

LA EUTANASIA, EL DILEMA ENTRE LA VIDA Y LA MUERTE, ASPECTOS ETICOS Y JURIDICOS

Chedorlaomer Rubén Gonzáles Espinoza

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: Resumen. 1.- Introducción. 2.- Tendencias. 3.- Diseño Experimental, Marco Teórico y Planteamiento De Hipótesis. Marco Teórico. Base Teórica. 4.- El Fin de la Persona y La Eutanasia. 5.- Base Legal. 6.- Situación Legal de la Eutanasia en el Perú. 7.- Hipótesis. 8.- Análisis y Discusión. 9.- Conclusiones. 10.- Referencias Bibliográficas.

RESUMEN

El acto de dar muerte, dejar morir o ayudar a morir a otra persona para su bien o interés de ella se ha denominado eutanasia. Es un acto por naturaleza piadoso, encaminado a aliviar el sufrimiento intenso de un ser humano próximo a morir o en condiciones de salud tales que afectan de modo severo e irreversible su calidad de vida

El tema ha dado lugar a múltiples controversias: desde qué debemos entender propiamente por eutanasia, pasando por las implicaciones éticas del problema, hasta la conveniencia de su legislación. Filósofos, médicos, abogados, religiosos, psicólogos, humanistas y muchos más han reflexionado sobre esta cuestión sin que hasta ahora se haya arribado a conclusiones contundentes. Siempre queda una duda, un mal sabor de boca que no acaba de quitarse, la inevitable sensación de impotencia que siente el hombre cuando se enfrenta a la muerte.

La investigación que estamos desarrollando «**LA EUTANASIA, EL DILEMA ENTRE LA VIDA Y LA MUERTE, ASPECTOS ETICOS JURIDICOS**» se justifica en tanto es un tema actual, que padecen cientos de personas y que la legislación no lo aborda adecuadamente o solo lo hace con cierto sesgo. Es el momento de encarar seria y responsablemente un tema difícil que tiene muchas aristas de índole médico, legal moral religioso y otros, por eso de una manera doctrinaria y con la legislación comparada y los antecedentes de los últimos casos que se han presentado en nuestra patria así como en el ámbito internacional, han sido las fuentes para arribar a alternativas concretas, con propuestas de solución tangibles y viables y con pleno respeto a los derechos inalienables que todo ser humano tiene y debe tener.

En nuestra legislación, solo un artículo del código penal lo toca y a la letra dice:

«Artículo 112°: El que por piedad mata a un enfermo incurable, que le solicita de manera expresa y consiente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la Libertad no mayor de tres años».

SUMMARY

The act of killing, letting die or helping another person die for good or interest she has called euthanasia. Nature is a pious act, aimed at relieving the intense suffering of a human being near death or such health conditions that affect so severe and irreversible quality of life

The issue has given rise to multiple controversies: from what is meant by euthanasia itself, through the ethical implications of the problem, to the convenience of its legislation. Philosophers, doctors, lawyers, religious, psychologists, humanistic and many more have pondered this question but until now it has arrived at firm conclusions. Always have a doubt, a bad taste in my mouth that just will not take off, the inevitable feeling of helplessness that man feels when facing death.

The research we are developing «EUTHANASIA, THE DILEMMA BETWEEN LIFE AND DEATH, LEGAL ETHICAL» is justified as it is a current topic, afflicting hundreds of people and that the legislation does not adequately address or just makes a certain bias. It's time to seriously and responsibly face a difficult subject that has many kinds edges medical, legal, religious and other moral, so in a doctrinal and comparative law and history of recent cases that have occurred in our country and internationally, have been the sources to arrive at concrete alternatives, proposals for tangible and viable solution and with full respect for the inalienable rights that every human being has and must have.

In our legislation, just a penal code article touches and reads:

«Article 112: The mercy that kills a terminally ill, prompting you expressly and agree to end their intolerable pain, shall be punished with deprivation of liberty not exceeding three years».

Palabras Claves:

Eutanasia, Vida O Muerte, Ética Y Justicia

1.- INTRODUCCIÓN

La noción de la vida para los efectos de la ciencia del derecho, y en particular de su disciplina constitucional que como ente rector regula todo el sistema jurídico está indisolublemente ligada a la persona. Sin la presencia de esta última, no tendría sentido hablar ni de valores que proclamaran la trascendencia fundamental que la vida supone, ni de atributos que oficiarian como instrumento de su reconocimiento y regulación.

La vida de las personas, tienen así pues para el mundo jurídico una suerte de doble función. Es un principio y a la vez un derecho.

Como principio, es la expresión jurídica de una la valoración social, que como ocurre con la justicia, la dignidad y otros valores que poseen tan significativa relevancia, se eleva al primero de los planos de la aceptación y promoción, Posición que fundamenta y articula el sistema jurídico, determinando así que cualquiera de sus normas se informen y orienten con sujeción al principio vida. Como derecho a su vez, la vida se identifica como atributo natural primario por excelencia, por cuanto de su reconocimiento depende la realización de otros derechos o libertades.

Re acuérdesse que el preámbulo ha señalado como principio fundamental «La primacía de la persona humana» así como «que todos los hombres iguales en dignidad, tienen derecho de validez universal, anteriores y superiores al Estado» criterio que a su vez se cristaliza en el artículo 1 **«La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del estado, todos tienen derecho a respetarla y protegerla».**

Por lo que la eutanasia, tanto pasiva como activa, voluntaria o involuntaria, es uno de los temas que suscita los más encendidos debates y contrastadas opiniones, entre moralistas, científicos, tanto en el tiempo como en el pasado, pues en él se mezclan en dosis variables desde análisis de impecable racionalidad hasta consideraciones enraizadas en las creencias más profundas.

Este trabajo pretende acercarse a una clara idea sobre las consideraciones políticas, jurídicas y sociales, que tiene la aplicación de la eutanasia en el Perú, pues ante la evidente ausencia de una regulación específica

en nuestro código penal, se hace necesario un estudio de las diferentes categorías típicas, con la influencia de las corrientes jurídicas norteamericanas y europeas, pues creo y considero que el tema espinoso debe ubicarse en el derecho a una muerte digna y legítima, respetuosa del valor fundamental del hombre.

Entonces el dilema subsiste y nos preguntamos: Es posible condenar a una persona que por piedad termina con la vida de otra persona, que conscientemente se lo pide para evitar seguir con grandes sufrimientos, Ya que se encuentra en una enfermedad terminal?.

2.- TENDENCIAS

LOS DEFENSORES

Un fin digno para los enfermos terminales que sufren largas y grandes agonías (consideran la muerte inevitable), por, lo tanto no deben haber sufrimientos. La vida es patrimonio exclusivo del hombre y pueden disponer de ella.

LOS OPOSITORES

Desde la perspectiva Judío Cristiana es un pecado grave contra el quinto mandamiento es un homicidio si se realiza sin el consentimiento del paciente y un suicidio si se realiza con el consentimiento del paciente

DE TODOS LOS PAISES HOLANDA ES EL PRIMER PAIS QUE LEGALIZO LA EUTASIA DESDE EL 01 DE ABRIL DEL AÑO 2002 LUEGO LE SIGUIO BELGICA QUE LEGALIZO LA EUTANASIA EN SEPTIEMBRE DE ESE MISMO AÑO, EN EL RESTO DE LOS PAISES DEL MUNDO SI BIEN ES CIERTO QUE EXISTE UNA TIBIA LEGISLACIÓN AL RESPECTO PERO NO ESTA LEGALIZADO NI PERMITIDO LA EUTANASIA.

En nuestra Patria, no encontramos ningún caso judicializado de eutanasia o de homicidio piadoso, a pesar que sabemos que se produce en los hospitales, pero sobre todo en la clínicas particulares, de una manera solapada y extraña, por eso estamos preparando una modificatoria a la ley

En especial al artículo 112 del código penal.

Nuestra principal dificultad es que existe un silencio cómplice entre los colegas médicos, para decir sobre la aplicación de la eutanasia, por temor a ser denunciados.

3.- DISEÑO EXPERIMENTAL, MARCO TEÓRICO Y PLANTEAMIENTO DE HIPÓTESIS

DISEÑO

La investigación que proponemos es por el fin que persigue: Una investigación básica; por el objeto de estudio, una investigación jurídico-formal y por el diseño de contrastación, una investigación descriptiva-explicativa.

MARCO TEÓRICO

DESARROLLO HISTÓRICO

1). BASE HISTÓRICA.-

En 1835 una comisión codificadora presidida por Lord Macaulay, ofreció al gobernador del Consejo de la India Inglesa, Jorge Auckland, un proyecto en el que si bien no se llegaba a la impunidad del Homicidio piadoso y sólo se consideraba como especial atenuante del homicidio voluntario, se hacían razonamientos que debían haber ido derechamente a la absolución: «El soldado que a ruego de un compañero herido – decían los autores del proyecto – le libra de su dolor; el amigo que suministra láudano a una persona que sufre de una enfermedad prolongada; el aristócrata indígena que hiere mortalmente a su familia, a ruego de ellas con el objeto de salvarlas de lujuria de una banda de malhechores; etc., difícilmente serán juzgados como culpables, excepto en un sociedad cristiana, y aún en ésta, no les miraría el público ni los trataría la ley como asesinos».

Como corolario se agregaba «Este crimen no produce en modo alguno tanto daño a la sociedad como el asesinato; falta completamente en el homicidio por consentimiento un peligroso elemento de mayor importancia, no produce intranquilidad en general, no esparce el terror en la sociedad. En Italia nobel propuso al Ministro Crispi en 1902, la fundación a sus expensas de dos establecimientos en Roma y en Milán, donde serían asfixiados sin dolor por medio de un gas y desde 1903 hay proyectos de legalización de la eutanasia en Alemania.

En la primera decena de años del presente siglo, han menudeado las propuestas eutanásicas en los Estados Unidos. En 1906 Anna S. Hall conforme se señala en la casuística, presentó el problema ante el parlamento de Ohio, en el mismo año, el Dr. Gregory solicitó al congreso de Iowa, la creación de una ley que autorizase la eliminación por medio de un anestésico de todo enfermo incurable, de todo infante débil y de todo idiota, lo lográndose la norma.

En 1912 discutió el parlamento de los Estados Unidos un proyecto sobre homicidio caritativo, pero se rechazó, por encontrar demasiado delicada e inciertas las aplicaciones; no siendo esto obstáculo para que el mismo año Sarah Harris elevase a la cámara de representantes y a los magistrados una suplica para que se permitiese al médico que la asistía poner termino a su vida de manera dulce y sin dolor, ya que por estar paralítica no podía suicidarse.

El resultado fue contraproducente, pues en 1912 el Congreso de Nueva York sancionó un proyecto de ley que decía: «Toda persona que por medio de discursos, circulares, escritos, mensajes, cartas, documentos, prospectos, periódicos, artículos de revista etc., aquejadas de dolencias incurables, mentales o físicas, será culpable de crueldad».

Más recientemente después que el tema eutanásico se ha puesto a debate con argumentos nuevos y razonados, han continuado en el mundo las peticiones de los particulares a las cámaras legislativas para que dictasen preceptos autorizado la «buena muerte» .

Los primeros defensores de la buena muerte, recogiendo las enseñanzas de los indios, filósofos griegos y romanos, se mostraron partidarios de ayudar a morir a los ancianos, a los agónicos y a los incurables. Platón, Epicuro y Plinio fueron los primeros pensadores eutanásistas, pero Hipócrates no comparte ello, indicando que no daría droga mortal para dulcificar el término de la vida.

2). BASE TEÓRICA

La palabra eutanasia de origen griego, originalmente significativa una muerte buena y honorable. En lenguaje médico, durante siglos, significaba toda clase de atención que el médico dispensaba al paciente moribundo para

aliviar su sufrimiento y disminuir su dolor y angustia. En el siglo XX esta benévola palabra llegó a significar la acción directa e indolorosa de una paciente que sin perspectiva de recobrar la salud, puede desear estar en forma de muerte inmediata.

Es indudable que los hombres tenemos derecho a la vida, así lo manifiestan y reconocen incontables documentos y declaraciones suscritas por toda clase de organismos internacionales y por los propios Estados.

Parece ser que en diferentes partes del mundo, los ciudadanos se hacen esa pregunta, ello ha motivado variadas expresiones nacionales, cada cual impresa de su idiosincrasia particular traducida en normas positivas o pronunciamientos judiciales.

Por ejemplo, los volantes del Estado de Oregón, EE.UU. de América, aprobaron mediante referéndum, la ley que permita la eutanasia. Esta ley para muerte digna entro en vigencia el 08 de diciembre de 1994.

Hace algún tiempo el reino de Holanda, se sancionó la ley por la cual, previo ciertos trámites y argumentaciones de orden legal ante los jueces y su aprobación, los súbditos de esa nación, pueden solicitar ayuda especializada para provocarse una muerte digna. Esta norma singular, debidamente meditada y sólidamente sustentada en consideraciones filosóficas, legales y morales, contempla dos circunstancias: la primera, se refiere a aquellas personas que sufren males somáticos incurables; la segunda, a los que sobrellevan los trastornos de la conducta o la personalidad que hagan inviable, a su parecer y a los jueces la vida. Cabe anotar que previamente a su promulgación, las instituciones y el pueblo de esta nación, tuvieron pleno y profundo conocimiento de la intención de sus legisladores y formas de acceso para opinar según su criterio.

El problema que entrevemos es sumamente difícil de abordar y presenta, a mi parecer, dos agudas aristas (o muchas más según la perspectiva de cada cual): una de ellas interroga la esencia moral de la ejecución del acto que pide el propio suicida —Chabot como medio voluntario para lograr el fin—; la otra inquires directamente sobre la licitud o no de ese acto e ingresa en el campo de a juridicidad.

Opinar sobre de las primeras de las mencionadas sería apresurado sin conocer el contexto humano del caso en toda su dimensión, la profunda aflicción de la doliente y el compromiso moral que, que para con su paciente, pudo haber tenido como ser humano, el ejecutor del acto decisivo; tampoco serían nuestros los acusados criterios que se requieren para juzgar si la misericordia debe sublimarse a tal extremo.

Conjeturo si, sobre lo segundo, que el legislador holandés ha dictaminado en honor a la justicia y de la ley: reconoce que se cometió el delito de asistencia al suicidio y declara culpable al acusado del ilícito, pero no deja de aceptar que el sujeto activo fue un medio, que su voluntad – en gran medida y por un vínculo de interactuante humanidad- dependía de quien asistió y que, por último, realizo un acto de compasión al sustraer a su paciente a un sufrimiento inenarrable. De ahí la exención de la pena, que proviene de la aceptación de la ejecución de un acto humanitario.

Al reverso de la moneda, en España, el Tribunal Supremo denegó el pedido de asistencia al suicidio de Ramón Sanpedro Canean, un catalán tetraplèjico desde hace 25 años, aduciendo en el fallo que: “no es función de los Tribunales suplir o llenar vacíos del ordenamiento jurídico” y que “que compete al poder legislativo dictar las normas necesarias”. (El país, edición internacional, Madrid, 1994), en una clara alusión a que la Eutanasia no se encuentra contemplada en la legislación positiva hispana y que, sobre lo que no estaba escrito no podía, la corte, fallar.- El peticionario había basado su solicitud en que la constitución española garantiza lo súbditos del Reino, una adecuada calidad de vida y que, contrario sensu, si no podía, en su caso, proporcionársela estaba facultada en cambio, para darle una muerte digna de un ser humano.

4.- EL FIN DE LA PERSONA Y LA EUTANASIA

El fenómeno de la muerte, es uno de los hechos inevitables de la existencia humana. Esta realidad, no desecha de modo alguno el misterio del porque de la muerte. A través de la historia, la muerte ha sido objeto de un de un sin números de nociones.

Consideramos relevante para efectos de una mejor comprensión del presente trabajo hacer una breve referencia a las distintas concepciones que, sobre la muerte se han planteado:

a) Como concepto cultural: Esta concepción proviene, fundamentalmente de la diferenciación del hombre y del animal. Así...« la muerte es, probablemente el rasgo cultural del hombre, ya que significa una ruptura absoluta entre su mundo y el del animal''. Esta concepción se refiere al hecho de que el hombre es el único ser que entierra a sus muertos. Esa actitud que se plasma la relación de hombre- muerte-cadáver, implica una característica cultural que lo diferencia de los animales.

Por otro lado, consciente o inconscientemente, el fenómeno de la muerte rodea la vida del ser humano; así, sus temores, angustias, etc. Que se presentan frente a la muerte, marcan nuestra personalidad y, por ende, nuestro estilo de vida.

Podemos concluir, que, teniendo en cuenta las distintas realidades de cada pueblo, el concepto cultural de la muerte variará, pues las costumbres difieren unas de otras. Para llegar a conocer estas distintas nociones y su influencia en el quehacer humano, debemos analizar diversos aspectos, de cada pueblo: religión, filosofía, psicología, derecho, etc. Claro ejemplo de esto, se da en el pueblo egipcio, netamente religioso, que organizó su vida en función a la muerte.

b) Como un proceso biológico: El ser humano nace, crece, se reproduce y muere.- La muerte viene hacer el final de una vida; pero ¿cómo termina una vida? No podemos ignorar la presencia definitiva del elemento biológico que determinara la finalización de una existencia.

La muerte, analizada desde un punto de vista biológico...«implica la extinción total de las células que conforman los órganos y tejidos. Esta muerte celular se produce de una manera gradual y diferenciada. El hombre no muere en un solo instante, va muriendo por etapas por ello se habla de muertes parciales''. Al señalar que el hombre no muere en un solo instante se intenta decir que no todos los tejidos mueren simultáneamente, algunos soportan más que otros. Es el caso, por ejemplo, del tejido cerebral, el que se deteriora rápidamente por efectos de insuficiencia de oxígeno.

Ahora bien, como hemos anotado, no todo los tejidos se degradan simultáneamente, pero resulta imposible esperar a que esto suceda, ya que en el momento que podría enterrarse al cadáver, este ya se encontraría en estado de putrefacción. Por ello, culturalmente hablando, se ha tenido que determinar dentro de una etapa del proceso biológico- es instante de la muerte. Pero, más allá de preocupaciones culturales de la naturaleza acotada anteriormente (situación del cadáver en el momento de ser enterrado) cabe señalar un argumento mas importante y coherente que esbozan dos autoras, recogiendo la declaración de Sidney sobre la muerte, cuando señalan que la muerte «es un proceso gradual a nivel celular, variando la capacidad de los tejidos para resistir la privación del oxígeno”, y agregan « no obstante, el interés clínico no reside en el estado de conservación de células aisladas, sino en el destino de una persona”. Con este sustento el ser humano s visto desde el punto de vista antológico, en una concepción integral.

Dentro de la concepción de la muerte biológica podemos encontrar que la muerte pasa por una serie de etapas que consideramos importante señalar:

1. **Muerte Relativa:** Algunos autores la denominan «muerte aparente”. Se presenta cuando las funciones superiores del sujeto, es decir, las funciones respiratorias cardiovasculares y nerviosas se han suprimido, pero no de manera irreversible, es decir, cave la posibilidad de que vuelvan a funcionar.
2. **Muerte Intermedia:** Se presenta cuando las funciones superiores- anteriormente citadas- son suprimidas de manera irreversible. No cave, por ende, la posibilidad de un restablecimiento. No obstante ello, se denomina intermedio pues existe aún grupo células que sobreviven biológicamente. Como señala Jorge Avendaño, en esta etapa...« el retorno espontáneo a la vida es verdaderamente imposible”.
3. **Muerte Absoluta:** Se presenta cuando todas las células del organismo humano se extingue. Es aquí done podemos hablar de una muerte biológica. No se encuentran ningún vestigio de vida celular. Resulta evidente, no esperar hasta la última etapa de la muerte biológica, por los motivos expuestos anteriormente, por lo que se adoptado la posición de determinar una «muerte clínica”, que sería la denominada «muerte intermedia”, es decir, con el fin irreversible de las funciones superiores del ser humano.

- 4. Muerte Clínica:** Hace no mucho tiempo se consideraba que una persona había fallecido cuando su corazón había dejado de latir, pero esta consideración ha sido ampliamente rebasada por el avance de la ciencia, que permite, las operaciones del trasplante e corazón. Así, «el fallo del corazón ha perdido el valor significativo de la irreversibilidad que es propia de la muerte. En condiciones favorables, el corazón sobrevive a la interrupción del riego sanguíneo de una a una hora y media; los riñones, dos horas y media; el hígado, de veinte a treinta minutos; los pulmones, de treinta a setenta minutos; el cerebro, a lo sumo, de 8 a 10 minutos”.

Es así como tomando como referencia los datos señalados precedentemente, se define la muerte a partir del, cerebro y no del corazón.

Por ello, una persona es considerada clínicamente muerta cuando se ha producido una degeneración irreversible en su masa cerebral, que – hasta el momento- ningún avance científico ha podido revertir.

El concepto de la “muerte clínica” o “muerte cerebral” ha podido ser desarrollada debido al avance en la ciencia medica que hizo “reversible”- ayudada con métodos artificiales de animación o trasplante; la supresión de la función respiratoria y cardiovascular. Habrá pues, muerte cerebral, cuando ha cesado definitiva e irreversiblemente las funciones cerebrales aún en caso que el paciente siga respirando y su corazón latiendo.

5.- BASE LEGAL

1). ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el ordenamiento jurídico peruano, no existe norma positiva que emule las características de la holandesa y la norteamericana

Por el contrario, existen normas capitales que protegen el derecho a la vida, en primer lugar encontramos el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física; en segundo el artículo 5 del código civil de 1984 vigente, que estipula, que el derecho a la vida y la integridad física son irrenunciables y no pueden ser objetos de cesión, así como que su ejercicio no puede sufrir limitación

voluntaria salvo cuando los actos de disposición del propio cuerpo son exigidos por un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o están inspirados por motivos humanitarios.

La constitución protege el derecho a la vida y a la integridad física, lo cual significa que la persona no puede darse muerte por su mano, tampoco ser instigado al suicidio lo cual está penado.

Así, existe la prohibición legal de transferencia del derecho que implica la vida misma a otra persona, bajo cualquier título gratuito u oneroso. Por último, el tercer supuesto incide en que el ejercicio del derecho a la vida, no puede sufrir limitación voluntaria, es decir no puede ser vulnerado por el deseo de recortarlo por mano propia o ajena, con actos destinados ex profeso a reducirlo o impedir su pleno desenvolvimiento y desarrollo en pro de su objeto de acción: la vida dentro de su propia capacidad de desenvolvimiento sin minusvalía.

Las consideraciones excepcionales de actos de disposición del propio cuerpo al que se refiere el artículo 6 del código civil, sólo son válidas legalmente cuando se dan los supuestos de extrema necesidad o motivos humanitarios, verbigracia, la donación de un riñón a un paciente aquejado de insuficiencia renal o la renuncia de un padre a alimentarse para que lo haga su hijo.

2). CONTEXTO PENAL

En nuestro ordenamiento penal se incluyen el homicidio piadoso y la instigación al suicidio, como figuras delictivas bien diferenciadas (artículos 112 y 113 del CP.)

«Artículo 112º: El que por piedad mata a un enfermo incurable, que le solicita de manera expresa y conciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la Libertad no mayor de tres años»

La figura penal del primero, sanciona la eutanasia positiva por actos de comisión, con la condición previa de la petición expresa y conciente para que ejecute actos destinados a quitarles la vida, Cuando el artículo habla de dolores intolerables, puede inferirse que no solo se trata de males físicos

incurables, sino también de afecciones morales, como la depresión profunda, que lógicamente producen dolor en el alma humana.

La ley peruana parece distinguir una clara precisión al principio del artículo para el final oscurecer su contenido.

En primer lugar, exige que el sujeto activo mate al pasivo por piedad, esto es, conmiseración con la conciencia que lo hace por considerar que su estado es digno de lástima y porque desea evitarle un mayor sufrimiento, lo cual debe probarse en una corte.

La segunda condición se refiere ya no al sujeto activo sino al pasivo, requiriendo que éste tenga la condición – pre existencia – de enfermo incurable, esto es: primero, que se encuentre en una condición de grave disminución de sus facultades, aquejado por disfunciones somáticas o trastornos de personalidad importantes, y que en segundo plano, la enfermedad que padezca sea incurable; esto es, médicamente no superable o que agotados los medios conocidos o disponibles, no pueda restituirse al enfermo a una aceptable condición de dominio de sus facultades física y morales.

La tercera condición presume una solicitud ‘expresa y consiente’ lo cual significa que el enfermo debe manifestar su voluntad en pleno uso de sus facultades mentales normales, con pleno conocimiento de lo que solicita y de sus efectos. Asimismo, se requiere que esa manifestación sea expresa, de viva voz o por escrito de puño y letra o bajo firma para que adquiera carácter indubitable. La manifestación expresa debe efectuarse ante, por lo menos, dos testigos ya que ‘‘tesis unus, testis nullus’’. La manifestación de voluntad expresa consciente, indubitable, debe referirse a que el sujeto activo suprima toda circunstancia que prolongue sus ‘‘intolerables dolores’’.

Estos deben tener esa intensidad, la de intolerables, insoportables; con que es indiscutible que quien debe de calificar esa intensidad es quien los experimenta, la norma no distingue si deben ser físicos o morales por lo que esa dualidad de interpretación debe quedar abierta. También debe considerarse que los dolores ya sean físicos o no, tienen la relativa intensidad personal y propia que cada sujeto siente, por lo que también será relativa la calidad y magnitud de

intolerancia o no que cada cual les adjudique. De esta mayor o menor medida puede provenir la decisión capta de supresión de la vida.

De todos modos, y como consecuencia jurídica para el actor, el artículo pena el comportamiento piadoso con sanción privativa de la libertad no mayor de tres años.

El artículo 113° del código penal incorpora, en su supuesto de instigación o ayuda al suicidio, a nuevos elementos.

“Artículo 113°.- El que instiga a otro al suicidio o la ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años si el agente actuó ‘por un móvil egoísta’.

En la primera configuración, el sujeto activo es el que anima a quitarse la vida a quien duda en hacerlo. Obviamente esto es posible ya que influye con su voluntad sobre la mermada capacidad de decisión del pasivo.

La segunda configuración puede dar cabida a la eutanasia si quien ayuda al pasivo, esto es, le proporciona medios o les pone a disposición por acción u omisión, logra el propósito que persigue el suicida.

En ambos casos se pena el intento a la consumación del suicidio.

El segundo caso de este artículo puede suponer una excepción de pena de acuerdo con el artículo 68° del Código Sancionador, así como el que contempla el 112°.

La exención de sanción procede, dentro de las especificaciones precisas contenidas en el artículo 68°, cuando su “responsabilidad fuese mínima”. Al respecto, el numeral dice:

“Artículo 68°.- El Juez podrá eximir de sanción, en los casos que el delito este previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con multa si la responsabilidad del agente fuere mínima”.

6.- SITUACIÓN LEGAL DE LA EUTANASIA EN EL PERÚ

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 lo 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».

Nuestra legislación ha tipificado en el homicidio por piedad a la eutanasia activa, mas no la pasiva (no prolongar artificialmente la vida de quienes indefectiblemente están destinados a la muerte en medida en que tal alargamiento solo traiga efectos de sufrimientos), ni la indirecta (se 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 tres años pues brinda una 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 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.

7.- HIPÓTESIS

- **NO EXISTE UNA ADECUADA REGULACIÓN NORMATIVA, SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, QUE SEÑALE OBLIGACIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS OPERADORES MÉDICOS Y DE LOS USUARIOS.**

RESULTADOS

- * Las técnicas de reproducción asistida solo se aplicarán cuando no supongan un riesgo y en mujeres mayores de edad, informadas y que lo hayan aceptado libremente.
- * La donación de gametos siempre será secreta, revocable y sin fines lucrativos, y siempre será realizada por individuos conscientes y mayores de edad.
- * En el caso de la utilización de material de donantes, no se podrá rechazar a hijo. Si el marido muere durante el tratamiento, no se podrá utilizar sus gametos salvo indicación expresa en su testamento.
- * Los embriones desechados, que, en caso de portar algún defecto, son almacenados en bancos de embriones donde se acumulan esperando a que la legislación vigente dictamina si es legal o no destruirlos.
- * El problema radica en que algunos consideran al embrión como un conjunto de células a la que le queda mucho para ser un ser humano. Sin embargo, la evidencia científica demuestra que la diferenciación del ADN del embrión humano desde el mismo momento de la fecundación, con respecto a los respetivos de su padre y madre, como se demuestra empíricamente a través de la prueba de paternidad, define inequívocamente al embrión como una persona diferente a sus padres, y por tanto un ser humano
- * Está discutida la ética de permitir que se desarrolle un embrión portador de una discapacidad o enfermedad catastrófica, así como la de deshacerse de los minusválidos.
- * La posibilidad de utilizar esta técnica para crear hijos con capacidades superiores a la normal, o elegir características selectivamente (sexo, color de los ojos, etc.), por el capricho de los padres, en detrimento del derecho a la vida de los demás hermanos. Por eso no es legal los procedimientos que permiten seleccionar caracteres fenotípicos no estrictamente perjudiciales.

8.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

1. La investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, la cual no debe ser limitada sino es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que la constituyen.
2. La infertilidad se define como la incapacidad de concebir luego de un año de relaciones sexuales sin protección, independientemente de la causa, la infertilidad es un problema de pareja y ambos miembros deben estar juntos para lograr superar el tratamiento y el estrés emocional que esto implica. Para muchas parejas que han agotado los tratamientos clínicos y quirúrgicos tradicionales para la infertilidad, las técnicas de Reproducción Asistida ofrecen la mejor esperanza y probabilidad de un embarazo; las cuales deben ser encaminadas a cumplir su fin y no manipularse por intereses particulares.
3. Se hace precisa una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción humana asistida, y la adaptación del Derecho allí donde proceda, con respecto a: el material embriológico utilizado, los donantes de dichos materiales, las receptoras de las técnicas, y en su caso los varones a ellas vinculados, los hijos, la manipulación a que las técnicas pueden dar lugar (estimulación ovárica, crío conservación de gametos y pre embriones, diagnóstico prenatal, terapia génica, investigación básica o experimental, ingeniería genética, etc.).
4. En los últimos años vemos como ha habido un incremento en la edad en que las mujeres buscan un embarazo, y como producto de ello hay una caída en las tasas de fertilidad. Claro que esto viene acompañado del avance tecnológico, nuevos accesos a tratamientos, y de esta manera la opción de las parejas de tener un hijo que tiempo atrás no era posible.
5. Hay una mayor difusión de los métodos de reproducción asistida a nivel mundial, incluso en muchos países el Estado juega un papel importante, lo que hace que sea más accesible optar por estos métodos.
6. Si bien se dice que los hijos son un regalo de Dios y no derecho de los hombres, esto no significa que quienes tengan los deseos de tener hijos y criarlos no puedan acceder a los métodos que la ciencia ofrece hoy en día.

7. Urge la elaboración de una ley que regule de manera expresa sobre las técnicas de reproducción humana asistida, como bien lo han regulado otros países, ya que de un análisis de la legislación peruana concluimos que existe un vacío legal.
8. Respecto a la clonación, en lo relacionado los derechos humanos, vendría a ser una violación de los principios fundamentales del principio de igualdad entre los seres y el principio de no-discriminación. Y es justificándose en los avances de la ciencia y tecnología, el hombre jugaría a ser Dios e incluso se habla de la creación de una raza de súper hombres.
9. En relación a la maternidad subrogada, con la investigación realizada se ha podido comprobar que es una práctica que con el correr del tiempo se ha diversificado y ampliado primeramente en los países con mayor desarrollo en los temas de reproducción humana asistida, llegando a ser una práctica común en la actualidad en la mayoría de países, excepto los del continente africano, al respecto algunas legislaciones han conseguido un desarrollo notable en la regulación de esta práctica, siendo un tema sumamente polémico y altamente conflictivo, no solo por que la conducta del órgano jurisdiccional ante dichos casos, donde el principal sujeto en dicha disputa es una persona humana, que tiene los mismos derechos y obligaciones que le otorga e impone el orden jurídico, que conlleva muchos temas sensibles con el tratamiento de los embriones y los lazos que se forman al gestar un nuevo ser, no pudiendo tratarse este tema desde el punto de vista contractual, siendo necesario que la jurisprudencia contribuya enormemente a sentar precedentes valiosos para administrar justicia ante estas controversias.
10. Por otra parte es tarea de los legisladores crear leyes que vayan de la mano con el avance científico, para establecer límites y responsabilidades debido a que es necesario resguardar el orden jurídico-social y crear pautas para una convivencia armónica; toda vez, que de la investigación realizada se denota que nuestro sistema de justicia no está preparado para afrontar este tema adecuadamente, toda vez que es necesario una justicia ágil, oficiosa y guiada por un sentido humanista de la ley, en donde el juez tenga nociones de lo que juzga, orientando su criterio con elementos de juicio objetivos, siendo consiente del impacto social de sus fallos, y asumir esa responsabilidad con sensatez, medida y probidad.

9.- CONCLUSIONES:

1. Creemos que el principal aporte está en poner en evidencia que las nuevas técnicas de Reproducción Humana Asistida, en especial la **Fecundación in vitro**, que no es bien comprendido por los operadores del derecho y por la población en general, ya que esto acarrea, serios interrogantes éticos y jurídicos y que a partir de este análisis comprensivo de la realidad, entregamos alternativas de normatividad y lineamientos éticos acordes con los nuevos tiempos y los avances biotecnológicos
2. Respecto al análisis ético consideramos que cuando los avances científicos y tecnológicos entran en conflicto con los derechos fundamentales de la persona, siempre debe primar la dignidad humana, como principio dominante e ineludible para forjar una comunidad civilizada fundada en el respeto recíproco. Es entonces que ante un mundo cambiante y cada vez más hostil, el pilar tutelar de la humanidad, es la vigencia de los derechos humanos, que no surge como producto de una legislación positiva, sino que es derecho natural del hombre, sólo cuando estas directrices orienten las relaciones humanas, y limite las actividades sociales, el derecho podrá hacerle frente al devenir histórico de los nuevos tiempos.
3. La ética, es un tema de mucha importancia en todos los campos de derecho y de la vida en sociedad, frente a un tema tan polémico como el que versa nuestro trabajo es menester hablar todo lo relacionado a la ética frente a las técnicas de reproducción humana asistida, la ciencia médica avanza de manera vertiginosa haciendo posible lo que años atrás solo se podía concebir en películas de ciencia ficción, esta verdadera revolución biológica tiene que generar cambios en el orden jurídico, ya que estos descubrimientos alteran la propia vida humana; el derecho comomecanismo regulador de conductas se encuentra indisolublemente ligado a las transformaciones que experimentan los diferentes comportamientos humanos como consecuencia de los espectaculares adelantos científicos que echan por tierra conceptos que hasta ahora revestían la calidad de verdades inmutables, esta vertiginosa serie de logros alcanzados en el campo de la genética provoca en nuestra sociedad dudas y conflictos.
4. Los considerandos de la resolución de la casación bajo comentario constituyen un importante precedente que apoya con mas fuerza a la prohibi-

ción contenida en nuestra Ley General de Salud, en lo que respecta a la maternidad subrogada. Consideramos prudente que pronto pueda emitirse un fallo similar que pueda ayudar a dar soluciones adecuadas y uniformes a los supuestos de madres sustitutas, en las cuales se da la coincidencia de la maternidad genética y la maternidad gestante en una sola persona, de manera tal que se coadyuvaría al llenado de un vacío normativo importante en lo que respecta en la procreación asistida, en la espera de una mejora legislativa en la materia.

5. La procreación asistida no es un tema que pueda ser tratado por el Código Civil en su integridad, sino que necesita una regulación especial, expresa y concreta sobre la materia, regularla en el Código Civil sería meter instituciones que son ajenas, lo que si el Código Civil necesita es ser actualizado en el Libro de Personas y en la parte de filiación, regular una sección especial respecto del tema de cómo determinar la filiación como consecuencia de la procreación.

10.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BASSO, Domingo M.-BURONI, José-MOSSO, Héctor E.-MERCHANTE, Fermín R.-MOSSO, Carlos J.-HECHT, Juan P., «Problemas Éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo xx», Buenos Aires 1995.
2. DURAND CARRIÓN, Julio, «La Fertilización Asistida Frente al Derecho, Lima, 1991, Ed. El Jurista.
3. MARTINEZ COCO, Elvira, «Manipulación Genética y Derecho, Lima, 1997, Ed. San marcos.
4. MIRANDA CANALES, Manuel, «Derecho de Familia y Derecho Genético, Lima, 1998, Ed. Ediciones Jurídicas.
5. MORO ALMARAZ, Jesús, «Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro, Barcelona, 1988.
6. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda, «Derecho y Genoma Humano», Editorial San Marcos, 1997.
7. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda, «Nuevas Técnica de Reproducción Humana Asistida y Derecho Civil, Lima, 2001.

8. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. «Temas de Derecho Genético – Ideas y Propuestas sobre una nueva vertiente del Derecho Contemporáneo», Lima, Editorial Praxis, 1º Edición, 2001.
9. NORIEGA HOCES, Luis, «Fertilización Asistida una Esperanza de Vida, en Estudios sobre los Aspectos Jurídicos de la Biotecnología Reproductiva Humana en el Perú», 1998, Lima-Perú. Editorial San Marcos.
10. RAMIRO GARCIA, Francisco José, «Técnicas de Asistencia a la Reproducción Humana, Bilbao, Grafite Ediciones, 2000.
11. RAMOS R. DE VECIANA, «La Eutelegenesia ante el Derecho Canónico», Editorial Bosch, Barcelona 1987.
12. ROMERO-CASABONA, Carlos María, «Del Gen al Derecho», Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1º Edición, 1996.
13. RODRIGUES CADILLA PONCE, María del Rosario, «Derecho Genético – Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su Trascendencia Jurídica en el Perú», Primera Edición, Editorial San Marcos 1997.
14. RUBIO CORREA, Marcial, «Reproducción Humana Asistida y Derecho – Las Reglas del Amor en probetas de laboratorio», Fondo Editorial de la Pontificie Universidad Católica del Perú, Volumen II, 1º Edición, 1996.
15. SABIAGO PÉREZ, Edna, «De la Genética y la Bioética en el Nuevo Milenio, III Convención Latinoamericana de Derecho», consultar www.derecho.udea.edu.com
16. SAMBRIZZI, Eduardo A., «La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano», 2º Edición-Abeledo Perrot. Argentina-2001.
17. RUBIO CORREA, Marcial, «Reproducción Humana Asistida y Derecho – Las Reglas del Amor e probetas de laboratorio».
18. VALVERDE MORANTE, Ricardo, «Derecho Genético, Reflexiones Jurídicas por la Técnicas de Reproducción Humana Asistida» Grafica Horizonte. Lima Peru-2001.
19. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, «Derecho Genético» Editorial Normas Legales S.A., 1995.
20. Ley General de Salud N° 26842.
21. Código Civil Peruano.
22. www.fertilidad.elembarazo.net/transfereencia-intratubarica-degametos
23. www.reproducciónasistida.org