

LA EUTANASIA Y EL ARTÍCULO 112 DEL CÓDIGO PENAL

Entre la defensa de los derechos fundamentales y
la obediencia a una prohibición formal

Carlos Alberto Senisse Anampa*

*Alumno del Quinto año de la Facultad de Derecho y Ciencia
Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.*

SUMARIO: *Introducción; Estado de la cuestión. I. ¿De qué hablamos cuando hablamos de eutanasia?; 1.- Interdisciplinariedad del debate; 1.1. Enfoque religioso; 1.2. Enfoque filosófico; 1.3. Enfoque desde la bioética; 2.- Clases de eutanasia; II. La Constitución y el “Derecho a morir”; III. Las relaciones entre Derecho Constitucional y Derecho Penal; IV. Dogmática Penal; 1.- Homicidio piadoso; Postura Personal. 2.- El Código Penal y la eutanasia; 3.- Homicidio piadoso y eutanasia activa; V.- Algunas precisiones importantes; y, Conclusiones.*

* Ayudante de cátedra del curso de Teoría General del Proceso y miembro de los Talleres “Derecho Penal Económico y de la empresa” y de Derecho Procesal Penal “Florencio Mixan Mass” en la misma casa de estudios.

RESUMEN

Se presenta un vario debate en torno al homicidio piadoso y la eutanasia. En ese sentido se recorren las fundamentaciones religiosas, filosóficas y bioéticas. Luego, se analiza el sustento Constitucional y jurídico penal del homicidio piadoso. Por último, se concluye que el tipo penal homicidio piadoso es un tipo inconstitucional y que incluso su existencia en la legislación penal peruana es incoherente.

PALABRAS CLAVE

Eutanasia, Homicidio piadoso, bioética, proporcionalidad, Derecho Penal.

INTRODUCCIÓN

Para empezar tenemos que el homicidio piadoso está tipificado en el Artículo 112 del Código Penal (en adelante CP) con el siguiente texto:

"El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, (...)"

Como se puede ver, esta figura típica contiene dos términos contrapuestos. Así tenemos "homicidio", por el cual entendemos a la conducta que consiste en matar a un hombre¹, y por "piedad" a la cualidad que tiene un acto cuando es inspirado por el amor al prójimo². Consideramos que no se presta a debate que estos conceptos no se utilizan juntos ni siquiera en el campo de las opiniones comunes. En este tipo penal ambos conceptos están vinculados a la clase de homicidio, caracterizado porque el sujeto activo mata a una persona en atención a circunstancias penosas en las que se encuentra el sujeto pasivo y a su propia solicitud. Con lo cual basta para observar un fenómeno totalmente diferente del tradicional "homicidio".

¹ SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, Decima reimpresión total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 11.

² Real Academia Española, vigésima segunda edición. Fuente: Lema.rae.es.

Asimismo, el homicidio piadoso, está inmerso en un debate mucho más amplio que claustro penal (como se verá más adelante). En este debate aludido el debate centra su objeto en la eutanasia. Esta última, también conocida como “muerte buena”³ o “muerte dulce”⁴, que al igual que el homicidio piadoso, presenta también un conflicto terminológico parecido al del homicidio piadoso. Así, Hinojoso señala que:

“La designación de eutanasia es contradictoria y antitética⁵ ya que la muerte no es buena ni propicia, sino triste, infausta, funesta y tétrica⁶ incluso cuando alguien voluntariamente llama a sus puertas; la muerte solo puede calificarse como un mal menor”^{7 8}.

De esta manera observamos que la discusión sobre la eutanasia –y consiguiente sobre el homicidio piadoso– se ve circunscrita dentro de las cargas valorativas o sentimentales⁹ que de antemano se le dé a sus términos, en la mayoría de los

³ El nombre de eutanasia –muerte buena– es atribuido al inglés Francisco Bacon así: Jiménez de Asúa, *Eutanasia y homicidio por piedad*, de la obra de “Libertad de amar y derecho a morir” Ensayo de un criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia, reimpresión de la séptima edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1992.

⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia*, p. 1, fuente: Arroyo Zapatero Luis y Berdugo Gómez de la Torre Ignacio (Dir.): Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

⁵ HINOJO ANDRES, Gregorio, “Suicidio”: *barbarismo y perversión*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 13.

⁶ PABLO DE LORA/ MARIAN GASCÓN. *Bioética. Principios, desafíos y debates*. Alianza Editorial, Madrid, 2008, p.231. Asimismo, la relación entre eutanasia y suicidio es muy cercana, como se verá adelante.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Van Weezel, Alex. *Eutanasia: Sin lugar para los débiles*. señalaba que “Nadie es partidario de la eutanasia porque piensa que es peor para el hombre. La cuestión entonces radica en determinar si el ordenamiento jurídico es mejor o peor para el hombre cuando acepta la eutanasia” artículo publicado en: <http://www.congresoconstitucional.cl/?paged=4>, p. 1.

⁹ “El Derecho no solo consiste en saber sino también en el sentir: la sede de su objeto no se halla solo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres”, agrega además en relación al sentimiento, la educación y la costumbre “En vano espera la verdad a un investigador libre de prejuicios. Los maestros de la ciencia o no se ocupan de dichas cuestiones o las hacen formando ya parte de un partido” VON KIRCHMANN, Julio Germán. *El carácter*

casos predominantemente negativa, que ha conllevado a que muchas veces sea rechazada sin haber debatido las razones para ello^{10 11 12}.

Así puede verse en que los trabajos relativos a la eutanasia y el homicidio piadoso suelen exponer casos reales en los cuáles personas aquejadas por situaciones realmente deprimentes han acudido a los tribunales en busca de una solución digna. Por ejemplo, podemos mencionar varios casos famosos en el medio internacional: en Italia el de Eluana Englaro¹³; en España los de Ramón Sampredo, Inmaculada Echevarría y de Mercedes Dopazo; en Alemania el caso Wittig¹⁴; en Norteamérica los casos de caso Nancy Cruzan¹⁵ y Karen Ann Quinlan¹⁶; en Inglaterra el de Diane Pretty, en Francia el de Vincent Humbert; entre otros¹⁷.

científico de la llamada ciencia del Derecho. En: La ciencia del Derecho. SAVIGNY/KIRCHMANN/ZITELMANN/KANTOROWICZ, trad. Werner Goldschmidt, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 262 y ss.

¹⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás, Ob. cit., p. 2.

¹¹ Sobre la forma de como la construcción terminológica de la eutanasia y el suicidio ha sido usada para predisponer el debate en un sentido negativo léase a HINOJO ANDRES, Gregorio, Ob. cit., p. 12.

¹² Aunado a ello siempre que se debate sobre Eutanasia se ve vinculada a la Eugenesia practicada exponencialmente durante el régimen nacional socialista nazi en Alemania.

¹³ ZUÑIGA FAJURI, Alejandra, *Justicia frente a las decisiones médicas*, p. 1. artículo publicado por la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, segundo semestre 2009 (en prensa) y forma parte del proyecto de investigación N° 11080005 financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT), titulado "Teorías de la justicia y Reforma Sanitaria AUGÉ".

¹⁴ HANS-GEORG, Koch, *Una muerte digna, Derecho Penal y Eutanasia*, Cuaderno del instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N.º 5 extraordinario- diciembre de 1992. Traducción de Octavio García Pérez, Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, p. 133.

¹⁵ ZUÑIGA FAJURI, Alejandra, ob., cit., p. 5 y ss.

¹⁶ ARROYO CASTRO, Laura, *Aspectos jurídicos en torno a la eutanasia*, Revista Jurídica de Seguridad social, Costa Rica, pp. 1 y ss.

¹⁷ Casos presentes en la obra de PABLO DE LORA/MARINA GASCÓN, pero a su vez en muchos más. Véase Pablo de Lora/Marina Gascón. Óp. Cit., pp. 223 y ss. También en Jiménez de Asúa, Óp. Cit.; REY MARTÍNEZ, Fernando, *El debate de la eutanasia y el suicidio asistido. En: Perspectiva comparada. Garantías de procedimiento a tener en cuenta ante su eventual despenalización en España*, Pensamiento Constitucional, Fondo Editorial

En este trabajo se sostendrá que la sanción penal del *homicidio piadoso* es inconstitucional por contravenir los principios constitucionales de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, y proporcionalidad, recogidos también por el Derecho Penal. Además, sostendremos que este tipo penal resulta incoherente sistemáticamente con los valores constitucionales recogidos en la dogmática del delito dominante. Para ello, se expondrá el estado actual del debate en torno a la eutanasia desde los diferentes puntos de vista que lo tratan como factores que influyen, en la justificación de este tipo penal y, por último, se subsumirá aquellas conductas denominadas eutanásicas para determinar cuál de ellas se encuentra sancionada por el Artículo 112 CP, tras lo cual se podrá contrastar dicha conducta con la teoría del delito para señalar con ello su inconsistencia dogmática.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

I.- ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE EUTANASIA?

Pablo de Lora y Marina Gascon señalaban que de nada vale enzarzarse en disputas morales o jurídicas sobre la eutanasia si antes no se ha convenido de qué estamos hablando cuando usamos ese término¹⁸. En ese mismo sentido tenemos al profesor Albin Eser, quien dice que algunas polémicas dejarían de tener sentido si se fuera consciente ya de la amplitud del espectro de problemas y si se nombrara exactamente cuál es el caso que se tiene en la mira en el discurso a favor de tal o cual solución¹⁹. Advertencia que estimamos correcta por la amplitud de supuestos de hecho que la eutanasia abarca. Para dejar constancia de ello, previamente repasaremos las consideraciones que otras disciplinas tienen respecto la eutanasia y luego los diferentes tipos de conductas subsumibles como actos de eutanasia.

Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XIII N° 13°. Otros casos en Alemania son presentados por ROXIN, Claus. *Tratamiento jurídico penal de la Eutanasia*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete.

¹⁸ PABLO DE LORA/ MARIAN GASCÓN. Ob. cit., p. 233.

¹⁹ ESER, Albin, *Estudios de Derecho Penal Médico*, IDEMSA, Lima, 2001, Traductor y editor: Manuel A. Abanto Vásquez, p. 170.

1.- Interdisciplinariedad del debate

En las siguientes líneas se dejara constancia que los juristas no han sido los únicos que se han debatido acerca de la eutanasia. En efecto, en torno a la eutanasia se plantean no solo problemas jurídicos, sino también teológicos, religiosos, filosóficos, éticos o bioéticos y médicos.²⁰, por lo cual la búsqueda de la respuesta a este tema es de carácter multidisciplinario²¹. Estamos hablando, en definitiva, de la vida y de la muerte, cuyo significado ha buscado el hombre en todos los tiempos para descubrir el sentido último de su propia existencia²². Estos ámbitos de discusión forman y condicionan toda respuesta que se haga sobre la eutanasia tanto a niveles académicos como en niveles de decisión políticos.

1.1. Enfoque religioso

El primer lugar en este debate lo tiene la religión, pues la secularización del Derecho Penal y la separación de los ámbitos del Derecho y la moral no puede hacernos desconocer el peso que determinados postulados morales o religiosos ejercen o han ejercido en el proceso de creación del Derecho²³. En razón a ello, encontramos acertado que en diversos trabajos académicos que tratan temas relativos a la eutanasia se hayan incluido muchas líneas destinadas a repasar la posición que la Iglesia Católica ha tenido y tiene

²⁰ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008, España, p. 2.

²¹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Homicidio a petición, Instigación y Ayuda al Suicidio en el Derecho penal: Una lectura Constitucional de los artículo 112 y 113 del Código penal peruano*, Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLII, núm. 124, enero-abril del 2009, pp. 235-251. (página 2)

²² TÓMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el derecho penal*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. XXVII.

²³ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Ob. cit., p. 3.

respecto de la eutanasia^{24 25}—incluso encontrando (o queriendo encontrar²⁶) dentro de sus posiciones argumentos a favor de la eutanasia—.

Para la confesión Católica es casi unánime la penalización de la eutanasia. El dogma oficial de esta religión parte del dogma de la santidad de la vida²⁷ como un don de Dios²⁸. Es decir, que la vida es otorgada por el divino creador y, por ello, ningún ser humano tiene la potestad de disponer de ella. En consecuencia, un mundo principalmente occidental dominado por el pensamiento cristiano, marcadamente optará por esta opción.

Habría que aclarar que si solo se ha hecho referencia a la iglesia católica es porque esta es una de las religiones con mayor feligresía en la realidad peruana y por tanto, poder al momento de decidir sobre tal o cual propuesta

-
- ²⁴ Una muestra de estos esfuerzos es el realizado por CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGRO SOLER, José-Ignacio. Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia). En: Política Criminal y reforma penal. Coord. Víctor Gómez Martín, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2007, pp. 221 y ss.
- ²⁵ Muestra de esta afirmación encontramos la obra de autores varios. Eutanasia Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos. Universidad nacional autónoma de México, 2001, México.
- ²⁶ Mercedes Alonso cita así a Hans Küng “el final de la vida está confiado por Dios mismo a la responsabilidad de los hombres y que, como cristiano y como teólogo, se siente alentado a defender públicamente «una *vía media, cristiana y humanamente* responsable entre un libertinaje antirreligioso («derecho ilimitado a la muerte voluntaria») y un rigorismo reaccionario desprovisto de compasión («aun lo insoportable hay que soportarlo como dado por Dios y poniéndose en sus manos») «... convencido de que Dios... «que ha donado la libertad al hombre y le exige la responsabilidad de su vida *también ha confiado precisamente al ser humano moribundo la responsabilidad y la decisión en conciencia sobre el modo y momento de su muerte*. Una responsabilidad que ni el Estado ni la iglesia, ni el médico ni el teólogo pueden arrebatarle» Fuente en: KÜNG, Jens. *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*, trad. J. L. Barbero, 2.ª ed., Trotta, 2004, p. 47, en ALONSO ÁLAMO, Mercedes, Ob. cit., p.4.
- ²⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Despenalización de la eutanasia en la unión europea: autonomía e interés del paciente*, p. 4; fuente: Estudios en Derecho y Gobierno. Bogotá (Colombia). Diciembre de 2008.
- ²⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGRO SOLER, José-Ignacio. *Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia)*. En: Política Criminal y reforma penal. Coord. Víctor Gómez Martín, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2007, p. 251.

legislativa. Sin embargo, no puede obviarse, si se quiere realizar un examen más profundo del tema, revisar las posiciones que las demás confesiones religiosas sostienen. Todas estas forman ideológicamente a todo aquel que forme parte de este debate.

1.2. Enfoque filosófico

Dentro de este enfoque encontramos que el parecer fue similar al de la iglesia por el marcado dominio de la escolástica y más antes, incluso desde Aristóteles²⁹. Esto significó, y aun lo sigue siendo, que en gran medida se conciba que existan derechos que no sean disponibles por el mismo que los detenta, pues titular de ellos también lo serían la sociedad y el Estado, en palabras de Enrico Ferri: La familia y el príncipe³⁰. Sin embargo, en la actualidad, encontramos un soporte a la legitimación de la eutanasia. En la actualidad va creciendo el discurso a favor de la figura del individuo frente a la sociedad. En otras palabras, hay un rechazo, cada vez más uniforme, a la intervención paternalista del Estado y una aceptación mayor del principio de autonomía moral.

Estas concepciones fueron criticadas ya por el positivista italiano Enrico Ferri quien no le encontró mayor sustento filosófico jurídico a penas de esta naturaleza. Para el afamado jurista, no se podría fundamentar que el Estado pueda cuidar que el ciudadano realice una determinada finalidad moral última o que el bien jurídico vida sea intocable y que sobre ella tenga derecho el estado³¹. Sobre la base de otras ideas el profesor alemán Günther Jakobs llega a similar conclusión. Así, interpretando los postulados del filósofo, también alemán, Federico Hegel, acusa el mandato de “sé una persona y respeta a los demás como personas”, paso seguido, sobre este mandato, llega a la conclusión que en este caso se da un completo respeto a la personalidad ajena quien ve desarrollada su organización por

²⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 223-224.

³⁰ FERRI, Enrico. Estudios de Antropología Criminal. 3era edición. Editorial La España Moderna, Madrid. p. 134.

³¹ FERRI, Enrico. Ob., cit. pp. 133-134.

la cooperación de otra persona³². Por último, encontramos la perspectiva kantiana bajo la cual, el ser humano debe ser un fin en sí mismo y, por tanto, está prohibido que sea usado como un medio para otras finalidades, por ejemplo sociales.

En el ámbito norteamericano el profesor Ronald Dworkin hace una separación entre *intereses de la experiencia* e *intereses críticos* de la persona humana. Entiende por los primeros aquella relación que tiene el hombre fruto de su convivencia cotidiana; mientras que por los segundos entiende que son aquellas aspiraciones trascendentales del hombre que lo llevan a realizarse como persona humana³³. Distinción que consideramos acertada ya que no se puede pretender que todas las personas debamos tener las mismas aspiraciones. Cada persona debe ser libre para elegir el proyecto de vida que mejor se le adecue.

En suma, tomando en consideración estas posiciones podríamos decir que cuando hablamos de eutanasia estamos hablando de una muerte buscada por una persona (*interesado*) en virtud de una organización de su propia vida, fruto de la elección propia de su proyecto existencial. Muerte que es lograda mediante la cooperación por parte de una persona de confianza en un contexto en el cual la condición de vida del interesado es indigna desde su propio punto de vista, es decir, no la quiere como parte de su proyecto de vida, y sobre el cual el Estado no puede interferir (cosificarlo) en virtud del avance de la ciencia médica o de alguna finalidad social o de un pretendido afán paternalista.

Denominamos *interesado* a la persona que requiere este hecho, pues adhiriéndonos a la tesis del profesor Dworkin es la búsqueda de sus intereses trascendentales los que se buscan llevar a cabo mediante este tipo de prácticas. No se trata de intereses directos o cuanto menos primordiales

³² GÜNTHER, Jakobs. *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición, Estudio sobre al juricidad y la eticidad*, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Reimpresión: Enero de 1998, Lima, p. 19 y ss.

³³ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel Editorial, Barcelona, 1993. pp. 237 y 251.

de familiares u médicos, sino del interés del mismo sujeto pasivo los que deben ser tomados en cuenta³⁴. Por ello, es que también se han referido a ella como Homicidio-Suicidio³⁵.

1.3. Enfoque desde la bioética

Una disciplina que goza de especial lugar en esta discusión es la medicina y con ella, la bioética. Esta última discute acerca de los conflictos éticos que traen los avances de la ciencia médica³⁶ y consigo el debate de hasta donde es permisible extender la vida humana con dichos avances^{37 38}. Incluso ve al campo sanitario como un área de confrontación de intereses entre el paciente y el médico, ocasionando con ello la debilitación de un carácter paternalista que tenía la intervención médica antaño. Este punto es tratado con mucho detalle por Albin Eser quien retrata el asunto de la siguiente manera:

“Ya no se está dispuesto más tiempo a dejar a la libre discreción bien intencionada del médico la decisión sobre la prolongación de la vida o el dejar morir. El paciente quiere poder decidir por sí mismo sobre la fijación de plazos sobre su vida y su muerte”³⁹.

³⁴ Esta misma denominación usa la legislación Belga en la Ley relativa a la eutanasia. Vide CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 259.

³⁵ “Se trata de la ejecución del suicidio del otro...” En: CARBONELL MATEU, Suicidio y Eutanasia. Artículo publicado en: <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/t294.pdf>, p. 7.

³⁶ Tales preocupaciones en el campo médico son tratadas desde la Bioética. Pablo de Lora y Marina Gascón señalan que para que los principios éticos entren a consideración de este debate han debido cumplirse ciertos requisitos: “que la medicina y la biología consigan, de manera cierta, impactar en la vida de los seres humanos, logrando que sus promesas de curación efectiva se haga realidad, o que sean más reales sus posibilidades de hacer que la vida humana aparezca, o que su final sea postergado” situación tomada por cierta incluso ya con un conocimiento común sobre la medicina. PABLO DE LORA/ MARIAN GASCÓN. Ob. cit., p.21.

³⁷ Mientras mayores se vuelvan las posibilidades de la medicina de mantener con vida el corpus de las personas, más acuciantes se vuelve el interés de la Autodeterminación del paciente... también en cuanto a su muerte. ESER, Albin. Ob. cit., p.165.

³⁸ Así también, la redefinición de premisas éticas indiscutibles años atrás, tales como la del juramento hipocrático.

³⁹ ESER, Albin. Ob. cit., p. 163.

La Bioética, para realizar su análisis, reconoce la existencia de ciertos principios principales, así por ejemplo, el principio de autonomía, al de dignidad, y los de universalidad e igualdad. De ellos se desprende, a su vez, el principio de autonomía, principio de información, principio de beneficencia y de no maleficencia, principio de no instrumentalización y principio de justicia y equidad⁴⁰. Estos principios estarán presentes en todo el conjunto de la actuación médica que se conoce también como *lex artis*.

La bioética se ha encargado de hacer una definición de lo que es eutanasia (de forma amplia), así señala que se puede hablar de tres principales características para definirla. Estas características son la existencia de una determinada modalidad conducta, la existencia de la voluntad del sujeto y un determinado móvil o circunstancia⁴¹. Para hablar de eutanasia en este contexto, la muerte puede ser derivada de una acción o una omisión, ya que los avances de la ciencia médica hacen que se torne irrelevante valorativamente si el final de la vida sea por una acción de dar o una omisión de tratar medicamente. Ambas formas ingresan al campo de la eutanasia a través del concepto de eutanasia activa o pasiva respectivamente⁴². En cuanto a la voluntad se estima que no es necesaria su concurrencia, puesto que hay circunstancias en las que se discute la procedencia o no de la eutanasia cuando el sujeto ha caído en un estado que lo imposibilita a dar a expresar su voluntad y previamente tampoco la ha dado.

En cuanto a las circunstancias señala que la eutanasia debe ser realizada en consideración en *interés* del sujeto, advirtiendo que si decimos que la muerte es por su bien esta debe ser un bien para el sujeto desde su propia perspectiva de vista. Se habla aquí ya de un contexto eutanásico, de un estado de indignidad, siempre sin perder de vista la voluntad del sujeto.

Como se ha podido ver, la posibilidad de disponer de la propia vida ha sido, como regla, prohibida en casi toda área de debate. No obstante, con el devenir

⁴⁰ Principios opuestos a los principios de paternalismo, del secreto, del utilitarismo restringido y al principio de diferencia que no obstante pueden ser considerados justificados de acuerdo a las circunstancias. PABLO DE LORA/ MARIAN GASCÓN. Ob. cit., p.49.

⁴¹ PABLO DE LORA/ MARIAN GASCÓN. Ob. cit., pp. 234 y ss.

⁴² PABLO DE LORA/ MARIAN GASCÓN. Ob. cit., p. 233.

del tiempo y no por pocas luchas los ideales sociales se han ido modificando y se ha sacado a relucir la autonomía personal como piedra fundamental de la organización social.

Una conclusión temprana sería que este asunto enfrenta en cada uno de sus cinco supuestos valoraciones similares, pero no iguales (tanto negativamente en el caso de la iglesia católica como positivamente desde la perspectiva bioética y filosófica). Conclusión que permite señalar que las diferencias valorativas entre todos los tipos de eutanasia están separadas de manera muy tenue. Y que hará que a las diferentes consecuencias que se dan a estos supuestos se parezcan arbitrarias.

2. Clases de eutanasia

Tomando en cuenta lo señalado precedentemente, sobre todo por la bioética, se ha clasificado a las circunstancias en las que se presenta la eutanasia de la siguiente manera⁴³.

- **Eutanasia genuina.**- Conocida también como «eutanasia pura», puede caracterizarse en el caso en el que a un moribundo se le administran medios paliativos del dolor que no tienen por efecto un acortamiento de la vida⁴⁴. También se habla de este tipo de eutanasia al acompañamiento que hace el médico al paciente durante el tratamiento e incluso a los familiares de este⁴⁵.
- **Eutanasia pasiva.**- Consiste en la omisión de medidas que prolongan la vida en el caso de pacientes terminales. El profesor Claus Roxin señala que se habla de eutanasia pasiva cuando una persona que se encuentra al cuidado de otra —normalmente el médico o sus ayudantes aunque también algn pariente—, omite alargar una vida que está tocando a su fin⁴⁶.

⁴³ HANS-GEORG, Koch. Ob. cit., p. 136.

⁴⁴ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 3.

⁴⁵ HANS-GEORG, Koch. Ob., cit., p. 136.

⁴⁶ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 2.

“En principio, dos actitudes del médico deben ser consideradas: la primera consiste en no hacer nada para evitar la muerte después de haber constatado el estado del moribundo. El médico renuncia a internar al paciente en un hospital o se abstiene de someterlo al procedimiento técnico destinado a mantenerlo en vida. La segunda actitud consiste, muy frecuentemente, en interrumpir el tratamiento aplicado al paciente; por ejemplo, interrumpiendo el funcionamiento del aparato que asegura la respiración o la alimentación artificiales”⁴⁷.

En la Eutanasia pasiva juega un papel preponderante que el paciente exprese su voluntad de que cuando llegue el momento no se le intente revivir. El médico deja de estar ligado a su deber de garante cuando el paciente –capaz consciente y suficientemente informado sobre su estado de salud- le exige de manera expresa suspender todo tratamiento para mantenerlo con vida”⁴⁸.
⁴⁹. Así, el llamado contexto Eutanásico característico de esta modalidad se caracteriza porque la muerte ya entró en un ciclo el cual acabará con la vida del paciente si este no es intervenido medicamente y éste consiente de esta situación, expresa que prefiere morir que vivir artificialmente.

- **Eutanasia activa.**- Es una causación activa y voluntaria de la muerte que se realiza normalmente a petición del paciente. Mediante esta el médico puede, mediante procedimientos médicos, abreviar la vida de un paciente moribundo. Esta modalidad de Eutanasia se diferencia de la anterior (eutanasia pasiva) ya que en este contexto la vida a extinguirse no se encuentra en un ciclo de irremediable pérdida de la vida sin la intervención médica, sino que sin llegar esta intervención médica podría continuar con vida. En

⁴⁷ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte especial, Homicidio*, Ediciones Juris, Lima, 1995, p. 21.

⁴⁸ HURTADO POZO, José. *Ibidem*, p. 22.

⁴⁹ Sobre este aspecto es importante resaltar un Dictamen elaborado por el Consejo Consultivo de la Junta de Andalucía, el 1 de marzo de 2007, relativo a la “limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica de Doña Inmaculada Echevarría Ramírez” uno de los casos más emblemáticos en el debate de la eutanasia. Este dictamen concluye: “...la interrupción de la ventilación mecánica es una conducta pasiva e indirecta, que se justifica por la existencia de un deber de respetar la decisión libre y consciente de la paciente, en tal sentido amparada por la legislación específicamente reguladora de la asistencia sanitaria y, en consecuencia, los profesionales sanitarios que la adopten deben quedar impunes” Vide CARBONELL MATEU. Ob. cit., pp. 11 y 12.

el contexto eutanásico médico deberá hablarse en estos casos de sufrimientos insoportables a causa de una enfermedad en estado terminal.

- **Eutanasia Indirecta.-** Consiste en la administración de calmantes aceptando el posible acortamiento de la vida. Se habla de eutanasia indirecta cuando sobre un enfermo terminal se aplican medidas paliativas del dolor, a pesar de que éstas pueden acelerar el acaecimiento de la muerte⁵⁰.
- **Auxilio al Suicidio.-** Es la participación a un suicidio ajeno, que en casos similares a la de eutanasia, se realiza generalmente para poner término a un estado de sufrimiento insoportable.

Estas definiciones de eutanasia en tanto conceptos extra jurídicos pueden ser aceptadas sin mayor dificultad. Sin embargo, cuando a esas circunstancias les damos determinadas consecuencias jurídicas, sobre todo cuando es el Derecho Penal el que interviene, y más aún cuando se trata de consecuencias desventajosas o que restringen derechos, es que hay que señalar el supuesto de hecho —una conducta humana y circunstancia en concreto— que se va a examinar.

II.- LA CONSTITUCIÓN Y EL “DERECHO A MORIR”

En casi todos los países donde se ha discutido acerca de la legitimidad de la eutanasia ha estado presente el debate en cuanto a su posible amparo constitucional. Situación que encontramos acertada y válida en la medida que la Constitución se establece como límite de interpretación de todas las normas en los Estados Constitucionales. Se constituye de esta manera en el piso en común sobre el cual las discusiones encuentran consensos y disensos. Y a su vez se diseñan las consiguientes posiciones y reformas legislativas.

En ese sentido, es necesario precisar cuáles son los derechos constitucionales en los cuales se sustenta esta prohibición y cuales, por el contrario, permiten la libertad de la disposición de la propia vida y la cooperación de terceros. El artículo primero de la Constitución Política del Perú del año 1993 señala “La

⁵⁰ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 4.

defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El artículo 2 numeral 1 dice “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”

El artículo 2 numeral 3 dice “A la libertad de conciencia y de religión...”

El artículo 3 señala “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De acuerdo a los numerales descritos, nuestro Estado reconoce sobre todas las cosas la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Esta no puede ser concebida desde una concepción estatal o colectiva, sino a partir del reconocimiento de que la dignidad se encuentra como presupuesto de defensa de cualquier persona frente a una intervención externa.

En ese sentido Carbonell Mateu comentando a la Constitución española, señala que esta no le otorga al Estado “un derecho para proteger estos los bienes jurídicos fundamentales sino exclusivamente un deber” y agrega “En consecuencia, debería entenderse que el mencionado deber de protección no existe cuando el titular no quiere ejercer ese derecho sino que, por el contrario, renuncia a él”⁵¹.

Es importante que el primordial interés en conservar la vida deba partir de su titular y no del Estado. Consideramos que una interpretación respetuosa de la dignidad humana implica primordialmente el respeto a la libre determinación, que abarca hasta la decisión de hasta cuando ponerle fin a la propia vida.

En un Estado Democrático de Derecho es inconcebible que se pretenda imponer perspectivas de vida moralmente correctas, lo cual también se rescata de la

⁵¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 221.

libertad de conciencia recogida en la Constitución. Estas solo se deben partir de una libre elección de los ciudadanos. No existe en consecuencia un deber de vivir o soportar penurias hasta la muerte, ello es inconstitucional. Menos aún coaccionarlas mediante fórmulas penales.

El papel que la Constitución le otorga al Estado es consecuencia directa de los postulados de la necesaria convivencia social del hombre para lograr sus fines. Por ello, se hace difícil sustentar que si se reconoce que la convivencia en sociedad es necesaria para garantizar el libre desarrollo humano, se pretenda que cuando el ciudadano quiera realizar dicho plan —decidiendo libremente dejar de existir—, se obvие esta naturaleza social de cooperación en el desarrollo de sus libertades. De esta manera, esta persona queda sola en la sociedad, debiendo las personas de su entorno desentenderse de ella coactivamente por imposiciones penales. Sin embargo, no estamos de acuerdo en llevarse al extremo este planteamiento, por lo que deslindamos de la hipótesis de que no solamente habría un derecho a morir, sino a ser muerto.

La tesis que sostiene que se puede restringir el derecho de libre desarrollo de la persona, ya que ningún derecho es absoluto, sino que en convivencia en sociedad es necesario que tengan límites, no ha señalado cual sería este interés contrario tan valioso que limite tal ejercicio; por ejemplo, una pretendida función promocional del tabú del homicidio frente al derecho a no sufrir padecimientos en vano por parte del enfermo terminal. En consecuencia, las sanciones penales de este tipo, no superan la aplicación de un test de proporcionalidad.

Reyna Alfaro citando al profesor Villa Stein señala que el tipo de homicidio piadoso enfrenta claramente un problema de inconstitucionalidad puesto que desde la constitución del 1979 ya se encontraba señalado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho que se vería atacado cuando estamos ante una muerte en agonía o muerte indigna. En palabras de Villa Stein “Este acto supremo de amor no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez”⁵².

⁵² VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal, Parte Especial*, Lima, San Marcos, 1997, t. I, p.127.
En: Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Homicidio a petición, Instigación y Ayuda al Suicidio en el*

III.- LAS RELACIONES ENTRE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

Esta relación puede verse en dos vertientes. Por una parte, se reconoce a los derechos fundamentales un efecto irradiante en el derecho ordinario, de tal forma que éste debe ser entendido sin alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Por otra, se impone una interpretación del derecho ordinario conforme a la Constitución, es decir, mientras ello sea posible, las normas se deben entender sin contradecir la Constitución⁵³ existe un grado de dependencia de la ley penal hacia las normas constitucionales llegando a sostenerse que la “norma constitucional es la primera ley penal”⁵⁴.

Este efecto irradiante se puede ver por ejemplo en la existencia del principio de dignidad de la persona y de mínima intervención⁵⁵, en sus vertientes de Principio de subsidiariedad y de fragmentariedad. También el principio de proporcionalidad que señala que debe considerarse la *gravedad y perturbación social* de la conducta, en función a la evolución de las valoraciones jurídicas o de la cultura en general y los condicionamientos socio-psicológicos⁵⁶.

Derecho penal: Una lectura Constitucional de los artículo 112 y 113 del Código penal peruano, Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLII, núm. 124, enero-abril del 2009, pp. 235-251. (página 6)

⁵³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho Penal*. Hamurabi. Buenos Aires, 1999, p. 232.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio. *Estructura básica del derecho penal*. Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 37.

⁵⁵ El principio de intervención mínima se opone a la función promocional del Derecho penal, por la cual es Estado, apelando al ordenamiento jurídico penal, no solo tutelaría bienes jurídicos, sino sería el encargado de propulsar y promover el desarrollo de la vida social. El Estado y el Derecho Penal desarrollarían un rol completamente activo en el **mejoramiento y transformación** de las condiciones de vida de la comunidad. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal, parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 222.

⁵⁶ CASTILLO ALVA citando a Nowakowsky citado por ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*; p 83, en: *Ibidem*, p. 305.

IV.- DOGMÁTICA PENAL

A pesar que en nuestra legislación no existe una manifestación constitucional material del delito, es de consenso mayoritario que se requiera la lesión de bienes jurídicos como presupuesto para la habilitación del poder punitivo. Una concepción constitucional de los bienes jurídicos exige que no se pueda contravenir la prioridad de defender a la persona humana a través del respeto de su libertad y de su dignidad, marco que limita e implica la coherencia de la política criminal del estado democrático⁵⁷. En consecuencia, solo son bienes jurídicos los que se desprenden de la Constitución y, por tanto, no existe tal cosa como bien jurídico penal. No podría concebirse un bien jurídico que a su vez contradiga la jerarquía que la misma Constitución le ha dado a la dignidad humana.

Sin embargo, a pesar que la dogmática se ha esforzado por limitar la intervención del Estado hacia lo estrictamente necesario mediante categorías dogmáticas, no ha tenido el éxito deseado. La discrecionalidad del legislador ha puesto en debate durante cierto tiempo la utilidad crítica de la teoría de los bienes jurídicos en el Derecho Penal. Este tipo penal es un caso de estos. Una descripción del bien jurídico que limite la intervención del Estado debería ser una categoría que limite la intervención del Estado ante una situación penosa que poco o nada invita a participar a un llamado interés social⁵⁸. Y nos más bien justificando prohibiciones que restringen gravemente la dignidad de la persona que desea la única salida digna con la cuenta.

⁵⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 3-4.

⁵⁸ Esta aseveración ha sido reconocida parcialmente en la Exposición de motivos del Código Penal de 1991 lugar en que el legislador reconoció que no todos los asuntos considerados penalmente son de interés público y, por lo tanto, agregó al consentimiento como causa que elimina la antijuricidad al hecho ya que aún se consideró la acepción de bien jurídico de libre disposición. Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 "Sin embargo, teniéndose en consideración que en el campo penal no siempre son públicos los intereses ofendidos, el Proyecto de la Comisión Revisora admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el actuar con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico, siempre que éste sea de libre disposición (artículo 20 inc. 10)".

El Derecho Constitucional no solo hace un análisis crítico de los bienes jurídicos, sino que se inserta en la teoría del delito a través de la tipicidad tanto objetiva como subjetiva, de la antijuricidad y de la culpabilidad (más adelante volveremos sobre este punto) resguardando de esta forma el principio de proporcionalidad.

De esta manera consideramos que este tipo penal termina criminalizando conductas que según la estructura del delito de homicidio configurarían casos de atipicidad, no antijuricidad y/o exención de la culpabilidad penal.

1.- Homicidio piadoso

El artículo 112° del Código Penal peruano a la letra señala: *“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”*.

Este tipo penal es un homicidio privilegiado ya que la conminación de pena es ostensiblemente menor respecto del delito de homicidio simple. Sin embargo, contrasta los elementos que deben concurrir para su tipicidad, en otras palabras, es a su vez es un tipo complejo⁵⁹, ya que para que no sea homicidio habrán de concurrir el *fin altruista por piedad, un enfermo incurable⁶⁰, la solicitud del enfermo consiente*, y que sea causado por los *dolores intolerables*.

Además, si preguntamos qué sanciona este tipo penal probablemente no tengamos una respuesta satisfactoria. Esto se explica porque, al ser este un delito de homicidio debería compartir una naturaleza similar al de homicidio simple, cual es la sanción a quien prive de la vida a otro. Sin embargo, existe en este tipo penal una singularidad. El “sujeto pasivo” es el principal interesado en

⁵⁹ Señala que “llama la notoria complejidad típica de la norma...” MEDINA FRISANCHO, José Luis. La Eutanasia en el código penal peruano. Un análisis dogmático a partir de una perspectiva Crítica

⁶⁰ No se exige como si lo hacen otras fórmulas legales penales que esta esté en estado terminal.

dejar de existir. Debe, por ello, matizarse el objeto de tutela del mismo, que no es cualquier vida, sino precisamente la vida no deseada por su titular⁶¹. O como también lo han referido Roxin y Hans-George Koch el objetivo político-criminal de mantener el tabú del homicidio⁶².

A continuación haremos un análisis de los elementos del tipo subsumiéndolos en las distintas clases de eutanasia que se señaló anteriormente⁶³.

POSTURA PERSONAL

Concretando las ideas anteriormente mencionadas con la estipulación legal del homicidio piadoso tenemos:

2. El Código Penal y la eutanasia

Tal como señalamos, cuando se habla de eutanasia se habla de diferentes conductas y circunstancias que penalmente pueden ocasionar que sean analizadas a la luz no solo del homicidio piadoso, sino del homicidio mismo y del tipo de ayuda al suicidio. A ello pasaremos ahora.

La eutanasia genuina o pura al no ser una conducta que lesione “mate” al paciente, sino que mejora la calidad de vida del paciente, es una conducta irrelevante penalmente.

En cuanto a **la eutanasia pasiva** y lo que la diferenciaría de la eutanasia activa es que el paciente debe depender de un tratamiento médico para sobrevivir. En este contexto no se puede prescindir de la voluntad del paciente, esta resulta irremplazable. La voluntad del paciente de rechazar el tratamiento médico o a seguir recibéndolo es trascendental y acorde al principio bioético de la autonomía del paciente. Esta expresión de voluntad releva la posición de ga-

⁶¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. cit., p. 1.

⁶² HANS-GEORG, Koch. Ob. cit., p. 139.

⁶³ Un análisis pormenorizado de todos los elementos típicos que conforman el Homicidio Piadoso puede encontrarse en MEDINA FRISANCHO. Ídem. También VILLA STEIN, Javier. Ob. cit.

rante que tiene el médico sobre la vida del paciente⁶⁴ de tal manera que en esta circunstancia estaremos ante una conducta acorde a la *lex artis* en el caso del contexto médico y en cuanto no sea un médico, una conducta adecuada socialmente; y por tanto, irrelevante para el derecho penal.

Esta interpretación guarda relación con *el dejar morir* situación que la haría relacionarse con el delito de omisión del auxilio, delito que encuentra su límite en la voluntad del auxiliado de ser socorrido y que en caso de no respetar haría incurrir a quien quiera prestar dicho auxilio a la fuerza en un delito contra la libertad⁶⁵.

Sin embargo, hay supuestos como lo señalamos anteriormente, en los que se habla de eutanasia pasiva en la que el paciente se encuentra incapacitado para expresar su voluntad. En estos supuestos nos adherimos a la propuesta del profesor Roxin quien señala que aun quedaría abierta la puerta de investigar sobre la voluntad presunta del paciente, que es una realidad que no puede dejarse de lado sobre el riesgo de hacer primar la formalidad sobre el beneficio del interesado⁶⁶.

Problema distinto es cuando no existe dicha voluntad, en estos casos no puede hablarse de un homicidio piadoso, pues falta la solicitud expresa y seria del paciente que releve al médico de su posición de garante. La bioética señala que en estos casos aún se habla de eutanasia y rigen principios como los de beneficencia, no maleficencia y el paternalismo. Afirmada una imputación objetiva de elevación del riesgo que en algunos casos estará presente, aun se podrá en estos casos estar ante alguna causa de justificación o de no culpabilidad. Y en casos muy diferentes, en los cuales no haya interés valioso, ante un homicidio o asesinato.

⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 238 y ss.

⁶⁵ ESER, Albin. Ob. cit., p. 177 y ss.

⁶⁶ Una propuesta interesante que salvaguarda la duda sobre la presunta voluntad, si bien no es perfecta, que viene ganando terreno es la aplicación del "testamento vital" o también conocido como "voluntad anticipada". En ese sentido se ha concretado en Uruguay la Ley N° 18.473 que le da el derecho a sus ciudadanos a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos (art. 1) y "expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma".

La eutanasia activa con voluntad del paciente a diferencia de la eutanasia pasiva no requiere una dependencia del interesado ante un tratamiento médico para subsistir. Esta plantea el supuesto en el cual el interesado solicita la muerte ante sus sufrimientos y esta es concedida por el médico o un familiar o en general cualquiera que lo haga por piedad. Esta clase de eutanasia es la que encontramos tipificada como homicidio piadoso (esta modalidad de eutanasia se desarrollará más adelante).

En el caso de **la eutanasia activa sin voluntad** del paciente no puede hablarse de homicidio bajo piedad, aun cuando sea cometida por motivos pietistas. Pues aunque así pueda denominarse al tipo el legislador peruano ha hecho especial hincapié en el elemento de *solicitud expresa* del interesado. De esta manera se prohíbe que bajo el manto del interés del paciente no comprobado en este caso se puedan realizar prácticas fundadas en intereses de carácter económico o que traigan al presente la eugenesia. Por lo tanto, se podrá estar aquí ante un tipo de homicidio o incluso de asesinato. Pudiendo concurrir al igual que en la eutanasia pasiva sin expresión de voluntad una causa de justificación o en su caso de exención de la culpabilidad.

La llamada **eutanasia activa indirecta** se configura cuando la actuación del facultativo está dirigida a disminuir el dolor, sabiendo que ese tratamiento acorta sustancialmente la vida de esa persona⁶⁷. Es un caso dudoso y ambiguo pues se ha trabajado sobre la figura de la inexistencia del dolo de matar. Ya que en este caso el médico buscaría paliar el dolor con un conocimiento eventual que este tratamiento también cause la muerte del paciente. Sin embargo, esta hipótesis es cada vez menos sostenible, puesto que la terapia contra el dolor tiene ahora muchos mayores posibilidades de evitar la muerte y en todo caso predecir a ciencia cierta cuál es el efecto real del tratamiento seguido⁶⁸. Sin embargo, si la muerte ha empezado un curso de irreversible advenimiento y a su vez acompañada de insoportables dolores podrá señalarse que estamos ante un caso de buena práctica médica. Así, como señala el profesor Roxin, en estos casos cede el interés de mantenerse un tiempo más con vida cuanto por el interés de una vida sin el tormento del sufrimiento⁶⁹.

⁶⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 237.

⁶⁸ ESER, Albin. Ob. cit., p. 190 y ss.

⁶⁹ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 4.

El caso de la eutanasia que se da por medio del **auxilio al suicidio** en tanto que se considere que el hecho sea cometido por el propio interesado en nuestra legislación está cubierto por el tipo de Ayuda al Suicidio (Artículo 113 CP⁷⁰) y no por el homicidio piadoso.

3.- Homicidio piadoso y eutanasia activa

Como señalamos anteriormente, de todas las modalidades en las que aparece la eutanasia, es en la eutanasia activa con voluntad del interesado donde se ubicaría el homicidio piadoso.

Dejando de lado el elemento piadoso⁷¹ que pide el tipo y que algunos consideran ya sobreentendido y hasta contraproducente, respecto de la situación de gravedad en el que tiene lugar el hecho, consideramos de mayor trascendencia discutir el por qué el consentimiento del interesado no tiene eficacia, y en consecuencia releva el carácter típico de la conducta⁷².

⁷⁰ Código Penal

"Instigación o ayuda al suicidio. Artículo 113.- El que instiga a otro al suicidio o lo 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".

⁷¹ El elemento *por piedad* es seriamente debatido en razón a que sería un elemento del fuero interno de la persona indemostrable, así señala La eutanasia (el homicidio «piadoso» de nuestro CP) en un plano normativo no está mejor o peor regulada, ni es más humanitaria o menos criticable por el simple hecho de exigir en su tipicidad la concurrencia de un elemento de corte sentimental como la piedad, pues ésta, sin necesidad de ser incluida expresamente en el tipo, ya constituye un presupuesto implícito de su propia presencia en el sistema jurídico-penal" MEDINA FRISANCHO, José Luis. Ob. Cit., p. 20. En opinión contraria VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 134. Quien requiere el elemento piedad "Debe pues el agente matar a la víctima por un sentimiento de piedad, de lástima, de conmiseración, de misericordia, de compasión. En suma por razones humanitarias, que trasunta las diferencias de credo, de raza, de nacionalidad, etc."

⁷² Sobre el consentimiento se señala que no sería suficiente, pues el Código Penal (español) exige una solicitud expresa y válida, situación que consideramos es acertada. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. cit., 7.

“La relativa eficacia del consentimiento en relación con la disposición sobre la vida y la salud se ha fundamentado, tradicionalmente, a partir de concebir de estos derechos fundamentales como bienes jurídicos en los que existe un componente supraindividual que determina la concurrencia de una obligación del Estado de protegerlo en contra incluso de la voluntad de su titular”⁷³. Zaffaroni señalaba que un bien jurídico es valioso porque puede ser dispuesto⁷⁴.

Es irracional que el Estado pretenda legitimarse aun cuando no exista un pragma conflictivo⁷⁵. La indisponibilidad de la vida encontraría reconocimiento a partir del artículo 5 del Código Civil. Sin embargo, el Código Civil opera con diversos fundamentos que el Código Penal. Deja muy claro este aspecto el hecho que el Código Civil recoja positivamente a las buenas costumbres. Por lo que tal definición como esta debe tomarse con reservas y encontrar el ámbito dentro del cual este se ocupa y, en consecuencia, inaplicable respecto del Derecho Penal.

Esta prohibición no encuentra en efecto sustento jurídico ni base constitucional, “este componente supraindividual se predica, únicamente, respecto de la vida y la salud, considerando como disponibles para su titular todos los demás bienes jurídicos fundamentales, sin que se ofrezcan razones para este trato diferencial”⁷⁶.

Por lo dicho, solo podría quedar en pie una fundamentación político-criminal⁷⁷. De esta manera la prohibición encontraría justificación como medio para la protección de la no siempre *voluntad seria* del interesado. En otras palabras, se ha considerado que todo interesado sería un enfermo psicológico y que, por tanto, su voluntad no es real. Sin embargo, este argumento cae por el peso de

⁷³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (Eutanasia). En: Política Criminal y reforma penal. Coord. Víctor Gómez Martín, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2007, p.231.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2da edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 499.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 231.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 232.

la realidad. Una muestra evidente de la seriedad de estas solicitudes es que se hayan hecho casos famosos por la persistencia de los interesados durante años en la solicitud ante las autoridades del derecho a morir.

Afirmada la lesión del bien jurídico inexistente, aun habría que analizar si estamos ante un acto antijurídico y culpable. Se conoce la antijuricidad de una conducta como contrariedad al orden jurídico. En estos casos puede sostenerse que dependiendo de quién sea el sujeto activo exista una determinada institución de carácter positivo⁷⁸ (relación médico-paciente, paterno-filial, amistad entrañable o religiosa) que legitime dicha conducta. En tal razón no actuaría antijurídicamente el médico que de acuerdo a la *lex artis* apaga el sufrimiento del enfermo con un barbitúrico⁷⁹.

Además, es necesario recalcar, que cuando se penaliza la conducta motivada por razones altruistas inspiradas en el amor al prójimo se sobrepasa cualquier consideración del principio constitucional de proporcionalidad, pues al sujeto no se le podrá exigir otra conducta, es decir, no actuará culpablemente⁸⁰. Zulgadía señala que atendiendo a la intensidad de la presión motivacional que inciden en el comportamiento del autor se puede disminuir y hasta excluir la culpabilidad del autor y consigo la pena⁸¹. Villa Stein citando al maestro español Enrique Gimbernat Ordeig, que examina este tipo penal en el código español dice "llega a la conclusión, que no obstante ser el homicidio piadoso, formalmente típico, no son punibles y nos dice que «ello es así porque, en los supuestos que nos ocupan, la acción eutanásica es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la Constitución Española»⁸².

⁷⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 94-95.

⁷⁹ ZULGADIA ESPINAR, José Miguel. *Algunas consideraciones sobre la eutanasia en las legislaciones penales de Colombia y España*. P. 249.

⁸⁰ A esta misma conclusión llegan, países como Alemania, Suecia, Holanda, que permiten el homicidio piadoso. VILLA STEIN, Javier. *Homicidio Piadoso*. En: Derecho Penal, Lima, SAN MARCOS, Primera edición, 1997.

⁸¹ ZULGADIA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 251.

⁸² VILLA STEIN, Javier. *Homicidio Piadoso*. En: Derecho Penal, Lima, SAN MARCOS, Primera edición, 1997.

En cuanto al interesado, consideramos que se le sobrepone un interés social difuso, vago y escaso de sustento⁸³ como la “protección del tabú del homicidio” e ilegítimo como un también ilegítimo fin promocional de la vida. Por tales razones consideramos que el tipo penal de homicidio piadoso es extremadamente irracional y contrario al sistema liberal de la teoría del delito.

En contraste encontramos el artículo 216 del Código Penal alemán. Este tipifica la conducta denominada Homicidio a petición como sigue: “*Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu auf erkennen*”⁸⁴. Consideramos, que este tipo penal es más respetuoso del marco constitucional y el desarrollo dogmático penal realizados hasta la actualidad, de igual manera podemos encontrar versiones de este tipo en la legislación penal portuguesa⁸⁵ e italiana⁸⁶.

Este tipo a diferencia del peruano permite que tanto la circunstancia penosa como el motivo pietista, involucrados en este caso se analicen a la luz de las causas de exculpación penal. Aun cuando el consentimiento, en claro sentido contrario al Derecho Penal liberal, no elimine la atipicidad, ya que no existe en una conducta de esta naturaleza siquiera un conflicto social⁸⁷ situación evidente ante el reconocimiento de la protección del tabú de la muerte reconocido

⁸³ “No existe, en ese sentido, una especie deber «función social de la vida», a modo de la que el artículo 33.2 configura para la Propiedad.” En CARBONELL MATEU. Ob. cit., p. 3.

⁸⁴ Traducido al español: “Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años.” La versión del Código Penal alemán traducida por la profesora Claudia López Díaz es la publicada bajo el título Strafrechtsgesetzbuch, 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, München, 1998.

⁸⁵ **Código penal portugués.** Artigo 134.- Homicídio a pedido da vítima. 1 Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos.

⁸⁶ **Código penal italiano.** Art. 579

“*Omicidio del consenziente* -

Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui è punito con la reclusione da seiva quindici anni...”

⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 498 y ss.

por el profesor Claus Roxin y Albín Esser, o cuanto menos elimine la antijudicialidad al hecho.

Una precisión relacionada a la valoración de las conductas eutanásicas tanto pasivas como activas, es que como hemos señalado anteriormente lo que diferencia la eutanasia pasiva de la activa es la existencia de un tratamiento médico indispensable para el mantenimiento de la vida del paciente⁸⁸. Sin, embargo, ambas conductas pueden tener la misma valoración positiva, véase por ejemplo el caso entre la diferencia entre desconectar un tubo de alimentación para que alguien pueda morir de hambre y la posibilidad de administrarle un barbitúrico que cause la muerte en menos tiempo y con menos dolor. En estos casos resulta valorativamente dudoso que deba estarse ante un caso de homicidio, cuánto podría estarse ante un caso de auxilio al suicidio que en otras fórmulas legales encuentra sustento en que este auxilio llegue hasta cometerse actos ejecutivos del mismo^{89 90}.

V.- ALGUNAS PRECISIONES IMPORTANTES

Existen argumentos en contra principalmente de naturaleza político-criminal (argumentos que podrían hacer incluso defendible legítimamente la punición de conductas eutanásicas). Dentro de ellos está la objeción del “rompimiento

⁸⁸ Caso similar presentan CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Ob. cit., p. 237, entre la eutanasia activa indirecta y la eutanasia activa en sentido estricto en el caso de remplazar el fármaco que lleva al estado de coma con una inyección letal. Así señalan “¿Qué diferencia cualitativa existe entre esta conducta y la de poner una inyección que provoque instantáneamente la muerte? ¿No atenta más gravemente a la dignidad del paciente quedar en coma? Por ello no es muy comprensible que, mientras la eutanasia activa indirecta carece de relevancia penal con la actual regulación, siempre que concorra el consentimiento del paciente o, en su caso, de los familiares, la eutanasia activa, en sentido estricto, está prohibida penalmente”

⁸⁹ **Código penal mexicano.** artículo 302.- Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro. artículo 312.- 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 él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años.

⁹⁰ **Código penal español** artículo 143 numeral 3.- Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

del dique”⁹¹ o también llamada “pendiente resbaladiza”. Según esta posición la admisión de la licitud de algunos supuestos de eutanasia posteriormente produciría el decaimiento del respeto a la vida y el control frente a otras conductas que atentan libremente contra la vida. Sin embargo, es una suposición que no es convincente a la luz de los postulados de mínima intervención y ultima ratio del Derecho Penal. Aunado a ello que una supuesta protección de esta manera no podría superar un test de idoneidad, por existir otras medidas como de proporcionalidad en cuanto a la afectación del derecho restringido y del derecho protegido.

También se esgrime en contra de la eutanasia que esta sea una coartada para rehuir a las exigencias sociales⁹², pues el Estado dejaría con ella de lado sus responsabilidades sociales de promoción y esfuerzo de proteger la vida. Responsabilidades que, por ejemplo, se notarían muy claramente en el ámbito de los servicios de sanidad pública. Entre este argumento y el valor del consentimiento se encuentra Van Weezel quien señala “autorizar el homicidio a petición o la eutanasia equivale a dejar al enfermo solo, responsable de cualquier sacrificio que se haga por él, ya que estaba en su mano evitar a sus parientes y a la sociedad innumerables esfuerzos mediante el simple gesto de consentir en un homicidio ‘piadoso’. Posiblemente pocas personas quieren seguir viviendo cuando todos los demás quieren que ellas mueran, cuando con sus gestos, palabras y actitudes les representan insistentemente qué poco sentido tiene para ellos –los sanos– su presencia en el mundo. Decir que en tales casos la persona que claudica o sucumbe bajo este peso ha decidido voluntariamente no seguir viviendo, que la vida no vale la pena ‘desde su propia perspectiva interna’, no es más que una grotesca farsa”⁹³.

Complementa el anterior argumento la relativización de la voluntad y la seriedad con la que se solicita la eutanasia. Según esta crítica este pedido sería en realidad una solicitud de ayuda para no morir. O un pedido coaccionado por el mal estado de salud del paciente. También que este pedido no estaría meditado responsablemente. Roxin señala que el Derecho Penal no puede ignorar la

⁹¹ ESER, Albin. Ob. cit., p. 199.

⁹² Ídem..

⁹³ VAN WEELZEL, Alex. Ob. cit., p. 4.

realidad social de tales miedos, puesto que menoscaban el sentimiento de autodeterminación de la vida y la muerte que un Estado de Derecho debe garantizar⁹⁴. Sin embargo, frente a una objeción como esta existen otras respuestas ya ensayadas en el estado de Oregón, esta es "periodo de espera" mediante el cual una vez se da un plazo de 15 días desde la prescripción médica hasta el otorgamiento de la letal medicina, lo cual es a todas luces un esfuerzo serio por averiguar si existe la tan mencionada meditación irresponsable⁹⁵.

No obstante que la prohibición de practicar la eutanasia sea la regla, se puede apreciar prácticas eutanásicas en alguna de sus modalidades o cuanto menos atenúan la represión penal. Muestra de ello es el caso del estado americano de Oregón, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Australia, Uruguay y la existencia de una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Perú, España, Argentina y Costa Rica, entre otros países, son casos de atenuación de la represión penal; incluso en algunos Estados ya existen esfuerzos concretados en leyes que las despenalizan.

CONCLUSIONES

El homicidio piadoso se inserta dentro de una problemática existencial del hombre, que tiene tanta antigüedad como su misma existencia. Y por esa misma razón es un despropósito hacer un solipsismo dogmático y solo hablar en base a categorías jurídicas sobre la legitimidad o no de este tipo penal. Por ello, cada vez que se hable de eutanasia es menester repasar las posiciones que se sustentan desde los demás puntos de vista haciendo con ello un debate interdisciplinario.

Hablar de eutanasia es entrar en un tema complejo, puesto que no existe un único supuesto y un solo valor enfrentado a otro. Pues, agrupa cuanto menos cinco diferentes fenómenos a ser abordados. Por tanto, debemos exigir que cuando se esgrima tal o cual razón a favor o en contra de la práctica eutanásica se nombre cuál de estas conductas o fenómenos se quiere abordar. Ya que

⁹⁴ CLAUS, Roxin. Ob. cit., p. 13.

⁹⁵ REY MARTÍNEZ, Fernando. Ob. cit., p. 190.

como se ha señalado solo la eutanasia activa solicitada por el interesado se encuentra abarcada por el artículo 112 CP.

Consideramos que la Constitución peruana como primera ley penal inserta en el debate valores que deben orientar la política penal a favor de una finalidad humanística respetuosa de la dignidad del ser humano. Según hemos visto se encontraría a favor de la despenalización de conductas eutanásicas como la tipificada en el artículo 112 CP. En ese sentido, el Derecho Penal como ciencia penal debe interpretar este delito a luz de los principios y derechos constitucionales señalados cumpliendo de esta manera una función racionalizadora de la legislación penal.

En este caso la conducta y la circunstancia descrita por el artículo 112 CP contraviene directamente con el contenido que la dogmática penal le ha dado a las circunstancias justificadoras y exculpatorias de la responsabilidad penal. En otras palabras, la situación descrita en el tipo penal es una situación concreta en la cual el sujeto activo cuando se encuentre en este contexto casi nunca se le podrá exigir otra conducta. Por tales motivos será recomendable que se considere una modificación del homicidio piadoso y se considere solamente la punición cuando no exista el contexto eutanásico y sí exista la petición expresa como las formulas alemana, italiana o portuguesa. Es decir, de un homicidio consentido o solicitado simple.