntad del titular. Ya que en estos casos donde la muerte es ya inevitable, si el paciente se niega a ser sometido al tratamiento que sea, solo se produce irremediamente la muerte natural.

Y ello, porque en el supuesto anterior sí existe un derecho fundamental indiscutible a una muerte digna amparado por la Constitución Española en los

¹⁴¹ SANS ORTIZ J. y Otros (1993). *Cuidados paliativos. Recomendaciones de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos*, Editora del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, p. 10.

arts. 10.1, 15, 16.1, 17. Esta interpretación no plantea mayores problemas en la doctrina y en la jurisprudencia, es un mínimo donde existe acuerdo. Y con la entrada en vigor del nuevo CP. se despejan las mínimas dudas que podía plantear el antiguo art. 409, las cuales se solucionaban mediante operaciones jurídicas de excepcionar la responsabilidad penal en base a causas de justificación, excusas absolutorias, etc. En la actualidad, el art. 143.4, resuelve satisfactoriamente la falta de acción, no penándose en los dos supuestos que plantea, la comisión por omisión, aplicable a los pacientes en situación terminal (y posiblemente en un caso similar al de San Pedro).

En el supuesto que estamos analizando de enfermos terminales, por el contrario, el encarnizamiento terapéutico en contra de la voluntad del paciente podría dar lugar a la vulneración de los derechos constitucionales anteriormente citados: a la libertad y seguridad (art. 17) integridad física y moral, a no ser sometido a tortura, ni tratos inhumanos o degradantes (art.15); la libertad ideológica y religiosa; a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art.10. 1).

Por tanto, no es adecuado utilizar la etiqueta de "eutanasia pasiva" en los casos de pacientes terminales, encuadre que por otro lado, sólo ha contribuido a oscurecer el análisis y tratamiento jurídico de situaciones al final de la vida, que por otro lado, ya son bastante difíciles y complejas para los profesionales del Derecho, los de la Salud, así como para los propios afectados (lós pacientes y sus allegados).

5.2.7. Las recomendaciones del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la Recomendación 1418 adoptada el 25 de junio de 1999¹⁴². En ella se resume los planteamientos, tendencias actuales y hacia donde se deben de encaminar los trabajos de los países miembros para la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales que consideramos que representa la posición de las personas más comprometidas en esta materia de las diferentes profesiones y disciplinas en España y que debieran ser las líneas fundamentales de trabajo de un Comité o Comisión del Parlamento Español que aunara todos los esfuerzos disgregados o deslavizados para mejorar la atención sociosanitaria, desde un punto de vista interdisciplinar (biológico, psicológico, social y jurídico).

Cuestión aparte, es la posición que mantiene el Consejo respecto a la Eutanasia activa directa, que no entramos a analizar por no ser el objeto de este trabajo. Pero si, lo que consideramos que es un mínimo básico y previo a este debate: ¿Podemos desde punto de vista ético entrar a fondo en el debate de la eutanasia sin plantearnos la situación de la atención asistencial de los enfermos terminales y moribundos?. Por decirlo de otro modo: ¿podemos pensar en la posibilidad (hipotética) de acceder a una petición de eutanasia activa de un paciente porque tiene "graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar",

¹⁴² El texto de esta Recomendación fue adoptado por la Asamblea el 25 de junio de 1999 (24ª Sesión). Véase el Doc. 8241, informe del Comité de Asuntos Sociales, de Salud y Familia (ponente: Mrs. Gatterer) y el Doc. 8454, opinión del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos (ponente: Mr. McNamara).

sin haberle proporcionado antes (durante todo el proceso de la enfermedad) el tratamiento adecuado para aliviarle?.

5.3. Del homicidio piadoso: aspectos normativos y doctrinarios fundamentales

5.3.1. Antecedentes

Refiere el Dr. Hurtado Pozo¹⁴³, que a pesar de seguir muy de cerca el modelo suizo, el legislador peruano de 1924, no recepcionó la figura atenuada del homicidio cometido a pedido, serio e insistente, de la víctima. El legislador helvético, admitió desde el proyecto de 1908, esta figura, la misma que mantuvo en los proyectos de 1916 y 1918.

En nuestro país Roy Freyre, propuso la fórmula siguiente: “El que por un móvil de piedad matare a otro con el objeto de poner fin a graves padecimientos reputados científicamente incurables, se le impondrá pena de prisión no menor de un año, ni mayor de tres”. Refiere el destacado jurista que Cornejo y Jiménez incorporaron en 1928, la figura del homicidio piadoso en el artículo 199° de su proyecto de Código Penal. Según esta disposición: “si la muerte fuere causada a petición formal de la víctima y por conmiseración, se atenuara la pena libremente”.

Agrega, en el proceso de reforma del Código de 1924, fue a partir del Proyecto de agosto de 1985 que se comenzó a prever la incorporación de esta figura delictiva. Con excepción del proyecto de 1990 (art. 113), en todos los

¹⁴³ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 136.

demás proyectos de abril de 1986 Art. 114; proyecto de agosto de 1985, Art. 115, la descripción típica fue la misma que la consagrada en el texto definitivo de 1991.

Por su parte, el Dr. Ramiro Salinas Siccha, ha dejado señalado que, en principio como cuestión fundamental para evitar confusiones, debe establecerse en forma clara que para hablar de eutanasia y más precisamente del aspecto conocido como homicidio piadoso, no debe existir aún muerte cerebral, debido a que médica y jurídicamente es desde ese momento que se determina el fallecimiento de una persona; en consecuencia, queda fuera de las conductas penalmente relevantes contra el bien jurídico vida, la desconexión de un respirador o de un marcapaso en un muerto cerebral. La eutanasia solo funciona en personas que pese a la gravedad de la herida o enfermedad que les aqueja. Aún no han llegado a la muerte clínica¹⁴⁴.

5.3.2. Tipo legal objetivo

5.3.2.1. Acto incriminado

El acto constituye un caso privilegiado de homicidio. El agente debe matar a la víctima, sea mediante un acto u comisión o de omisión impropia. En consecuencia deben comprobarse todos los elementos del tipo legal del homicidio simple doloso¹⁴⁵.

¹⁴⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (1998). *Curso de Derecho Penal Peruano – Parte Especial I*, Palestra Editores, Lima, p. 95.

¹⁴⁵ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 136.

Tal y como refiere el Dr. Salinas Siccha: “en este sentido realiza la conducta delictiva de homicidio piadoso cuando motivado o guiado por un sentimiento de piedad y a solicitud expresa y consiente del sujeto pasivo, que sufre de enfermedad incurable, le pone fin a su vida para librarle de intolerables dolores¹⁴⁶”.

5.3.2.2. Autor

Toda persona puede cometer homicidio piadoso. En la práctica, como la experiencia enseña, se tratará generalmente de alguien que mantenga una relación familiar, sentimental, de amistad, con la persona enferma.

Pero un elemento de tal naturaleza no ha sido previsto como elemento constitutivo del tipo legal¹⁴⁷.

Sobre el particular, Salinas Siccha, menciona que: “Queda claro que al exigirse que el enfermo incurable preste su consentimiento elimina, en el ámbito de la medicina, la posibilidad de alguna responsabilidad penal a los profesionales de la medicina por omisión impropia”. Ello debido a que el consentimiento del paciente prima en toda decisión médica¹⁴⁸.

5.2.2.3. Víctima

Víctima sólo puede ser una persona que padece una enfermedad incurable. Al respecto dos observaciones se imponen: de un lado, que no puede tratarse de cualquier enfermedad para la cual la ciencia médica no conoce la manera de

¹⁴⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit., p. 106.

¹⁴⁷ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 137.

¹⁴⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit., p. 108.

curarla y, de otro lado, que la noción de incurable es una noción relativa que debe precisarse de acuerdo con las circunstancias sociales y personales particulares al caso concreto.

Hay algo interesante que plantea Hurtado Pozo, pues una enfermedad curable en la capital puede ser incurable en el interior del país y sobre todo, si como para trasladarla o curarla no hay los recursos económicos.

5.3.3. Solicitud expresa y consciente

Manifiesta, Hurtado Pozo, que el fundamento esencial de la atenuación reside en la solicitud expresa y consciente del enfermo para que le mate. Esta circunstancia permite pensar en un suicidio mediante la intervención activa de un tercero. Respecto a la expresión (expresión y consciente) utilizada para caracterizar el pedido de la víctima resulta difícil imaginar, de un lado, un pedido formulado de manera expresa que no sea al mismo tiempo ¿consciente? y, de otro lado, la tranquilidad de espíritu requerida de la parte de quien padece una situación intolerable y sometida a tranquilizantes o sedativos.

El pedido del enfermo es el elemento decisivo para la intervención del agente. Una simple proposición o la simple manifestación del deseo de morir no son suficientes.

De allí que la demanda insistente debe ser expresada por una persona libre y capaz de discernimiento que comprenda la significación de su pedido¹⁴⁹.

¹⁴⁹ HURTADO POZO, José. Ob. Cit., p. 138.

5.3.4. Tipo legal subjetivo

5.3.4.1. Dolo

El agente debe actuar dolosamente como todo aquel que comete un homicidio simple. El homicida debe estar consciente en particular, de la situación personal de la víctima. El móvil de la piedad constituye un elemento subjetivo que condiciona el animus del agente.

5.3.4.2. Piedad

De manera restrictiva, el legislador ha previsto un solo móvil; la piedad (en otras legislaciones, se hace referencia en general a los móviles honorables y dan como ejemplo el de la piedad; es el caso del Código Penal Suizo Art. 114). Este elemento caracteriza de manera especial el aspecto subjetivo del tipo legal.

No basta que el autor sepa y quiera, a pedido del enfermo incurable, abreviarle la vida. Deberá hacerlo impulsado por un sentimiento de humanidad o compasión que le inspira la situación dramática en la que se encuentra el paciente¹⁵⁰.

5.4. Una posible respuesta a nuestra interrogante formulada

Luego de haber analizado las diferentes posiciones sobre el tema en particular, es posible formular la siguiente hipótesis frente al problema planteado: La eutanasia constituye una solución legal, frente a casos de enfermedades incurables.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 139.

5.4.1. Contrastación de la respuesta efectuada con la realidad

La eutanasia es un tema en que nunca habrá coincidencias de pareceres, resultando difícil para un sistema de justicia sentar una posición que marque las pautas ya que cada situación debe analizarse según sus características. Pero sobre qué se decide ¿podría ser una pregunta? por el buen morir o por una vida digna, el dilema es éste, no se trata de cómo queremos morir sino de cómo queremos vivir nuestros últimos días, quizás horas, de ahí el término calidad de vida, (cada vez peor utilizado).

En este sentido, su regulación en un Estado de orientación secular como el nuestro marcaría en definitiva una postura pro vida, pero de calidad, en términos reales.

VI. CONCLUSIONES

1. La eutanasia, hay que concebirla como aquella acción u omisión realizada por el profesional de la salud, a solicitud del paciente o de terceros, a fin de dar la muerte a un enfermo incurable, poniendo fin a su sufrimiento.
2. La legalización de la eutanasia, dependerá proporcionalmente de la orientación que tenga un determinado Estado en particular, pues será en efecto penalizado con todo el rigor en los Estados sacros, meridianamente penalizado en los Estados seculares, y dejado como un tema proscrito en Estados laicos o neutrales.
3. No podemos dejar de lado que, si se propugna el respeto del derecho a la vida, éste deberá realizarse en términos de calidad de vida, puesto que una persona que sufre un cáncer terminal no gozará de dicho derecho en todo su candor; en este sentido sería conveniente un nuevo replanteamiento sobre la tratativa legal de la eutanasia en el Perú y en las legislaciones que giran sobre el mismo eje ideológico.
4. Según las distintas opiniones, la eutanasia plantea un problema de tipo ético del morir humano al plantearse la existencia de un conflicto de dos valores: el valor de la vida humana y el valor de morir dignamente. Consideramos que no existe tal conflicto ético, la vida humana está por encima de cualquier otra consideración. En consecuencia, el llamado "derecho a morir con dignidad" plantea indiscutiblemente el siguiente problema: ¿el respeto por la vida humana supone aceptar una terapia distanásica o el derecho a morir dignamente apoya la tesis de la antidistanasia? Apoyamos la segunda tesis

considerando así, que el derecho a morir con dignidad va de la mano con las técnicas antidistanásicas, pues no podemos alargar "artificialmente" la vida de un ser humano cuyo final, por su propia naturaleza, ya ha llegado.

5. Asimismo, morir con dignidad, presupone un trato más humano y esto es, la dedicación que el médico pueda brindarle al enfermo, "acompañar" y "compartir la muerte" con él. Mantener en el lugar donde se encuentra el paciente (clínica, hospital, centro de salud, etc.) un clima humano y un continuo diálogo hasta que llegue el final. Así también, juega importante rol el de los familiares y amigos que deberán sobrellevar el dolor que los inunda al contemplar con entereza y fuerza a un ser querido en cada instante de consumación, brindándole cariño, paciencia, comprensión ante los distintos estados de ánimos que los tratamientos y medicinas pueden provocar en él.
6. Uno de los argumentos utilizados por la doctrina que plantea la legalización de la eutanasia es el que está relacionado al de la autonomía, es decir, el derecho de cada persona a elegir el momento de su muerte. Este reconocimiento parte del criterio de la libertad y de dignidad.
7. Un Derecho penal moderno tiene que construirse sobre las bases del respeto de la persona como tal y la defensa a su dignidad intrínseca; en consecuencia, tomando como referencia dichos postulados la figura del homicidio a petición (como actuar exclusivo del médico) debe despenalizarse, optando por su no punibilidad. Solución esta que si bien desde un punto de vista moralista y religioso no es correcta, considero que sí es la más adecuada por estar acorde con los principios constitucionales reconocidos en la Constitución.
8. El Derecho penal no puede fundamentarse en la moralidad ni en la religión,

admitir lo contrario estaríamos construyendo un derecho épico, extemporáneo y –sobre todo– vetusto.

9. Posiblemente existan muchos otros criterios que se pueden citar para dar mayor contexto o justificación a nuestra hipótesis, sin embargo frente al problema de la enfermedad Terminal, considero que se debería escoger el mal menor, es decir ante el problema del enfermo terminal, que sabemos ya no curará su enfermedad y a quien solo le queda esperar su muerte (bajo el cuidado de su familia en muchos casos) estaría justificado adelantar dicha muerte que sabemos tardará en llegar.
10. La prolongación de un sufrimiento inútil es un mal mayor que el procurarse una muerte inmediata, que de todas maneras pronto iría a sobrevenir; lo que sucede en estos casos es pues plantearnos un panorama más realista y abierto y adelantarnos a la fase final de una enfermedad, que por cierto es traumática y doloroso para quienes hemos vivido la pérdida de alguien cercano con una maldita “enfermedad terminal”, “ahorrándonos” ver el padecimiento y doloroso proceso final de la enfermedad, evitando el trauma de ver morir sin auxilio alguno, evitando tener que hacer milagros para encontrar el sedante que en realidad es una droga alucinógena que aparta del dolor al paciente durante una hora y lo deja en una inconciencia total.

VII. RECOMENDACIONES

1. Considero, que resulta conveniente un nuevo replanteamiento del tratamiento legal de la eutanasia pues, si el legislador nacional ha introducido en nuestro Código Penal la figura la homicidio piadoso, es con la finalidad de salvaguardar a toda costa el derecho a la vida; no obstante este será realmente un derecho en la medida que sea desarrollado en términos de calidad, puesto que, constituye un abuso del derecho, el mantener a una persona con vida artificial y con permanentes sufrimientos, de ahí que como existe cristianamente el derecho a la vida, es posible reconocer el derecho a la muerte.
2. Sería conveniente la difusión en términos estadísticos de carácter oficial, el número de casos de enfermos que padecen enfermedades incurables, a fin de que establezcan nuevas estrategias, más realistas antes que ideológicas, a fin de propiciar la logicidad de las normas.
3. Ante el problema de la enfermedad Terminal, se debería escoger el mal menor, es decir ante el problema del enfermo terminal, que sabemos ya no curará su enfermedad y a quien solo le queda esperar su muerte (bajo el cuidado de su familia en muchos casos) estaría justificado adelantar dicha muerte que sabemos tardará en llegar.
4. Para salir de los actuales problemas jurídicos, la eutanasia debe tener una regulación propia y expresa, a semejable en todo caso con el proceso que ha vivido el aborto, desde su penalización fuerte a casos en que médica y jurídicamente se admite el aborto (no hablo ya del *libre*, en tanto que la "eutanasia libre" sería, en todo caso, el suicidio como tal, un extremo en que

el cooperador ya no es necesario y pedirle tal cosa a los médicos o al estado resulta excesivo), y dentro de esta regularización, se debe admitir sin problemas la eutanasia pasiva, y la activa debe ser regulada cuidadosamente, introduciendo los supuestos en que la persona puede pedir que se acabe con su vida activamente por parte de otra persona.

5. Tratando directamente del problema de la eutanasia, ésta debe de ser descriminalizada, por los siguientes fundamentos:

A. Ausencia de bien jurídico lesionado.- En la propia muerte no se puede admitir la existencia de lesión de ningún bien jurídico, puesto que basa su operatividad en el consentimiento del titular y, en un caso especial (como cuando el titular se encuentra en un estado de inconciencia prolongado y sin esperanzas de recuperarlo), en el consentimiento los responsables del mismo. Esto se fundamenta en que para que exista delito debe estar presente la lesión de un bien jurídico, la que se ausenta por la intervención de este elemento. El consentimiento actúa como una causa excluyente de tipicidad de la conducta. Ello radica en que la concepción de bien jurídico, tiene como referencia primordial a la persona humana y que encuentra apoyo en nuestra norma fundamental. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo de la persona humana, entonces cualquier intervención en éstos con el consentimiento del titular no puede importar una lesión en los mismos, pues se trataría de una expresión de ese desarrollo.

B. No afecta la convivencia social protegida por el derecho en general.- La eutanasia no afecta gravemente la convivencia social, puesto que, de

efectuarse ésta, ¿afectaría en algún modo las relaciones entre los individuos integrantes de una sociedad? En todo caso, la repercusión en la sociedad sería, según mi opinión, positiva, puesto que importaría una valoración diferente del bien jurídico vida. La eutanasia dejaría de verse como un simple accionar somático y se tomaría una concepción más humanista del mismo.

C. Falta de necesidad de pena.- Los lineamientos de la Política Criminal del Estado están orientados a hacer frente a la criminalidad del país, por lo que no puede ocuparse de aquellos acontecimientos que, en su accionar, no originen ningún peligro para su estabilidad. Así, por lo expuesto en los puntos A y B, no existe la necesidad de penalizar la eutanasia y, en consecuencia, no puede ser considerada delito.

D. La eutanasia carece de autor, y por lo tanto, de partícipe.- Si la eutanasia no puede ser considerada un delito, por no atentar contra ningún bien jurídico y por no alterar la convivencia social, no puede, entonces, desde una perspectiva doctrinal, existir un autor de la misma, por lo que tampoco puede admitirse la existencia de un partícipe.

E. Al criminalizar la eutanasia se atenta contra dos principios limitadores del iuspuniendi.- En primer lugar, se estaría atentando contra el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que trae consigo la exigencia de que el Derecho Penal sólo puede proteger bienes jurídicos. Al quedar demostrado que la eutanasia, en su aplicación, no lesiona a éstos, se estaría atentando directamente contra este principio político criminal, el mismo que prohíbe al legislador la criminalización de intereses morales, ideas religiosas o ideas

políticas. Así mismo, desde una perspectiva negativa, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica la despenalización de comportamientos que no perturben el orden social y la convivencia.

F.- Por otro lado, se atenta contra el principio de intervención mínima, el cual postula a una intervención del Derecho Penal que posibilite mayores ámbitos de libertad. Este principio político criminal se ve afectado en su carácter fragmentario, el que establece que el Derecho Penal solamente debe proteger los bienes jurídicos más importantes, y sólo frente a los ataques más intolerables, pues tipificar conducta que no lesione, o lo haga de modo insignificante, a cualquier bien jurídico supone una importante restricción a la libertad.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1994). *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*, Editorial AKAL, Madrid.
2. BARQUÍN SANZ, Jesús (1998). “*La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*”, En: *Eutanasia y Suicidio*, Editorial Comares, Granada.
3. BERISTAIN, Antonio (1999). *Consideraciones Jurídicas y Éticas de la Eutanasia (El nuevo bioderecho a la muerte propia)*, en sitio web: <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/m110.pdf>.
4. BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1999). *La Constitución de 1993- Análisis Comparado*, Editorial RAOS.R.L, Lima.
5. BIDART CAMPOS, Germán (1966). *Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires.
6. BOLADERASCUCURELLA, Margarita (1999). *Bioética – La vida y la muerte*, Editorial Síntesis, Barcelona.
7. BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editora San Marcos, Lima.
8. CÁCERES GRAZIANI, Eduardo (2005). *Directiva de las Historias Clínicas Generadas en el INEN*, Instituto Especializado de Enfermedades Neoplásicas, Lima.
9. CALSAMIGLIABLANCAFORT, Albert (2002). “*Sobre la Eutanasia*”, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf.

10. CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1996). “*Homicidio y sus formas (Y III): Suicidio y Eutanasia*”, en: Derecho Penal. Parte Especial, 2da. Edición, editora Tiran Lo Blanck, Valencia.
11. CARDENAL NARCISO, Jubany Arnau (2006) “*100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos*”, en sitio web: <http://www.conferenciaepiscopal.es/ceas/documentos/eutanasia.htm>.
12. CASADO GONZALEZ, María (1994).*La eutanasia: aspectos éticos y jurídicos*, Editorial Reus, Madrid.
13. CASTILLO ALVA, José Luís (2008). *Derecho Penal. Parte Especial I*, Editora Grijley, Lima.
14. CUELLO CALÓN, Eugenio (1955). *Tres temas penales: el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia y el aspecto penal de la fecundación artificial*, Editora Bosh, Barcelona.
15. CUELLO CALON, Eugenio (1995). *Derecho Penal II – Parte Especial*, Editorial Juri, Barcelona.
16. DEL ROSAL BLASCO Bernardo (1997). *Estudios sobre el nuevo código penal de 1995*, Editora Tirant lo Blanch,.
17. DELLA TORRE, DANIEL (2001). Sección Salud, disponible en sitio web: www.diariolacapital.com.ar:diario.
18. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO DE MEDICINA DORLAND (1989), 26ava. Edición, Volumen 2, Nueva Editorial Interamericana, México.

19. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (2008), disponible en sitio web:
<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>.
20. ESCOBAR ROCA Guillermo (1993). *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
21. ESER, Albin (1990). *Derecho Penal, Medicina y Genética*, Editorial Idemsa, Lima.
22. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004). *Derecho de las Personas*, 4ta. Edición, Editora Gaceta Jurídica, Lima.
23. ETO CRUZ, Gerardo (2001). *Estudios de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo.
24. FARREL, Martín Diego (1985). *La ética del aborto y la eutanasia*, Editora Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
25. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). *Derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
26. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992). *Protección jurídica de la persona*, UNMSM, Lima.
27. GAFO FERNÁNDEZ, Javier (1999). *Eutanasia y ayuda al suicidio – mis recuerdos de Ramón Sampecho*, Descleé de Brouwer Editorial, Bilbao.
28. GARCÍA BRINK, Raúl (2004). *Algunos fundamentos éticos para defender la eutanasia*, en sitio web: <http://www.pensamientocritico.org/raugar1004.htm>.
29. GARCÍA TOMA, Víctor (2008). *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Juristas Editores, Lima.

30. GIMBERNATORDEIG, Enrique (1990). *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid.
31. GÓMEZ LÓPEZ, Orlando (1997). *El Homicidio*, Tomo II, Editora Temis, Santa Fe de Bogotá.
32. GÓMEZ MOLINA, Antonio José y RUIZ BARBERO, Antonio José (2011). *Eutanasia*, en sitio web: "<http://www.terra.es/personal/fjtam1/eutanasia.htm>.
33. HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, trad. SPÍNOLA TÁRTALO, Beatriz (2007). *La teoría del bien jurídico*, Editora Marcial Pons, Madrid.
34. HURTADO POZO, José (1995). *Manual de Derecho Penal Parte Especial – Homicidio*, Editorial Juris, Lima.
35. JAKOBS, Günther (2000). *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Palestra Editores S.R.L., Lima.
36. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis (1989). *Libertad de amar y derecho a morir, ensayos de un criminalista sobre Eugenesia, Eutanasia, Endocrinología*, Editorial Santander, España.
37. LAURENZOCOPELLO, Patricia (1999). *Dolo y Conocimiento*”, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia.
38. LOZANO VILLEGAS, Germán. *La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional*, en sitio web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/9.pdf>.
39. MANZANARES Rebeca & otros abogados. *Análisis Crítico de la Eutanasia y el Aborto en el Proyecto del Código Penal Venezolano*, Participantes de la

- maestría en ciencias penales y criminológicas de la universidad central de Venezuela, en sitio web: www.tododerecho.com/.
40. MARCOS DEL CANO, Ana María (1999). *La eutanasia. Estudio filosófico, jurídico*, Ediciones Jurídicas y Sociales - Marcial Pons, Madrid.
 41. MEINI MÉNDEZ, Iván (2009). *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP.* En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/03/Meini.pdf>.
 42. NIÑO, Luis Fernando (1994). *Eutanasia Morir con Dignidad*, Editora Universidad, Buenos Aires.
 43. OSSORIO, Manuel (1999). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Editorial Heliasta, 26ava. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.
 44. PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, Ediciones Jurídicas, Lima.
 45. RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho*, Gaceta Jurídica, Lima.
 46. REY MARTÍNEZ, Fernando (2008). *Eutanasia y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.
 47. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger (1997). *El derecho a amar y el Derecho a morir: Entre la vida y la muerte*, Fondo Editorial PUCP, Lima.
 48. ROMEO CASABONA, Carlos María (1994). *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Areces, Madrid.
 49. ROXIN, Claus (1999). “*Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia*”, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html.

50. SALINAS SICCHA, Ramiro (1998). *Curso de Derecho Penal Peruano – Parte Especial I*, Palestra Editores, Lima.
51. SANS ORTIZ J. y Otros (1993). *Cuidados paliativos. Recomendaciones de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos*, Editora del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid.
52. SIMÓN LORDA, Pablo y otros. (2007). *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*, disponible en sitio web: <http://www.samfyc.es/pdf/GdTbio/201028.pdf>.
53. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editorial Edigraf, Lima.
54. TAMAYO HERRERA, José (1990). *Cómo hacer la tesis en derecho*, Editorial Cerpar, Lima.
55. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen (2008). *Perspectivas sobre la regulación de la eutanasia en España*, en sitio web: <http://red-am.com.ar/buscador/files/SALUD018.pdf>.
56. VARSI ROSPILIOSI, Enrique (2005). *La dignidad de la vida y, por qué no, de la muerte; eutanasia: ¿tenemos derecho a una muerte digna?*, en: actualidad jurídica, gaceta jurídica, mayo, tomo 138.
57. VILLA STEIN, Javier (1997). *Derecho penal Parte Especial – Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, Editorial San Marcos, Perú.
58. ZEBALLOS ALE, Alberto (1997). *Manual de Derecho penal – Parte Especial*, Editorial Grijley, Lima.
59. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima.