

LA EUTANASIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO. ¿Debe ser punible el comportamiento del médico que opta por acabar con la vida de otro por piedad?. Un análisis a la figura del homicidio a petición, en referencia al Proyecto de Ley N° 2556-2007-CR*.

“Si esto se acepta hoy generalmente, tal vez sea porque se siente que incluso nobles principios de mantenimiento de la vida pueden convertirse en inhumanos cuando, por su elevación a absolutos se olvida al ser humano concreto a quien hay que liberar de sus sufrimientos”. Albin ESER.

David Fernando Panta Cueva
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal por la
Universidad César Vallejo - Filial Piura

I.- INTRODUCCIÓN

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

En lo referente a estos cambios, se encuentra el concepto de naturaleza humana, el mismo que está cambiando en sus postulados sustanciales¹, producto precisamente de

* A mi amigo Edward Valverde Bazán, a quien le deseo muchos éxitos profesionales en la dura tarea que tiene a diario como Defensor de Oficio. Gracias por todo el apoyo moral y anímico que me brindas en cada conversación que tenemos.

¹ *Vide.*, JAKOBS Günther, “*Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*”, ed., 1º., edit., Palestra, Agosto, 2000, Perú, pág., 309. Quien señala “En una época en la que ya no existe un programa de derecho natural que obligue al ser humano a perfeccionarse moralmente, y en la que a los vínculos religiosos en todo caso les corresponde un espacio residual en el ámbito privado, ya no es el Estado aquella institución que administra “objetividad, verdad y moralidad”. *Cfr.*, J. WAWERSIK, citado por Albin ESER quien señala que “(...) hoy nosotros nos vemos confrontados con la comprobación médico – biológica según la cual la muerte es un fenómeno gradual, en el que las diferentes funciones vitales se extinguen a distinta velocidad y en parte también pueden ser reanimadas con independencia de las demás. De este modo el clásico corte de la vida en la paralización del corazón y de la respiración se ha vuelto problemático”. *Vide.*, ESER, Albin, “*Derecho Penal, Medicina y Genética*”, ed., 1º., edit., Idemsa, Lima, Perú, págs., 100-101. En el mismo sentido los profesores QUINTERO OLIVARES / VALLE MUÑIZ, señalan “Los avances de la ciencia técnica y médicas permiten hoy el mantenimiento y prolongación artificial de la vida hasta límites inverosímiles”. *Vide.*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / VALLE MUNIZ, José Manuel, “*Derecho Penal*”, ed., 1º, edit., Aranzadi S.A, 1996, pág., 63. Del mismo sentido en el profesor CAMBRÓN INFANTE, Ascensión, quien manifiesta “Como no podía ser menos, si se tiene en cuenta el desarrollo de la biomedicina y la tecnología que en la actualidad consiguen alargar la vida, aunque sin posibilidades de «vivir» (...) Los individuos alimentan expectativas de vivir sin dolor ni sufrimientos y de morir centenarios en buenas condiciones o con calidad de vida. A esta percepción se añade que la apertura o creación de las Unidades de Cuidados

los avances científicos, es decir, la vida humana como bien jurídico protegido y tutelado, está abandonando aquella ideología pétreo que nadie puede disponer de ella.

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

Tal es así que nuestro Congreso de la República, a través de la Célula Parlamentaria Unión Por el Perú, representada por los congresistas Saldaña Tovar, Anaya Oropeza, León Zapata, Gutiérrez Cueva, Cánepa Lacotera, Luizar Obregón y Espinoza Ramos, han presentado con fecha 07 de Julio de 2008, el Proyecto de Ley N° 2556-2007-CR, titulado “Ley que modifica el artículo 112, homicidio piadoso, delitos contra la vida el cuerpo y la salud. Que autoriza la eutanasias, solo por daño cerebral irreversible debidamente aprobado por una junta de médicos”², mediante el cual “despenaliza” el comportamiento del médico y del personal sanitario que incurre en el tipo penal contenido en el artículo 112.

Intensivos, ha generado grandes temores entre la población, en tanto en ellas se puede mantener a los pacientes con vida «artificial» mediante ventilación, reanimación, alimentación parenteral, intubación, es decir, a individuos clínicamente muertos. Mas también subyacen preocupaciones, miedos y reticencias ligadas al conocimiento del inmenso poder de la medicina y la tecnología que si bien pueden sanar al cuerpo enfermo, también prolongan la muerte de forma innecesaria, precedida de las no menos importantes de encarnizamiento terapéutico y el abandono, por lo que el enfermo se siente desprotegido, indefenso, incapaz de exigir respeto a su concreta dignidad. Vide., **CAMBRÓN INFANTE**, Ascensión, “*Existe un Derecho a Morir. Aproximación al tema de la muerte*”, en <http://www.redadultosmayores.com.ar/buscador/files/BIOET002.pdf>, consultado Junio 29 de 2008, pág., 07. Comillas en el original. El mismo autor citando a G. GORER señala que en la actualidad el proceso de morir se organiza de forma bien diferente, ya no se muere en el domicilio, sino en un hospital; el moribundo no preside ceremonia alguna, por el contrario se encuentra rodeado de personal técnico -cualificado, pero extraño- y sometido a la lógica hospitalaria y lejos de sus familiares más directos. La muerte ya no avisa sino que ha de ser interpretada por expertos que, además, solicitan su colaboración no para sanarlo, sino para mantenerlo con vida. La nueva forma de morir produce una cesura importante entre el orden natural y el orden social, como manifiesta el hecho de que en la actualidad el tema de la muerte aparezca como innombrable y morboso. Vide., **CAMBRÓN INFANTE**, Ascensión, “*Existe un Derecho a Morir. Aproximación al tema de la muerte*”, pág., 07. Del mismo parecer es el profesor ZUGALDÍA ESPINAR, quien señala “ (...) la discusión en torno al tema de la eutanasia aparece hoy presidida también por la idea de que es inadmisibles que la vida de una persona se puede mantener y prolongar de una forma irrazonable y proporcionada (casi ilimitada), produciendo en el enfermo unos sufrimientos extraordinarios que le impiden morir en paz y con dignidad”. Vide., **ZUGALDÍA ESPINAR**, José Miguel, “*Algunas consideraciones sobre la eutanasia en las legislaciones penales de Colombia y España*” en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649549>, consultado Junio 29 de 2008. Cursivas en el original. De ese mismo pensar es el profesor ESPINOZA ESPINOZA quien señala “La ley reconoce ahora que la moderna tecnología médica ha hecho posible la prolongación artificial de la vida más allá de los límites naturales, lo que puede causar una pérdida de la dignidad del paciente y dolores y sufrimientos no necesarios, sin reales beneficios para el mismo paciente”. Vide., **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan, “*Derecho de las Personas*”, ed., 4º, edit., Gaceta Jurídica, Mayo, 2004, pág., 189.

²Vide., [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/PorLey/02556/\\$FILE/02556.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/PorLey/02556/$FILE/02556.PDF)

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

En ese sentido, en el presente trabajo no se desarrollará *in extenso* el tema de la eutanasia, pues ello obedece a ramas ajenas a las jurídicas, sino el concepto tomado en sentido estricto por el CP peruano. Por estas razones, las líneas venideras tienen como objetivo valorar el instante mismo de quitar la vida a una persona, cuando esta lo solicita de manera expresa, a fin de evitar *dolores* intolerables, donde el nivel de análisis estará también destinado a verificar si el Proyecto de Ley, se encuentra dentro de los postulados más autorizados referidos a esta materia o si por el contrario, se trata de un proyecto que aún carece de lógica jurídica, y que se le tiene que hacer algunos ajustes a su forma y fondo. De esta forma, me propongo abordar un tema tan complejo y apasionante como es “la eutanasia”, sobre el cual mucho se ha escrito sin llegar a posturas uniformes, sobre todo en la dogmática jurídico penal.

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

II.- ACEPCIONES Y MODALIDADES DE EUTANASIA

Al respecto el ex profesor de la Universidad de Munich Claus **ROXIN** dice “Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones”³. En ese sentido el desaparecido profesor de la Universidad Pompeu Fabra y fundador de ella, **CALSAMIGLIA BLANCAFORT** sostenía “La eutanasia significa la inducción a la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la reducción de la duración de la vida de un enfermo terminal. El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida; si el enfermo no es terminal, entonces no es un caso de eutanasia”⁴. De las concepciones antes expuestas, podemos extraer las dos modalidades en que se ha venido entendiendo esta figura. Por un lado tenemos la eutanasia en sentido amplio entendida como “muerte sin dolor”, “muerte digna”, “muerte buena”, en la que no necesariamente existe la solicitud de muerte de la persona y la concepción restringida sinonimizada con la privación de la

³Vide., **ROXIN**, Claus, “Tratamiento Jurídico Penal de la Eutanasia”, en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html, consultado Junio 28 de 2008.

⁴Vide., **CALSAMIGLIA BLANCAFORT**, Albert, “Sobre la Eutanasia”, en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_17.pdf, consultado Junio 29 de 2008, pág., 345.

vida por el pedido mismo de la persona, para poner fin a sus *sufrimientos*⁵. De este mismo parecer fue el profesor **CALSAMIGLIA BLANCAFORT**, quien manifestaba que existirá eutanasia si “a) se precipita la muerte; b) de un enfermo terminal; c) que la desea; d) con el objetivo de evitar un daño mayor; e) la acción u omisión la realiza una tercera persona”⁶. En tal sentido, debemos dejar establecido que entre el homicidio a petición, homicidio pietista u homicidio eutanásico y la eutanasia en sentido estricto son sinónimos; sin embargo, con el concepto amplio de eutanasia, existe una sustancial diferencia. En el primero caso existe la voluntad de la persona del paciente; mientras que en el segundo el sujeto pasivo no expresa dicha voluntad por estar en un estado de inconsciencia. Asimismo, se requiere que en la eutanasia la persona (a la cual se le priva de su vida) este sufriendo una enfermedad terminal. Estas definiciones diferencian el concepto de eutanasia, con el de ayuda al suicidio contenido en el artículo 113° de nuestro Código Penal⁷, pues en esta figura la persona no se encuentra sufriendo enfermedad alguna.

Proponemos las siguientes modalidades de eutanasia:

A.- De acuerdo a la voluntad de la persona

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

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

B.- Por el modo de realización del sujeto agente

Eutanasia Activa.- Es aquella en la que existe una acción positiva destinada a producir la muerte en la persona. Sería el caso de la persona que suministra fármacos tendientes a privar de la vida a la persona; en otras palabras, se tratan de *acciones positivas* por parte del sujeto agente como desconectar los aparatos que mantienen con vida a una persona⁸.

⁵Vide., **BARQUÍN SANZ**, Jesús, “La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro”, en *“Eutanasia y Suicidio”*, ed., 1º, edit., Comares, Granada, España, pág., 157.

⁶Vide., **CALSAMIGLIA BLANCAFORT**, **Albert**, *ob., cit.*, pág., 345.

⁷ Art., 113.- Instigación o ayuda al suicidio

El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro.

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco, si el agente actuó por un móvil egoísta”.

⁸ Sobre este tema, en España es bastante polémico, pues de acuerdo a la consideración de la conducta como “activa” u “omisiva” dependerá la adecuación en uno u otro inciso del artículo 143°. Me explico. La peculiar redacción del artículo 143° del CP español, obliga a subsumir los comportamientos activos dentro del inciso 3 y 4; sin embargo, de tratarse de una modalidad omisiva el comportamiento sería atípico. Para más abundamiento sobre este tema *vide.*, **TOMÁS-VALIENTE LANUZA**, Carmen, *“Perspectivas sobre la*

Eutanasia pasiva inactiva, indirecta u ortotanasia.- Es la producida por la omisión de los tratamientos que prolongan el proceso de morir o por ejemplo de evitar realizar una operación que sólo alargaría en días la vida de la persona o por ejemplo el dejar de dializar a una persona inconsciente.

III.- REGULACIÓN DE LA EUTANASIA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO. Análisis del artículo 112° del CP.

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

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

Si nos remitimos a la clasificación antes expuesta, podemos advertir que la modalidad regulada, es la eutanasia en sentido estricto, asimismo, observamos que la modalidad regulada es la eutanasia voluntaria (activa y pasiva), la cual tiene una pena atenuada de acuerdo al precepto en mención⁹. En lo que respecta a la primera clasificación no hayamos problemas en su encuadrabilidad, pues la misma se origina a partir del pedido expreso de la persona; ahora, desde un aspecto estrictamente literal podemos advertir que pareciera que por su modo de realización, la misma se produce vía una acción positiva. Sin embargo, cuando analizamos el verbo rector mata(r), podemos advertir que el mismo se puede realizar vía una acción positiva o mediante un dejar de hacer (comportamiento omisivo impropio o llamado también comisión por omisión regulada en el artículo 13 del CP)¹⁰, sobre esto último, sería el caso de la persona que expresamente solicita la muerte y sugiere que no se le suministre el fármaco que actúa como paliativo.

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

En lo referente al tipo de delito, se trata de un delito común, pues el mismo puede ser cometido por cualquier persona, ya sea un médico o por algún familiar, amigo o persona allegada al sujeto pasivo¹¹. Asimismo, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, sin

regulación de la eutanasia en España”, <http://red-am.com.ar/buscador/files/SALUD018.pdf>, consultado Julio 01 de 2008. Interesantes son los postulados de SILVA SÁNCHEZ, en el sentido que constituye el desconectar un aparato artificial una modalidad omisiva, por cuanto se está atentando prácticamente sobre un cadáver (en caso exista una muerte cerebral). Cfr., SILVA SÁNCHEZ, citado por ZUGALDÍA ESPINAR, “*Algunas consideraciones sobre la eutanasia en las legislaciones penales de Colombia y España*”, *ob.*, *cit.*, pág., 247.

⁹ Así, Albin ESER señala “Esta atenuación de la pena puede explicarse tanto en base a una disminución del injusto (renuncia al bien jurídico), como también en base a una causa de atenuación de la culpabilidad (motivación de ayuda o compasión)”. Vide., ESER, Albin, “*Derecho Penal, Medicina y Genética*”, *ob.*, *cit.*, pág., 40.

¹⁰ Sobre el tema de la comisión por omisión, vide., MEINI MÉNDEZ, Iván, “*La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*”. En: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/03/Meini.pdf>

¹¹ Mi parecer dista mucho de lo sostenido por el profesor CASTILLO ALVA, para quién el sujeto activo <<(…) debe encontrarse en una posición de garante respecto al bien jurídico “vida”, ya sea por estrechas

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

Además, el tipo penal para su configuración, exige el móvil pietista o móvil piadoso, es decir, que la persona que ejecuta la acción u omisión de matar, actúe bajo un móvil altruista, pues de comprobarse un móvil egoísta, la calificación jurídica debe ser la contenida en el artículo 106° del CP. Siendo ello así, la piedad podemos definirla como aquel estado emotivo que hace surgir un sentimiento de lástima, misericordia, compasión y clemencia por la persona enferma. En palabras del profesor **GÓMEZ LÓPEZ** “Lo que precede a la formación del dolo homicida en el hecho de tal suerte que el sujeto activo vive primero un cuadro psicológico de perturbación bienhechora, se impresiona y sufre con el mal ajeno, quiere el bien para el prójimo, quisiera curarlo para salvarlo, pero ante la imposibilidad que se patentiza, surge desesperada, como una alternativa dolorosa, la idea de despenar”¹². En consecuencia la piedad implica la fusión de una serie de sentimientos a los que se une el amor hacia el prójimo, es precisamente esa amalgama de sentimientos los que *limitan* pero *sin obrubilar*¹³ el conocimiento del sujeto agente, posibilitando que en él se forme el dolo con el cual procederá a dar cumplimiento al pedido de la víctima.

En lo referente a la enfermedad, esta debe ser “(...) física o neurológica no psiquiátrica, incurable. Es además exigencia del tipo que el sujeto pasivo esté muy adolorido como consecuencia de la enfermedad que padece”¹⁴. Esta definición se condice a que si estamos ante una enfermedad de tipo psiquiátrica, la persona se encuentra en un estado de inimputabilidad (por alteración mental), haciendo ineficaz su voluntad¹⁵, máxime cuando en muchos casos no puede ni expresar su voluntad. Asimismo, considero también que desde una interpretación teleológica, el concepto de enfermedad debe abarcar aquellas de índole psicológica¹⁶.

relaciones comunitarias (familiar cercano) o por asunción voluntaria (médico o profesional sanitario)>>>, lo cual considero un error, pues no necesariamente la posición de garante cualifica al sujeto activo, pudiendo ser cualquier persona. *Vide.*, **CASTILLO ALVA**, José Luis, “*Derecho Penal. Parte Especial I*”, ed., 1°, edit., Grijley, Perú, Junio, 2008, pág., 815. Comillas en el original.

¹² *Vide.*, **GÓMEZ LÓPEZ**, Orlando, “*El Homicidio*”, T-II, ed., 1°, edit., Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág., 88.

¹³ De lo contrario el tipo de injusto no sería atenuado, máxime cuando puede incluso presentarse una causa de inculpabilidad en caso se haya nublado por completo la capacidad de culpabilidad.

¹⁴ *Vide.*, **VILLA STEIN**, Javier, “*Derecho Penal. Parte Especial I-A. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud*”, ed., 1°, edit., San Marcos, Perú, 1997, pág., 132.

¹⁵ Del mismo parecer es el profesor **VILLA STEIN**, quien señala “(...) la enfermedad psiquiátrica, en cualquiera de sus formas clínicas, es incompatible con un consentimiento válido”. *Vide.*, **VILLA STEIN**, Javier, “*Derecho Penal. Parte Especial I-A. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud*”, *ob.*, *cit.*, pág., 133. A modo de ejemplo serían por ejemplo aquellas enfermedades alienables en las que hay trastornos generalizados como una psicosis traumática, epilepsia psicomotora, etc.

¹⁶ Así: Carlos Pérez quien señala “La enfermedad es un estado patológico, orgánico o psíquico. Para los efectos de la norma, la enfermedad grave e incurable puede ser orgánica o mental a condición de que produzca intensos sufrimientos al enfermo”. **PÉREZ**, Luis Carlos, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, ed., 1°, edit., Temis, Bogotá, Colombia, 1986, pág., 243. Como podemos apreciar el mencionado profesor usa el término “sufrimiento” en vez de dolores. Sobre este tema, importantes son las palabras del profesor **ESPINOZA** **ESPINOZA** quien señala que parece evidente que no siempre se puede hablar de sufrimiento del enfermo, que constituye uno de los presupuestos del acto eutanásico. Por ejemplo, en los casos de coma prolongado el

Siguiendo estas ideas, el concepto de “enfermedad” también debe estar en relación directa al de “dolores”, como causa y efecto, puesto que producto de la enfermedad el paciente ingresa a experimentar los dolores somáticos propios de ella¹⁷, tal sería el ejemplo de aquellos dolores que demanda el “cáncer a los huesos”, conocido como *metástasis*. Ese tipo de dolores, son percibidos cuando la persona ingresa a ámbitos de lucidez, puesto que normalmente producto de estos sufrimientos, el paciente se encuentra en estado de incapacidad por los fármacos que se le suministran para paliar estos. Sin embargo, desde una interpretación literal, podría pensarse que la enfermedad sea incurable¹⁸. Sobre este punto es menester detenerme a fin de aclarar algunas cuestiones que pueden mal interpretarse.

No considero que un paciente que padezca de una enfermedad incurable, sea lo mismo que un paciente con una enfermedad terminal. Digo ello pues, el paciente que por ejemplo presenta un cuadro clínico de VIH, no puede ser igual a quien se encuentra en estado terminal padeciendo esta enfermedad. Así, si alguien que vía examen médico ha sido diagnosticado como portador del VIH, y solicita que alguien le quite la vida, nos encontramos en la figura del 112º, pues los dolores más que físicos, hacen alusión a sufrimientos emotivos, lo cual en ningún momento podemos hablar de eutanasia, ya que en el fondo esta figura sería la de una ayuda al suicidio. Sobre este punto el profesor **CALSAMIGLIA BLANCAFORT** señalaba “Un enfermo es terminal si: 1.- su autonomía está tan deteriorada que es incapaz de gozar de sus derechos; 2.- su situación es irreversible, es decir, no existe posibilidad de recuperación de su autonomía (...) La terminalidad es fuente de valor y no una mera definición”^{19 20}.

enfermo no está consciente, y no es posible admitir el sufrimiento: y por tanto, poner fin a un coma prolongado e irreversible no debería ser definido como “eutanasia”. Cfr., GIUSTI, citado por **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan, “*Derecho de las Personas*”, *ob., cit.*, págs., 187-188. En lo que respecta a que la enfermedad también puede ser psicológica, el profesor CASTILLO ALVA también se decanta por este criterio. Vide., **CASTILLO ALVA**, José Luís, “*Derecho Penal. Parte Especial I*”, *ob., cit.*, pág., 818. Señala el mencionado pensador “No creemos que solo se deba valorar que la enfermedad tenga raíces orgánicas o patológicas y se excluya la enfermedad de carácter psicológico”. Sobre este punto termina señalando “También comprende los **padecimientos y sufrimientos psicológicos** que pueden ser muy graves y duros y alterar de manera esencial el proyecto de vida de una persona y la autoreferencia de sí mismo, v. gr. Tetraplejía”. Vide., **CASTILLO ALVA**, José Luís, “*Derecho Penal. Parte Especial I*”, *ob., cit.*, pág., 827. Negritas en el original.

¹⁷ Aunque en la actualidad la *oncología* más que combatir los casos de cáncer en etapa terminal, trata de paliar los dolores que son innatos a él. Esto es lo que en el argot médico se llama “calidad de vida”.

¹⁸ Cfr., **BRAMONT ARIAS TORRES** y **GARCÍA CANTIZANO** señalan “Es necesario precisar que no se está exigiendo que la enfermedad sea mortal, sino sólo incurable” Vide., **BRAMONT - ARIAS TORRES**, Luis Alberto / **GARCÍA CANTIZANO**, María del Carmen, “*Manual de Derecho Penal. Parte Especial*”, ed., 4º, edit., San Marcos, Lima, Perú, 1998, pág., 67. Cfr., **GÓMEZ LÓPEZ** dice “Tratando de lesiones corporales no es forzoso que sean incurables, sino aquellas que ocasionan sufrimiento físico o moral intenso y continuo”. Vide., **GÓMEZ LÓPEZ**, Orlando, “*El Homicidio*”, pág., 96. Cfr., también la idea del profesor CASTILLO ALVA, quien también es partidario que la enfermedad sea incurable, dicho jurista sostiene “La situación objetiva del paciente, como la enfermedad incurable, ejerce un peso e importancia semejante a la voluntad y solicitud expresa del paciente”. **CASTILLO ALVA**, José Luís, *ob., cit.*, pág., 817.

¹⁹ Vide., **CALSAMIGLIA BLANCAFORT**, **Albert**, *ob., cit.*, pág., 346.

²⁰ Al respecto el profesor **ESPINOZA ESPINOZA** señala que ser un paciente terminal significa una condición incurable causada por un evento traumático o enfermedad, que, independientemente de la aplicación de maniobras o técnicas reanimatorias, servirá solo para posponer el momento de la muerte del paciente. Cfr., **GIUSTI**, citado por **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan, *ob., cit.*, pág., 189.

El último de los presupuestos de este tipo penal es que la petición o consentimiento de muerte tiene que ser expresa y consiente, la primera no ha de entenderse como un pedido verbal, pues la misma puede adoptar la modalidad escrita o por medio de *actos concluyentes*²¹, siempre y cuando el sujeto actúe conscientemente sin ningún vicio de su voluntad; en consecuencia la petición tiene que ser en el preciso instante en que está sufriendo dolores intolerables producto de una enfermedad terminal, asimismo, soy del parecer que el pedido de muerte debe ser reiterante, no bastando cuantitativamente un solo acto. De lo expuesto no comparto la idea de **CASTILLO ALVA**, quien señala “La petición debe ser (...) en el mejor de los casos **simultánea**”²² a la acción de matar, puesto que en esa lógica se avalarían pedidos que sólo pueden ser manifestados por única vez por los pacientes terminales, no valorando posteriores muestras de desistimientos de su anterior voluntad. Precisamente, son estas las razones que me llevan a pensar que dichos pedidos deben ser reiterantes, tal y conforme ha sido regulado en países como Holanda y Bélgica.

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

El primer problema que se presenta, es si el médico que tiene una posición de garante para con la persona del paciente, puede o no quitar la vida de éste. Al respecto debemos concordar con el profesor BACIGALUPO, quien señala que la voluntad del paciente, excluye completamente el deber del médico cuando aquél rechaza en forma autorresponsable la prolongación posible de la vida mediante una terapia o la continuación de la misma²³.

Finalmente, en lo que respecta a la imputación subjetiva, se requiere que la conducta del agente sea a título de dolo²⁴, es decir, que el agente conozca el *riesgo concreto* de su acción²⁵; empero, dicho dolo se encuentra gobernado por el sentimiento altruista del agente, lo cual lo diferencia del dolo común al que normalmente hacemos alusión.

²¹ En el mismo sentido CASTILLO ALVA, quien señala “(...) pues la petición puede ser expresa también a través de actos concluyentes inequívocos, los cuales son absolutamente comprensibles en aquellos casos en los que la persona no ha perdido la conciencia, pero sí la capacidad de hablar, aunque no de comunicarse”. *Vide.*, **CASTILLO ALVA**, José Luís, *ob.*, *cit.*, págs., 821-822.

²² *Cfr.*, **CASTILLO ALVA**, *ob.*, *cit.*, pág., 819. Negritas en el original.

²³ *Cfr.*, BACIGALUPO, citado por **VILLA STEIN**, Javier, “*Derecho Penal. Parte Especial I-A. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud*”, *ob.*, *cit.*, pág., 132. En ese sentido, el profesor Albin ESER señala “De ello se deriva una primera afirmación importante para los límites aquí cuestionados del deber de tratamiento: allí donde el paciente, plenamente advertido y consciente de las consecuencias mortales de su decisión está de acuerdo con la suspensión definitiva del tratamiento, o con la renuncia a la adopción a nuevas medidas mantener la vida, o incluso lo reclama, termina en cualquier caso el deber médico a continuar con la prolongación de la vida”. *Vide.*, **ESER**, Albin, pág., 177.

²⁴ No comparto lo sostenido por el profesor CASTILLO ALVA, quien señala “El homicidio a petición puede cometerse en cualquiera de las variantes y posibilidades de dolo admitidos por la doctrina (...)”. *Cfr.*, **CASTILLO ALVA**, *ob.*, *cit.*, pág., 828. Ello por cuanto se me hace imposible pensar que el autor actúe o pueda actuar bajo el imperio de un dolo eventual o dolo de las consecuencias necesarias.

²⁵ Sobre el tema del dolo como conocimiento del riesgo, *vide.*, **FRISCH**, Wolfgang, “*Tipo e Imputación Objetiva*”, traducción al español por los profesores Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, ed., 1ª, edit., Colex, Madrid, 1995. *Vide.*, **LAURENZO COPELLO**, Patricia, “Dolo Y Conocimiento”, ed., 1ª, edit., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. *Vide.*,

IV.- EL BIEN JURÍDICO “VIDA” EN LA CONSTITUCIÓN PÓLITICA Y EN EL CÓDIGO PENAL

El bien jurídico protegido en este tipo penal no es cualquier vida, sino “la vida no deseada por su titular”²⁶, “en este aspecto el legislador pudo estar influido por la idea de que el paso de la vida a la muerte constituye una decisión que cada cual debe tomar personalmente y que no puede dejar en manos de un tercero”²⁷. Interesantes son las reflexiones del profesor **CARBONELL MATEU**, cuando señala que el problema a valorar en este primer presupuesto, es si el bien jurídico protegido en este tipo penal, corresponde o no al bien jurídico “vida”, en sí tutelado por la Constitución²⁸. Al respecto dice el autor “Se ha destacado la necesidad de interpretar todos los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en la Constitución, de acuerdo con los criterios derivados del libre desarrollo de la personalidad. Se trata, en fin, de no realizar una interpretación contradictoria entre la vida y libertad, sino de considerar que los valores se integran mutuamente, de manera que no pueden aparecer como contrapuestos”²⁹. Razón tiene **VALLE MUÑIZ** cuando señala que todos estos derechos fundamentales, derivan de la dignidad intrínseca de la persona humana³⁰.

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

Siguiendo este pensamiento, si analizamos desde un punto de vista teleológico el artículo en comento, debemos darle la razón –una vez más– al profesor **CARBONELL MATEU** cuando señala “Una interpretación integradora de vida y libertad (...) a la luz del libre desarrollo de la personalidad, obliga a considerar que sólo la vida *libremente* deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido. En otras palabras *la vida es un derecho, no un deber* (...)”³¹; sin embargo, añade el autor “Una concepción como la que aquí se mantiene conduce a rechazar que la Constitución imponga al ciudadano deberes basados en valores independientes de su libertad y su dignidad. *En ese sentido, debe rechazarse la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular*”³².

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20_8_.pdf

²⁶ Vide., **CARBONELL MATEU, Juan Carlos**, “Homicidio y sus formas (Y III): Suicidio y Eutanasia”, en “*Derecho Penal. Parte Especial*”, ed., 2º, edit., Tiran Lo Blanck, Valencia, España, 1996, pág., 77. Son interesantes las palabras de este jurista cuando afirma “El Código hace una valoración como fenómeno biológico, al margen de su consideración como derecho emanado de la dignidad de la persona (...) lo que se tutela aquí no es otra cosa que el interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada por su titular”. Vide., **CARBONELL MATEU, Juan Carlos**, “Homicidio y sus formas (Y III): Suicidio y Eutanasia”, *ob. cit.*, pág., 77.

²⁷ Vide., **ESER, Albin**, “*Derecho Penal, Medicina y Genética*”, *ob. cit.*, pág., 41.

²⁸ En la forma como en el fondo, tanto la Constitución española como la peruana son similares respecto a la tutela del bien jurídico “vida”.

²⁹ Vide., **CARBONELL MATEU, Juan C.**, *ob. cit.*, pág., 78.

³⁰ Cfr., **VALLE MUÑIZ**, citado por **CARBONELL MATEU**, *ibíd.*

³¹ Vide., **CARBONELL MATEU**, pág., 78.

³² Vide., **CARBONELL M.**, pág., 79. Cursivas en el original.

Desde mi modesto punto de vista, considero acertadas estas ideas, por cuanto el derecho a vivir o bien jurídico "vida", no debe ser entendido unilateralmente en el sentido positivo, como el *derecho deseado a vivir*, sino que el mismo –por libre desarrollo de la personalidad y como proyección de la dignidad intrínseca- debe abarcar su lado negativo como el *derecho a morir* que tiene y ostenta cada persona³³.

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

Es obvio que el pedido del paciente, debe tener ciertos requisitos, de lo contrario estaríamos propiciando lagunas de punibilidad y esta práctica se realizaría de manera irracional y hasta clandestina por personas en busca de uno u otro interés³⁴.

VI.- LA EUTANASIA EN EL MUNDO

Los países que más han avanzado en esta materia, son Holanda (desde el 28 de Noviembre de 2000), Bélgica (desde el 23 de Setiembre de 2002) y Suiza (país que, sin embargo, prohíbe la eutanasia activa) en el viejo continente³⁵. En Asia tenemos el caso de Japón vía la Corte del Distrito de Yokohama, en Norteamérica el Estado de Oregón y en América Latina, tenemos la República de Colombia vía su Corte Constitucional y de la República del Uruguay vía su artículo 37° de su CP³⁶.

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

Según la ley holandesa (prohíbe su aplicación en personas menores de 17 años), la eutanasia no será delito si el médico la practica respetando los siguientes requisitos: que

³³ En ese mismo sentido el profesor CARBONELL MATEU manifiesta "Por consiguiente, la vida impuesta contra la voluntad de su titular no es un valor constitucional ni puede configurarse como un bien jurídico digno de tutela penal". *Vide.*, CARBONELL M., pág., 80. *Cursivas en el original.* En ese mismo sentido JAKOBS, cuando señala "(...) el Estado es garante de las condiciones externas para ello: la protección, la previsión y las prestaciones del Estado no sólo garantizan la supervivencia, sino también la calidad de vida". *Vide.*, JAKOBS, Günther, "*Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*", *ob., cit.*, pág., 309.

³⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado en profesor Albin ESER, al señalar "Si bien este punto de vista tiene su razón de ser, sobre todo para evitar que se apele de forma abusiva a una supuesta petición de morir de la víctima; lo cierto es que también dificulta la posibilidad de que un médico que actúe de buena fe auxilie a morir a un paciente con la finalidad de calmar sus dolores". *Vide.*, ESER, Albin, "*Derecho Penal, Medicina y Genética*", *ob., cit.*, pág., 41.

³⁵ Como se puede apreciar, el homicidio a petición en el mundo comienza a ser despenalizado de los códigos penales extranjeros, ello en función –como vuelvo a repetir- a los cambios en los conceptos mismos de naturaleza humana. Aunque sobre este tema el profesor CASTILLO ALVA piensa que "Ningún país de nuestra órbita cultural deja sin castigo el homicidio a petición o con el consentimiento de la persona". *Cfr.*, CASTILLO ALVA, *ob., cit.*, pág., 768.

³⁶ "Los Jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima".

la situación del paciente sea irreversible y el sufrimiento insoportable; que el médico este seguro de que nadie coacciona al paciente y que su petición de morir haya sido expresada más de una vez; que el médico pida la opinión de otro colega, que deberá haber visto al paciente. El médico hará constar en el acta de defunción que la muerte se ha producido por causas no naturales y llenará un formato relativo a la aplicación de la eutanasia.

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

VIII.- BONDADDES Y DEFECTOS DEL PROYECTO DE LEY N° 2556-2007-CR, DE FECHA 07.07.2008.

Bondades:

Las bondades definitivamente están en que ya nuestros parlamentarios se han preocupado por este controversial tema, entendiendo –según la exposición de motivos del presente proyecto- que el derecho a la vida o bien jurídico vida³⁷ no es absoluto, considerando que la persona humana –como único titular de ese derecho- puede disponer de él, cuando se presentan determinados requisitos y presupuestos siendo el más importante una enfermedad incurable, la solicitud expresa y los interminables dolores propios de la enfermedad. Esto desde mi modesto parecer, **significa todo un avance** para nuestra legislación, por cuanto dota de protección jurídica al médico o personal sanitario que realiza esta práctica ante una persona con muerte cerebral. Considero que los planteamientos son plausibles, por cuanto en el proyecto de Ley, a diferencia de las legislaciones holandesa y belga no hace selección alguna en la edad de la persona enferma, entendiendo que la misma puede ser tanto un menor como mayor de edad. Asimismo, el proyecto se adhiere al concepto muerte más entendido por la doctrina médica como un *fenómeno gradual*, en el sentido que no se requiere el deceso total de la persona³⁸, sino que la muerte cerebral es el indicador que ya la misma -aunque aún goce del funcionamiento de algunos órganos como es el corazón-, se encuentra clínicamente muerta.

Defectos:

Una de las observaciones es que el proyecto en mención lo que regula no es la eutanasia voluntaria, sino la involuntaria, pues aquí la persona no presta su consentimiento. Infiero ello de la redacción misma del proyecto, de tomar como límite máximo de la vida a la muerte

³⁷ Según la concepción funcionalista (moderada o sistémica) en que se quiera entender el término “vida”.

³⁸ Lo que SAVIGNY entendió como un acontecimiento tan simple de la naturaleza que no requiere ninguna corroboración en sus elementos. *Cfr.*, **ESER**, Albin, *ob.*, *cit.*, pág., 100.....

cerebral. Pero, ¿acaso una persona descerebrada puede válidamente prestar su consentimiento?, la respuesta es categórica. No.

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

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

En todo caso la propuesta que aquí se hace y a fin de darle un sentido lógico al proyecto en mención, es que su redacción debió ser la siguiente:

“No es punible la conducta del médico, que por piedad, acaba con la vida de una persona que padece de una enfermedad terminal, que le solicita de manera expresa, consiente y reiterada, para poner fin a sus intolerables dolores. Siempre y cuando tenga la opinión favorable de otro médico que haya examinado también al paciente”.

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

Otro de los criterios que nos muestra la redacción que presento, es que es tarea exclusiva del médico y no de un tercero, tomar la decisión en la interrupción de un tratamiento médico. Al respecto nos dice el profesor Albin **ESER** “(...) ¿cómo puede introducirse en la zona límite entre la vida y la muerte el derecho, y demás el gravemente estigmatizante derecho penal? ¿No es esto un asunto tan íntimo que las decisiones

pertinentes deberían dejarse totalmente a la responsabilidad del médico en vez de que, allí donde el paciente de ningún modo puede ser dueño de su suerte, se pretenda reglamentar y controlar, ¿no sería mejor, sencillamente, dejar la decisión al criterio médico? (...)”³⁹, continúa el mencionado profesor alemán “Ante estas ideas es ciertamente correcto que sería realmente fantasmagórico si se coloca, en vez de al médico, al juez o al fiscal en la palanca del respirador”⁴⁰, finalmente nos dice el profesor alemán “Esto no quiere decir que el criterio del médico deba ser constreñido al marco de una estrecha casuística sino que su actuación tiene que permanecer ajustada a criterios legítimos y objetivables”⁴¹.

IX.- TOMA DE POSTURA

Por todo lo expuesto, abogo por la despenalización de la figura contenida en el artículo 112° del CP peruano, pero sólo como actuar médico, más no de cualquier persona⁴². Lo señalado haya descanso constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad⁴³, el mismo que se basa en la dignidad⁴⁴ intrínseca de la persona. No entiendo cómo en nuestra legislación penal pueda existir un artículo que reprima la conducta de un facultativo cuyo móvil es la *piedad*⁴⁵. Consecuentemente no concibo la idea, cómo en un Estado de Derecho queremos tener a un ser humano sometido a aparatos electrónicos, implicando la mera prolongación de su agonía, donde su vida ha perdido todo sentido y función. Considero que quien permite que una persona viva en esas circunstancias, simplemente niega la vida. Por ende, penalizar una conducta médica cuyo móvil es el altruismo de una persona resulta demasiado drástico y desproporcional, en un Derecho penal que se jacta –sobre todo- de ser humanitario y garantista.

Es por ello que en las legislaciones donde se ha legalizado esta figura, se ha abandonado aquel vetusto postulado de HELLBACH quien manifestaba: “El médico mantiene la vida incondicionalmente o deja de ser médico” o aquel pensamiento HIPOCRÁTICO de no

³⁹ ESER, Albin, *ob., cit.*, pág., 174-175.

⁴⁰ ESER, Albin, *ob., cit.*, pág., 175.

⁴¹ ESER, Albin, *ob., cit., ibíd.*

⁴² En contra: CASTILLO ALVA, quien sostiene “No es conveniente llegar hasta la renuncia de la pena, ya que se estaría legitimando peligrosamente actos caracterizados por intervenciones arbitrarias y presidios por intereses espurios”. *Vide.*, CASTILLO ALVA, *ob., cit.*, pág., 813.

⁴³ Así también lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombiana al señalar “El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas, para definir, en forma autónoma las opciones vitales que habrán de guiar *el curso de su existencia*”. *Vide.*, LOZANO VILLEGAS, Germán, “La eutanasia activa en Colombia. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional” en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/172/9.pdf>, consultado Junio 29 de 2008, pág., 77. Negritas y cursivas son mías.

⁴⁴ Una primera reflexión nos llevaría a pensar que por dignidad se debe entender a un “vivir decoroso”; empero, empero aquí no se agota la idea de dignidad, pues dicho termino también engloba el concepto a un “saber morir”.

⁴⁵ Para el filósofo estadounidense Joel FEINBERG “es indigno a forzar a otro a morir en contra de su voluntad, pero una indignidad semejante es forzarle a vivir...contra su voluntad”. *Vide.*, FEINBERG Joel, citado por CALSAMIGLIA BLANCAFORT, *ob., cit.*, pág., 345. Del mismo modo el profesor ESPINOZA ESPINOZA, quien señala “Pienso, si somos conscientes que el derecho a la vida no se limita al estado biológico de la existencia, sino al de vivir con ciertas condiciones mínimas, que en determinadas circunstancias, la persona puede decidir tener una muerte digna, evitando la prolongación artificial de la agonía(...)”. *Vide.*, ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *ob., cit.*, pág., 187.

atentar jamás contra la vida del enfermo, puesto que hemos visto que estos dogmas, ahora con los cambios sustanciales médicos, admiten excepciones. Dichos postulados hoy en día, simplemente se han tornado obsoletos. Asimismo, debemos desterrar aquellos pensamientos moralistas en el sentido que sólo Dios es el único llamado a privar de la vida a una persona, pues –sin dejar de ser creyente- a lo único que conducen es a truncar la política criminal, tornándola inicua, incongruente y drástica al momento de reglamentar determinadas conductas, presentando un Derecho penal eficientista.

X.- CONCLUSIONES FINALES

A.- Un Derecho penal moderno tiene que construirse sobre las bases del respeto de la persona como tal y la defensa a su dignidad intrínseca; en consecuencia, tomando como referencia dichos postulados la figura del homicidio a petición (como actuar exclusivo del médico) debe despenalizarse, optando por su no punibilidad. Solución esta que si bien desde un punto de vista moralista y religioso no es correcta, considero que sí es la más adecuada por estar acorde con los principios constitucionales antes expuestos⁴⁶.

B.- Comparto la opinión del maestro Albin ESER, en el sentido que la decisión en la interrupción del tratamiento médico, debe ser *criterio exclusivo* del médico y no de cualquier persona. En consecuencia cuando el médico se apiada y obedezca el pedido del paciente de terminar con su vida, estos deben tener protección jurídica en lugar de recibir un reproche jurídico penal⁴⁷.

C.- Finalmente, lo aquí expuesto obedece a que el Derecho penal no puede fundamentarse en la moralidad ni en la religión, admitir lo contrario estaríamos construyendo un derecho épico, extemporáneo y –sobre todo- vetusto.

⁴⁶ Este mismo criterio es el sostenido por mi ex profesor de Derecho Constitucional y hoy miembro del Tribunal Constitucional, Gerardo ETO CRUZ, quien en la década de los 90 señalaba “Dentro del campo de la teoría general del derecho y la legislación, en rigor, el derecho a la muerte no tiene cabida (...) y aunque no ostente por ahora el *status iuris*, habría que perfilar la idea y el fundamento, en que sí debe existir este derecho para aquellas personas que por sus particulares circunstancias, voluntariamente deciden dejar de seguir viviendo en el marco de una enfermedad incurable”. *Vide.*, **ETO CRUZ**, Gerardo, “¿Existe el Derecho a la Muerte?”. Publicado en el Diario La Industria – Trujillo, los días 4,5 y 12 de Agosto de 1990.

⁴⁷ Aunque en los hospitales peruanos aún es común encontrar la práctica de la eutanasia pasiva. Sobre este tema el profesor CAMBRÓN INFANTE citando a Margarte CAMPBELL sostiene que a tenor de lo dicho hasta aquí podría suponerse que quienes se hallan en la situación de enfermos terminales aún con posibilidades limitadas podrían optar por vivir o morir de manera moralmente coherente con sus convicciones filosóficas, religiosas, etc. Pero la realidad nos muestra que eso no ocurre y así en los centros sanitarios se aplica la llamada "eutanasia pasiva" -hay que pensar que siempre por motivos altruistas y generosos. Se podrá argüir que estos son hechos excepcionales y, sin embargo, muestran que el asunto no está resuelto a tenor de una mínima exigencia de justicia. *Cfr.*, CAMPBELL Margarte, citado por **CAMBRÓN INFANTE**, *ob.*, *cit.*, pág., 13. Comillas en el original.