



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

**La figura del consentimiento como expresión de un
estado social y democrático de derecho: especial
aplicación en los casos de homicidio piadoso**

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogada

AUTOR

Natali Laura ZUBIA FERNANDEZ

ASESOR

Dr. José Francisco de la Virgen Maria URQUIZO OLAECHEA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Zubia, N. (2023). *La figura del consentimiento como expresión de un estado social y democrático de derecho: especial aplicación en los casos de homicidio piadoso*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Natali Laura Zubia Fernandez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	71502602
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0003-1743-5505
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	José Francisco de la Virgen Maria Urquizo Olaechea
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08762004
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-8815-2740
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Jorge Adalberto Pérez López
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08162135
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Julio Hernán Figueroa Bustamante
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08248540
Miembro del jurado 4	
Nombres y apellidos	Jaime Víctor Zelada Bartra
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	08654115
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distritos de Lima Metropolitana Latitud: -12.04318 Longitud: -77.02824
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2020-2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADA CON SUSTENTACIÓN DE TESIS

N° 033

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

- 1.-PRESIDENTE: Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA
- 2.- Dr. JOSÉ FRANCISCO DE LA VIRGEN MARIA URQUIZO OLAECHEA (ASESOR)
- 3.- Mg. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS
- 4.- Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ
- 5.- Abg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE

La bachiller postulante al Título Profesional de Abogada, doña:

Natali Laura Zubia Fernandez

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

**“LA FIGURA DEL CONSENTIMIENTO COMO EXPRESIÓN DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE
DERECHO: ESPECIAL APLICACIÓN EN LOS CASOS DE HOMICIDIO PIADOSO”**

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, la graduanda fue aprobada con la nota de:

DIECISEIS (16)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando la candidata:

*Aprobada por unanimidad con la nota 20 (Viente)
con méritos honores*

Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los DIECINUEVE días del mes de DICIEMBRE del año 2023.

Presidente del Jurado

Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA

Mg. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS

Dr. JOSÉ FRANCISCO DE LA VIRGEN MARIA URQUIZO OLACHEA (ASESOR)

Mg. JORGE ADALBERTO PÉREZ LÓPEZ

Abg. JULIO HERNÁN FIGUEROA BUSTAMANTE



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Vicerrectorado de Investigación y Posgrado



CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, José Francisco URQUIZO OLAECHEA en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral N°208-2022-EPD-FDCP/UNMSM de la tesis cuyo título fue modificado mediante Resolución Directoral N°234-2023-EPD-FDCP/UNMSM: "La figura del consentimiento como expresión de un Estado social y democrático de Derecho Especial aplicación en los casos de homicidio piadoso", presentada por el Bachiller en Derecho Natali Laura Zúbia Fernandez para optar el Título Profesional de Abogada, CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 19% de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado correspondiente.

Firma del Asesor: _____

DNI: 08762004

Nombres y apellidos del asesor: José Francisco URQUIZO OLAECHEA



RESUMEN

La presente tesis tiene por objetivo demostrar que, en los casos homicidio piadoso, la figura del consentimiento como expresión de un Estado social y democrático de Derecho, configura una causa de atipicidad. De esta forma, la acción ejecutada por un tercero que ha sido debidamente consentida por el titular del bien jurídico individual deviene en atípica toda vez que es el expresión de su autonomía, así como que las consecuencias de este accionar solo se desplegarán dentro de la esfera de libertad del interesado. Como resultado de la investigación, se determinó que, en los casos de homicidio a petición, al ser este un bien individual y, por ende, disponible, el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico, deberá ser considerado como válido para nuestro ordenamiento jurídico en el extremo en que actuará como una exclusión de la tipicidad al ser la conducta parte del riesgo permitido. Finalmente, se concluye que la solución más óptima de la problemática expuesta es considerar al consentimiento como una causa de atipicidad, ello acorde con la dignidad, entendida como autonomía de la persona, al ser esta el fin supremo de la sociedad y el Estado y el libre desarrollo de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: consentimiento, eutanasia, disponibilidad de la vida y Estado social y democrático de derecho.

ABSTRACT

The objective of this thesis is to demonstrate that, in cases of mercy killing, the figure of consent as an expression of a social and democratic State of Law, configures a cause of atypicality. In this way, the action carried out by a third party that has been duly consented to by the owner of the individual legal right becomes atypical since it is the expression of their autonomy, as well as the consequences of this action will only unfold within the sphere freedom of the interested party. As a result of the investigation, it was determined that, in cases of homicide on request, since this is an individual asset and, therefore, available, the consent granted by the owner of the legal asset must be considered valid for our legal system. to the extent that it will act as an exclusion of the typicality as the conduct is part of the permitted risk. Finally, it is concluded that the most optimal solution to the exposed problem is to consider consent as a cause of atypicality, in accordance with dignity, understood as the autonomy of the person, as this is the supreme purpose of society and the State and the free development of personality.

DEDICATORIA

A mis padres, por poner especial atención y singular presión para la culminación de este trabajo.

A mi alma mater, por sembrar la semilla de esta pequeña investigación.

A Perla, por ser la primera de la familia en fenecer sin sufrimiento.

“Así, frente a la muerte hay dos actitudes: una, hacia adelante, que la concibe como creación; otra, de regreso, que se expresa como fascinación ante la nada o como nostalgia del limbo. (...) Una civilización que niega a la muerte, acaba por negar la vida”.

El Laberinto de la Soledad (1950)
Octavio Paz

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO	14
1. PRESENTACIÓN, FORMULACIÓN, OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	14
1.1. Presentación del problema (descripción de la realidad problemática).	14
1.2. Formulación del problema	14
1.2.1. Problema principal	15
1.2.2. Problemas específicos	15
1.3. Objetivos de la investigación.....	15
1.3.1. Objetivo general	15
1.3.2. Objetivos específicos.....	15
1.4. Justificación y delimitación del tema de investigación	15
1.4.1. Justificación de la investigación.....	15
1.4.2. Delimitación de la investigación.....	16
1.4.2.1. Delimitación especial.....	16
1.4.2.2. Delimitación temporal.....	16
1.4.2.3. Delimitación cuantitativa	17
REVISIÓN DE LA LITERATURA	17
1.5. Marco teórico	17
1.5.1. Marco legal aplicable	18
1.6. Antecedentes de estudio	18
1.6.1. Antecedentes nacionales.....	18
BASES TEÓRICAS	20
CAPÍTULO II: CASOS EN LOS QUE EL CONSENTIMIENTO NO TIENE VALIDEZ EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA: ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO DE HOMICIDIO PIADOSO	20
2. DELITO CONTRA EL BIEN JURÍDICO VIDA	20
2.1. Homicidio piadoso.....	20
2.1.1. Estado de la cuestión respecto a la problemática social del homicidio a petición.....	20
2.1.1.1. Construcción del concepto de eutanasia.....	32
2.1.1.1.1. Clases de eutanasia	35

2.1.1.1.1.1.	En atención a la voluntad del paciente:.....	35
2.1.1.1.1.1.1.	Eutanasia voluntaria.....	35
2.1.1.1.1.1.2.	Eutanasia involuntaria/ no voluntaria	35
2.1.1.1.1.2.	En atención a la intención del agente:	35
2.1.1.1.1.2.1.	Eutanasia indirecta.....	36
2.1.1.1.1.2.2.	Eutanasia directa.....	37
2.1.1.1.1.3.	En atención a la conducta que produce:.....	37
2.1.1.1.1.3.1.	Eutanasia pasiva	37
2.1.1.1.1.3.2.	Eutanasia activa	41
2.1.1.2.	Otros conceptos de eutanasia	42
2.1.1.3.	Eutanasia prohibida: a propósito del artículo 112° del Código Penal	43
2.1.1.3.1.	Elementos típicos	44
2.1.1.3.1.1.	Bien jurídico tutelado	44
2.1.1.3.1.2.	Sujeto activo y pasivo	44
2.1.1.3.1.3.	Conducta activa y omisiva	44
2.1.1.3.1.4.	Enfermedad incurable.....	45
2.1.1.3.1.5.	Dolores intolerables	48
2.1.1.3.1.6.	Solicitud expresa y consciente	49
2.1.1.3.1.7.	Fin “piedad”	51
2.1.1.3.2.	Fundamento para la atenuación de la sanción penal.....	55
2.1.1.4.	Argumentos en contra de la despenalización de la eutanasia	56
2.1.1.5.	Argumentos a favor de la despenalización de la eutanasia	61
CAPÍTULO III: FUNDAMENTOS DE LA FIGURA DEL CONSENTIMIENTO COMO EXPRESIÓN DE UN ESTADO LIBERAL		66
3.	MODELO DE ESTADO	66
3.1.	Constitucionalismo y liberalismo.....	66
3.2.	Liberalismo político en la Constitución de 1993.....	68
3.2.1.	Constitución como norma vinculante del ordenamiento jurídico	71
4.	DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES.....	71
4.1.	Concepto de bien jurídico	71
4.2.	El bien jurídico en la Constitución de 1993.....	74
4.3.	Bienes jurídicos individuales y colectivos	77
4.4.	Toma de posición: Disponibilidad de los bienes jurídicos individuales	79

5. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES DEL CONSENTIMIENTO	88
5.1. Concepto de la figura del consentimiento	90
5.1.1. Teorías en torno al consentimiento	91
5.1.1.1. Teoría diferenciadora	91
5.1.1.1.1. Como causa de atipicidad	92
5.1.1.1.2. Como causa de justificación	94
5.1.1.2. Teoría unificadora	99
5.1.2. Requisitos y formas de consentimiento	102
5.1.2.1. Recognoscibilidad del consentimiento	102
5.1.2.2. Momento y revocabilidad del consentimiento	105
5.1.2.3. Capacidad y titularidad del consentimiento	106
5.1.2.4. Consentimiento informado: especial incidencia en el ámbito sanitario	109
5.1.2.5. Vicios de voluntad	114
6.2. Toma de posición: la figura del consentimiento como causa de atipicidad	123
HIPÓTESIS	132
1. Formulación de hipótesis	132
1.1. Hipótesis principal	132
1.2. Hipótesis secundarias	132
MATERIALES Y MÉTODOS	133
1. Metodología	133
1.1. Diseño metodológico	133
1.1.1. Tipo de investigación	133
1.1.2. Tipo de estudio (Nivel de investigación)	133
1.2. Método de investigación	133
1.3. Técnicas de recolección de datos	134
RESULTADOS	134
PROPUESTA DE LÍMITES EN EL CASO DEL BIEN JURÍDICO VIDA	134
1. APLICACIÓN DE LOS POSTULADOS DOGMÁTICOS AL CASO DE HOMICIDIO A PETICIÓN	134
1.1. La vida humana	134
1.2. Homicidio a petición: Bien jurídico vida de libre disposición	138

1.2.1. Disponibilidad del bien jurídico vida cuando el acto es realizado por el propio titular.....	138
1.1.2. Disponibilidad del bien jurídico vida cuando el acto es realizado por un tercero	146
1.3. ¿inexistencia de límites en la disposición del bien jurídico vida respecto al delito de homicidio a petición?	156
CONCLUSIONES Y CONTRASTE DE HIPÓTESIS.....	158
RECOMENDACIONES	160
REFERENCIAS BIBIOGRÁFICAS	161
ANEXOS.....	170

INTRODUCCIÓN

Cuando escuchamos el término “consentimiento” entendemos coloquialmente como la aceptación de algo o la confirmación de una cosa comprendiendo, de manera genérica, que se refiere a una admisión; no obstante, esta definición no resulta tan clara para el ámbito jurídico y, mucho menos, para el derecho penal en donde entran a tallar principios, garantías, límites, el *ius puniendi* del estado, entre otros. Esta problemática se complica aún más cuando se hace referencia a los bienes jurídicos individuales, mas no considerados “disponibles” por nuestro ordenamiento jurídico como lo es el bien jurídico vida dado que, para ello, se necesita la determinación de criterios.

Este diferente tratamiento que se le otorga a la figura del consentimiento en relación a los bienes jurídicos individuales, en específico, a los casos de homicidio a petición, ha motivado la presente investigación. Por tanto, lo que se pretende es analizar si el bien jurídico vida es disponible y acorde con el Estado social y democrático de Derecho a fin de establecer si la figura del consentimiento debe ser considerada como una causa de exclusión de responsabilidad, en el extremo de ser una causa de tipicidad, lo cual permitirá resolver los casos de homicidio a petición en donde se va a disponer de un bien jurídico individual.

Puesto esta problemática a consideración, sostenemos que, en los casos de homicidio a petición, al ser el bien jurídico vida un bien jurídico individual y, por ende, disponible, la figura del consentimiento constituye una causa de atipicidad toda vez que la intervención del bien jurídico es solicitada por el titular del mismo. De esta forma, esta figura tendrá validez en nuestro ordenamiento jurídico dado que es una expresión de la autonomía de la persona en donde la intervención estatal solo podrá ser llevada a cabo frente a ataques no queridos siempre que el ejercicio de la libertad esté en concordancia con la dignidad de la persona y sus vertientes, vale decir, la no instrumentalización o cosificación de la persona.

Finalmente, la presente investigación se divide en 6 capítulos. En el primero, se explica la introducción, la presentación de la problemática, formulación de los problemas, objetivos, así como la justificación, importancia y limitación de la investigación. En el segundo, se desenvuelve el marco teórico, compuesto por los antecedentes de investigación y las bases teóricas, las cuales hacen alusión al estado de la cuestión del delito de homicidio a petición, la construcción del concepto de la eutanasia, los tipos que existen, una revisión del artículo 112° del Código penal, el modelo de estado, la disponibilidad de los bienes individuales y el estudio de la naturaleza del consentimiento. En el subsiguiente apartado, presentamos la hipótesis principal y las secundarias, mientras que el siguiente, los materiales y métodos de investigación. En el penúltimo de ellos, se desarrollan los resultados de la presente investigación, aplicando los postulados dogmáticos analizados en los capítulos precedentes argumentando que la figura del consentimiento debe actuar dentro del ámbito de la tipicidad excluyéndola para los caso de homicidio a petición dado que este es un bien jurídico disponible, en consecuencia, el accionar consentido es expresión de la autonomía de la persona, así como la contradicción existente dentro de la misma

normativa sanitaria. Por último, se enuncian las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

CAPÍTULO I: MARCO METODOLÓGICO

1. PRESENTACIÓN, FORMULACIÓN, OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Presentación del problema (descripción de la realidad problemática)

Los problemas que pueden presentarse con relación a la libertad por parte del interesado de hacer uso de sus bienes jurídicos individuales siempre han generado gran controversia tanto en el ámbito del derecho, como de la ética y la política. En nuestro Código Penal, a pesar de mediar la figura del consentimiento, las conductas siguen considerándose ilícitas; sin embargo, ello solo no sucede con todos los bienes jurídicos individuales, sino con algunos que la doctrina mayoritaria considera más relevantes, es por ello que no existe conflicto alguno cuando hablamos de la libre disposición por parte del interesado respecto a su bien jurídico patrimonio, situación que no ocurre cuando hablábamos del bien jurídico vida. Entonces, si todos los bienes jurídicos antes mencionados son individuales, entre ellos el bien jurídico vida, nos seguimos preguntando por qué es que nuestro Código Penal hace la mencionada diferenciación.

Debemos tomar en cuenta que, pese a los diversos motivos que existan para fundamentar la punición de este delito, también debemos precisar que el bien jurídico protegido en el artículo 112° del código Penal es un bien individual, esto es, que solo le compete a la esfera propia del interesado, más aún porque actualmente nos encontramos en un Estado social y democrático de derecho (como concreción de un Estado constitucional con amplia influencia liberal) en donde este debe respetar la voluntad emitida por el titular del bien jurídico a través del consentimiento siendo esta acción una clara expresión del ejercicio de su libertad en su modo de autorrealización del individuo por lo cual solo tiene el deber de actuar frente a situaciones en donde se observe que el consentimiento ha sido viciado y, por ende, no se ejerza de manera correcta la libertad del ciudadano o frente a ataques no queridos, no permitidos, es decir, que en la relación existente entre individuo - Estado, bajo una concepción eminentemente neopersonalista, este último está supeditado al primero y no viceversa. Ahora bien, para que la figura del consentimiento sea considerada como válida y actúe como límite a la intervención del Estado para “proteger” el bien jurídico individual, esta figura debe cumplir una serie de requisitos, caso contrario, deviene en inválido.

En ese sentido, a efectos de enfrentar la problemática antes descrita, se pretende investigar sobre la relevancia que tiene la figura del consentimiento en los casos de disposición del bien jurídico vida, en específico, respecto al delito de homicidio a petición respetándose así su dignidad (autonomía) y su libre desarrollo (ejercicio de la libertad) al ser estos el fin supremo de la sociedad y el Estado en un Estado social y democrático de Derecho con influencia liberal.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema principal

- ¿Qué tipo de causa de exclusión configura la figura del consentimiento en los casos de homicidio piadoso en un Estado social y democrático de Derecho?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿La figura del consentimiento tiene validez en nuestro ordenamiento jurídico peruano en los casos de homicidio piadoso?
- ¿La figura del consentimiento es expresión de un Estado social y democrático de Derecho en los casos de homicidio piadoso?
- ¿Cuál es el límite de la figura del consentimiento en el Estado social y democrático de Derecho?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

- Demostrar que, en los casos homicidio piadoso, la figura del consentimiento como expresión de un Estado social y democrático de Derecho configura una causa de atipicidad.

1.3.2. Objetivos específicos

- Determinar que la figura del consentimiento tiene validez en nuestro ordenamiento jurídico peruano en los casos de homicidio piadoso.
- Demostrar que la figura del consentimiento es expresión de un Estado social y democrático de Derecho en los casos de homicidio piadoso.
- Establecer que la figura del consentimiento encuentra su límite en la dignidad de la persona conforme al Estado social y democrático de Derecho.

1.4. Justificación y delimitación del tema de investigación

1.4.1. Justificación de la investigación

La presente tesis tiene como su primordial propósito, el demostrar que la naturaleza jurídica del consentimiento es la de una causa de atipicidad penal en los casos de homicidio a petición dado que se encuentra legitimado en la dignidad (la no cosificación de la persona) y la libertad (autonomía de la persona) por parte del titular del bien jurídico siendo así que la conducta consentida ejecutada por el tercero – agente- será tratada como una causa de atipicidad

eximiéndose así de toda responsabilidad en tanto y en cuanto se haya cumplido con respetar los requisitos necesarios para la manifestación de voluntad del interesado, así como el actuar se encuentre conforme al la dignidad de la persona.

Asimismo, se va a confirmar que el entender a la figura del consentimiento como causa de atipicidad va a generar que todo bien jurídico individual, tal y como lo es la el bien jurídico vida, sea disponible generando un efecto positivo en nuestro proceso penal dado que no se permitirá aperturar, continuar o sancionar ningún tipo de investigación respecto al delito de homicidio a petición cuando la conducta originada por un tercero haya sido consentida por el titular del bien jurídico individual siempre y cuando se cumplan con la totalidad de los requisitos exigidos por la figura antes mencionada, así como se comprenda que el consentimiento, siempre que gire en torno a bienes jurídicos individuales, es una expresión del autodesarrollo de su titular y no de la sociedad o el Estado respetando la prohibición de no instrumentalización de la persona.

De igual manera, la presente investigación demostrará que si bien hay cierta libertad para actuar respecto a los bienes jurídicos individuales, no en todos ellos el interesado va a poder hacer uso del mismo sin la intervención del Estado debido a que existe una falta de cumplimiento de los requisitos exigidos para que el consentimiento sea válido; de igual manera, se demostrará que en algunos casos, tras cumplido las exigencias siendo la figura completamente válida, el Estado debe cesar su actuación y respetar la voluntad del titular del bien jurídico sin sobrepasarse o anularla siempre que se encuentre en respeto a su dignidad.

1.4.2. Delimitación de la investigación

La presente investigación se circunscribe al campo del derecho Penal – parte general y especial. En ese sentido, resulta necesario manifestar que las referencias que utilizamos en la presente investigación a otras ciencias o ramas del derecho – tales como derecho constitucional -, se orientan a enriquecer el objeto de estudio: la no limitación de la figura del consentimiento en un Estado social y democrático de Derecho en el delito de homicidio piadoso.

1.4.2.1. Delimitación especial

De un lado, se ha tomado en consideración doctrina tanto nacional como extranjera, contrastando ello con la legislación nacional que la regula. A su lado, de manera primordial, se analiza la Ley General de Salud y sus modificaciones, el Código Penal Peruano y la Constitución Política del Perú con la normativa extranjera que hace incidencia en el derecho a la vida digna y a la libertad.

1.4.2.2. Delimitación temporal

En lo que concierne al análisis de la doctrina, cabe señalar que ésta comprende aproximadamente desde mediados el siglo XX hasta la actualidad. Por su parte,

en relación al análisis de la legislación estudiada, esta corresponde desde el año 2000 hasta el año 2020.

1.4.2.3. Delimitación cuantitativa

En este rubro, aproximadamente se han empleado 100 libros de teoría y un importante número de leyes y otros instrumentos jurídicos a nivel nacional e internacional.

REVISIÓN DE LA LITERATURA

1.5. Marco teórico

A efectos de desarrollar los antecedentes de la investigación y las bases teóricas, se consultaron bases de datos y revistas electrónicas como Redalyc, Cybertesis, Renacti, Vlex, Google Académico, Scopus, repositorio de revistas tanto nacionales como internacionales. Asimismo, se revisaron las siguientes bibliotecas: biblioteca virtual de la PUCP, UNMSM, biblioteca virtual del Instituto de Bioética de la Universidad de Barcelona, biblioteca virtual de la Universidad de Granada y biblioteca virtual de la Universidad de Salamanca.

De esta lectura, se concluye que, en la literatura nacional se ha desarrollado mayoritariamente estudios generales sobre el consentimiento y su relación el homicidio piadoso de forma genérica; no obstante, respecto a la naturaleza jurídica del consentimiento en sentido estricto, se ha identificado que Vital de Almeida (2006), en su tesis doctoral “El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito” en donde realiza una investigación a profundidad respecto a las teorías que han abarcado la figura del consentimiento indicando que esta va a corresponder a una causa de atipicidad dado que es una expresión de la autonomía de la persona Ratificando esta postura, se encuentra Romy Chang (2017) con su tesis doctoral “Consentimiento en derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas” siendo que ambos autores propugnan el tratamiento de eximente de atipicidad para la figura antes indicada. Frente a ello, tenemos a las teorías diferenciadoras en donde se hace alusión a Jescheck, Noll, Zitelmann, Mezger quienes han sido defensores del bipartismo entre acuerdo y consentimiento.

Respecto a la eutanasia, en la doctrina nacional, esta posición ha sido analizada por Mendoza Cruz (2014) con su tesis de maestría “Eutanasia: Un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización”, en donde hace un abordaje constitucional respecto a si esta figura es acorde o no con nuestro modelo de estado y cómo es que ha sido influenciada por el liberalismo político.

Finalmente, con relación al estudio de la normativa peruana del ámbito sanitario, tenemos a la Ley General de Salud, la Ley 29414, y sus modificaciones en donde se aborda, por un lado, la defensa de la muerte natural de la persona, pero por otro, la renuncia o interrupción de un tratamiento eximiendo de responsabilidad al personal de salud.

De todo lo anterior, se puede concluir que las principales instituciones jurídicas que se desarrollará en las bases teóricas de la presente tesis son las siguientes: la eutanasia, la figura del consentimiento y sus teorías, la disponibilidad del bien jurídico vida y el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Finalmente, respecto del reporte de búsqueda de tesis nacionales e internacionales, este será abordado en el acápite denominado “Antecedentes del Estudio”.

1.5.1. Marco legal aplicable

- (1991) Código Penal
- (1993) Constitución Política del Perú
- (1997) Ley General de Salud (Ley N.º 26842)
- (2009) Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los Servicios de Salud (Ley N.º 29414)
- (2015) Reglamento de la Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud (D.S. N°027-2015-SA)

1.6. Antecedentes de estudio

En los últimos diez años, no se han hallado trabajos de investigación que se centren de manera específica en el desarrollo de la figura del consentimiento como causa de atipicidad relacionado con el homicidio piadoso, esto es, con el bien jurídico vida; no obstante, se han encontrado tesis cuyos objetos de estudio han versado sobre la figura en stricto sensu de la eutanasia y su despenalización, lo cual tiene parcialmente vinculación con el presente trabajo y el desarrollo de la figura del consentimiento como causa de atipicidad.

1.6.1. Antecedentes nacionales

- BACA CALLE, Harry Alfredo, “La eutanasia y el derecho a morir dignamente para su despenalización”. Tesis para optar el título profesional de abogado. Carrera profesional de derecho de la Universidad Autónoma del Perú, Lima, 2018. Disponible en: <http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/460/1/Baca.pdf>
- MENDOZA CRUZ, Carlos Alberto, “Eutanasia: un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización. Tesis para optar por el grado de magister en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5620/ME_NDOZA_CRUZ_CARLOS_EUTANASIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- SANCHEZ CHUQUISCUSMA, Robert, “La posibilidad de legalizar la eutanasia en el Perú”. Tesis para optar por el grado de doctor en derecho de

la Universidad Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, 2018. Disponible en: <http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/2971/BC-TES-TMP-1789.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- ELGUERA SOMOCURCIO, Andree Jesús. “Derecho a morir dignamente como causal que justifica despenalizar la eutanasia activa para enfermos en situación terminal en el Perú”. Tesis para optar por el título de abogado de la Universidad Andina del Cusco, Cusco, 2016. Disponible en: http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/355/3/Andree_Tesis_bachiller_2016.pdf.

BASES TEÓRICAS

CAPÍTULO II: CASOS EN LOS QUE EL CONSENTIMIENTO NO TIENE VALIDEZ EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA: ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO DE HOMICIDIO PIADOSO

2. DELITO CONTRA EL BIEN JURÍDICO VIDA

2.1. Homicidio piadoso

2.1.1. Estado de la cuestión respecto a la problemática social del homicidio a petición

La idea de que la muerte pueda representar un alivio para la vida de una persona que se encuentra pasando por sufrimientos intolerables no es reciente, este pensamiento provino de los griegos pasando por la edad media, el renacimiento y edad moderna hasta llegar a la actualidad. Por ejemplo, en la antigua Grecia, la eutanasia no era considerada como una conducta propia de ser sancionada (ya sea por el sistema penal o moral) toda vez que la vida era entendida de manera distinta a la actual, ya señalaba Creagh Peña (2012) que «*Cicerón le da significado a la palabra como muerte digna, honesta y gloriosa. (...) Platón dice: se dejará morir a quienes no sean sanos de cuerpo*» (Creagh Peña, pág. 151); sin embargo, es en la Edad media que, influenciada con los pensamientos religiosos, se empieza a considerar a la eutanasia como un pecado dado que el ser humano no podría disponer de la vida toda vez que esta habría sido otorgada por un ente superior y/o deidad.

En el renacimiento, periodo de transición a la edad moderna, uno de los primeros autores en mencionar – por no decir abogar – por la “aceptación” de la eutanasia, a pesar de no utilizarse este término, fue el humanista inglés Tomás Moro (1485-1535) quien, en su célebre libro *Utopía* señaló que los propios representantes de la iglesia aconsejaron a los ciudadanos que padecen un mal incurable con dolores insoportables, que no prolonguen más su sufrimiento, ya sea que la conducta devenga por sí mismos o por intermedio de un tercero (eutanasia), si es que consideran que la vida les causa un suplicio eterno no pudiendo ejecutar los mandatos de la vida (Moro, pág. 161).

Así como Francis Bacon, en el 1623, proclamó que la eutanasia no implica una cuestión religiosa, sino más bien científica dado que son los médicos los responsables de determinar cuándo una persona debe fenecer (Creagh Peña, pág. 151).

Con el pasar de los años, llegando a la edad contemporánea, esta idea, tan arraigada, de la sacralidad de la vida, incluso en los casos de homicidio a petición – en donde el titular del bien jurídico, quien vendría a ser un enfermo terminal, se encuentra bajo intolerables dolores-, ha ido mutando, ello en aras de salvaguardar el derecho que ostenta todo ciudadano de la dignidad y, dentro de ella, que reciba, en sus últimos suspiros, una muerte digna; no obstante, esta no ha estado exento de problemáticas que no solo atañen el ámbito jurídico penal, sino también el filosófico, sociológico, ético y religioso y ello se observa en los códigos penales de diversos países. A efectos metodológicos, se pasará a exponer brevemente la legislación de países extranjeros en donde no se sanciona, o se permite, la aplicación de la eutanasia para finalmente arribar en el caso peruano.

Existen diversos países en donde el homicidio piadoso se encuentra despenalizado, en cualquiera de sus modalidades de la eutanasia. El primero de ellos es Holanda (Países Bajos), en donde a partir del 01 de abril de 2002 se instauró la *Ley de comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio* (ahora "*Ley de eutanasia de Países Bajos*) en donde reglamenta bajo qué parámetros se va a aplicar la eutanasia y el auxilio al suicidio, los requisitos que debe ostentar los médicos que van a realizar el mencionado procedimiento, indicando que la muerte causada por el personal de salud no será sancionada siempre y cuando haya sido en base a la manifestación expresa del paciente, así como se haya acatado con las exigencias estipuladas en el art. 2° de la ley antes mencionada.

En el caso de países bajos, se puede observar que el delito vendría a ser un delito especial toda vez que solo no será punible cuando quien realice la acción sea un médico que cumpla con los requisitos expuestos en la ley instaurada en su país.

Asimismo, se tiene a Bélgica quien, en el mismo año, 2002, aprobó la *Ley del 28 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia completada por la ley del 10 de noviembre de 2005*, que, si bien sigue los mismos parámetros que la holandesa, aquí se hace alusión netamente a la eutanasia siempre que el personal de salud confirme que el paciente: 1. cuenta con la mayoría de edad (titularidad), capaz, consciente y la manifestación de voluntad no se encuentre viciada; y 2. Confirme la no existencia de alternativa alguna para la mejoría del paciente o padezca insoportables dolores. Además de ello, el médico de cabecera o encargado de la realización de la eutanasia, previo a su aplicación, debe informar al paciente sobre su petición, los pro y contras, esto es, a fin de que emita un consentimiento informado respecto a su decisión. Asimismo, de existir duda, el personal de cabecera podrá consultar con otros galenos a fin de obtener una mayor clarificación del panorama respecto a la aplicación de la eutanasia, precisar que el o los galenos consultados no deben mantener vínculo alguno con el paciente, así como contar con especializaciones respecto al padecimiento del paciente para que su opinión sea válida emitiendo el informe correspondiente, el cual debe ser puesto en conocimiento la paciente para que, con ello, tome la decisión que crea correcta.

Por otro lado, también se hace alusión a la aplicación de la eutanasia cuando exista de por medio un documento de voluntades anticipadas en donde se exime

de responsabilidad penal al persona de salud siempre que se ejecute cuando el paciente se encuentre pasando una enfermedad incurable, no esté consciente y que esta inconsciencia no pueda ser revertida.

Es así que, en la legislación antes señalada, el enfermo puede establecer anticipadamente por escrito su voluntad respecto a cómo desea que se practique la eutanasia. De igual manera, se exige que quien la realice sea un personal de salud que, incluso, debe respetar las condiciones y procedimientos estipulados en el mencionado cuerpo legal. Asimismo, resulta necesario mencionar que, en caso la muerte del enfermo no suceda en un corto plazo, el médico debe dejar pasar por lo menos treinta días entre la decisión tomada y el procedimiento de la eutanasia. Finalmente, una vez practicada la eutanasia, el médico, en el plazo que estipula la ley, hace entrega de su informe para ser evaluado por una comisión que determinará si su actuar fue en concordancia con la normativa estipulada en su país o existió algún tipo de negligencia que acarrearía responsabilidad penal. Como se puede observar, la realización de este procedimiento se encuentra estrictamente reglamentado a efectos de que no se vulneren los derechos o se haga un mal uso del mismo.

Bajo la misma premisa, el 16 de marzo de 2009, Luxemburgo aprobó la *Legislación que regula los cuidados paliativos, así como la eutanasia y asistencia al suicidio*, en donde los pacientes terminales podrían solicitar tanto la aplicación de los cuidados paliativos, así como de la eutanasia y la asistencia al suicidio generando aquí una diferenciación entre las antes mencionadas, a diferencia de las legislaciones previas, entendiéndose por cuidados paliativos como aquellos cuidados que van en concordancia con el respeto de la dignidad del paciente y se dirigen a tratar tanto los padecimientos físicos como psicológicos: se define a la eutanasia como aquella conducta realizada por el personal médico que culmina la de una persona que lo ha solicitado de manera expresa y voluntaria y se entenderá por asistencia al suicidio como aquel apoyo deliberado por parte de un personal de salud hacia un paciente para que este se suicide o suministre a este ciertos instrumentos, siempre que el interesado haya manifestado su voluntad de acabar con su vida.

En el mismo sentido que la legislación belga, el sujeto activo, esto es, el agente que realiza la acción solo puede ser un médico el cual debe respetar los procedimientos que se le impongan en donde debe asegurarse que el paciente se encuentre padeciendo intolerables dolores de forma persistente, así como que el consentimiento emitido por el interesado se mantenga en el tiempo realizando diversas entrevistas con este.

Una relevante mención se debe hacer con relación a la responsabilidad civil, cuestión que no es mencionada en las anteriores legislaciones, en donde indica que, si el paciente cumple con los requisitos expuestos en la mencionada ley, el personal de salud no responderá ni penal ni civilmente.

Agregando a lo ya mencionado, se tiene a Canadá, el 06 de febrero de 2015, se emitió la sentencia en relación a *Carter v. Canadá (2015)*, a través del cual la Corte Suprema canadiense resolvió que el negar el acceso a la aplicación de la muerte asistida (se entiende que se habla tanto de la eutanasia como de la ayuda

al suicidio), mediante los artículos 241 (b) y s.14 del código penal, infringe los derechos constitucionales.

Es decir, que estos artículos se consideran nulos toda vez que lesionan el derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de la persona estipulados en la carta magna canadiense por lo que se exhorta al parlamento la elaboración de un remedio. Ante ello, el 14 de abril de 2016, se presentó el Proyecto de Ley C-14 "*Ley para hacer modificaciones en el código Penal y otras leyes (ayuda médica para morir)*".

Así, la presente ley conceptualiza a la asistencia médica para morir ya sea como la administración de un medicamento por parte del personal de salud a una persona que lo haya solicitado o la emisión de una receta prescribiendo este medicamento para que el paciente sea quien realice la acción final ocasionándose la muerte, es decir, que cataloga aquí, de manera implícita, tanto la eutanasia (a) y la asistencia al suicidio (b) como iguales.

En el mismo sentido, señala que solo estarán exentos de cometer el delito de homicidio aquel personal de salud o cualquier otra persona que ayude a prestar asistencia médica, señalando como criterios para acceder a la asistencia médica para morir que el paciente, entre otros requisitos, sea mayor de edad o cuente con la capacidad necesaria que permita entender la decisión que se va a tomar, padezca una enfermedad grave y sin cura, haya manifestado su voluntad de querer acceder a esta ayuda médica como que su consentimiento esté debidamente informado

Asimismo, a efectos de otorgar mayor claridad tanto para el personal de salud, de asistencia, así como para las personas que soliciten recibir la asistencia médica para morir, la presente ley entiende por enfermedad grave y sin cura como aquella dolencia que es considerada sin cura, irreversible, con disminución de las capacidades, así como que se tiene claro la previsibilidad de la muerte natural no pudiendo esta enfermedad ser aliviada de forma digna.

En adición a lo antes mencionado, otro país que permite la despenalización de la eutanasia es España el cual, el pasado 24 de marzo de 2021, aprobó *la Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la Eutanasia* a través de la cual se permite la aplicación de la eutanasia en casos concretos, siempre y cuando el sujeto que lo solicite cumpla con los requisitos exigidos en la mencionada norma a fin de solicitar la prestación de ayuda para morir. Asimismo, se señala que el procedimiento de la eutanasia además de mantener un estrecho vínculo con el derecho fundamental de la vida, también lo mantiene con la integridad física y moral de la persona, dignidad humana, libertad e intimidad. No se puede dejar de mencionar que, si bien la ley hace referencia a la regulación a la eutanasia, también, en su artículo 3 hace alusión al suicidio asistido, en donde es el propio paciente quien realiza la acción final, esto es, se lo autoadministra.

Asimismo, para que el sujeto titular del bien jurídico pueda acceder a la aplicación de la prestación de ayuda para morir, resulta necesario que cumpla con diversos requisitos tales como que: 1. Cuente con la mayoría de edad, sea titular, cuente con capacidad y se encuentre consciente al momento en que solicite la aplicación del procedimiento; 2. Su manifestación se mantenga en el

tiempo, es decir, que exista documento idóneo de su decisión; 3. Se encuentre padeciendo una enfermedad grave e incurable y 4. Que el consentimiento emitido por el titular sea debidamente informado. Un punto interesante que se pone en consideración en esta ley es respecto a la incapacidad del paciente cuando ya no se encuentre consiente. En esos casos, se tomará como punto de partida los documentos de voluntades anticipadas respecto a las decisiones que se planteen tomar al final de su vida. Por otro lado, hacen alusión a los requerimientos que se exigen para el suicidio asistido

Como se puede observar, se hace incisión en los casos en donde la persona no se encuentre en pleno uso de sus facultades por lo que la mencionada ley señala que se ceñirá a lo que el interesado haya suscrito con anterioridad en un documento de instrucciones previas lo cual resulta relevante para la presente investigación toda vez que en el mencionado país, se encuentra vigente el *Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal* en el cual se menciona que, mediante las instrucciones previas, se les permitirá a los ciudadanos tomar dominio sobre los tratamientos, cuidados que se les apliquen cuando estos se encuentren en un estado de inconsciencia o, habiendo llegando al final de su vida, tomen en control respecto a qué se hará tanto con su cuerpo como con sus órganos. De esta manera, permitirá al personal de salud tener un panorama mucho más amplio y certero respecto a cuál vendría a ser la decisión real del respetando así su voluntad, esto es, que ya existe un registro instaurado en donde se cubre el vacío legal en los casos en donde la persona no se encuentre en la capacidad de brindar su consentimiento o su decisión con relación al final de su vida, lo cual evita la toma de decisiones irregulares o que se vulneren los derechos a la vida, integridad, dignidad y libertad tanto por parte del personal de salud, como por los familiares a quienes se les consultaría generando que no se aplique el consentimiento presunto en estos casos.

Lo previamente mencionado es de suma importancia toda vez que se contrasta con la realidad peruana en donde existe un vacío legal conforme a las voluntades anticipadas de las personas, precisar que este tópico se ampliará con posterioridad.

Ya para finalizar y aterrizando en américa latina, tenemos a Colombia en donde la eutanasia fue despenalizada en 1997 mediante la Sentencia C-239, de fecha 20 de mayo de 1997, en donde declaró que el homicidio piadoso se encuentra acorde con su carta magna; no obstante, de presentarse la solicitud por parte del titular del bien jurídico de querer finiquitar su vida, se eximirá de responsabilidad médico que haya participado en ese acto siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la misma sentencia tales como que la personal titular del bien jurídico fuera un enfermo terminal, que se encuentre bajos intensos dolores, que solicite, de manera libre, expresa y capaz, la realización del procedimiento y que quien se lo aplique sea un personal de salud dado que estos son los sujetos “activos” idóneos tanto para informar al interesado de las ventajas y desventajas de su decisión, así como para otorgarle las condiciones necesarias para que este fenezca de manera digna basando su argumento en la aplicación de los principios de dignidad humana, respeto por la autonomía de la persona y

solidaridad – a fin de sustentar el que un agente (tercero) sea el que brinde la ayuda-, así como que exhortó al congreso para que regule la temática de la muerte digna. No fue hasta el 2014 que la Corte Constitucional emitió la Sentencia T-970, de fecha 15 de diciembre de 2014, a través de la cual, además de ratificar lo señalado en la C-239, otorgó un plazo para la concreción de directrices que regulen el procedimiento.

Es en base a esta última sentencia que el estado colombiano emite una serie de leyes y resoluciones a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a su ciudadanía reglamentando y definiendo conceptos problemáticos propios de la materia. Es así que se emiten las siguientes normativas:

1. Ley N°1733 de 2014, de fecha 08 de setiembre de 2014, conocida como la *Ley Consuelo Devís Saavedra*, a través de la cual se reglamentan los servicios de cuidados paliativos que serán aplicados a las personas con enfermedades terminales crónicas, degenerativas e irreversibles que originan un alto impacto en su calidad de vida.
2. Resolución N°1216 de 2015, de fecha 20 de abril de 2015, a través de la cual establece las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités a fin de hacer efectivo el derecho a morir dignamente. Actualmente se encuentra derogada.
3. Resolución N°00000825 de 2018, de fecha 09 de marzo de 2018, a través de cual, por primera vez, se reglamenta el procedimiento a fin de hacer efectivo el derecho a la muerte digna en niños, niñas y adolescentes. En la mencionada resolución se dan los primeros vestigios, al menos en Latinoamérica, del concepto que tiene un infante (de 0 a 12 años) con relación al concepto de muerte siendo la aplicación del procedimiento sumamente restrictivo solo llevándose a cabo para los casos específicamente establecidos en la mencionada normativa.
4. Resolución N°2665 de 2018, de fecha 25 de junio de 2018, mediante la que el Ministerio de Salud y Protección Social, como un complemento de la Ley N°1733 de 2014, reglamenta las voluntades anticipadas.
5. Resolución N°971 de 2021, de fecha 01 de julio de 2021, la cual establece el procedimiento de Recepción, trámite y reporte de las solicitudes de eutanasia, así como las directrices para la organización y funcionamiento de los Comités que hacen efectivos el respecto a la muerte digna. Esta resolución se emite en reemplazo de la Resolución N°1216 de 2015 ampliando así las definiciones de lo que implica la eutanasia, un enfermo terminal o enfermedad incurable, así como establece los requisitos solicitados a fin de acceder al procedimiento eutanásico en cuestión.

Conforme a lo presentado en los distintos países, observamos que la corriente partidaria de la despenalización, o más bien permisión, de la aplicación de la eutanasia en el caso del homicidio piadoso va en crecimiento, ello debido a que el delito en sí reviste un carácter altruista, conforme lo indica su propio nombre, toda vez que aquí el móvil no es egoísta o con fines en beneficio de terceros, sino todo lo contrario, lo que se propugna aquí es el respeto por parte del Estado de la decisión del ciudadano de querer morir dignamente, al estar ligado a la práctica de la eutanasia, al ser la acción, generada por un tercero en beneficio del interesado, un ataque querido por lo que el Estado tiene el deber de respetar la voluntad del titular del interesado.

En el Perú, el homicidio piadoso se encuentra tipificado en el artículo 112° del Código Penal, siendo por primera vez insertado al cuerpo legal desde la creación del código penal de 1991 mediante la siguiente tipificación:

«Artículo 112°. – Homicidio piadoso

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». (Código Penal de 1991)

Recordar en el código penal de 1924 solo se encontraba tipificado la instigación o ayuda al suicidio, mas no el homicidio piadoso, el cual indica lo siguiente:

«Art 157

El que por móvil egoísta instigare a otro al suicidio o lo ayudare a cometerlo, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años». (Código penal de 1924)

Esto es, que en el párrafo anterior se sancionaba claramente al que ayudare o instigare a una persona a cometer suicidio *por un móvil egoísta*, lo cual difiere rotundamente con el fundamento y contenido del homicidio piadoso siendo que en este el motivo de la acción es el de una *buena muerte, un móvil benevolente o altruista*.

En el ámbito jurídico-penal, el cual le compete al presente trabajo, uno de los hitos más relevantes con relación al homicidio piadoso ha sido el caso de la ya conocida ciudadana Ana Estrada Ugarte quien, en febrero de 2020, por intermedio de la defensoría del Pueblo, interpuso una demanda de Amparo contra el Ministerio de Salud (ahora "MINSA"), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ahora "MINJUSDH") y al seguro Social de Salud (ahora "ESSALUD"), la cual recayó en el 11° Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo resuelta mediante Resolución N°06, de fecha 22 de febrero de 2021 en donde se observan los siguientes petitorios relevantes para la presente investigación:

1. Se inaplique el artículo 112° del nuestro cuerpo jurídico penal a fin de que se le pueda permitir la aplicación del procedimiento de la eutanasia eximiendo de responsabilidad a los terceros que la hayan auxiliado.
2. Se inaplique el artículo antes indicado al haber vulnerado la dignidad ostenta la ciudadana (por generarle tratos crueles e inhumanos), a la muerte digna y libre desarrollo de la personalidad.
3. Se disponga al Seguro Social de Salud que respete la decisión tomada por la ciudadana Ana Estrada; asimismo, que conforme un comité interdisciplinario para se encuentre presto de brindar sus servicios antes y durante la aplicación de la eutanasia designando al personal de salud idóneo.
4. Se solicite al MINSA (Ministerio de Salud) respete la decisión tomada por la ciudadana Ana Estrada de finiquitar su vida y los derechos que se

arrogan, así como formule una Directiva para el procedimiento de aplicación de la eutanasia en situaciones similares.

En ese sentido, la ciudadana antes indicada alegó la vulneración de los derechos constitucionales tales como la dignidad, la muerte digna, al libre desarrollo de la personalidad y a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos (despliegue negativo de la dignidad) siendo la presente demanda declarada fundada en parte para los literales que son materia de investigación en el presente apartado, esto es, que se inaplique el artículo 112° del Código Penal siendo que el tercero, quien ejecutará la acción, no podrá ser procesado siempre y cuando el procedimiento se realice institucionalmente.

La resolución antes mencionada vuelve a poner en juego la presente problemática toda vez que señala no realizarse una interpretación abstracta de la norma, sino una de fondo en relación a los derechos invocados por la demandante y su beneficiaria toda vez que el juzgado constitucional ostenta la obligación de resguardar los derechos que se le arrogan a todo ciudadano incluso cuando esta vulneración haya sido generada por una norma interna.

No debemos olvidar que, en el caso peruano, la idea de la despenalización del homicidio piadoso tiene sus vestigios desde el 2011 en el sector médico, en donde, los Médicos Cirujanos Samira Isabel García y Rodrigo Guevara Peralta (2011) proporcionan como resultado el siguiente cuadro:

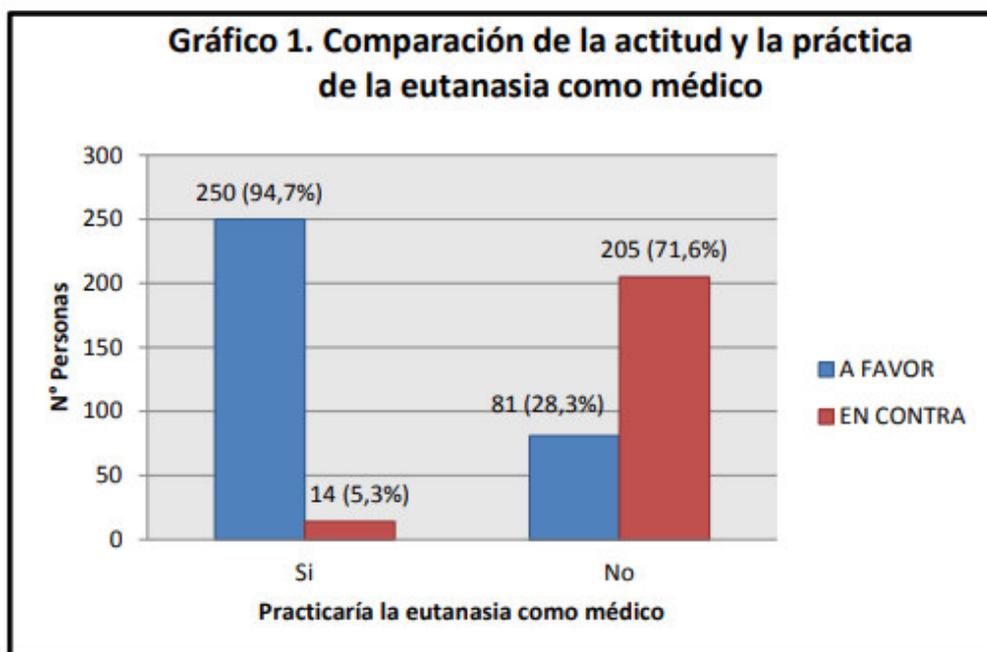


Gráfico N°01

Fuente: Tesis *Percepción de la eutanasia y factores asociados, en estudiantes de medicina de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en noviembre del año 2011*¹

Como se puede observar, de las 550 estudiantes de medicina encuestados, 331 personas, esto es el 60%, indicaron estar a favor de la eutanasia en el ámbito médico.

Asimismo, en las encuestas practicadas a la sociedad peruana hace ya unos siete años, el diario El Comercio (2015) realizó una encuesta, elaborada por Ipsos, dando como resultado que el 52% de ciudadanos que viven en Lima votarían a favor de la eutanasia, a diferencia del 40%, que la desaprueba. Este porcentaje aumentó al 63% de conformidad cuando se realiza la consulta de si se estaría de acuerdo con la aplicación del procedimiento de la eutanasia a enfermos terminales, en tanto un 32% se opondría.

En ese mismo año, se presentó ante el poder legislativo el proyecto de Ley N°104215/2014 CR, de fecha 23 de marzo de 2015, la “Ley que despenaliza el homicidio piadoso y declara de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia” a través de la cual se planteó derogar el artículo 112° del Código penal, así como se modifique el artículo 6° del Código civil indicando que todo acto de disposición de, no solo el cuerpo, sino de la vida serían prohibido; no obstante, se exceptúa esta regla cuando exista un estado de necesidad, algún mandato del personal médico o que se realice por razones humanitarias acordes con la dignidad del ser humano.

Tras varios años, entre la interposición de la demanda por amparo y un mes antes de que el 11° Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emitiera su pronunciamiento más conocido, el pasado 21 de enero de 2021, el Congreso de la República recibió el Proyecto de Ley N°6976/2020-CR, “Ley que permite el uso de la eutanasia”, en donde, en su artículo 3°, define a la eutanasia como aquella conducta médica que acelera la muerte, ya sea con el consentimiento otorgado por el propio titular del bien jurídico o el representante de este, a fin de evitar su sufrimiento, mientras que se conceptualizará a aquella enfermedad terminal como una modificación en la salud de la persona, ya sea ocasionada por un accidente o a consecuencia de una enfermedad, en donde el pronóstico de vida es limitado, frágil y que lleva consigo sufrimiento físico, mental de forma constante e intolerable.

Como se puede observar, se entiende que el apogeo de la idea de la “despenalización” del homicidio piadoso, o más bien de la eutanasia, viene en crecimiento desde hace unos años siendo su punto álgido, como ya lo hemos mencionado, la resolución a favor de la ciudadana Ana Estrada.

Siendo que en este acápite se está realizando un análisis del estado de la cuestión del ilícito penal de homicidio piadoso, resulta relevante señalar la importancia de la ley que regula el ámbito sanitario, y en donde también se señala los derechos y obligaciones de los pacientes en todo centro de salud (se

¹https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/322312/Garcia_HS.pdf?sequence=2&isAllowed=y

hace precisión en ello toda vez que en el delito de homicidio piadoso el sujeto pasivo de la acción es un *enfermo incurable*), esto es la *Ley N°26842 – Ley General de Salud* (ahora “LGS”), de fecha 09 de julio de 1997.

En la mencionada normativa se ha observado que el Título I, en donde se describen los derechos, deberes y responsabilidades de la salud individual, se indica, en su artículo 4°, que todo paciente, para ser intervenido por personal médico (aplicación de un tratamiento), debe haber emitido, previamente, su consentimiento informado ya sea de él o de su representante siendo que, si este se niega a recibir el tratamiento, tanto el personal de salud como la entidad tratante no asumirán ninguna responsabilidad.

Como se vislumbra, la propia norma señala que si una persona emite su opinión, tras haber sido informada, esto es, que emite su consentimiento para negarse ante cualquier tratamiento médico y/o quirúrgico, este mero hecho de manifestar su voluntad exime de total responsabilidad al personal de salud encargado de su caso y centro de atención dejando de lado su deber de garante ante la sola voluntad del paciente sea el caso que sea, por ejemplo, si una persona ha sido informada de que sin esa operación podría fallecer y ella manifiesta su voluntad de no realizársela, el personal de salud tienen la obligación de respetar su decisión debiendo el paciente firmar un alta voluntaria a su propia solicitud, es decir, que entre la imposición del Estado del tratamiento a favor del paciente y ante la autonomía de la decisión de este, predomina el último.

Bajo esta premisa, la mencionada norma de Salud otorga relevancia al consentimiento emitido por parte de titular del bien jurídico a costas de su propia vida eximiendo de total responsabilidad a los que ostentar algún deber de garante; sin embargo, ante este actuar surge la siguiente pregunta: Si la misma normativa de Salud permite que el titular del bien jurídico tome una decisión a costas de su vida eximiendo de responsabilidad al personal de salud otorgando la debida relevancia a su consentimiento emitido para este actuar ¿por qué motivo no se le da la misma relevancia al consentimiento emitido por el mismo titular que se encuentra en una situación en donde su enfermedad no tiene cura y está bajo sufrimientos intolerables? ¿Cuál es la diferencia aquí existente si al fin de cuentas en ambos casos a lo que debería darse mayor importancia es al consentimiento emitido por parte del titular como expresión de la autonomía de la persona?

Se observa que en el primer caso puede que la persona no sea un enfermo terminal, no esté bajo sufrimientos intolerables, esto es, que ni siquiera cumpla con los requisitos dispuestos en el artículo 112° del Código Penal y aun así su voluntad de renunciar a algún tratamiento sea válida eximiendo de responsabilidad a los médicos tratantes; mientras que ello no sucede en el segundo caso a pesar de que la persona se encuentre en una peor situación no llegándose a comprender cuál es la lógica tomada por nuestra legislación respecto a este tema.

Lo ya descrito guarda coherencia cuando hablamos de la decisión de una persona que, como consecuencia, solo lo afecte a él mismo. Lo antes expuesto se confirma con la *Ley N°29414* (2009), a través de la cual se realizan

modificaciones a la Ley General de Salud, agrega el apartado 15.4, en donde indican como regla que toda intervención debe contar con el consentimiento informado de los pacientes; no obstante, este requerimiento de exceptúa cuando se encuentre en juego la salud pública, la de terceros o exista una emergencia de por medio.

Ello implica que solo podrá ser válido el consentimiento informado emitido por el propio paciente para la interrupción o renuncia de su tratamiento cuando la consecuencia del mismo solo lo afecte a él, mas no cuando ello repercuta a la salud de terceros o que ponga en riesgo la salud pública como, por ejemplo los delitos de propagación de enfermedades infecciosas (art. 289° del C.P.), exposición al peligro de persona dependiente (art. 128° del C.P.), entre otros, entendiéndose que, mediante esta acción, el Estado está respetando la autonomía y libre desarrollo de la persona al ser capaz de responsabilizarse por sus decisiones de manera autónoma, para lo cual el Estado solo podrá exigir que los ciudadanos cumplan ciertos deberes a fin de mantener una correcta convivencia (como lo es la salud pública, el orden o tranquilidad pública) toda vez que los derechos, como lo es la vida, no son absolutos existiendo límites frente a la voluntad del ciudadano y cómo es que cada uno de ellos desee manejar el rumbo de su vida al ser estos asuntos propios de su fuero, es decir, que nuestro Estado, mediante la mencionada Ley, respeta la decisión, o más bien, el consentimiento otorgado por el paciente a costas de que esa decisión pueda generarle un perjuicio al mismo titular del bien jurídico.

Lo antes mencionado resulta relevante para la presente investigación debido a que, para nuestra normativa, ese mismo argumento, el respeto por parte del Estado a la autonomía y libre autodesarrollo de la persona, no resulta aplicable para cuando un paciente, en pleno uso de sus facultades, quien sufre una enfermedad terminal con dolores intolerables, decide manifestar su decisión de querer finiquitar su vida al no considerarla digna, pese a que la acción recaerá sobre él mismo, no en un tercero y menos generará un riesgo para la salud pública infiriéndose así que se sobreprotege el bien jurídico vida al considerarlo como de interés social por lo que ostenta una protección sobrepasando así el Estado la esfera privada del interesado.

Esta problemática no queda aquí, sino que a pesar de percibirse una clara diferenciación respecto al tema de la importancia que le da nuestra normativa al consentimiento entre la LGS y el Código Penal, esta contradicción también está explícitamente expuesta en el artículo 15° numeral 3 de la Ley N°29414, en donde señala que se debe respetar la muerte natural de todo paciente.

De igual forma, lo antes expuesto se encuentra indicado en el Reglamento de la Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, en donde no solo indican el respecto al procedo de muerte natural, sino que, además, manifiesta (¿Cómo una exigencia?) la disponibilidad a la aplicación de cuidados paliativos en el último tramo de vida del paciente previo consenso indicando que cualquier conducta sea omisiva o comisiva que vaya en contra de lo antes expuesto, acarreará responsabilidad penal.

Entonces, la LGS, su modificación y el reglamento de esta última, exigen el respeto al proceso natural de la muerte de una persona encargándose el Código Penal de sancionarlo, esto es, que, si por ejemplo un personal de salud decide con consentimiento del titular del bien jurídico, en cualquiera de las modalidades de la eutanasia (en este caso la eutanasia activa directa), darle una dosis letal a una persona enferma terminal, con graves sufrimientos intolerables previo consentimiento dado por el interesado, este tipo de actuar estaría sancionado a pesar de que el fin no solo es un mero hecho de acabar con la vida de una persona, sino que es aguarda un móvil altruista, con la intención de que esta ya no sufra debido a que no puede vivir dignamente, mientras que si una persona que no cumple con ninguno de los requisitos exigidos por el 112° del Código Penal rechaza un tratamiento que puede poner en peligro su vida, el personal de salud que estaba a cargo de su caso se encuentra eximido de cualquier responsabilidad dado que el titular del bien jurídico emitió su consentimiento ¿es que acaso no existe una contradicción respecto a la importancia que se le da al consentimiento emitido por el interesado? Consideramos que sí, no puede existir en una propia normativa y más en el ámbito de salud esta grave contradicción respecto a la relevancia del consentimiento por parte del ciudadano y la interpretación antojadiza que se le otorga a la autonomía de la persona y su libre desarrollo dado que eso permitiría, o permite al estar vigente esta normativa, que se sancione actos que ostentan un fin benévolo no respetando el derecho al autodesarrollo de la persona en este tipo de situaciones tan excepcionales, mientras que por otro lado sí se valide el consentimiento a pesar de no encontrarse la persona en un grave estado de salud.

Otra de las carencias que se ha detectado en nuestra normativa peruana, como consecuencia de la Resolución emitida por el juzgado a favor de la ciudadana Ana Estrada a fin de que se le inaplique el artículo 112° del Código penal, es que no existe documento alguno que abarque la decisión del ciudadano respecto a la toma de decisiones cuando no esté en pleno uso de sus facultades, ello en contraste con las legislaciones extranjeras antes mencionadas, en especial Colombia - en donde ostentan una reglamentación en el que todo ciudadano pone en conocimiento al Estado respecto a la decisiones que este va a tomar cuando no se encuentre en las facultades para poder expresarlo, siendo un claro ejemplo el Documento de Voluntades Anticipadas (ahora DVA) o “instrucciones previas” en el cual se informa qué atención es que la que el paciente va a aceptar o rechazar con anticipación.

En el Perú solo existen dos tipos de “instrucciones previas” – conocidas también como voluntades anticipadas- tales como la 1. Ley N°29633, de fecha 14 de diciembre de 2010, la cual modificó diversos artículos del Código Civil en donde se nombra al “curador” como protector de la tutela del adulto mayor o incapaz y, a falta de este, la curatela corresponderá al cónyuge, a los padres, a los descendientes, entre otros (Ley N°29633); y 2. la Ley N°28189, “Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos”, de fecha 24 de febrero de 2004², la cual fue modificada mediante la Ley N°29471 “Ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos”, de fecha

²[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DD1DEA7AFEE1A30405257A86006203DC/\\$FILE/28189.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DD1DEA7AFEE1A30405257A86006203DC/$FILE/28189.pdf)

11 de diciembre de 2009³, y la Ley N°30473 “Ley que modifica los artículos 2, 3 y 4, y la disposición complementaria única de la ley 29471, ley que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos”, de fecha 07 de junio de 2016⁴, en donde se reglamenta la extracción de órganos y/o tejidos que provienen de la persona fallecida, mencionando que la decisión de todo ciudadano de donar no puede ser revocada por los familiares, sino solo por el propio donante, así como que el permiso para el procedimiento de la donación de órganos ya figura ante RENIEC siendo que incluso este solo puede ser revocado por el propio titular (donante) sin algún tipo de oposición de otros.

Conforme a lo antes expuesto, se divisa una escasez de documentos en donde el ciudadano pueda dar instrucciones previas para la toma de decisiones que este desearía que se realicen cuando ya no se encuentre en pleno uso de sus facultades, no solo hablando del tema de la eutanasia dado que solo se inaplicó el artículo 112° del Código Penal para la ciudadana Ana Estrada, mas no para todo el que desee acceder a este procedimiento, sino también para cuando una persona se encuentre internada de emergencia, entre otros a fin de evitar el uso del consentimiento hipotético y/o presunto.

Otro factor sustancial a indicar es que, en nuestro Código Penal Peruano, en su artículo 20° menciona un catálogo en donde una persona, que cumpla con alguno de estos requisitos, puede ser exento de responsabilidad siendo uno de ellos el consentimiento válido emitido por parte del interesado respecto de un bien jurídico de “libre disposición”.

Vislumbramos que aquí se encuentran tanto la ausencia de acción, causas de atipicidad, de justificación, así como de culpabilidad, de responsabilidad penal siendo una de ellas, en el numeral 10, el consentimiento válido otorgando por el titular del bien jurídico siempre y cuando este sea de libre disposición, esto es, que existe una restricción para el bien jurídico vida debido a que este es considerado como un bien jurídico indisponible; sin embargo, salta la interrogante ¿por qué motivo es que este bien sigue siendo considerado como un indisponible si es individual, solo le corresponde al ciudadano, mas no colectivo, en donde se protegen bienes independientes a la voluntad del interesado?

Se debe partir que, para la presente investigación, el bien jurídico vida es un bien jurídico individual por lo que le corresponde a cada persona en concreto decidir respecto al mismo no pudiendo existir una obligación por parte del Estado para el mantenimiento de la misma a costas de la voluntad del propio titular del bien jurídico, ello en aras de los derechos a la dignidad, autonomía y autodesarrollo de la personalidad y libertad que toda persona ostenta debido a que la justificación de su protección se basa en que el bien jurídico debe asegurar las condiciones mínimas de la libertad de todo ciudadano.

2.1.1.1. Construcción del concepto de eutanasia

³ <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29471.pdf>

⁴ <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-los-articulos-2-3-y-4-y-la-disposicion-co-ley-n-30473-1398360-1/>

Para poder darle una correcta definición de lo que implica el concepto de eutanasia, se debe señalar que, previo a la construcción de la misma, no se puede ignorar su estrecha relación con la muerte digna toda vez que, en base al contenido y sus límites de la antes mencionada, se podrá obtener una mejor noción. Se entenderá por esta como aquella muerte que es querida por un ser humano contando con todos los cuidados y alivios que le permitan fenecer al a persona sin dolencias, es decir, es una muerte digna dado que la finalización de su vida se debió a que el titular de esta, voluntariamente, procedió a tomar esa decisión estando a que se encontraba bajo sufrimientos (físico o psíquicos) y ante una situación en donde su padecimiento no tenía mayores alternativas de supervivencia o mejoría. Así, se incluye la potestad del titular del bien jurídico a disponer de su propia vida mediante los mecanismos siendo uno de ellos la eutanasia respetándose así la autonomía del interesado.

Entonces, el morir con dignidad, al encontrarse íntimamente relacionado con la autonomía de la persona para decidir sobre su vida en situaciones en donde se encuentre atravesando por un sufrimiento extremo, da pase a que, ante esta situación, opte por finiquitar con su deseo de vivir a través de diversos mecanismos siendo uno de ellos la eutanasia.

Como se observa, cuando una persona piensa en la eutanasia es porque ya no existe u ostenta una la calidad de vida y se presenta como una alternativa, con un fin altruista y de solidaridad, a fin de acabar con su propio sufrimiento. Todo ciudadano debe tener derecho de poder elegir la forma, la manera, el “cómo” acabar con su vida en determinadas y específicas situaciones en aras de salvaguardar la autonomía y autodesarrollo de interesado, esto es, es un derecho que nuestra autoridad estatal tiene la responsabilidad de tutelar respetando así la dignidad de cada uno. En ese sentido, bien lo dijo Morillas Cuevas (2001) que el quit el asunto no es si se debe matar o no a una persona, sino entre un encarnizamiento terapéutico o la tranquilidad de un fallecimiento pacífico.

De manera frecuente, se entiende por eutanasia como aquella muerte querida por una persona que cuenta con una enfermedad terminal y/o degenerativa la cual se encuentra pasando por intolerables dolores. Esta palabra proviene del griego *eu* que significa “bien” o “bueno” y *thanatos* que significa “muerte”; es decir, que la eutanasia es etimológicamente “buena muerte” entendiéndose como una muerte indolora.

Por ejemplo, para Romeo Casabona (1994, pág. 121), la eutanasia es el ocasionar la muerte a una persona que se encuentra padeciendo una enfermedad terminar o no reversible a fin de que esta no sufra siendo que este accionar es realizado con el consentimiento del mismo.

Por otro lado, el Institut Borja de Bioética de la Universidad Ramón Llull (2005) la define como aquella acción directa de un personal de salud (esto es, que el sujeto activo es especial), dirigida a generar la muerte de un tercero que se encuentra bajo una enfermedad que le produce sufrimientos intolerables y que no cuenta con mayor probabilidad de vida la cual es realizada estando a la

petición por parte del interesado de no finiquitar su vida de forma libre, sin vicio alguno y de manera constante.

De igual manera, Serrano Gómez la interpreta como «*una muerte sin dolor o con los menores padecimientos posibles*» (Serrano Gómez, 2004, pág. 64), mientras que Arocena complementa idea como aquella «*acción u omisión que, por compasión, priva de la vida a una persona que padece una enfermedad terminal, ante su sufrimiento y en virtud de su pedido expreso*». (Arocena, 2022, pág. 73)

En la misma línea, Roxin entiende por este término como «*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*». (Roxin, 2001, pág. 1)

Para Diez Ripollés, la eutanasia «*debe entenderse aquel comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves y/o le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado*» (Diez Ripollés, 1995, pág. 113)

Bajo la misma premisa, Jimenez de Asúa a define como «*la muerte tranquila y sin dolor, con fines libertadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales*». (Jimenez de Asúa, 1984, pág. 339)

Sin embargo, pese a lo antes expuesto, la Organización Mundial de la Salud (OMS), mediante su papel técnico: ética de la medicina y salud emitido en agosto de 1995 (Ethics of medicine and Helth), señaló que no existe una definición exacta señalando que esta va a variar de una persona a otra.

Debido a que existen diversas definiciones, se han encontrado varias características comunes entre ellas que coadyuvan a la creación de elementos necesarios tales como: «*voluntad clara del paciente de que se acabe con su vida, irreversibilidad de su enfermedad, con la consiguiente falta de alternativas, y sufrimiento, psíquico o físico (o los dos a la vez) insoportables*» (Sádaba, 2016, p. 57).

De lo antes expuesto, se puede extraer diversos elementos que recoge esta figura. El primero de ellos es que la finalidad de la aplicación de la eutanasia es la muerte, pero ello con un fin altruista; el segundo, que la persona en donde recae la acción (comisión) debe ostentar la característica de que mantiene una enfermedad irreversible; tercero, que la acción en sí la realiza una persona distinta sobre la que recae la acción; cuarta, que la solicitud por parte del interesado es libre y sin vicios; y quinto, el enfermo debe padecer intolerables dolores (psíquicos o físicos).

Para efectos metodológicos, y estando a los conceptos, características y tipos antes descritos, esta investigación entenderá a la eutanasia como:

“aquella acción (u omisión) realizada por un tercero, en concordancia con la voluntad (solicitud) libre, consciente y expresa del interesado quien padece una enfermedad incurable e intolerables dolores, que causa, sobre el interesado, la producción, anticipación o no aplazamiento de la muerte del titular del bien jurídico ante la falta de alternativas”.

2.1.1.1.1. Clases de eutanasia

Como ya se ha expuesto en el anterior acápite, existen diversos conceptos para definir lo que es la eutanasia siendo que la presente investigación ha recopilado las características más comunes de todos ellos para, en base a ello, proponer la hipótesis y fundamentar la respuesta aquí arribada. En ese sentido, para complementar con lo antes expuesto, se tiene que la eutanasia se divide en diversos tipos los cuales se pasarán a exponer a continuación:

2.1.1.1.1.1. En atención a la voluntad del paciente:

2.1.1.1.1.1.1. Eutanasia voluntaria

Se entenderá por eutanasia voluntaria como la acción (u omisión) ejecutada por el tercero en donde el titular del bien jurídico (enfermo terminal) ha expresado de manera clara, libre y explícita su deseo de morir, esto es, que la intención y/o idea proviene del propio titular del bien jurídico. Es aquella eutanasia en la que se ejecuta por única solicitud y/o manifestación de voluntad del interesado.

2.1.1.1.1.1.2. Eutanasia involuntaria/ no voluntaria

Se define como eutanasia involuntaria a aquella acción (u omisión) realizada por un agente (tercero), el cual puede ser un personal de salud, un familiar, entre otros, toda vez que nuestro código penal indica que puede realizarlo cualquier persona, en contra de la voluntad del titular del bien jurídico, del enfermo terminal, esto es, que se hace caso omiso al interés por parte del interesado de querer seguir manteniéndose con vida habiendo ello sido manifestado de forma expresa.

Mientras que la eutanasia no voluntaria se presenta cuando la persona no ha manifestado de manera explícita sus deseos o ganas de morir toda vez que este puede ser incompetente para emitirla (dado que puede ostentar una incapacidad), ser menor de edad o se encuentre en un estado permanente de inconciencia (por ejemplo, un coma permanente no reversible o un estado vegetativo de forma permanente), es decir, que se da cuando el interesado es sometido a este procedimiento sin este haber tenido la oportunidad de tener pleno conocimiento dado que, para ese momento, no se encontraba en capacidad para manifestar realmente su voluntad.

2.1.1.1.1.2. En atención a la intención del agente:

2.1.1.1.1.2.1. Eutanasia indirecta

Es la conocida ‘eutanasia paliativa’ toda vez que se encuentra entre la línea del tratamiento terapéutico y la eutanasia activa. Tal y como lo señala Castillo Alva (2008), en este caso se recuerda la regla inmemorial de la medicina de: «*curar a veces; aliviar, siempre*». Se le conoce como aquella en la que, por ejemplo, el agente (tercero) administra calmantes al titular del bien jurídico con la finalidad de calmar o atenuar los dolores del mismo siendo consciente que, con la aplicación de esta práctica, puede traer como efecto secundario la anticipación de la muerte (Salinas Siccha, 2018, pág. 204), es decir, que se configurará la antes mencionada cuando a un paciente, enfermo terminal, se le apliquen ciertos medicamentos paliativos que podrían acelerar la muerte del mismo siendo su finalidad de esta la disminución o el aliviar el dolor que padece el paciente producto de su enfermedad. Se observa, entonces, que se despliega dos efectos, el primero es la reducción del dolor del paciente – el sufrimiento- y el segundo *el acortamiento de la vida* (2008) como consecuencia del primero.

Este tipo de eutanasia es considerada como lícita y no merecedora de sanción jurídica penal sustentando su fundamento en que, primero, «*el deber de alargar la vida cede frente a la obligación de atenuar el sufrimiento del paciente*» (Castillo Alva, 2008, pág. 779), es decir, se le otorga una relevancia a la integridad y calidad de vida del paciente al ser esta parte de la dignidad del mismo. La finalidad del tratamiento aplicado por parte del personal de salud es la prevalencia de la calidad de vida. Entonces se propugna la idea de no exponer al paciente a sufrimientos y/o dolores insoportables pese a que con la aplicación de las ciencias médicas se evite la prolongación y/o acelere su muerte.

En segundo lugar, se debe tomar en consideración que para la aplicación de este tipo de eutanasia “paliativa”, el enfermo terminal – paciente – debe haber otorgado su consentimiento el cual debe estar debidamente informado sobre los beneficios y perjuicios de la aplicación de esta práctica médica. En ese sentido, en concordancia a la LGS y sus modificaciones (Ley N°29414), se observa que, en el artículo 15.4 de esta última, con relación al consentimiento informado, señala que se requerirá al paciente en cuestión su consentimiento previo, sin mediar algún vicio, para la aplicación de un procedimiento, asimismo, en los casos de intervenciones riesgosas, este mencionado consentimiento debe constar por escrito, lo antes mencionado guarda relación con el art. 4° del mismo cuerpo legal en donde indican que «*ninguna persona puede ser sometida a algún tratamiento médico sin consentimiento*». (Ley N°26842 – LGS, pág. 3) y 15.2 en relación al derecho que ostentará todo paciente para recibir información completa sobre su tratamiento y efectos secundarios. De lo antes mencionado se concluye que, siempre que se encuentre presente el consentimiento por parte del paciente, en aras de salvaguardar su autonomía, se permitirá la aplicación de tratamientos incluso invasivos que puedan generar la muerte de una persona.

De esta manera, se observa que tanto para el ámbito jurídico, médico y ético, es aceptada la relatividad del derecho a la vida siendo esta flexibilizada, ello en concordancia no solo con la autonomía que debería ostentar todo paciente (no solo en estos casos), sino también con los principios éticos del ámbito médico

tales como los principios de no maleficencia y beneficencia, caso contrario, se generaría un encarnizamiento terapéutico a través del cual se pretendería la prolongación de la vida del paciente en sufrimiento haciendo uso de cualquier medio a costas de su integridad y dignidad generándole así tratos inhumanos y/o degradantes por lo que para *«el Estado no puede ser indiferente a la calidad de vida del paciente terminal (...) la protección de la vida, por sí sola, no es suficiente ni agota el campo de lo que se exige de un Estado social de derecho. La vida es el presupuesto de la libertad y la realización de cada individuo»*. (Sentencia C-239, 1997)

Así, si el paciente fallece de forma indirecta por el tratamiento médico aplicado, debidamente consentido por el interesado, como lo es la eutanasia paliativa, no se estaría frente a una (en sentido estricto) deviniendo que la conducta carezca de relevancia jurídico penal y ello se debe, de cierta forma, al principio de doble efecto el cual es entendido como *«aquel principio de razonamiento práctico que sirve para determinar la licitud o ilicitud de una acción que produce o puede producir dos efectos, de los cuales uno es bueno y el otro es malo»* (Leiva López, 2013, pág. 517), es decir, *«que el acto que crea un riesgo de consecuencias adversas (acortamiento de la vida) sea «bueno» y quien actúa persiga esa finalidad buena (aliviar el dolor), que en conjunto es más relevante que el «efecto malo» (produciéndose el bueno antes del malo), la conducta es éticamente admisible»*. (Demetrio Crespo, 2022, pág. 124)

Se debe tener en cuenta la finalidad de aliviar los dolores o sufrimientos que pueda estar padeciendo el paciente para que se configure la eutanasia indirecta toda vez que, de no ser ese el verdadero motivo, se estaría concurriendo en un homicidio. Como señala Castillo Alva (2008), lo relevante para este tipo de eutanasia es que el personal de salud responsable del paciente debe elegir el procedimiento y/o tratamiento que genere en el paciente menos riesgos, pero a la vez, que garantice su mejoría.

2.1.1.1.1.2.2. Eutanasia directa

Cuando la acción por parte del agente (tercero), en concordancia con lo manifestado por el interesado, se dirige a causar – directamente- la muerte del enfermo por lo que introduce o administra alguna dosis para llevarla a cabo. Se considera eutanasia directa cuando la conducta realizada por el tercero se realiza mediante *«actos positivos»*. (Gálvez Villegas y Rojas León, 2017, pág. 662). En ese sentido, el propósito que la caracteriza es el de provocar la muerte al paciente a fin de que cesen los dolores intolerables, la acción aquí es finiquitar aquella vida que ha sido considerada indigna por el interesado.

2.1.1.1.1.3. En atención a la conducta que produce:

2.1.1.1.1.3.1. Eutanasia pasiva

Entendida como la «no realización o la retirada de tratamientos médicos curativos e, incluso, se abarca en este término a los cuidados paliativos (...) únicamente debería incluir las conductas omisivas» (Corcoy Bidasolo, 2016, pág. 116), es decir, que se presenta cuando no se acogen las medidas específicas para la prolongación de la vida del titular del bien jurídico ya sea «renunciando a un tratamiento, a su iniciación, una operación, a un medio o procedimiento cualquiera que aplazaría el momento de la muerte» dando lugar al proceso de iniciación de la muerte en sí. (Castillo Alva, 2008, pág. 784) Para Roxin (1999, ap. D), la eutanasia pasiva aparece cuando la persona que ostenta el deber de garante (personal médico o familiares) para con el paciente, omite mantenerlo con vida, es decir, que renuncia a la opción (¿acaso existe?) de algún tratamiento que podría haberlo alargado su mantenimiento.

Ahora bien, tipo de eutanasia, conforme lo indica Roxin (1999), en concordancia con Castillo Alva (2008) y Gálvez Villegas y Rojas León (2017), se aprecia en tres situaciones cuando: a. La decisión por parte del paciente es la de no prolongar su vida ya sea negándose a recibir tratamiento o detenerlo; b. Se ha prescindido de la decisión del paciente pese a que este ha manifestado su voluntad de adoptar las medidas para la prolongación de su vida; y c. Se ha prescindido de las medidas para la prolongación de la vida del paciente cuando este se encuentra incapaz de manifestar su voluntad.

Con relación al literal a, este es considerado como lícito para nuestro ordenamiento jurídico cuando existe, *a priori*, el consentimiento, sin mediar vicio alguno, emitido por parte del titular del bien jurídico, el cual debe ser capaz, a través del cual este decide ya sea renunciar al tratamiento o el cese del mismo. En ese sentido, en este caso se respeta la decisión tomada por el paciente, en concordancia con la autonomía que a este le reviste y a su derecho a la autorrealización, autodeterminación y autodesarrollo del mismo, es decir, que se respeta la autonomía de la voluntad del paciente.

Esta nueva idea de la “autonomía” proviene de la escuela utilitarista, influenciada por el liberalismo clásico, que, para no adelantar los argumentos a exponer en las posturas a favor del homicidio a petición, propugnó la idea de delimitar al Estado, con su manta autoritarista, de inmiscuirse en la esfera de autonomía del sujeto siendo que solo será justificable su intervención cuando, como bien lo explicó Stuart Mill (1985), la acción de un tercero genere un daño o perjudique a otro (siempre que este último lo considere así), de no ser el caso, las acciones ejecutadas dentro de la esfera de libertad del titular serán solo de la entera importancia de él mismo al ser este el dueño y señor de su independencia, infiriéndose que solo podrá intervenir cuando la conducta sea considerada dañina por parte del interesado y cuando dañe a otro, mas no cuando repercute en él mismo.

Es en base a este fundamento que la relación desigual existente entre médico-paciente, siendo el primero superior al segundo, empieza a modificarse a la fórmula de igualdad entre estos toda vez que al segundo se le reconoce que es una persona con derechos y libertades fundamentales, provocando que, en casos en donde se encuentre presente el consentimiento otorgado por el interesado, el personal médico y/o de salud ya no incurrirá en ninguna

responsabilidad penal siempre y cuando, previa a la toma de decisión de este, se le haya informado correctamente y en términos adecuados con relación a las consecuencias de la misma. Es así que, «*el ejercicio de la autonomía de las personas respecto de su salud, apunta que estas tienen el derecho de otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento*» (Leiva López, 2013, pág. 533)

Como se puede observar, el auge y respeto al consentimiento emitido por el interesado demuestra la visión neopersonalista que se cuenta en el ámbito médico siendo el ser humano, el ciudadano fin en sí mismo. «*la decisión de acortar la vida al apoyarse en una decisión libre y responsable del paciente vuelve el comportamiento impune*» (Castillo Alva, 2008, pág. 790) deviniendo en atípica dado que no se está generando un nuevo riesgo no permitido, sino que se deja de lado el riesgo que ya preexiste, esto es, que solo se podrá hablar de la comisión de un delito cuando se encuentre presente una obligación (deber de cuidado), exigencia que no existe cuando el propio paciente declina en la aplicación de un tratamiento (Corcoy Bidasolo, 2016, pág. 116).

Aunado a ello, lo antes mencionado también se encuentra debidamente avalado por la LGS en su art. 4° y la Ley N°29414, en su artículo 15.2°, en donde señala claramente que todo paciente tiene derecho a la renuncia de un tratamiento médico previa remisión de la información correspondiente con relación a los beneficios y perjuicios del mismo, lo cual guarda relación con los principios establecidos en el código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú como lo son la libertad, solidaridad y justicia en concordancia con el respeto de la dignidad del ser humano, su autonomía e integridad. De esta manera, al estar presente la dignidad, el personal de salud cuenta con la obligación ética de tratar al paciente, ya sea sano o enfermo, como un fin en sí mismo. Respecto a la autonomía, se adhiere al requerimiento del consentimiento informado previo a cualquier intervención y, con relación a la integridad, a respetarla.

En el mismo sentido, en el Proyecto del Código de Ética y Deontología aprobado por unanimidad por el Comité de Doctrina y legislación el pasado 10 de setiembre de 2021 indica, con relación a los principios éticos de la medicina, que esta se basa en los principios de autonomía, no maleficencia, justicia y beneficencia, por tanto, las decisiones tomadas por el personal de salud deben estar acordes a estos.

La pregunta que se realiza en esta investigación es ¿por qué motivo en los casos en donde la decisión tomada por el mismo titular del bien jurídico para la renuncia de un tratamiento sí es considerado válido en aras de salvaguardar la autonomía, correcta autorrealización de la persona a costas de no prolongar su vida, ya sea decidiendo no tratarse o interrumpir el mismo (siendo que la acción a fin de cuentas recaerá sobre él mismo), pero ello no puede ser aplicado para los casos de eutanasia activa en donde el paciente, a pesar de contar encontrarse en un estado de enfermedad crónica, sin salida alternativa, con intolerables dolores y que la acción final recaerá sobre el mismo?

Con relación al literal b., en estos casos, existe una interrupción del tratamiento “unilateral” dado que se aquí el paciente 1) ha manifestado su deseo de adoptar

un tratamiento o prolongarlo o 2) no ha manifestado nada al respecto; sin embargo, se opta por no iniciarlo o interrumpirlo de forma unilateral haciendo caso omiso a la manifestación de voluntad del titular del bien jurídico siendo que la conducta ya no se configuraría como una eutanasia pasiva, sino que encajaría en el tipo penal de homicidio por omisión impropia (comisión por omisión) dado que con su no hacer genera un hacer, esto es, la muerte del paciente. Claro está que, para el ser el accionar una omisión (impedimento de iniciar o interrumpir el tratamiento), el agente debe ostentar un deber de garante, lo que implica que el paciente debe estar al cuidado de un tercero, ya sea personal médico, familiares, entre otros. Como señala Castillo Alva (2008):

«El deber jurídico de asistencia y protección a la vida surge cuando a persona necesitada de tratamiento posee una relación especial de dependencia, dada su vulnerabilidad, con un tercero (médico, enfermo, personal sanitario o familiar). De tal modo que, si el médico u otra persona no asume voluntariamente el tratamiento, no puede estar obligado a su ejecución. De allí que el deber de iniciar el tratamiento y de informar su desarrollo aparece una vez aceptado el convenio de servicios profesionales (...) dicho deber se configura cuando el paciente o sus familiares confían y dejan al cuidado del médico o del personal sanitario al enfermo y prescinden de los servicios de otros médicos». (2008, pág. 792)

No obstante, la posición de garante no se presentaría cuando el personal de salud y/o médico decide no realizar el tratamiento o prolongar la vida del paciente pese a su voluntad al observar que este no generaría ningún bienestar o mejora al antes mencionado, es decir, que es, en sí mismo, inútil, en estos casos se habla de un límite al deber de tratamiento médico conforme a la *lex artis*, por ende, la conducta devendría en atípica.

Los tratamientos a aplicar deben ser en irrestricto respecto a los principios de beneficencia, no maleficencia, de dignidad y una calidad de vida, toda vez que, de no tomar en consideración esto último, se estaría realizando un encarnizamiento terapéutico dado que no se encuentra vigente alguna obligación que permita mantener con vida a una persona bajo cualquier medida. Así, las decisiones tomadas por el personal médico para la continuación de la vida no deben ser determinados *«con la eficacia de los artificios, sino con el respeto a la vida y a la dignidad de la persona»*. (Roxin, 1999, núm. 2)

Finalmente, el literal c. hace alusión menciona los casos en donde se prescinde de las medidas para la prolongación de la vida del paciente cuando este se encuentra incapaz de manifestar su voluntad tales como cuando, por ejemplo, el paciente se encuentra en un coma profundo (lo cual no implica que la persona haya fallecido toda vez que no existe muerte cerebral). En estos casos el actuar idóneo por parte del personal de salud vendría a ser el evaluar los criterios y pautas que podría haber tomado el paciente, es decir, tomar en cuenta sus *«manifestaciones previas del paciente, sean orales o escritas, sus convicciones religiosas, sus creencias y valores personales, su expectativa de vida de acuerdo con su edad y la gravedad de su padecimiento»* (Castillo Alva, 2008, pág. 796). No se puede optar como primera opción la interrupción del tratamiento, sino que

debe agotarse todas las vías previas a fin de que el personal médico pueda obtener, determinar y precisar cuál vendría a ser la voluntad (consentimiento) presunto del paciente, es decir, cuál vendría a ser su decisión si estuviera consciente de la decisión.

Para la presente investigación se entiende que para la toma de decisión se debe evaluar si existe o no alguna medida alternativa para prolongar la vida del paciente que lo beneficie en sentido estricto y no le genere sufrimiento alguno, ello en completo respeto a los principios de la medicina, toda vez que, de no presentarse esta situación y de querer mantenerlo con vida a costas de su calidad de vida, entendida esta como *«la percepción que una persona tiene de su situación de vida, en relación con su contexto (cultura y sistemas de valores), sus objetivos, aspiraciones y preocupaciones. Para valorar la calidad de vida se debe tomar en cuenta: el estado de actividad física, la funcionalidad, el estado psicológico del paciente, la capacidad para mantener relaciones afectivas interpersonales y el propio juicio de sí mismo»* (Documento Técnico: Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas en el Perú 2021 – 2023, 2021, pág. 7 y 8), se devendría en la mala aplicación de la distanasia conforme lo hemos explicado en párrafos previos. Estamos de acuerdo con Gonzales García (2017) quien manifestó que no se está frente a una creación de riesgo no permitido y/o peligro de una vida toda vez que se quiere mantener con vida a una persona que solo respira por estar conectada a un artefacto artificial y que, de desconectarse, no podrá seguir viviendo.

Recordar que el objetivo de la medicina ya no es naturalístico, esto es, el mantener, a toda costa, la vida de la persona, sino el generar su autorrealización. De esta manera, bien lo dijo Eser (2001), la exigencia de mantener con vida a una persona culmina donde esta, debido a la pérdida permanente de sus capacidades, ya no pueda autorrealizarse.

De debe dejar constancia que, en estos casos en concreto, esto es, cuando no se encuentre presente la manifestación del paciente al encontrarse inconsciente, no existe en sí una voluntad en sí misma en concordancia con su autonomía, sino que lo que se pretende de alguna manera es *«una construcción normativa, mientras que el consentimiento efectivo es una manifestación de voluntad»*. (Roxin, 2006, pág. 765)

2.1.1.1.1.3.2. Eutanasia activa

Este tipo de eutanasia implica la provocación del fallecimiento del paciente que ha sido solicitado de manera explícita por este, esto es, que se basa en realizar conductas que pretendan ejecutar y/o concretar la muerte del titular del bien jurídico a fin de culminar con su sufrimiento, *«la acción consiste en producir (...) la muerte de la persona que agoniza o sufre. Lo que aparece es un nuevo curso causal que, ya sea de manera independiente o sobre la base de la acción, preexistente, genera de manera directa e inmediata la muerte del afectado»* (Castillo, 2008, pág. 809 y 810).

En el caso de la eutanasia activa, lo que se busca es el acortamiento efectivo de la vida del paciente con un “hacer”, esto es, la acción es ‘positiva’, siempre y cuando se encuentren presentes los requisitos estipulados en el artículo 112° de nuestro cuerpo jurídico penal, siendo esta distinta a la pasiva recayendo esta diferencia en si el sujeto activo causa o no la muerte en el titular del bien jurídico, es decir, mientras la conducta de la activa se encamina a matar; la pasiva se dirige al no impedimento de la muerte siendo la distinción entre ambas «*material y valorativa (no meramente naturalística)*» (Diaz García y Barber Burusco, 2012, pág. 123). Este es el tipo de eutanasia que se considera merecedora de sanción y el objetivo de la presente investigación

2.1.1.2. Otros conceptos de eutanasia

A fin de no dejar algún cabo suelto con relación a las diversas concepciones que ostenta la figura materia de investigación, se ha optado por dar una breve descripción de estas a fin de evitar futuras confusiones conceptuales.

La primera de ellas vendría a ser la “eutanasia” eugenésica, económica o social que, etimológicamente significa *eu* (buen) y *génesis* (nacer), la cual se caracteriza por aquella acción que se genera la muerte del titular del bien jurídico, esto es, del enfermo terminal; sin embargo, se diferencia de la eutanasia u homicidio a petición toda vez que el fin de este último es un fin altruista en dar una muerte digna a un paciente que se encuentra sufriendo intolerables dolores y que no cuenta con mayores alternativas médicas para salvar su vida, mientras que el homicidio eugenésico se basa en el exterminio, conforme lo señala Salinas Siccha (2018), de aquellas personas que, para el contexto histórico, no tienen valor siendo su máximo esplendor los campos de concentración en la Segunda Guerra Mundial.

Tomas Gálvez y Rojas León (2017) indica que este tipo de homicidios, conocidos también como profilácticos, contaban como fin la mejora de la raza lo cual permitió la realización de actos catastróficos y genocidas siendo totalmente contrario a la eutanasia en sí toda vez que aquí el fin último es uno altruista, uno de no sufrimiento, de no maleficencia.

Aquí lo relevante es la eliminación de personas mayores de edad, entiéndase por ancianos, inválidos, personas que no son de *raza* toda vez que su sustento se vuelve costoso y no tienen “utilidad” exentas de algún valor vital.

Por otro lado, se tiene la ya conocida distanasia o encarnizamiento terapéutico que proviene del griego *dys* (malo) y *thanos* (muerte) la cual hace alusión a la prolongación de la vida en donde se utilizará todo tipo de medios disponibles a pesar de que se tenga conocimiento que no se tiene alguna otra salida medica no tomando en consideración los beneficios o perjuicios que afectarían al titular del bien jurídico, perjudicando la vida, la salud y transgrediendo la dignidad del paciente.

Finalmente, un punto relevante que se mencionó en párrafos anteriores, es el abordaje que se le otorga a los o la conocida “ortotanasia” la cual deriva de la raíz *orthos* “recto” y *thanatos* “muerte”, la cual defiende el derecho a morir de manera

digna en donde se le otorga los mejores cuidados al paciente en sus últimos días de vida. Actualmente, al término antes mencionado ha ido evolucionando hasta denominarse Cuidados Paliativos entendiéndose por estos, según la Organización Mundial de Salud (OMS), como la *«prevención y el alivio del sufrimiento a través de la detección temprana y correcta evaluación, el tratamiento del dolor y otros problemas que pueden ser físicos, psicológicos o espirituales»*. (OMS, 2016)

Aterrizando en el caso peruano, el pasado 26 de julio de 2021, se publicó la Resolución Ministerial N°9392021/MINSA, a través de la cual se aprobó el “Documento Técnico: Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas en el Perú 2021 – 2023” definiendo a los cuidados paliativos (entendidos como una forma de eutanasia indirecta) como aquel cuidado que se otorga tanto a los pacientes como a sus familiares que sufren de una enfermedad degenerativa, incurable que acorta o limita su vida. Asimismo, estos cuidados se desprenden en básicos, domiciliarios, intermedios y especializados lo que indica que va a ir variando su aplicación dependiendo de la gravedad, tipo y/o fase en que se encuentre la enfermedad del paciente.

Estos cuidados paliativos procurarán tanto la optimización de la calidad de vida del paciente en sus últimos momentos, como la prevención o paliación del sufrimiento que conlleva, *«los CP reafirman el valor de la vida, y reconocen que la muerte es parte del proceso normal de todo ser humano, y en este sentido, brindan el acompañamiento necesario, sin pretender acelerarla o retardarla, evitando el sufrimiento innecesario y respetando la dignidad de la persona hasta el desenlace final. Los cuidados paliativos no terminan con la muerte de la persona, sino que continúa con el soporte del duelo a la familia»*. (Documento Técnico “Bases Conceptuales para el ejercicio de la Rectoría Sectorial del Ministerio de Salud, 2020, pág. 11)

2.1.1.3. Eutanasia prohibida: a propósito del artículo 112° del Código Penal

Ahora bien, como ya ha sido mencionado en el acápite anterior, tanto la eutanasia indirecta como la pasiva son consideradas lícitas y aceptadas moralmente por la sociedad por lo que el tipo de eutanasia en sí a tratar en la presente investigación, por la misma tipificación del tipo penal, y que vendría a ser la más problemática, es la eutanasia activa directa (artículo 112° del Código Penal) en donde la manifestación de la voluntad del paciente – vale decir, el consentimiento – tomará la posición de figura esencial para eximir de responsabilidad, ya sea como una causa de atipicidad o justificación conforme se desarrolle en la presente investigación, al sujeto activo que realice la acción consentida.

El delito de homicidio a petición se encuentra tipificado en el artículo 112° del Código Penal en donde el verbo rector aquí es el de “matar” por parte de un tercero a una persona, enfermo incurable, que ha manifestado su voluntad de finiquitar con su vida a fin de acabar con los dolores intolerables, ello, aunque no se encuentre debidamente redactado, en concordancia con la exposición de motivos del Código Penal del 1991.

A continuación, se procederá a realizar un análisis de los elementos típicos del ilícito penal materia de investigación a fin de plantear las bases teóricas para el desarrollo de la hipótesis correspondiente.

2.1.1.3.1. Elementos típicos

2.1.1.3.1.1. Bien jurídico tutelado

Al estar el artículo 112° en el acápite de delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, aquí el bien jurídico tutelado es la vida humana independiente.

2.1.1.3.1.2. Sujeto activo y pasivo

Para el artículo 112°, conforme lo indica el propio tipo penal, inicia con un “el que”, esto es, que es un delito común dado que cualquier persona puede cometer el ilícito en cuestión ya sea que pertenezca al personal de salud o sea su pariente. Quien realiza la acción final es el agente activo una vez cuente con el consentimiento capaz, libre y expreso del sujeto pasivo.

El sujeto pasivo vendría a ser el paciente con los requisitos que ostenta el art. 112° del nuestro ordenamiento jurídico penal, esto es, que padezca de una enfermedad incurable que solicita al autor, de manera expresa y libre, acabar con su vida a efectos de poner fin a sus intolerables dolores. Como lo señala nuestro propio código penal, para que una persona pueda ser el sujeto pasivo en este ilícito penal, se requiere de tres requisitos: que sea un enfermo incurable, que se encuentre bajo intolerables dolores y que esté consciente para emitir su voluntad de querer finiquitar con su vida.

2.1.1.3.1.3. Conducta activa y omisiva

El artículo 112° del Código penal, en donde se describe el homicidio piadoso, hace alusión al verbo rector “matar”, es decir, el dar muerte a una persona. Ahora bien, al igual que en otros tipos penales circunscritos en el catálogo de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, no se menciona en ningún momento el modo en cómo se puede lesionar el bien jurídico vida. En ese sentido, tal y como está redactado en nuestro cuerpo legal, no se ha optado por un tipo específico de eutanasia por lo que se infiere que aborda tanto a la eutanasia activa, como pasiva e indirecta no viéndose, primigeniamente, que estas dos últimas conductas también estén sancionadas; sin embargo, debe tomarse en consideración que nuestro cuerpo legal indica, entre otros elementos del tipo, que el titular del bien jurídico solicite *expresa y conscientemente* su voluntad a un tercero de querer finiquitar con su vida con lo que se excluye, de cierta manera, la eutanasia pasiva toda vez que el interesado debe encontrarse consciente a fin de consentir libre y de forma expresa su voluntad.

Lo antes mencionado no implica que las personas (enfermos – pacientes) que se encuentren inconscientes, v. gr. estado de coma profundo, no estén bajo sufrimientos intolerables, por lo que, en los casos como el antes mencionado se recurriría las voluntades anteriormente emitidas por el paciente, las posibilidades de recuperación debidamente sustentadas por informes médicos y, de no encontrarse una respuesta médica positiva, el personal de salud podría aplicar la llamada eutanasia pasiva, esto es, la no adopción o supresión de medidas para la prolongación de la vida del paciente ello sin que acarree responsabilidad penal alguna toda vez que se estaría actuando conforme a la *lex artis* médica y los principios de la medicina tales como la no maleficencia y beneficencia, caso contrario, el actuar devendría en un encarnizamiento terapéutico.

Tanto la eutanasia pasiva (el no aplicar medidas para prolongar la vida, así como interrumpirlas) como indirecta (el fin es la búsqueda de aliviar los dolores más no la muerte) son consideradas lícitas y aceptadas moralmente por la sociedad, ello, siempre y cuando, se encuentre acorde a la *lex artis* médica, la autonomía del paciente (que genera una renuncia al deber de garante no creándose ningún riesgo deviniendo la conducta en atípica), el consentimiento informado, entre otros los cuales ya han sido desarrollados.

Es así que, para un correcto análisis, la problemática se circunscribe en el actuar positivo, es decir, activo directo lo que implica una comisión por parte del agente de realizar la conducta tipificada en el artículo 112° el cual es el matar guiado y/o motivado por el sentimiento de piedad.

Un punto a resaltar en este numeral es la diferenciación, que a simple vista resulta teóricamente posible de entender, del tratamiento que se le otorga a la eutanasia pasiva e indirecta con la activa toda vez que estas, ya sea por la aplicación de la *lex artis* médica, la autonomía del paciente, en donde se despliega el consentimiento otorgado por este, son aceptadas no solo en el ámbito jurídico-penal, sino también en la esfera ética de la sociedad, es decir, que a pesar de que todas estas, de manera directa o no, ostentan el fin de finiquitar la vida, se fundamentan en la autonomía del paciente para evitar la responsabilidad penal. Por un lado, la eutanasia pasiva y la indirecta son consideradas no solo lícitas, sino atípicas, esto es, que no vulneran el bien jurídico vida en salvaguarda de la autonomía de la persona mientras que la activa es sentenciada como abusiva merecedora de una sanción, a pesar que en este caso también se emite una manifestación de voluntad a favor de finiquitar su vida en completo respeto a la autonomía de la persona siendo ambas acciones (hacer y no hacer) se fundamentan de igual manera, pero mantienen un tratamiento diferenciado. Se entiende que el matar (acción activa) es más grave que el “dejar morir” o el “aplicar medidas paliativas pese a las posibles consecuencias de muerte” (pasiva e indirecta); sin embargo, se deja de lado que al final de cuentas tanto el hacer como el no hacer con acciones igual de conscientes.

2.1.1.3.1.4. Enfermedad incurable

El mismo tipo penal indica una serie de requisitos que debe ostentar el titular del bien jurídico siendo uno de ellos que este sea un *enfermo incurable*. La pregunta

a realizarse es qué se entiende por “enfermo” y por “incurable”, ello a fin de delimitar los diversos casos que se presenten.

Para delimitar el concepto de “enfermedad”, se debe tener en claro lo que implica “salud”, al ser esta su contraparte. Ahora bien, para la Organización Mundial de la Salud, salud es aquel «*estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*» (Constitución de la Organización Mundial de Salud, 1946, pág. 1) de lo cual se infiere que, de existir un cambio o «*alteración del normal funcionamiento de organismo humano que supone un menoscabo a la salud*» (Castillo Alva, 2008, pág. 816) devendría en enfermedad. Si bien este concepto es sumamente amplio, resulta necesario limitarlo a efectos de que no cualquier conducta encaje con el tipo penal en cuestión. Esta alteración y/o cambio mencionado correspondería a la presencia de una enfermedad la cual supone un desequilibrio que ha sido causado ya sea por el propio individuo (enfermedad genética), por factores externos (accidentes u otros eventos fortuitos) o la presencia de ambos factores.

Ahora bien, para que esta enfermedad pueda considerarse como elemento típico del artículo 112° debe ostentar la característica de ser *incurable*, esto es, que el paciente no tenga alguna salida alternativa para su mejora o recuperación no habiendo cura alguna lo cual debe estar debidamente sustentado con un diagnóstico por parte del personal de salud haciendo caso omiso a la opinión otorgada por terceros que no pertenezcan a la rama de los galenos. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico- penal ha optado correctamente en no definir de manera estricta los términos antes mencionados siendo que cada caso en concreto debe ser evaluado por el personal médico para ser valorado objetiva y subjetivamente.

Resulta necesario mencionar que el Código penal no habla en sentido estricto de una enfermedad mortal lo cual implica que para el término “incurable” la muerte del paciente no sería próxima o esperada. De ello se infiere que, para nuestra normativa resulta innecesario, *primigeniamente*, si la muerte se producirá o no en corto término, más aún porque el ámbito correcto para la determinar cuándo el paciente se encuentre en dicho estado le corresponde al ámbito médico.

Es así que, Mendoza Cruz (2014) en un intento de encontrar una salida acorde a nuestro ordenamiento jurídico con relación al término “enfermedad incurable”, indica que, el homicidio piadoso no se correlaciona con la eutanasia voluntaria toda vez que la acción recae sobre un “enfermo incurable” cuya definición es mucho más amplia que el enfermo terminal estando a que no toda enfermedad incurable es terminal (por ejemplo, la diabetes) (pág. 39).

Ante ello, el MINSA definió como enfermedad terminal y/o avanzada como aquella «*enfermedad incurable, avanzada y progresiva, con pronóstico de vida limitado, escasa posibilidad de respuesta a tratamientos específicos, evolución de carácter oscilante y frecuente crisis de necesidades, intenso impacto emocional y familiar; repercusiones sobre la estructura cuidadora, y alta demanda y uso de recursos*» (Bases conceptuales, 2020, pág. 9) (el subrayado es nuestro)

Realizando una inferencia, si bien es cierto que no toda enfermedad incurable es terminal, se debe precisar que, para el cumplimiento del tipo penal en cuestión, es necesario que el personal médico realice un análisis en cada caso en concreto a efectos de determinar si la enfermedad incurable ostenta alguna salida alternativa u otro tratamiento, de ser el caso, resulta a simple vista que no cumple con los requisitos estipulados por lo que la conducta accionada por el agente devendría en un homicidio simple. Aunado a ello, se debe tomar en consideración lo indicado por Hurtado Pozo (1995) quien manifestó que el término “incurable” es relativo toda vez que este debe ser evaluado conforme al contexto social y particular de cada paciente. Es muy probable que una enfermedad sea tratable en la capital más no en otra provincia ya sea por falta de implementos, financiamiento, entre otros.

La diferencia en sí recae, no en que el homicidio piadoso no se identifique con la eutanasia - cuestión que sí se cumple conforme al concepto que se utiliza para la presente investigación toda vez que la relación en sí relevante depende de la ausencia de medidas para una mejora o curación del paciente - sino en la proximidad en que se encuentre la enfermedad para con la muerte, es más, en la misma normativa médica se habla de un “pronóstico de vida limitado” no señalándose en ningún momento plazo alguno siendo este determinado previa revisión médica conforme a cada caso en específico lo cual se encuentra influenciado también de factores externos como lo social (el lugar en donde esté llevando el tratamiento, entre otros) y particular (acceso a mayores recursos para su prolongación).

No podemos señalar que el homicidio piadoso no se condice con la eutanasia solo basándonos en la diferencia conceptual de “terminal” e “incurable”, siendo el segundo género y el primero, especie, haciendo caso omiso a la opinión del personal médico a cargo de cada caso en concreto, siendo que este tipo de argumento para generar tal división deviene en simplista al no tomar en consideración demás factores externos que determinan la acción generada por el agente.

Si bien nuestra normativa no señala que debe tratarse de una enfermedad terminal, se entiende, aplicando una *interpretación teleológica*, que no cualquier enfermedad podrá justificar la aplicación de este tipo penal, comprendiéndose así, por ejemplo, a las personas que sufren diabetes, cáncer, entre otros las cuales no se encuentran en un estado avanzado.

Como se observa, las enfermedades antes mencionadas pueden ser atendidas por otras alternativas y que, si bien son incurables, no son consideradas como terminales (dependiendo del estadio y de la evaluación médica de cada caso en concreto), por tanto, no se les podría aplicar la eutanasia, no al menos en las fases en donde existan algún tipo de tratamiento. Se van a considerar aquí a aquellas personas que sufren «*una enfermedad en la que el proceso mortal ya no puede frenarse de forma determinante por la acción médica*». (Mapelli Caffarena, 1988, pág. 853-854)

En ese sentido, se entenderá por enfermedad incurable a la inexistencia de «posibilidad de curación y hay certeza, o por lo menos probabilidad, de que dicha

dolencia persista por el resto de la existencia del paciente». (Diez Ripollés, 1997, pág. 233) (el subrayado es nuestro)

2.1.1.3.1.5. Dolores intolerables

Para el tipo penal en cuestión, no basta con el titular del bien jurídico se encuentre padeciendo una enfermedad incurable, sino que, además, debe presentar dolores intolerables o insoportables.

Al igual que con el difuso término de enfermedad incurable, se encuentra también el de “dolores intolerables”. Esta “falta” de claridad generada por parte del legislador se debe a que no corresponde al ámbito jurídico delimitarla, puesto que, de hacerlo, no se podrían abarcar todos los casos específicos que se presenten. Para realizar un correcto análisis debemos partir los términos “dolor” e “intolerable”.

Ahora bien, no resultaría correcto solo conceptualizar el término “dolor” a los padecimientos (sufrimientos) netamente físicos, por ejemplo, dolores musculares, entre otros, sino que se debe tomar en consideración también los psicológicos o psíquicos los cuales, teniendo como punto de partida la enfermedad incurable – ya sea ocasionada hereditariamente o por factores externos –, origine en la mente del titular del bien jurídico una afectación o alteración que genere un deterioro en su salud y, por consiguiente, en su calidad de vida pudiendo poner «*en cierto riesgo el normal funcionamiento del organismo en tanto sistema psico-somático*» (Medina Frisancho, 2010, pág. 8) más aún cuando solo este último conoce a ciencia cierta la intensidad de sus dolores y los efectos que acarrearán.

Es necesario precisar que en los casos como lo son los homicidios a petición – eutanasia – no podemos realizar una interpretación cerrada toda vez que las personas que se encuentran padeciendo una enfermedad incurable – e incluso terminal – su sufrimiento físico se encuentra vinculado al ámbito psicológico resultando un sin sentido el dividir el dolor – en físico y psicológico – cuando ambos son afines. Estos dolores intolerables tienen que ser entendidos de forma funcional dado que el sufrimiento psicológico también puede modificar los objetivos de la propia persona de forma negativa.

Por otro lado, con relación al concepto de “intolerable”, al ser este un término con alto nivel de subjetividad, al igual que la dolencia, es el paciente quien conoce su tolerancia a los padecimientos; no obstante, al ser este un requisito objetivo del tipo penal, se deberá determinar de manera objetiva encomendándose esta labor al personal médico quien, mediante el estudio del caso en cuestión, concluirá si la persona efectivamente se encuentra sufriendo intolerables dolores o no. Resulta necesario precisar que, más aún en los enfermos terminales, el dolor que sienten, tiende a ser manifestados.

Coincidimos con Castillo Alva (2008) quien indicó que, para los casos de homicidio piadoso, conforme lo prescribe nuestra normativa, el sufrimiento intolerable debe ser a consecuencia de una enfermedad incurable por lo cual, para analizar el dolor, este debe ser valorado concretamente dependiendo de cada caso en concreto.

Esto es, que además de las dolencias que pueda estar pasando el interesado, también se deberá interpretar qué tipo de enfermedad este ostenta – tomando en consideración que existe un sinnúmero de enfermedades incurables -, cómo reacciona su organismo, en qué etapa se encuentra la misma, entre otros. En ese sentido, si bien el fuero subjetivo de la psique del interesado no es de libre acceso, es importante resaltar que el personal médico, en base a su experiencia, puede conocer los efectos de estas y cómo actúan en los cuerpos por lo que cada caso debe ser analizado de manera específica, ello a efectos de evitar arbitrariedades siendo distinto, por ejemplo, una persona con cáncer terminal con intolerables dolores, a una que se padezca de diabetes, pero que sea adicta a los opioides por lo que sentirá los dolores con mayor agudez por su adicción pudiendo paliarlo con otros medicamentos.

En ese sentido, se infiere que este vendría a ser un elemento objetivo del tipo penal dado que, si el paciente cuenta con una enfermedad incurable (terminal), más no está sufriendo, no estaremos ante la figura del homicidio piadoso.

2.1.1.3.1.6. Solicitud expresa y consciente

Si bien el tipo es general y no señala qué clase eutanasia se está tomando en consideración, se deja constancia que, conforme a las definiciones abordadas por esta investigación, la eutanasia sancionada en el artículo 112° del Código Penal (tras la evaluación de los otros tipos y su relación acorde con la autonomía del paciente, *lex artis*, entre otros) es la *eutanasia voluntaria* (al estar el enfermo incurable consciente de la decisión que está tomando) *activa* (al ser la eutanasia pasiva lícita en nuestro país en aras de salvaguardar la autonomía de la persona) *directa* (al entender que la indirecta no está dirigida a finiquitar la vida del paciente, sino de aliviar los dolores intolerables que este sufre siendo que la muerte puede ser una consecuencia de este accionar y el principio de doble efecto).

Uno de los requisitos típicos que se exige para el cumplimiento de este tipo penal es que el paciente emita su manifestación en el sentido de solicitar de manera expresa y consciente a un tercero para que finiquite su vida a efectos de ponerle fin a sus intolerables dolores, esto es, que para este delito “privilegiado”, el cual sanciona con una pena privativa de la libertad no mayor de tres años, es sumamente relevante la emisión de la voluntad del paciente de querer finalizar su vida y que esta sea brindada en un ambiente libre y sin vicios. Como indica Demetrio Crespo (2022) «*un tratamiento médico sin consentimiento podría conducir al facultativo a responder penalmente por delito doloso de lesiones o, al menos, de coacciones, aun cuando se lleve a cabo respetando la *lex artis* y haya mejorado su pronóstico de vida*» (2022, pág. 127)

Ahora bien, para entender este elemento típico, como primer punto, se tiene que debe existir una *solicitud* entendiéndose por esta como la «*la petición formulada por quien sufre la enfermedad incurable en el sentido que se ponga fin a su sufrimiento insoportable*» (Castillo Alva, 2008, pág. 819), esto es, que no solo es la manera aceptación por parte del enfermo incurable (agente pasivo), sino que este emitirá una decisión de su voluntad. Por tanto, para el caso del ilícito penal materia de investigación, resulta de especial relevancia la voluntad manifestada

del agente pasivo toda vez que este será el punto de partida para su concreción y ello porque, conforme se detallará en el desarrollo de posteriores capítulos, la exteriorización de su voluntad, esto es, el consentimiento generará que la conducta sea aceptada dentro de su esfera personal y, por ende, exima de responsabilidad a los terceros que lo realicen deviniendo la conducta en atípica. Bien lo manifestó Mir Puig (2006) quien señaló que la aquiescencia del titular del bien jurídico influenciará de forma objetiva en el hecho “ilícito”.

Como señala Gonzales García (2017), el que se le requiera al interesado que emita su consentimiento no es más que otra forma de evitar situaciones en donde este se encuentre presionado y/o coaccionado por terceros.

Se entiende que esta petición debe haber sido solicitada y haberse originado en el mismo sujeto pasivo, la iniciativa debe provenir de este y que, aunado a ello y siguiendo la línea de los requisitos del consentimiento, debe haberse emitido antes de la acción o, de ser el caso, simultánea. El consentimiento posterior a la acción (refiriéndonos de manera dogmática) deviene en inválido y no se subsume en el tipo penal del 112°.

Esta solicitud – entendida también como el consentimiento otorgado por el paciente-, como lo veremos más adelante, ostenta requisitos (los cuales ahondaremos en el siguiente capítulo) que deben ser cumplidos para ser considerada como válida tales como que debe ser emitido de manera *expresa y consciente*.

Cuando se hace referencia a que la voluntad del paciente debe ser *expresa*, implica que el consentimiento tácito no cuenta con relevancia jurídico-penal para determinar si la conducta puede ser subsumida en el tipo penal o no excluyéndose así del ya conocido consentimiento presunto lo cual implica, según cómo se encuentra tipificado nuestro cuerpo legal, que las personas que ostentan alguna enfermedad con intolerables dolores que no se encuentran capaces, o se mantienen en algún estado vegetativo no podrían adecuarse para este tipo penal.

Aquí la voluntad del paciente debe ser suficiente como para que se le considere como expresa y sea entendida por terceros la cual puede adoptarse de forma oral u escrita, lo importante aquí es que se demuestre el deseo del paciente de querer finiquitar su vida dejando sin lugar a dudas su decisión.

Resulta necesario manifestar que actualmente nuestro país no cuenta con los llamados “Documentos de voluntades anticipadas o previas” en donde el paciente puede señalar cómo, en qué momento y bajo qué circunstancias desea morir, solo en la Ley N°26842 (Ley General de Salud) y la Ley N°29414 (Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud) se indican que el paciente debe estar debidamente informado, esto es, los beneficios y perjuicios que puede acarrear una práctica médica para que tome una decisión debidamente informado, mas no se hace mayor ahondamiento con relación a las últimas decisiones del interesado lo cual, para esta investigación, deviene en una completa falta para con los intereses del titular del bien jurídico siendo necesaria la implementación de declaraciones previas o anticipadas la cual no acarrearía ninguna problemática con la solicitud dada por el antes mencionado toda vez que,

mientras este se encuentre consciente, será él quien manifestará las decisiones sobre su cuerpo siendo que la voluntad anticipada se activará cuando este haya perdido la consciencia o esté próximo a, ello a efectos de que, cuando se encuentre en un estado de inconsciencia, la decisión tomada sea a favor del mismo titular, *«cuando se carece del consentimiento del paciente, ya sea actual o previo, la sustitución de este por el de la familia no parece una solución adecuada con carácter general, (...) la prestación del consentimiento por representación sea adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal»* (Demetrio Crespo, 2022, pág. 127)

Además de ser expresa, debe haberse sido manifestada de manera *consciente* lo cual, de prima facie, indica que el tipo penal no abarca los casos de eutanasia pasiva de personas incapaces. Ante ello, el que la voluntad del interesado sea consciente implica que este (sujeto pasivo) debe encontrarse en las capacidades para comprender la dimensión de su decisión en aras de salvaguardar sus intereses, así como las consecuencias excluyendo así los casos de inconsciencia o en los que no emite ningún tipo de solicitud no siendo la decisión inferida. Es decir, que se encuentren en pleno uso de sus sentidos excluyéndose así a las personas que sufran algún tipo de anomalía psíquica o enfermedad mental, debidamente ello determinar por el personal médico a cargo.

Finalmente, se entiende que esta petición – consentimiento – debe carecer de cualquier vicio como error, engaño, entre otros para ser considerado válido. Con relación a estos requisitos, se procederá a darle mayor desarrollo en el siguiente capítulo.

2.1.1.3.1.7. Fin “piedad”

Además de los elementos objetivos previamente descrito para que la conducta realizada por el agente pueda calzar en el tipo penal descrito en el artículo 112° del nuestro cuerpo legal, resulta necesario, como elemento subjetivo del tipo, que la comisión del ilícito penal esté dirigida o tenga como finalidad el finiquitar con los intolerables dolores que padece el titular del bien jurídico, esto es, que sea una acción revestida de “altruismo”; sin embargo, resulta necesario precisar que se debe objetivar la subjetivación del término a efectos de no caer en la imposibilidad de determinar el significado del mismo – al pertenecer al fuero interno de todo sujeto titular del bien jurídico-, ¿cómo se puede ‘demostrar’ que el sujeto activo (familiar, personal de salud, etc.) siente lástima por el interesado y que este es el único móvil que guía su actuar?, desde el derecho probatorio, estamos de acuerdo con Castillo Alva (2008) quien indica que *«es muy difícil distinguir el móvil altruista de curar de cualquier otro móvil egoísta»*. (pág. 831)

Conforme se observa de los antecedentes señalados en la presente investigación, se entiende que el término “eutanasia” reviste por sí mismo una concepción de solidaridad y/o compasión – piedad- lo cual no implica que deba formar parte de los elementos típicos del ilícito penal, sino que se debe diferenciar entre *«la concepción general de la figura, que sí se corresponde con la eutanasia piadosa y la actitud personal del sujeto concreto, del que bastará con que su conducta sea apta para lograr el fin objetivo de paliar el sufrimiento»* (Barquín Sanz, 2001,

pág. 187). Ello no quiere decir que se podrá subsumir dentro del este tipo penal cualquier móvil de la conducta, es decir, así sean altruistas o egoístas, al contrario, estando a nuestra actual sociedad en donde se propugna el respeto de los valores y derechos acordes con la dignidad de cada persona, no resulta entendible el hacer caso omiso al sufrimiento de un enfermo terminal que no cuenta con ninguna salida alternativa para su mejoría, por tanto, el concepto de “piedad” o compasión ya se encuentra internalizado en el propio ordenamiento jurídico. (Barquín Sanz, 2001, pág. 186-187)

En ese sentido, para el correcto análisis de la conducta y consecuente subsunción al tipo penal, se tendrá que entender el concepto de ‘piedad’ no de manera coloquial, recurriendo al lado emocional y/o psicológico de la persona – situación imposible de comprobar, más aún porque quienes mantienen este tipo de vínculos estrechos son los familiares cercados al titular del bien jurídico lo cual se contrasta con la relación establecida con el médico a cargo siendo este quien más realizaría la acción -, por el contrario, se debe tratar de aterrizar ese móvil a nuestra realidad para que sea aplicable a los casos que se presenten.

Resulta necesario precisar que como los “pensamientos – sentimientos” que se encuentran en el fuero interno del sujeto activo son complejos, por ende, difíciles – por no decir imposibles – de comprender a cabalidad, esto es, de determinar qué o cuál es el exactamente el móvil del agente – más aún si quien realiza este tipo de acciones es el personal médico-, por lo cual debe recurrir a los supuestos objetivos que puedan acreditar y/o evidenciar el contexto eutanásico, es decir, el contexto social en el cual se dan estos casos siendo este el que dará contenido al concepto de “piedad”.

Se debe tomar en consideración que existe abundante doctrina en donde se consideraba al dolo como conocimiento y voluntad; sin embargo, concatenando ello con el presente caso y haciendo una homologación del dolo con el móvil que se requiere en este tipo penal, resulta imposible que se pueda determinar no solo la voluntad del sujeto activo de querer realizar la acción, sino que además se le solicita un plus el cual es que actúe con el móvil de piedad, voluntad interna que solo conoce el mismo sujeto activo. Por ello, ante esta dificultad, y a efectos de no dejar impune o sancionar con menor pena aquellas conductas consideradas ilícitas, el concepto de dolo ha ido reformulándose hasta considerarlo solo como conocimiento, mediante la teoría de la representación.

Esta teoría hace alusión a que para determinar que una persona ha actuado dolosamente *«basta con acreditar que el sujeto activo ha actuado representándose la concurrencia en su conducta de los elementos objetivos exigidos por el tipo»* (Ragués i Vallés, 2004, pág. 15), es decir, que no solo debe presentarse los elementos objetivos del tipo, sino que, además, debe ‘probarse’ en el hecho materia de investigación, esto es, los conocimientos que, hasta ese momento, el agente cuenta.

Conforme lo ha señalado Ragués i Vallés (2004), existen dos formas de probar el dolo, la primera de ellas es *«la confesión autoinculpatoria, (...) Y, en segundo lugar, la prueba de indicios, es decir, la aplicación por parte del juez de*

determinadas máximas de la experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados». (Ragués i Vallés, 2004, pág. 18).

Entonces, para referirse a que el sujeto activo ha cometido el ilícito penal con el móvil de piedad, se debe evaluar el contexto en el que se dieron los hechos, compartimos la postura de Frisancho Medina (2010) quien indicó que se deben tomar en cuenta el contexto periférico del homicidio piadoso en donde se observa la existencia de un ser humano que padece una enfermedad incurable, en donde su calidad de vida cada vez se deteriora generando una sufrimiento intolerable. De este modo, este contexto permitirá se *«conceda significado normativo al comportamiento del agente, (...); y, por otro lado, el que permita conocer cómo aquél actuó y debió actuar en ese concreto ámbito social».* (Medina Frisancho, 2010, pág. 23)

Lo antes mencionado implica que, dado que el dolo – lo subjetivo – no puede probarse, sino inferirse a través de indicios, el factor que entra a tallar para determinar que el sujeto activo actuó con un “móvil” de piedad es el contexto en el que se generan los hechos, por ejemplo, la conducta de una persona que dice haber actuado dolosamente para cometer el delito de homicidio piadoso a favor⁵ de su padre – el cual se encuentra padeciendo intolerables dolores a causa de una enfermedad incurable - con un presunto móvil de piedad, pero que, días previos a este, realizó diversos trámites para vender y/o consignar a su nombre propiedades de su padre, sacó, a nombre de éste último, préstamos, o varió el testamento con relación al porcentaje de la herencia, no podría subsumirse en el tipo penal antes mencionado toda vez que, si bien se han cumplido los elementos objetivos, se infiere, de los indicios dejados por el accionar del agente, que el móvil no ha sido altruista, sino, egoísta por lo cual la conducta debería ser considerada como un homicidio.

Este actuar toma especial importancia cuando del personal médico se habla, ello porque, en principio, no existe en sí un vínculo íntimo o sentimentalmente estrecho entre este y el paciente, sino que existe un deber de garante toda vez que el sujeto pasivo está al cuidado del personal de salud. En estos casos, conforme a lo señalado por el código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú y lo establecido en la Ley N°26842 (Ley General de Salud) y la Ley N°29414 (Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud), el accionar de los médicos debe estar direccionado a respetar la dignidad del paciente, así como sus deseos, actuando siempre a favor del paciente hasta donde el consentimiento de este último lo permita sin imponer, más sí informar la consecuencias que tendría su actuar, por ejemplo, brindar mayores alcances sobre la intervención, interrupción y/o renuncia de su tratamiento.

En ese orden de ideas, se tiene que, con relación al delito de homicidio piadoso, se tiene que el personal de salud actuará conforme a cada caso en concreto no existiendo un lineamiento estricto; sin embargo, sí existen factores en común que deben estar presentes para determinar que se ha actuado con un móvil de piedad. Así, Medina Frisancho (2010) indicó que el primero de ellos vendría a ser que el

⁵ Se consigna en cursiva toda vez que para nuestro actual código penal el sujeto pasivo sigue siendo considerado como una víctima.

personal médico, con su accionar, no ostente de algún interés que demuestre la presencia de fines ocultos o contrarios a la norma y, como segundo punto, que los galenos actúen de forma diligente respetando los deseos del paciente y su autonomía lo cual devendrá en que la muerte de este sea llevada de la forma menos gravosa y evitando el sufrimiento, en la medida que fuere. Con un actuar que ostenta estas características resultaría difícil el afirmar que no se ha obrado con piedad o que su conducta no revele alguna naturaleza altruista.

Ahora bien, otro elemento a considerar con relación a la aplicación de esta atenuación al personal médico al realizar la conducta estipulada en el artículo 112° del Código Penal, en especial tomando en consideración la Resolución emitida a favor de la ciudadana Ana Estrada para que acceda a la aplicación de la eutanasia, es que estos presuntamente no estarían actuando con un móvil altruista o de compasión, sino que simplemente *«en un contexto en el que el MINSA actuará en ejecución de una orden judicial, y el concreto médico lo hará en cumplimiento de una orden administrativa, es altamente probable que la motivación que lleve (...) no sea la piedad sino solamente el mero cumplimiento de una orden, y si acaso el deseo de no ser sancionado administrativamente»* (Boletín INCIPP, 2021, pág. 5), esto es, que si hubiera alguna posibilidad de sanción penal, esta podría ser eximida al obrar por una orden obligatoria de una autoridad competente⁶ actuando en el ámbito de la antijuridicidad lo cual implica que el bien jurídico vida ha sido lesionado mas no corresponde considerarlo como contrario al derecho. Asimismo, a ser una resolución que actuará a futuro *«¿Cómo justificar y asegurar desde el pasado la piedad en una actuación futura cuando no se conoce quién la llevará a cabo? Predicar la piedad del Estado (...) es sencillamente insostenible porque el MINSA como persona jurídica no experimenta sentimientos, y la piedad es un sentimiento»* (2021, pág. 5).

En base a lo mencionado en el párrafo anterior, se observa el grave problema en que se concurre cuando se considera al móvil *piedad*, homologándolo al dolo –siguiendo aquí en el plano de la tipicidad subjetiva-, como un *sentimiento*⁷ y conocimiento, más aún cuando se hace alusión a que se desconoce el fuero interno del médico que practicará este accionar. Ante ello, resulta necesario argumentar lo expuesto líneas arriba, esto es, que se deberá analizar el contexto social en que se esté dado el supuesto eutanásico, no solo, coloquialmente, en *qué siente el médico*, de suceder ello casi ningún accionar por parte del personal de salud podría encajar en este delito, pese a que se concurre con todos los demás elementos típicos. Se debe recordar que actualmente la medicina no solo se dirige a curar una enfermedad, sino que, como se ha indicado, se encuentra fuertemente influenciada por la bioética, deontología, y otros conforme a su propio estatuto del Código Médico del Perú desplegándose así tanto el factor positivo – respetando los deseos del paciente en aras de salvaguardar su dignidad - , como el negativo – ausencia de interés – lo cual genera que el actuar del personal de salud ostente *«no sólo respeto sino también solidaridad ante la insufrible situación en la que se halla sumido el doliente»*. (Medina Frisancho, 2010, pág. 25) ¿Cómo no se podría presentar el actuar altruista y compasivo del médico ante

⁶ Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”.

⁷Ello tomando en consideración si se sigue entendiendo al dolo como la voluntad y conocimiento

un contexto en donde su paciente, ante el cual ostenta un deber de garante, se encuentra padeciendo una enfermedad incurable que le generan intolerables dolores, sin ninguna alternativa para su mejoría, siendo consciente que su único destino futuro es la muerte?, el significado que se le daba otorgar al término de “piedad” no es el recargado de subjetivismo y sentimentalismo, sino el recogido el contexto social eutanásico que se presente el cual actúa en el ámbito de la tipicidad subjetiva.

2.1.1.3.2. Fundamento para la atenuación de la sanción penal

A diferencia de los demás tipos de homicidio que se encuentran en el capítulo I del Título I Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, el delito de homicidio piadoso – conocido como homicidio a petición o más coloquialmente, por los términos, como ‘eutanasia’, el delito de homicidio piadoso es sancionado por nuestro cuerpo legal con una pena no mayor de tres años, lo cual difiere completamente con las sanciones estipuladas para los demás ilícitos penales (un claro ejemplo es el delito de homicidio simple en donde la pena va desde los seis a veinte 20 años) siendo que esta disminución en la sanción aplicada se debe a los mismos elementos que reviste el tipo penal, en específico, tanto que la cualidad que ostenta el sujeto pasivo, esto es, que sea una persona padeciendo una enfermedad incurable⁸⁸ con intolerables dolores, que este emita su voluntad de querer finiquitar con su vida y que quien lo realice sea un tercero el cual, por la misma situación eutanásica en que se dan los hechos, cometa el acto por compasión – piedad-, esto en concordancia con los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

Otro de los factores relevantes que se observa en este tipo penal es la “motivación” que tuvo el agente – sujeto activo – para realizar la conducta y es que la idea de la misma no nació en él, a diferencia de los demás delitos como son los del homicidio simple, homicidio calificado, entre otros, sino que provino completamente desde el titular del bien jurídico, es decir, que la acción cometida por el tercero ha sido solicitada por el interesado y, en base a ello, se ejecuta.

Asimismo, resulta necesario precisar que el móvil, en el ámbito subjetivo, que motiva a llevar a cabo la conducta no es uno egoísta o con esperanzas de obtener un beneficio, sino todo lo contrario, lo que mueve a la persona para que ejecute la acción es el “móvil” de la piedad, entendida esta no como meramente un móvil emocional, sino que, habiéndose evaluado todo el contexto eutanásico, el sufrimiento del paciente, los dolores intolerables, la enfermedad incurable, la falta de alternativas para su mejora o ineficacia de cuidados paliativos, genera en el sujeto activo la necesidad de apoyar de forma compasiva – mas no inculcar- la decisión del interesado.

Que se sancione con una menor pena a este responde a que nuestro sistema jurídico-penal es culpabilista, esto es, que se impondrá una mayor sanción

⁸⁸ Entiéndase por incurable a aquella enfermedad que no solo se circunscribe en ese término, sino que, además, carece de alguna alternativa para sobrellevarla, esto es, que no cualquier enfermedad incurable puede formar parte de este delito (v.gr., diabetes), sino que esta enfermedad ya no pueda ser ni controlada ni aplicársele algún tratamiento para su mejora generando que el paciente sufra con un diagnóstico médico desfavorable.

cuando exista un mayor juicio de reproche. Ya lo indicó la Corte Colombiana, en su sentencia C-239 en donde manifestó que la razón de ser del homicidio piadoso es altruista por lo que el reproche penal que se debe realizar al actor de este (aún) ilícito penal debe ser considerablemente menor (o nulo) al que se le realiza a cualquier otro infractor de la norma penal. El sujeto no va a «ayudar para el morir, sino ayudar en el morir». (Sentencia C-239, 1997, pág. 10)

Diversos autores partidarios de la atenuación, mas no la despenalización, alegan que esta se fundamenta en que lo relevante para estos casos es el «particular estado y situación personal de la víctima que sufre una enfermedad incurable que genera un contexto de sufrimientos insoportables» (Castillo Alva, 2008, pág. 811) lo cual justifica la disminución al respetar, con ello, los principios de respeto a la voluntad del paciente, autonomía de la persona y la solidaridad; sin embargo, al usar este argumento se cae en una contradicción toda vez que en la Ley N°26842 (Ley General de Salud) se alude a que se exime de responsabilidad a todo personal médico cuando el paciente en cuestión, a pesar de haber sido informado sobre las consecuencias de su accionar, decide, de voluntad propia, renunciar o no recibir el tratamiento, esto es, que en estos casos sí se respeta a plenitud y totalidad la decisión – consentimiento informado – de una persona, pese a que con ello puede poner en peligro su propia vida todo ello en estricto respeto a la autonomía del paciente.

Entonces, si los fundamentos vienen a ser los mismos, es decir, voluntad del paciente, libre desarrollo de la persona, entre otros, ¿por qué motivo no se le otorga la misma consecuencia como la despenalización de la conducta toda vez que es el titular del bien jurídico quien decide no seguir con su vida? Nuestra carta magna salvaguarda no solo la vida, sino también, y como eje central, a dignidad humana, es por ello que aparece el término “calidad de vida”, no es vivir por vivir o mantener a una persona con vida porque sí, sino que esta debe lograr sus objetivos, su autorrealización ello en concordancia con nuestro actual modelo de Estado (Social y Democrático de Derecho).

2.1.1.4. Argumentos en contra de la despenalización de la eutanasia

Conforme lo hemos indicado en nuestro apartado anterior, nuestro código penal mantiene una postura a través de la cual considera que el delito del homicidio piadoso – eutanasia activa y directa según como está redactado el tipo penal – debe ser atenuada mas no despenalizada esgrimiendo diversos argumentos.

El primero de ellos, por no decir principal, se fundamenta en una perspectiva religiosa que si bien se entiende existe una diferenciación entre el derecho y lo moral, más aún cuando según nuestra Constitución nos encontramos en un Estado Laico, no podemos olvidar que esta perspectiva guarda una significación en el debate en torno a la eutanasia.

Para esta corriente, se considera a la vida humana como intangible, esto es, se habla de la sacralidad – santidad- de la vida en donde se señala que debe ser respetada por ostentar la vida, en otras palabras, por estar vivo toda vez que nos ha sido otorgada a cada persona por parte de un ente supremo, «Dios es el autor de la vida y está bajo su cuidado y poder» (García, 2002, pág. 142), entonces se

entiende se le confiere a esta una dimensión trascendental motivo por el cual debe ser mantenida a cualquier costa, esto es, que se configura como la indisponibilidad de la vida.

Si bien la vida le pertenece a cada persona y esta es responsable de lo que hace con y por ella, esta ostenta una referencia social, es considerado como un bien social, esto es, que al ser fuente de todos los bienes y necesaria para la realización de una convivencia social debe ser protegida, «*pensar la vida como un objeto de uso por parte de su propietario, es llevar a un extremo en sentido burgués de la propiedad privada (...) estamos privando a la vida del sentido de incondicionalidad e inviolabilidad que le confiere su dignidad (...) nos descubrimos gozando de la vida que no nos hemos dado a nosotros mismo, ni la hemos adquirido por nuestras fuerzas*» (García, 2002, pág. 141) (el subrayado es nuestro) siendo que el hombre solo actuará como un “administrador” de esta, mas no dueño por lo que, al no serlo, no podrá disponer de la misma «*no solo a su arbitrio – suicidio- sino aun cuando aquella le resulte particularme gravosa*». (García, 2002, pág. 142)

Ello se ve plasmado en la Encíclica *Evangelium Vitae* (1995) en donde propugnan la intangibilidad de la vida y que, respecto a la eutanasia - entendida aquí por homicidio piadoso-, esta es considerada como «*una presunta piedad ante el dolor del paciente, es justificada a veces por razones utilitarias, de cara a evitar gastos innecesarios demasiado costosos para la sociedad*» (Juan Pablo II, 1995, pág. 12) o que esta «*no respeta la naturaleza y sus ritmo, sino que lo organiza arbitrariamente (...) es, en este sentido, un directo atentado a la soberanía de Dios creador*»; sin embargo, no dejan sentado cuál vendría a ser la justificación de su negativa.

Para este sector, la eutanasia activa y directa -a la cual es materia de investigación – es considerada como inmoral y antisocial toda vez que «*la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y la palabra de Dios escrita*» (Juan Pablo II, 1995, pág. 54); no obstante, dado que «*la muerte no ha de ser causada, pero tampoco absurdamente retrasada*» (CLXXII Reunión de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española, 1998, pág. 3), sí estaría permitido la administración de sedantes a efectos de poner fin a sus intolerables dolores pese a que, como consecuencia, se genere la muerte (eutanasia indirecta) o la renuncia a terapias desmedidas (respeto por la autonomía del paciente) toda vez que no consideran a estas acciones como eutanasia en sentido concreto, es decir, que se entiende que aceptan el dejar morir, mas no el ocasionar una muerte.

Este tipo de pensamiento puede llegar a generar situaciones a través de la cual se pretenda mantener a una persona con vida sin tomar en cuenta la calidad de vida que está viviendo alegando que se pueden aplicar medidas paliativas con tal que la muerte siga su camino natural o que este renuncie a un tratamiento, pero que, a pesar de ello, sus intolerables dolores no cesen; no obstante, surge una pregunta ¿qué pasa cuando, a pesar de los cuidados paliativos aplicados al paciente, este sigue sufriendo dolores intolerables a causa de una enfermedad incurable que se encuentra en sus últimas fases sin tener alguna salida médica? ¿Resulta beneficioso, no para la sociedad, sino para el paciente – quien no solo

es el administrador de su vida, sino que es el titular de su bien jurídico y que, al fin de cuenta, es quien se encuentra 'viviendo' esa vida-? ¿Es acaso correcto que se mantenga con vida a una persona que no la desea solo por considerar a la vida como una fuente social siendo que, estando la persona enferma, no podría desenvolverse en sí? De igual forma, ¿resulta correcto o aceptable moralmente negarle a una persona el acceder a su propia muerte pese a que, a pesar de renunciar a su tratamiento que no le genera ningún beneficio y/o mejora, sigue padeciendo intolerables dolores? Consideramos que no. Se debe precisar que la vida, o más bien, el bien jurídico vida, si bien se desarrolla en sociedad, no le pertenece a esta última, sino a solo al interesado.

Ante esta justificación tradicional, nace una corriente teológica a través de la cual propugnan que, si bien la vida humana ostenta una dimensión trascendental, ello no implica que deba ser mantenida en situaciones como lo son las del homicidio piadoso. Para este sector, resulta poco útil la diferenciación entre la eutanasia pasiva y activa toda vez que generan el mismo resultado deviniendo en un sin sentido que ambas sean tratadas moralmente de diferentes formas (la Iglesia católica acepta una y rechaza la otra).

Así, la vida ha sido confiada a las personas – titulares del mismo – por Dios, por lo que no solo le *«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 arrebatarse»* (Küng y Jens, 2004, pág. 44), por tanto, al haberse otorgado la libertad de decidir al ser humano por parte de nuestro padre todo poderoso, por ende, se le otorga una responsabilidad, esta no solo se basa en la forma de vivir, sino también en cómo desea que sean sus últimos días de vida.

A través de esta nueva interpretación se pretende que la palabra vida con santidad no se encuentren vinculadas estrechamente, sino que, frente a situaciones extraordinarias – como lo es el contexto eutanásico -, se proceda a la disposición de la vida. En ese sentido, en vez de estar propugnando el respeto hacia la vida misma sin tomar en consideración de la forma en cómo se está viviendo, *«ha llegado el momento de preocuparnos por mejorar la calidad de la vida terrena y esto incluye el aliviar la agonía de quienes no desean ser mártires»* (Fernández García, 1999, pág. 32)

Otro de los argumentos sumamente conocidos que se alega para la prohibición de la despenalización de la eutanasia – entendida para esta investigación como homicidio piadoso- es la conocida “pendiente resbaladiza” o *«ruptura de dique»* (Küng y Jens, 2004, pág. 48), a través de la cual se centran no en la acción de ejecutar la eutanasia activa y directa si esta fuera legalizada, sino en sus consecuencias.

Lo que esta vertiente trata de explicarnos es que, si se accede a una excepción – como lo es la legalización de la eutanasia-, ello ocasionará que se acceda a otras que implicarán mayores riesgos que no se habían advertido en la primera. Lo que se vislumbra en estos casos es que *«una vez es aceptada la eutanasia, se produce un deslizamiento a actos no voluntarios»*, (De la Torre Díaz, 2019, pág.

16), esto es, que los requisitos que ahora se exigen para que la conducta se pueda subsumir en el tipo penal del 112° del Código penal, se amplíen, por ejemplo, a menores de edad, que ya no sea necesario una enfermedad incurable, sino solo una que genere molestias o incluso que ostente la calidad de incurable, pero que no genere sufrimientos intolerables, por lo que, de ser despenalizada, se generarán abusos por parte de los ejecutores contra los pacientes que la soliciten siendo la prohibición el único modo de evitarlo no permitiendo que se promulgue una ley dando cierto atisbo a la aplicación de la eutanasia.

Esta prevención que se mantiene se basa en que, de ser despenalizada la eutanasia, bajo esta cobertura, se pueden generar casos como abusos legales, coacciones, eutanasias no voluntarias, entre otros. Asimismo, no se podrá asegurar *«en un 100% que no haya errores en los diagnósticos y pronósticos médicos para que tenga cabida la ley. Habrá siempre aplicaciones incorrectas de la ley»* (De la Torre Díaz, 2019, pág. 16) lo cual, si bien es cierto, el Estado debe procurar que nuestro sistema de salud genere un ambiente o brinde instrumentos a través de los cuales se asegure el correcto análisis como su correcta aplicación, si es que esta procede, esto es, que debe crear un protocolo a través del cual, como en diversos países, determine la intervención de diversos médicos, tanto los médicos que han estado a cargo, como externos, ello a efectos de otorgarle objetividad a la decisión.

Esto es, debe haber un personal especializado en salud mental a fin de determinar si la persona se encuentra afectada psicológica o psiquiátricamente y si esta es la que ha generado la toma de esa decisión, la existencia de comités de bioética e incluso una comisión a fin de determinar que la decisión de la persona no se encuentra influenciada por factores externos, vale decir, económicos (dado que las personas mantienen un seguro de vida, alguna herencia, presión por parte de familiares o terceros).

Si bien estos son requisitos a proponer generales, dado la naturaleza de la eutanasia, resulta en un sinsentido que el ámbito jurídico sea el encargado de determinar de manera exacta en qué casos los pacientes podrían acceder a ello toda vez que cada caso médico es único y debe ser evaluado por el personal especializado en ello, es decir, el personal médico, lo único en que puede aportar el ámbito jurídico es en dar determinados atisbos para su correcta ejecución. Lo que sí se debe cumplir por parte del paciente son los requisitos mínimos que exige el artículo 112° del CP como lo son que el paciente padezca una enfermedad incurable que le genere intolerables dolores, que solicite se finiquite su vida de manera expresa y consciente y que se realice por un tercero bajo un móvil de compasión, todas las acciones que no cumplan con lo antes mencionados se catarán conforme a ley, por ejemplo, de realizarse este procedimiento en una persona que no otorgó su consentimiento, la conducta devendría en un homicidio simple.

Por otro lado, se encuentra la posición que alega se debe prohibir la despenalización de la eutanasia por las consecuencias sociales las cuales se dirigen a un sector 'vulnerable' como lo son las personas de tercera edad, personas en estado de pobreza o que no cuentan con los medios necesarios para poder tratar su enfermedad que se sienten una carga ya sea para la sociedad o

para la familia, entre otros, por lo que se consideraría a la persona como un mero objeto, despersonalizándolo utilizándose la aplicación de la eutanasia para deshacerse de personas ‘inservibles’.

Ello se debe a que se tiene como hipótesis que entre coste-beneficio, el mecanismo de la eutanasia genera menores gastos que la aplicación de los cuidados paliativos por lo que, de despenalizarse, la mayoría de solicitudes estarían influenciadas por un factor económico. En el Perú, para el 2020, se invirtió un 3% del PBI en salud⁹, lo cual se ve reflejado en una pobre atención en los establecimientos sanitarios, falta de personal, escasez de medicamentos, entre otros. En pocas palabras, de legalizarse esta práctica, no se ejecutaría por móviles de compasión o altruistas, sino por móviles egoístas generándose así una eutanasia eugenésica. De la Torre indica que:

«La masificación de los hospitales, a insuficiencia de recursos, la despersonalización de la asistencia, el exceso de trabajo, la contención del gasto o el mejor aprovechamiento de los recursos, el alto costo del tratamiento, el agobio habitual a la hora de disponer de camas libres en una sanidad pública sobrecargada, la necesidad de contar órganos para trasplantes, el deterioro y cansancio del personal sanitario, hacen que no sea posible ni deseable aislar la práctica de la eutanasia o el suicidio asistido a una cuestión privada entre médico y paciente obviando la inexcusable dimensión social y política del problema. Ni la salud, ni la enfermedad ni la muerte de una persona son acontecimientos aislados pues sus causas, desarrollo y resolución implica a todo el colectivo social, al sistema sanitario, al sistema económico y las instituciones políticas». (De la Torre Díaz, 2019, pág. 21)

No podemos olvidarnos que el objeto materia de esta investigación abarca diversos ámbitos siendo uno de ellos lo social y de políticas públicas los cuales deben ser tomados en cuenta a efectos de no generar abusos o malas aplicaciones del mecanismo eutanásico. No se puede negar que es un factor relevante para no acceder a la legalización de la eutanasia; no obstante, no por ello se debería eliminar alguna posibilidad a personas que efectivamente necesitan este mecanismo al ya no contar con mayores salidas alternativas. Como se ha mencionado en párrafos anteriores, al ser este un tema problemático, se deben tomar las medidas necesarias para que no se generen abusos que puedan poner en peligro el acceso de este esencial mecanismo a terceros.

Dado que el tema de la eutanasia – homicidio piadoso – ostenta diversas perspectivas tales como religiosas, bioéticas, médicas, jurídicas, sociológicas, entre otras, ello no quiere decir que, para su despenalización, no sean tomadas en cuenta, todo lo contrario, Como lo señala Gracia (1998):

«Esto en ética es importante porque la prudencia es la virtud que intenta prever las consecuencias y evitar decisiones de las que no podemos arrepentir después. Pero si esto es ética, también es política. Es decir, en política y en legislación, me parece que argumentos» (pág. 23)

⁹ <https://elperuano.pe/noticia/100391-presupuesto-historico>

Estos riesgos deben ser valorados y tomados en cuenta al momento en que el poder legislativo opte por despenalizar el delito de homicidio piadoso, más aún ahora que ya existe un Resolución judicial a través de la cual se ha inaplicado el tipo penal del 112° del CP para un caso en específico; sin embargo, no pueden ser considerados como definitivos.

2.1.1.5. Argumentos a favor de la despenalización de la eutanasia

Si bien todos los argumentos antes expuestos sirven para prevenir algún abuso por parte del Estado, y por ese motivo se propugna la atenuación más no la despenalización, se debe tener en cuenta que no pueden ser considerados como absolutos y/o definitivos, en especial el argumento principal en cual recae en la absolutización del derecho a la vida, así como algunos supletorios en donde indican que la disponibilidad de la vida no es considerada ética.

En ese sentido, también se debe tomar en cuenta aquellas premisas a través de las cuales consideran que, sin dejar de lado la relevancia que se le da al bien jurídico vida, es partidaria de despenalizar el homicidio piadoso – eutanasia voluntaria, activa y directa -, esto es, que el titular de este bien jurídico puede disponer del mismo respetando así la dignidad (así como a la muerte digna), autonomía de la persona, su autodesarrollo y libertad y todos los que son expresión de estos, es decir, en completa concordancia con la Constitución.

En ese sentido, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú decretó que el fin supremo de la Sociedad y el Estado es la protección de la persona y el respeto de su dignidad.

Este artículo actuará como un límite al Estado para que intervengan en el libre desarrollo de la persona en su esfera de los derechos individuales, entendido desde una concepción liberal del hombre, por lo cual el ciudadano será considerado como autónomo naciendo así los demás derechos tales como el derecho a la vida y la libertad (autodeterminación); sin embargo, este solo podrá ser entendido correctamente siempre que se relacione con la dignidad la cual tiene como sujeto a la persona deviniendo esta en una portadora de «*un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres*»(Landa, 2000, pág. 11), lo cual proscribiera cualquier instrumentalización del ser humano que vulnere su propia autonomía. De esta manera, no solo limitará al Estado en sus intervenciones, sino también propugnará el libre desarrollo de la persona.

Como se puede observar, se hace atinencia a que la dignidad vendría a ser el soporte de todo el engranaje de la carta magna la cual es considerada como la base de los demás derechos humanos mediante el cual se garantizará su respeto frente a cualquier abuso por parte de terceros (sociedad y/o Estado), establecerá los principios y límites «*de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades*» (Landa, 2000, pág. 10).

Esta “dignidad” se va a configurar como *inherente* a la persona, a todo ser humano siendo esa la razón por la cual este último es el fin supremo de la sociedad y

Estado generando que el ciudadano, la persona, debe ser valorado como un fin, mas no como un medio. Esta concepción implica que, sin importar si la persona es incapaz, sufra alguna alteración mental, discapacidad, es menor de edad u otros, esta ostenta dignidad, el que la persona alcance la mayoría de edad o pueda emitir su voluntad, es decir, sea racional, solo lo potencia. La dignidad se mantiene, aunque la persona no la pueda percibir. Esta “racionalidad”, al poder ser percibida por la misma persona y por terceros, deberán ser tratados como un valor en sí mismo. Lo antes mencionado se encuentra acorde no solo con los instrumentos nacionales, sino también internacionales. De esta forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) señala:

«DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPITULO I

Enumeración de Deberes

Artículo 1.- Obligación de respetar los derechos

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».
(Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969)

Asimismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) declara que:

«Artículo 1.-

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. (Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948)

Se entenderá que esta condición inherente a la persona implica que el ser humano será un fin en sí mismo motivo por el cual no puede ser instrumentalizado, humillado, degradado porque, al ostentar de razón, lo que genera que se plantee objetivos, este se vuelve capaz de separar lo correcto de lo incorrecto, de actuar de forma alturada (Arocena, 2022, pág. 41 y 42), esto es, que las personas son autónomas y libres siendo que «la autonomía es (...) el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional» (Arocena, 2022, pág. 43) (el subrayado es nuestro), es una concreción de la dignidad (la autonomía).

De esta manera, observamos que no hay una división entre autonomía vs. dignidad, sino que la primera nace de la segunda, esto es, que el reconocer a la autonomía de la voluntad de la persona como factor elemental para alcanzar la dignidad implicará que el Estado tendrá que garantizar *«la libertad de pertenecerse y disponer de sí, de determinarse y proyectarse desde sí mismo; en suma, de producirse y rematarse en dignidad como fi en sí mismo, cual un ente que aspira a ser lo que él es»* (Maihofer, 2008, pág. 83). Es por ello que en nuestra carta magna no solo se hace referencia la dignidad de la persona, de donde

emanan los demás derechos, sino también la autodeterminación de la siguiente forma:

«Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. *A la vida (...) y a su libre desarrollo y bienestar (...)». (Constitución Política del Perú de 1993) (el subrayado es nuestro)*

En ese sentido, compartimos lo opinado por Velasco Suarez (2021) el cual establece que toda persona, por solo existir, es digna, por ende, ostenta derechos los cuales deben ser respetados por los terceros. Las conductas que carecen de vicio alguno de los seres humanos se rigen por la exigencia de respetar la dignidad de los otros y, al respetarlas, también, valga la redundancia, respetan los derechos que provienen de esta. (pág. 117)

Como podemos observar, la dignidad, además de ser inherente a la persona, sirve como un límite para el Estado a fin de que no se involucre en las decisiones personales del individuo que solo lo atañen a él o que las consecuencias lo sufran ellos mismos desplegando así su propia autonomía la cual implica que solo podrá intervenir el Estado cuando esta perjudique a terceros, mas no cuando son decisiones particulares de la vida del ciudadano.

Esto es, que al promover la dignidad (inherente a las personas) la no instrumentalización de la persona y, por ende, se respeten las decisiones adoptadas por el ciudadano implica que se les reconoce su capacidad para autodeterminarse en su propia autorrealización en la sociedad (el subrayado es nuestro), es decir, que al ser el propietario de su bienes jurídicos individuales – como lo es la vida- actuará como capitán de su barco guiándolo en base a sus decisiones que la persona considere correctas para con sí mismo siempre y cuando no perjudique a terceros respetándolos siendo esta acción el límite a su autodeterminación y ello se concreta cuando hablamos en el contexto eutanásico donde el titular del bien jurídico el cual es un enfermo incurable padeciendo intolerable dolores decide, como forma de guiar sus decisiones para su beneficio, manifestar su voluntad de querer finiquitar la vida de un forma tranquila y no pasar por el encarnizamiento terapéutico en donde se lo mantendrá con vida a toda costa pese a que se tiene conocimiento médico de que no tiene alternativa alguna de salvarse.

Ya el artículo 1° de nuestra Carta Magna nos indica que el ser humano y *su dignidad* (autodeterminación como concreción de esta) es el fin supremo de la sociedad y el Estado, de esta forma se entiende que la dignidad, al ser inherente a la persona, actuará como límite frente al Estado de inmiscuirse en la esfera privada del sujeto al cual se le ha reconocido la capacidad de autodeterminarse sin mayor limitación que el respeto por los otros, por ende, no pueden ser negados o no tomados en consideración por parte del Estado y sociedad en los contextos como lo es el caso eutanásico. El sancionar a aquellas conductas que no son mas que autodeterminación de la persona como lo es la renuncia del interesado a su propia vida no porque padece alguna enfermedad incurable, pero tratable con

altas expectativas de vida, sino que ya no cuenta con mayores salidas para su mejoría padeciendo intolerables dolores, no se condice con un Estado constitucional de Derecho suponiendo una incoherencia valorativa.

Ahora bien, aterrizando este principio y su relación con los derechos de primera generación con el contexto eutanásico, se tiene que el kit del asunto es la disponibilidad de la vida siendo que esta última es un derecho esencial que actuará como base para el desarrollo de los demás derechos; sin embargo, no se puede entender por esta última como algo meramente naturalístico, sino que debe tomarse en consideración no solo *el* vivir, sino el *cómo* se vive, es decir, la calidad de vida (y, por ende la muerte toda vez que ambas se correlacionan y no puede existir la una sin la otra) que se tenga y ello se ve desplegado en las decisiones que tome el individuo como representación de su autonomía (libertad). Si relacionamos al bien jurídico vida con la dignidad, se entendería por esta última como la obligación por parte del Estado en brindar estas condiciones necesarias para que la persona pueda desarrollarse libremente y decidir cuándo y cómo desea culminar su vida toda vez que no existe una absolutización de la vida, existe un derecho a vivir mas no una obligación de.

El que se entienda que la vida da pie al despliegue de los demás derechos, implica su reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, su protección por parte del Estado frente a ataques no queridos por parte de ciudadano; no obstante, en los casos de homicidio piadoso en donde el titular es un enfermo incurable padeciendo intolerables dolores sin alternativa alguna, se observa que no se presenta esta figura, sino que la acción a “sancionar” es una que ha sido realizada en base a los pedidos específicos y consentidos por parte del interesado, ello como forma representar su autonomía al tomar decisiones que solo tendrán consecuencias en él mismo.

En ese sentido, el Estado no tendría motivo alguno para poder intervenir en situaciones como esta, más aún porque, de ser el caso, estaría imponiéndose un deber a vivir en condiciones extremas. Se tiene claro que el ser humano es un ser social y que, por ende, necesita de esta para desarrollarse; empero, ello no implica que se deba mantener en vida a una persona en esas circunstancias por motivos de interés de la sociedad dado se estaría instrumentalizando y degradando a la persona para cumplir intereses ajenos al titular lesionándose así la dignidad que ostenta toda persona.

El derecho a la vida no debe ser analizado y protegido superfluamente porque la persona existe, sino que debe evaluarse a la luz de la dignidad y tomar en consideración el contexto en que se actúa y cómo es que se desea finiquitar la vida, una cosa es que la persona fallezca rodeada de sus familiares mediando una droga que genera la culminación de sus intolerables dolores y otra muy distinta es que una persona fallezca renunciando a algún tratamiento por motivo de que ya no podrá tener mejoría sufriendo en carne propia todos los dolores que su enfermedad le genera hasta el fin de su vida por el mero hecho de que se debe respetar su ‘muerte natural’ como lo indica nuestra Ley N°29414 (Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud) usando de excusa que se debe mantener la vida por ser esta un bien social para con la sociedad. Recordar que los seres humanos no pueden ni deben ser tratados

como instrumentos ni en vida ni en sus últimos días de esta (dado que la muerte forma parte de la vida), así, se debe mantener la dignidad hasta el final siendo un claro ejemplo de ello el homicidio piadoso.

Es así que se concluye que se debe proteger la vida digna, pero no solo ella, sino también la muerte en su vertiente de muerte digna, al ser esta la finalización y concreción de la primera, no pudiendo existir una sin la otra al ser los seres humano finitos. Ante ello, La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-239 señaló que, dentro del derecho a la vida digna, se encuentra el derecho a morir de forma digna, dado que, si se prolonga la vida de una persona que está padeciendo una enfermedad terminal que está generando sufrimiento en esta, se le estaría dando un trato cruel e inhumano lo cual no está en concordancia con los valores y principios estipulados en la carta magna vulnerándose la dignidad del ser humano (Sentencia C-239, 1997)

Ahora bien, si se considera que debe protegerse la vida digna, esto es, con las condiciones que la faculden, en el caso del contexto eutanásico, observamos que esta situación no se presenta por lo que, en aras de salvaguardar la autonomía de la persona – como despliegue de su libertad – y su dignidad, el Estado debería respetar su decisión. Ello implicaría que si bien el bien jurídico vida es esencial para la concreción de diversos derechos, también se debe tomar en consideración que este, al ser un bien jurídico individual, solo le compete a la esfera del mismo interesado mas no a terceros con excepción de cuando se los perjudique. Ante ello, incluso los derechos considerados *«irrenunciables, no pueden ser impuestos como obligaciones: 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; o, si se prefiere, más simplemente, la vida no deseada por su titular»*. (Carbonell Mateu, 1999, pág. 81 y 82) En base a lo antes mencionado, *«el Estado solo puede, desde su condición de democrático, prohibir aquellas conductas que atenten contra el libre desarrollo de la personalidad ajena. Función suya es, en cambio, tomar en consideración el libre desarrollo del sujeto pasivo. Solo desde posiciones eticistas y moralistas puede explicarse la punición de las conductas relacionadas con el suicidio»*. (Carbonell Mateu, 1999, pág. 83)

Este tipo de concepción que hemos manifestado se condice con lo alegado por el código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú en donde se alega que los principios que rigen a la medicina son la solidaridad, la libertad y justicia y el respeto a su dignidad y autonomía tratando así a la persona no como un medio, sino como un fin en sí mismo tratando a este con empatía y compasión motivo por el cual el personal médico *«sigue guiando su conducta por el principio de beneficencia pues busca procurar un bien al paciente, aunque de una manera diferente (contraria) a la habitual pues supone procurar la cesación de la vida ante el absurdo, lo insoportable e irreversible de la situación, lo cual le lleva a asignar un valor negativo a la existencia»* (De la Torre Diaz, 2019, pág. 22).

De esta forma, la concreción de la dignidad en su versión de autonomía (despliegue de la libertad) de toda persona guarda relación con la libertad individual de todo ser humano para poder autodeterminarse, esto es, tomar decisiones lo cual guarda relación con el ámbito médico dado que los galenos, al respetar su decisión, los reconocen como sujetos de derecho, por tanto, si el

consentimiento emitido por el paciente es ignorado o brindado en base a una incorrecta información, lo que estarían haciendo es tratarlo como objeto. (Monge, 2016, pág. 106) En ese sentido, se tiene que los principios éticos que se arrogan al personal de salud se condicen con los estipulados por el homicidio piadoso siendo estos la dignidad, libertad y el no sufrimiento.

La pregunta que se realiza en esta investigación es ¿por qué motivo en los casos en donde la decisión tomada por el mismo titular del bien jurídico para la renuncia de un tratamiento sí es considerado válido en aras de salvaguardar la autonomía, correcta autorrealización de la persona a costas de no prolongar su vida, ya sea decidiendo no tratarse o interrumpir el mismo (siendo que la acción a fin de cuentas recaerá sobre él mismo), pero ello no puede ser aplicado para los casos de eutanasia activa en donde el paciente, a pesar de contar encontrarse en un estado de enfermedad crónica, sin salida alternativa, con intolerables dolores y que la acción final recaerá sobre el mismo?

CAPÍTULO III: FUNDAMENTOS DE LA FIGURA DEL CONSENTIMIENTO COMO EXPRESIÓN DE UN ESTADO LIBERAL

3. MODELO DE ESTADO

3.1. Constitucionalismo y liberalismo

Anteriormente, las constituciones solo habían sido concebidas para ejercer un límite al poder del Estado y así lograr una estabilidad política. Es así que a partir del siglo XVII se genera un cambio a través del cual se requerirá no solo una mera norma para ello, sino que esta legitimidad del Estado deberá reconocer a los ciudadanos derechos preexistentes a fin de respetarlos lo cual se mantiene entre los siglos XVIII y XIX en donde se hace predominante el pensamiento de la primacía de la persona, su libertad y autonomía de cada uno de ellos en la sociedad, así como la igualdad para con otros siendo este pensamiento propio de un liberalismo progresista. Es así que uno de los primeros en formular este entendimiento es Kant quien indicará que un Estado de Derecho será aquel que *«no solo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la participación en la formación de la ley»* (García Pelayo, 1989, pág. 10)

Con esta visión, al ponerse en primer lugar los derechos de los ciudadanos, se le reconoce su ámbito de autonomía, es decir, que su esfera de libertad servirá como una burbuja a fin de proteger al ciudadano del poder del Estado siendo que este solo podrá intervenir frente a un ataque no querido. Este pensamiento liberal marcaría un hito con la emisión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 la cual estableció, en su artículo 4°, que la libertad es la potestad que ostenta todo ciudadano de realizar lo que considere siempre que no dañe a un tercero. De igual manera, se señala en su artículo 16° que una sociedad que ostente una constitución es aquella en donde se protejan los derechos, así como la división de poderes.

Con esta declaración y otros documentos, se observa que los derechos fundamentales de las personas se empiezan a constitucionalizar; sin embargo, como bien lo explica García Pelayo (1989), a fines del siglo XIX, aunque se sigue con la idea de que el Estado y el derecho son legitimados por valores inherentes a los ciudadanos y, por ende, superiores a estos, se deja constancia que el Estado, al convertirse en un actor administrativo, comenzará por crearse un juego de poderes entre los fines del Estado y los fines de cada ciudadano.

En ese sentido, el meollo del asunto será conciliar el garantizar el ordenamiento jurídico con las actividades propias del Estado a fin de que estas últimas no lesionen o intervengan en la esfera propia de la persona, lo cual se implicará la supremacía de la ley por sobre aquellas normas dictadas por el gobierno. Entonces, se entenderá ahora al Estado de Derecho como un Estado legalista el cual alegará que no toda ley podrá ser considerada como superior a lo dictaminado mediante normas por el gobierno, sino solo aquellas que ostenten un fin de justicia, discutida y aceptada por la mayoría de los ciudadanos para así evitar intervenciones arbitrarias de otros poderes del Estado. (García Pelayo, 1989, pág. 11)

En ese sentido, aparece el positivismo jurídico, en donde se observa que la concepción del Estado varía en el sentido en que el legislador – como un supuesto representante de la voluntad popular el cual, en prima facie, no actuaría de manera arbitraria y menos emitiría leyes que contrariarían a la libertad de los ciudadanos, sino que actuaría como protector frente a las posibles actuaciones abusivas de los poderes públicos - era quien le daba forma y contenido a este derecho sin límite alguno lo cual originaba que ya no se buscaba, como fin último, garantizar los derechos mediante la ley, sino que era esta última el objetivo. Este nuevo concepto de estado favoreció en demasía a los legisladores toda vez que emitieron leyes que se contrariaban con los principios y valores del ser humano lo cual tuvo su mayor auge en la Segunda Guerra Mundial permitiendo así la realización de diversos actos de crueldad.

Tras el fin de esta guerra y los cambios políticos, hubo un quiebre con respecto a cómo se entendía a las leyes cambiando de paradigma, esto es, que la concepción positivista de la ley (como fin último) se volvió inservible siendo necesario dotarla de contenido material por lo cual se tuvo que reconocer que la Constitución no sería más una mera norma que regula un procedimiento, sino que ostenta de una naturaleza esencial *«capaz de sujetar materialmente en sus decisiones a los órganos del poder legislativo, y entregar a un tribunal independiente el papel de guardián de las normas previstas en la Constitución, restableciendo con ello, de manera simultánea, la dignidad de la ley»*. (Lancheros-Gómez, 2009, pág. 254)

Es así que, después de lo acontecido, los derechos humanos y la dignidad de la persona se convirtieron en la base de un nuevo concepto de Estado siendo contemplado en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en otros documentos y/o tratados internacionales lo cual generó una expansión de los derechos humanos. De esta manera, se restableció el Estado de derecho con una concepción distinta a la del positivismo, ello sin dejar de considerar los puntos relevantes y favorables de cada

etapa, la cual se caracterizó por dos elementos: Por un extremo, pone al ser humano y su dignidad como eje central de la carta magna otorgándosele a esta última un relevancia política y jurídica, por ende, inviolable lo cual implica que la constitución será entendida como una norma jurídica esencial del Estado en función a la persona y su dignidad, y por otro, el Estado deja de lado su lado netamente legalista para pasar a un ámbito democrático creándose el Estado social y democrático de Derecho.

Como se puede observar, esta nueva forma de comprender al Estado de derecho implica que la constitución se convierta en el instrumento predilecto para la protección de la dignidad y de los derechos que se le arrogan tomando así la primacía de la persona y el respeto de sus derechos entendiendo entonces una nueva concepción neopersonalista en donde, de la fórmula Estado-individuo, se prima al segundo sobre el primero revalorizando a la persona por sobre cualquier cosa, es decir, que se toma tanto los aspectos positivos del estado legalista (importancia y supremacía de la Constitución y el respeto a la misma) y su contenido material en el sentido de otorgar la respectiva importancia a la dignidad y la libertad de los ciudadanos (liberalismo).

Es por ello que en la mayoría de constituciones – como sucede en nuestro país lo cual se desarrollará en el siguiente apartado – se señala que la persona y su dignidad son los fines supremos tanto de la sociedad como del Estado lo cual solo podrá ocurrir en un Estado Constitucional, del cual se origina un estado social y democrático, en dónde además de primar que el ciudadano pueda participar activamente en la vida para su autorrealización, también se reconocerá la soberanía de la constitución, la división de poderes, los límites que se le impondrán al Estado para su actuación (*ius puniendi*), la negativa de proteger ideologías que dicten normas permitiéndose así una diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas morales, etc., entre otros, elementos esenciales que permitirán un aspecto democrático que dará pase al libre desarrollo del ciudadano.

3.2. Liberalismo político en la Constitución de 1993

Habiéndose dejado en claro el cambio de paradigma que se dio de un Estado de Derecho a un estado Constitucional, y lo que ello implica, resulta relevante hacer un análisis de nuestra propia carta magna y la influencia que tiene el liberalismo político en esta. El Tribunal Constitucional peruano emitió pronunciamiento respecto a este tránsito indicando que se dejó de lado el entendimiento de que la carta magna no solo era una mera norma vacía, sino una con «contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto». (Exp. N°05854-2005-AA, 2005, Pág. 3) (el subrayado es nuestro)

Ahora bien, se tiene de la lectura practicada a nuestra carta magna que el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho conforme a lo estipulado en el artículo 43° del mismo cuerpo legal. Ante ello, resulta necesario preguntarnos ¿El qué el Estado peruano sea catalogado como un Estado social y democrático de derecho implica alguna contradicción con el Estado constitucional o la influencia que tuvo – y tiene – el liberalismo político en la

Constitución? Para esta investigación se concluye que no basándonos en los siguientes argumentos.

El que nuestra constitución haga uso de “social” y “democrático” nos indica que ha sido originada de los principios tanto del Estado social como del liberal generándose una superación de ambos y agregando un elemento relevante el cual es la democracia, propia e inherente de una fórmula constitucional.

Del Estado liberal se obtiene la idea de que el Estado es gobernado por normas que provienen de la voluntad popular lo cual le exige al primero que respete las garantías y se le impongan límites a su accionar (del Estado) para proteger y garantizar las esferas de libertad de las personas lo cual se logró a través de la separación de poderes, entre otros. En ese sentido, se mantuvo una idea a través de la cual el principio que rige el Estado liberal es el limitar las acciones del Estado.

Por otro lado, a través del Estado social, se trató de sobreponerse a la idea de ciudadano vs. Estado a través del que no solo se le impondrá una frontera al accionar del Estado, sino también usarlo como «*motor activo de la vida social. (...) el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales*» (Mir Puig, 1992, pág. 32) adquiriendo una modalidad más intervencionista; sin embargo, como ya fue explicado en el anterior apartado, se llegaron a totalitarismos ya sean de derecha o izquierda se dio cabida a los pensamientos ideológicos de Estado en las dos guerras mundiales.

Si bien primigeniamente pareciera que estos dos tipos de Estado no podrían confluir, se observa que tras los cambios originados por la Segunda guerra mundial, se genera una nueva concepción del Estado en donde se pone como eje central al ciudadano, su dignidad y su libertad (como concreción de la anterior), por lo cual se comprende que al Estado intervencionista tienen el deber de generar condiciones para que el ciudadano se desarrolle y le favorezcan lo cual no se contradice con el ponerle límites formales a través de mecanismos propios de la democracia, por tanto, el principio de la democracia significa tanto que todo poder proviene del pueblo como que se le debe ser expuesto para con el Estado en el sentido de que todo ciudadano podrá participar de manera activa en este con lo que se pretenderá garantizar el respeto a sus derechos.

Por ende, estamos de acuerdo con lo señalado por Mir Puig (1994) quien manifestó que:

«La fórmula «Estado social y democrático de Derecho» supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social (...) a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real (...) tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de Derecho. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad «real» —oponiéndose a que el «Estado social» dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos

grupos— como «formal» —cerrando el paso a la posibilidad de un «Estado de Derecho» no controlado por todo el pueblo— para los ciudadanos». (Mir Puig, 1994, pág. 33 y 34)

De lo antes mencionado, se entiende que el actual Estado de Derecho – ahora Estado constitucional origina al Estado social y democrático de derecho complementándose entre sí, y, al ser una confluencia del Estado social y liberal, se vislumbra que se encuentra influenciada por el liberalismo político (autonomía de la persona, división de poderes, entre otros) a fin de poner como eje central al ser humano como fin supremo de la sociedad y el Estado conforme observamos de manera subsiguiente.

En ese sentido, el liberalismo implicará no otra cosa que la protección de las libertades individuales de los ciudadanos, la autonomía que ostenta cada uno de ellos para poder autorrealizarse (concretización de la dignidad) y lograr sus propios proyectos de vida que se desarrollen en su propia esfera de libertad sin que el Estado pueda intervenir siempre y cuando estas acciones, y sus consecuencias, no repercutan o dañen a otros; de igual manera, esta corriente, en su extremo político, significará la creación de un sistema que proteja las libertades, en todas sus aristas, de las personas bajo la división de poderes y limitación de ejercicio legítimo de intervención del Estado. Es decir, que el liberalismo político protegerá *«la defensa del valor de la libertad e igualdad humanas como garantía para que cada ciudadano pueda estar en capacidad de perseguir una completa teoría de lo bueno para todos los demás ámbitos de su vida»* (Mendoza Cruz, 2014, pág. 89) basándose así en que *«la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa. Sin embargo, esta concepción (...) representa lo mínimo requerido para la construcción de una concepción política de la justicia como imparcialidad»*. (Mendoza Cruz, 2014, pág. 88 y 89)

Ahora bien, revisando la Constitución Política del Perú, observamos una influencia positiva de este liberalismo por lo que se permitirá influir que es una constitución de corte liberal al contar con ciertos elementos propios de esta corriente. Es por ello que se vislumbra en sus artículos lo siguiente: 1. Principio de la dignidad humana (artículo 1), libre desarrollo de la personalidad (numeral 1 del artículo 2°), la igualdad frente a la ley (numeral 2 del artículo 2°), libertad de conciencia y religión (numeral 3 del artículo 2), libertad de información y expresión (numeral 4 del artículo 2), principio de legalidad (numeral 24 del artículo 2), división de poderes (artículo 43), prevalencia de la constitución como norma máxima (artículo 51), voluntad popular y su participación (artículo 45) - en sus diferentes aristas como lo son referéndum, elección popular, entre otros-, mecanismo de democracia directa (artículo 31), precisando que nuestra carta magna indica que no solo se reconocerán como derechos lo que se encuentren en la Constitución de manera expresa, sino también aquellos de otro tipo de naturaleza generándose un *numerus apertus* de los derechos innominados (artículo 3).

Es por ello que, al considerar todos los artículos antes expuestos, se puede concluir que la Constitución Política del Perú es concordante con la corriente ideológica del liberalismo político a fin de realizar una correcta interpretación de

los mismos siempre tomando en consideración a la persona su dignidad y su libertad (como concreción de la antes mencionada) para su correcto desenvolvimiento toda vez que lo que prima en el Estado Constitucional es la *«creación de aquellas condiciones de preservación y desarrollo que son irrenunciables, en nuestro entendimiento actual, para una digna existencia del hombre, libre de sometimiento y explotación, de temor y desamparo»* (Maihofer, 2008, pág. 56) lo que le permitirá desarrollarse y lograr sus proyectos de vida.

3.2.1. Constitución como norma vinculante del ordenamiento jurídico

Estando a lo mencionado en los acápites precedentes, se ha dejado en claro que la Constitución es el instrumento primordial en el Estado constitucional (supremacía de la constitución – artículo 51°), de corte liberal, el cual permite al ciudadano, bajo diversos principios estipulados en la carta magna, la protección de sus derechos, libertades, participación – mediante mecanismos democráticos- frente a alguna actuación abusiva por parte del Estado, así como la aplicación de una separación de poderes, esto es, pasó de ser una mera norma, forma y carente de contenido a una de orden supremo la cual no solo regulariza la división de poderes, sino también otorga derechos y obligaciones que son exigidas a todos los ciudadanos.

De esta manera, la Constitución se entenderá como una norma cuyos artículos deben ser respetados y protegidos por todas las esferas del Estado lo cual también afecta el derecho penal como lo veremos en el siguiente acápite. Ello no implica que la constitución actuará como norma limitante, sino que esta propugnará los principios y valores generales que deben ser protegidos por lo cual esta carta magna ostenta una función orientadora del ordenamiento jurídico. De esta manera la Constitución *«como elemento integrador en la conformación de bienes jurídicos viene dado por la indicación que existen valores vigentes que defender, sin que ello nos lleve a posiciones acriticas o de obediencia o fidelidad al Estado»*. (Urquiza Olaechea, 1998)

4. DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES

Estando a que un Estado social y democrático de derecho, como concreción de un Estado constitucional, se encuentra influenciado por la corriente del liberalismo político por lo que la dignidad y la autonomía de la persona, como realización de esta, resultan puntos relevantes y sustanciales para el correcto funcionamiento de nuestro modelo de Estado, lo cual se demuestra en el artículo 1° del nuestra Carta Magna, toca determinar si en nuestro modelo de estado, el titular del bien jurídico puede disponer del mismo. Para ello iniciaremos con definir qué es lo que implica para esta investigación el bien jurídico, sus divisiones entre los bienes jurídicos individuales y colectivos y si, con relación al primero, los interesados pueden disponer de su propio bien (individuales).

4.1. Concepto de bien jurídico

Si bien el ejecutar la definición del bien jurídico es una investigación mucho mas amplia, para cumplir con los objetivos de la presente, se adoptará una definición a fin de ejecutar la hipótesis planteada.

El Estado, en nuestro actual modelo de estado, tiene la facultad para poner imponer sanciones a los ciudadanos a efectos de potenciar la convivencia pacífica y así el libre desarrollo de los ciudadanos, este actuar es conocido como el *ius puniendi* o la función punitiva estatal; sin embargo, ello no implica que esta actuación de salvaguarda carezca de límites. Dentro de los límites a imponer una sanción están los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

De esa manera, se entenderá por el primero de ellos como aquel límite que determina al derecho penal a fin de que actúe como *ultima ratio*, es decir, que la imposición de penas o medidas de seguridad ostentan un «*carácter subsidiario o secundario de este instrumento normativo, pues constituye la ultima ratio ente los medios que dispone el Estado para garantizar la pervivencia social, y esto se debe a que el derecho penal se encuentra ligado y subordinado a la insuficiencia de los medio menos gravosos para el individuo que dispone el estado*» (Urquiza Olaechea, 2019, pág. 177), de esta manera solo se recurrirá al derecho penal cuando los demás medios extrapenales han fallado volviéndose este el último recurso debido a la gravedad de su sanción.

Mientras que por el segundo – principio de fragmentariedad-, se hará referencia a que «*el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos (...) el carácter fragmentario se reputa como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano*» (Mir Puig, 2003, pág. 110) (el subrayado es nuestro), esto es, no se castigarán todas las conductas lesivas o que pongan en peligro el bien jurídico, sino solo aquellas que revistan especial gravedad.

De esta manera, el Estado solo podrá actuar frente a conductas eminentemente lesivas y lo hará a través de la imposición de normas jurídico penales las cuales, a diferencia de las normas jurídicas, ostentan mayor gravedad en los medios a emplear solo siendo utilizadas frente a ataques muy graves contra los bienes jurídicos. Ya nuestro código penal alega en el artículo IV del Código Penal que solo se podrá sancionar una conducta frente a la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico penal.

Es así que se concluye que lo que protege el derecho penal – incluido el derecho penal peruano- a través de estas normas son los *bienes jurídicos*, por ende, se hace alusión al principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos el cual exige que no solo se una conducta sea sancionada por transgredir una norma (interpretación formal), sino que esta debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico actuando así como un límite funcional del *ius puniendi*, pero ¿qué entenderemos por bien jurídico?

El primero que establece una concepción material del bien jurídico, por así decirlo, es Birnbaum quien otorga «*un carácter limitador al poder estatal, pues establece que bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos*» (Urquiza Olaechea, 1998)

prosiguiendo a evolucionar el concepto tomando en consideración el contexto en el cual se encontraba, es decir, el modelo de estado e ideología hasta arribar después de la segunda Guerra mundial con el modelo social y democrático de Derecho (concreción de un Estado constitucional) tomando como eje central al individuo, su dignidad y libertad, esto es, con una percepción *personalista y liberal* del bien jurídico influenciado por los principios del liberalismo político.

De estas actuales definiciones de bien jurídico se tiene a Mir Puig (2003) quien lo define como «*las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales*» (Mir Puig, pág. 123), entendiéndose por estas condiciones como «*concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social*» (Mir Puig, pág. 123) siendo que estas “posibilidades de participación” sean aplicadas no solo para con la comunidad, sino que se hace especial referencia al respeto de la esfera de libertad de los ciudadanos.

Por otro lado, Muñoz Conde (2010) lo conceptualiza como supuestos que requiere el ciudadano para autorrealizarse en sociedad entendiendo por supuestos a la vida y la salud y los que sirvan para conservarla y que permitan su libre desarrollo, tal y como lo es la libertad, entre otros. De esa manera, al afectar de directamente al individuo, se consideran como bienes jurídicos individuales.

De igual manera, Roxin (2006) entiende por bien jurídico como «*circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*». (Roxin, 2006, pág. 56) (el subrayado es nuestro)

En la misma línea, para Alcacer Guirao (2003), el bien jurídico se configura como «*las condiciones de participación (...) social (...) bajo las cuales el individuo pueda ostentar su papel en la coordinación social de acciones (...) para el libre desarrollo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo*». (Alcacer Guirao, 2003, pág. 96) (el subrayado es nuestro)

En el caso peruano, Meini (2015) afirma que el bien jurídico es aquella «*condición imprescindible para que las personas podamos desarrollarnos libremente en sociedad*» (Meini, 2015, pág. 30) (el subrayado es nuestro)

Finalmente, Urquizo Olaechea (2019) cumple con indicar que el bien jurídico ostenta una labor funcional en el sentido en que limitará la acción por parte del Estado a través de «*valores que una sociedad estima importantes (...) que en sí encierran peligro o daño a las bases de los procesos de comunicación de los sujetos, de la sociedad, de las instituciones*» (Urquizo Olaechea, 2019, pág. 193), siempre tomando en consideración que «*los bienes jurídicos expresan condiciones necesarias de realización del ser humano*» (Urquizo Olaechea, 1998) (el subrayado es nuestro)

Como se puede observar, si bien existen múltiples conceptos acerca de lo que se entiende por el término *bien jurídico*, esto es, definiéndose como valores, condiciones, circunstancias, finalidades, presupuestos, entre otros, se debe

hacer hincapié a que en todos ellos toman como eje referencial y único, no la sociedad como categoría colectiva, sino al individuo en sí, como fin en sí mismo, propugnando como elemento relevante y esencial su autorrealización y libre desarrollo de su personalidad como concreción de su *dignidad*, así como que ostentan un carácter dinámico el cual va variando conforme al contexto histórico, por ende modelo de estado, en el que se encuentre.

Bajo esta premisa, estas condiciones y/o circunstancias serán relevantes «*precisamente en función de su relación con el sujeto para el cual tiene valor. (...) el bien jurídico “existe en función de los intereses individuales”*» (Ackermann y Ovalle, 2018, pág. 54)

Al ser nuestro modelo de Estado uno social y democrático de Derecho, conforme ya lo hemos establecido en el acápite precedente, se debe tomar en consideración el artículo 1° de nuestra carta magna a través del cual se establece como fin único y último el ser humano y su dignidad siendo que esta última se va a materializar a través del autodesarrollo del ser humano.

De esta forma, si se entiende que el bien jurídico protege aquellas condiciones, presupuestos, entre otros que permiten la autorrealización del ciudadano (libre desarrollo), no podrá efectuarse una intervención estatal cuando la conducta se encuentre dirigida a concretizarlo, en palabras de Chang Kcomt (2017) se desecha la idea de sancionar cualquier hecho que no altere la autonomía de la persona (pág. 98), siendo que, esta última, volvemos a mencionar, funciona como arista principal de la dignidad. Por ello, mientras no exista una afectación directa al autodesarrollo del individuo, en su esfera personal de libertad, la conducta no estaría lesionando ningún bien jurídico individual.

Se debe precisar que el fin de nuestro actual modelo de estado es propugnar la vida pacífica y la autorrealización de los ciudadanos motivo por el cual el Estado solo podrá intervenir y, por ende, imponer penas que limiten la libertad, cuando se esta finalidad sea perjudicada.

4.2. El bien jurídico en la Constitución de 1993

Habiendo dejado en claro cuál es el concepto que toma el presente trabajo del bien jurídico, se pasará a analizar su relevancia y el tipo de relación para con la Constitución Política del Perú de 1993.

Conforme ha sido expuesto precedentemente, nuestro actual modelo de estado es el Estado social y democrático de derecho, actuando este como concreción de un estado constitucional el cual se encuentra íntimamente influenciado por el liberalismo político a través del que se pone como eje central y fin supremo de la sociedad y el Estado al individuo (artículo 1° de la Constitución Política del Perú), entendido este como fin en sí mismo y no instrumentalizarlo (dignidad humana), por lo cual la intervención estatal se limitará a la protección de condiciones o presupuesto que sirvan para el autodesarrollo de la persona en sociedad (dícese “bienes jurídicos”), es decir, sin olvidar que dicha autorrealización (libertad de la

persona) «*coexiste con la libertad de las demás personas, y que se ejerce dentro de una comunidad*». (Chang Kcomt, 2017, pág. 100)

De esta manera, se observa que el concepto que más calza con nuestro actual modelo de estado, en aras de respetar lo instaurado en nuestra Constitución, es el concepto *liberal* de bien jurídico, el cual plasma los principios básicos del liberalismo político tales como la libertad del ciudadano, que se centra en la protección estatal de las libertades básicas del ciudadano, la autonomía de la persona y el respeto de un Estado laico - el estado no puede ostentar fines morales-, siendo que estos principios serán primordiales para determinar la intervención estatal para sancionar conductas que se consideren dañosas (principio de fragmentariedad y subsidiariedad).

En ese sentido, compartimos lo expuesto por Alcácer Guirao (2003) quien señala que el concepto liberal de bien jurídico se centra en:

«el valor primordial de la persona y sus intereses de desarrollo social, así como en un carácter material, que atiende también al objeto valorado y no solo a la valoración, y, que es capaz, por ello, de plasmar el daño que convierte a una conducta lesiva del bien jurídico en merecedora de sanción penal». (Alcácer Guirao, 2003, pág. 72)

Entonces, se observa que el carácter liberal del bien jurídico ostenta una característica personalista la cual se basa en que solo se debe proteger aquellos intereses que se encuentran íntimamente vinculados a la persona, mas no valores o convicciones morales que se consideren esenciales para mantener unidad a la sociedad.

Esta perspectiva liberal que se otorga al bien jurídico, supremacía de la persona, tendrá como consecuencia que se origine un carácter material del bien jurídico, esto es, que la diferencia de la concepción espiritualizada con la liberal del bien jurídico es que la primera defenderá la protección del valor social, mas no el objeto valorado (concepto diferente al sustrato material).

Es por ello que el carácter material del bien jurídico «*obliga al legislador a concretar los intereses susceptibles de lesión en el seno de las relaciones sociales, indagando acerca de las necesidades esenciales para los participantes en el tráfico social, y no en ese reino platónico de lo espiritual*». (Alcácer Guirao, 2003, pág. 74). De esta manera, el mantener una concepción formal del bien jurídico genera que tanto la vida, el honor, entre otros se confundan con el derecho a la vida, al honor, etc., mientras que, si mantenemos un concepto material, le otorga contenido al bien jurídico.

Como se puede vislumbrar, el carácter liberal del bien jurídico se encuentra ligado a la noción material del mismo, siendo estas características esenciales para un Estado social y democrático de Derecho toda vez que determinará qué conductas pueden ser consideradas lo suficientemente dañosas para ser sancionadas por el derecho penal, pero entonces ¿cuál es la relación con nuestra actual carta magna?

Se tiene claro que al pasar de un estado de Derecho (estado legalista) a uno Constitucionalista (del cual emana el Estado social y democrático de derecho),

a través de las influencias liberales, se generó la supremacía de la constitución la cual presenta como un catálogo no numerado los derechos, principios y valores que determinan nuestro actual modelo de Estado. Bajo esta premisa, el sistema jurídico penal tendrá que actuar y aplicar las sanciones correspondientes dentro de un marco constitucional, es decir, que el bien jurídico no puede desligarse de los derechos, obligaciones, valores y principios que se arroja nuestra carta magna lo cual servirá de guía para brindarle contenido en el ámbito penal. Es por ello que se indica que la base del Derecho penal se halla en la Constitución.

En ese sentido, se dice que por las mismas características que ostenta nuestra carta magna, esta incide sobre la ley penal al momento en que se determina la construcción de los bienes jurídicos toda vez que caería en un sinsentido si el Estado emitiera una norma a través de la cual se sancione una conducta que no la contravenga; sin embargo, no debemos confundir o llevar a extremos el sentido limitante de la Constitución. Un claro ejemplo de ello es lo indicado por Gonzales Rus (1980) quien sugirió que:

«el planteamiento constitucional del bien jurídico no puede prescindir de un concepto “general” o “sustancial” del mismo. Sino que por el contrario lo presupone, pues su omisión podría determinar un entendimiento simplemente formal del bien jurídico, que lo viera como una creación normativa y no como una realidad valiosa en sí misma; con la única variante de haber sustituido la norma penal por la constitucional» (González Rus, 1980, pág. 33)

En la misma línea, Abanto Vásquez (2006) formula que la tutela de los bienes jurídicos debe estar estrechamente relacionada con el modelo de estado que se maneje, en este caso, un Estado social y democrático de Derecho. (pág. 24)

Para estos autores, consideran correcta que se tome a la Constitución como fundamento para la creación de bienes jurídicos; no obstante, una de las complicaciones de esta corriente es que: 1) se termina por no diferenciar entre una norma penal y la constitución dado que se toma a esta última como valor fundante por lo que no solo actuará como límite para el derecho penal, sino que también propugna que dentro de esta misma se encuentran los intereses o condiciones que deben ser protegidas, como si fuera un número clausus dejando de lado así el sentido subsidiario y fragmentario del derecho penal para imponer sanciones y 2) se genera una confusión entre los conceptos de los derechos estipulados en la Constitución y los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

Por ello, Bustos Ramírez (2019) hace la diferenciación entre los derechos que son reconocidos en la carta magna y los bienes jurídicos entendiendo que los primeros crean una relación entre el ciudadano y el Estado generando una exigencia del primero para con el segundo mientras que los bienes jurídicos requieren de una relación social entre los ciudadanos y con el Estado.

Por otro lado, de comprender a la Constitución no como un reemplazo de la norma penal, sino como fuente principal para la emisión de leyes, generará que el poder legislativo, se remita a ella solo cuando se quiera dar contenido al bien

jurídico, mas no para limitar su creación. Nuestra carta magna da las pautas generales de los principios y valores que deben protegerse ante cualquier conducta lesiva, mas no por ello implica que todo lo estipulado debe ser protegido por el instrumento más dañino del estado, el cual es el derecho penal. Ostenta una función orientadora y programadora de nuestro ordenamiento jurídico (no solo con relación al derecho penal), de lo que debe, puede o no ser defendido.

Por tanto, estamos de acuerdo con Alonso Álamo (2009) quien revela que el principio de lesividad no implica que los bienes jurídicos se encuentren en la Constitución, sino que los tipos penales estipulados en nuestro ordenamiento jurídico ostentan la obligación de proteger los bienes jurídicos ante las acciones (u omisiones) más gravosas con concordancia con el principio constitucional de proporcionalidad.

De esa manera el derecho penal desenvuelve los valores que se encuentran estipulados en nuestra carta magna siendo esta última entendida como referente general para la protección de bienes jurídicos, mas no como carácter limitante e inamovible.

4.3. Bienes jurídicos individuales y colectivos

Recurriendo al ámbito dogmático, y para abordar nuestra investigación, resulta necesario realizar una diferenciación entre los bienes jurídicos individuales y colectivos (o supraindividuales) entendiéndose por los primeros como aquellos que solo influyen de manera directa a la persona individual al ser estos bienes que guardan estrecha relación con el mismo titular siendo los principales el bien jurídico vida, libertad, integridad, propiedad, entre otros.

Por otro lado, cuando se hace referencia a los bienes jurídicos colectivos, son aquellos que guardan relación con la sociedad o al sistema social conformado por un grupo de personas, por lo cual, se considerará que se ha lesionado un bien jurídico colectivo cuando se afecte a una masa de personas (colectividad), aquí se hace referencia a la administración pública, ambiente, seguridad pública, salud pública, etc.

Para explicar la diferenciación entre estos dos conceptos, su relevancia o jerarquía entre estos, se propugnaron dos teorías conocidas como colectivas y monistas que pasaremos a explicar brevemente.

La teoría colectiva hace referencia a la existencia de dos tipos de titularidades: la primera, el individuo – para los bienes jurídicos individuales -, y el segundo, para el Estado (colectividad) no existiendo una relación de subordinación entre los mismos. Para esta postura, los bienes jurídicos colectivos, al no mantener una relación directa con el individuo, consideran como titular de los mismos al colectivo, a la masa social.

Por otro lado, se tiene a la teoría monista, la cual considera que solo existe un titular del bien jurídico ya sea la sociedad – Estado- (monismo colectivista) o el

individuo a través del cual los bienes jurídicos le son útiles para su desarrollo (monismo personalista).

El primero de ellos es considerado propio de las dictaduras, teniendo su mayor auge con el pensamiento nacional socialista – Escuela de Kiel-, a través del cual, si bien no entendía al delito como un lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino como la transgresión de un deber, se debe tomar en consideración que su fundamentación se basaba netamente en el pensamiento comunitarista a través del cual la autonomía de la persona se encontraba subordinada al valor de la comunidad siendo su protección la misión del Derecho Penal.

De esta forma, lo importante devendría en valorar a este bien jurídico, entendiendo como su titular a la sociedad, conforme a su utilidad para con el sistema social.

El segundo es el monismo personalista el cual considera al individuo como centro sobre el cual se erige el sistema social tomando siendo valioso por sí mismo sin instrumentalizarlo, siguiendo los postulados de Kant – el ser humano es un fin en sí mismo – siendo esta nueva perspectiva acorde con la dignidad de la persona y su autonomía – libertad – entendida como concreción de la primera sobre el cual se erige, en el caso peruano, nuestra constitución por lo cual esta concepción se corresponde con un Estado social y democrático de derecho en donde los intereses colectivos tomarán relevancia siempre que *«condicionen la vida de los individuos. (...) se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema»* (Mir Puig, 1994, pág. 165), esto es, que estos bienes serán de utilidad para el ciudadano en la medida en que protejan *«su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y en el nivel de riesgo de las distintas actividades en las que esa persona se ve involucrada en cuanto partícipe de esa sociedad»* (Corcoy Bidasolo, 1999, pág. 208) lo cual servirá para el autodesarrollo del ciudadano.

De esta manera, como bien lo afirma Bustos Ramírez (2019), estos bienes jurídicos colectivos no:

«constituyen una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (también en el caso de un colectivo). El término colectivo (...) en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material (...) Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como complementarios, desde una perspectiva material, de los llamados bienes jurídicos individuales.

Luego los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social». (Bustos Ramírez, 2019, pág. 473) (el subrayado es nuestro)

Como se puede observar, al ser el ciudadano el punto central de protección, los bienes jurídicos colectivos van a estar supeditados a los primeros para su autorrealización; sin embargo, ello no implica que estos pierdan su importancia, sino que, al estar intrínsecamente relacionados con el ciudadano, no pueden ostentar una posición equivalente o superior a los individuales. Frente a un conflicto entre estos dos bienes jurídicos (individuales y colectivos) se utilizará la ponderación a efectos de determinar cuál debería prevalecer. Entonces, si bien se ha señalado que los bienes jurídicos colectivos están a merced del ciudadano, ello no implica que, por regla general, el bien jurídico individual prevalecerá. Es así que *«en principio, aquellos bienes jurídicos eminentemente individuales que afectan al contenido esencial de la dignidad de la persona humana priman en un eventual juicio de ponderación sobre los bienes colectivos. Sin embargo, esto no excluye que en determinadas situaciones que no afectan al contenido esencial de dignidad pueda prevalecer eventualmente el interés general o colectivo»* (Alonso Álamo, 2013, pág. 37)

En ese sentido, y realizando un análisis lo estipulado en el artículo 1° de nuestra Constitución, a través de la cual se indica que el ser humano y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, nos adherimos a la posición monista personalista al ser esta concordante con nuestro modelo de Estado el cual toma como fin último al ciudadano siendo que las demás condiciones que se generen deben estar dirigidas a su autorrealización cumpliéndose así con lo estipulado por un Estado social y democrático de Derecho (Estado constitucional influenciado por la corriente liberal).

4.4. Toma de posición: Disponibilidad de los bienes jurídicos individuales

Habiendo hecho una diferenciación entre los bienes jurídicos colectivos e individuales, para la resolución de la presente investigación, resulta necesario determinar si el ciudadano puede disponer de estos.

Respecto a los bienes jurídicos colectivos, se debe precisar que, si bien son protegidos por ostentar una característica utilitarista para con el individuo, ello no implica que la titularidad de un solo ciudadano o que esté a libre disposición de este, porque no solo afecta a su propia esfera de libertad, sino que se toma en consideración el interés general o colectivo que sirva para el correcto desarrollo del individuo por lo que al ser esta titularidad *«compartida del interés o derecho protegido conlleva que nadie, individualmente, tenga capacidad de disponer de estos bienes jurídicos, ni tan siquiera los poderes e instituciones públicas»*. (Corcoy Bidasolo, 1999, pág. 204).

En ese sentido, estamos de acuerdo con lo expuesto por Soto Navarro (2005) quien señala que:

«(...) en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos no se protege la libertad de disposición, que, sin embargo, es consustancial, en buena medida, a los bienes jurídicos individuales; como tampoco se reconoce una libertad de configuración personal de los fines relevantes a alcanzar. En definitiva, el individuo, en su consideración como titular del bien jurídico y sujeto pasivo,

no puede constituir el referente básico para fijar la función social que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, como tampoco para estimar la producción de un daño» (Soto Navarro, 2005, pág. 903)

De esta forma se tiene que, «*está excluido de antemano un consentimiento en bienes jurídicos cuya lesión dirige contra la comunidad. Incluso cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición»* (Roxin, 2006, pág. 526), ello porque «*se trata de un bien jurídico de sujeto múltiple y, por consiguiente, un sujeto aislado no puede disponer de él en forma destructiva, lo que es característica común a todos los bienes jurídicos de sujeto múltiple»*. (Zaffaroni, 2002, pág. 490)

Por este motivo, estos bienes (colectivos), al no pertenecer al ámbito de la esfera de libertad – y por ende la libre disposición del mismo- del ciudadano, no pueden disponerse, cuestión distinta a lo que sucede con los bienes jurídicos individuales que pasaremos a explicar.

Con relación a los bienes jurídicos individuales, como ya ha sido explicado en los apartados anteriores, actualmente nos encontramos frente a un modelo de Estado social y democrático de derecho, como concreción de un Estado constitucional con influencia de los principios liberales, en donde, tras el contexto histórico como lo fue la segunda guerra mundial, se tomó un nuevo rumbo con relación a la importancia *de la persona, su dignidad (su libertad y autonomía como concreciones de esta)* lo cual se vio impregnado en las diversas declaraciones internacionales que propugnaban el respeto por los derechos humanos, esto es, que frente a la fórmula persona – Estado, bajo una concepción neopersonalista, el segundo se encuentra supeditado al primero en el sentido en que este debe crear condiciones para que el ciudadano se autodesarrolle y logre sus objetivos planteados siendo esta la fórmula de la teoría liberal del bien jurídico (autorrealización de la persona).

Es así que los bienes jurídicos individuales, al cumplir la función de generar u originar supuestos para la autorrealización de la persona y, por ende, actuar como límite frente al *ius puniendi* estatal, están estrechamente vinculados al libre ejercicio de la autonomía de la persona. Ello implica que la persona, a fin de alcanzar sus objetivos, podrá disponer de los mismos en aquellas circunstancias en donde la protección de estos, por parte del Estado, no cumplan su función, sino que impidan su autodesarrollo.

Esto significa, de *prima facie*, que todos los bienes jurídicos individuales van a ser considerados como disponibles (incluso los pseudo irrenunciables o personalísimos) lo cual tiene, como consecuencia, que al otorgar el titular del bien jurídico su consentimiento sobre este bien, la conducta será considerada como atípica toda vez que no habrá afectación alguna al objeto valorado protegido por el Derecho Penal. De esta manera, «*el efecto excluyente del tipo que tiene el consentimiento se infiere (...) inmediatamente de la libertad de acción (...) cuyo ejercicio por parte de quien consiente imposibilita la lesión simultánea de un bien jurídico que a él le corresponde y con ello una realización del tipo»* (Roxin, 2006, pág. 518)

Entonces, si entendemos que el principio de lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos tiene como finalidad la autorrealización del sujeto, lo cual también significa la aceptación de su propia autonomía, se colige que este podrá disponer de ellos para así cumplir con su cometido. De esta forma, se estará protegiendo tanto el bien jurídico en sí (no confundamos ello con sustrato material u objeto de la acción) – entendido este como el objeto valorado¹⁰ en un sentido laxo - como también la capacidad de disposición (autodeterminación) de este que actuará como concreción de la dignidad. En ese sentido, el «*bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no solo una unidad. Sino que objeto de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo*» (Roxin, 2006, pág. 518) lo cual no implica que el Estado esté protegiendo ya sea el “bien jurídico” (objeto valorado) y por otro lado la disposición sobre este, sino que el primero presupone el segundo.

Ante ello, se concluye que toda conducta que esté dirigida a un bien jurídico disponible no podrá subsumirse en el tipo penal siempre que el titular del mismo consienta esta acción al ser esta necesaria para su autorrealización. Es por ello que «*si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (...) no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión*» (Roxin, 2006, pág. 517)

Ahora, se encuentra presente en la dogmática jurídico penal una corriente tradicional que, a pesar de existir la separación entre bienes disponibles e indisponibles, considera que, dentro de la primera categoría antes mencionada, se hallan presentes bienes que son considerados de bajo y alto impacto, esto es, que actúan en el ámbito de la tipicidad – bienes como patrimonio, libertad, entre otros - y en la antijuridicidad – vida, etc.-, lo cual guarda una estrecha relación con la concepción y teoría que se maneje con respecto a la figura del consentimiento. Es por ello que procederemos a brindar solo unas luces de este aspecto toda vez que se desarrollará con mayor profundidad en el siguiente acápite.

Para esta corriente, conocida como teoría diferenciadora, la figura jurídica del consentimiento se divide de la siguiente forma: esta figura – el consentimiento – se divide en dos conceptos entendidos como *acuerdo* y *consentimiento en sentido concreto*.

El primero de ellos actuará en el ámbito de la tipicidad para con bienes jurídicos individuales de “baja relevancia” considerándolos como bienes sobre los cuales el interesado tiene completo control por lo que no conlleva mayor problema para señalar que el mero *acuerdo* puede generar que la conducta sea considerada no generadora de un riesgo no permitido; empero, ello no sucede con la categoría del *consentimiento en sentido concreto* cuando se hace referencia a bienes

¹⁰ Por ejemplo, para los casos el caso de homicidio tipificado en el artículo 106° de nuestro código penal, lo que protegerá el derecho penal con relación a ese artículo es la concreta vida del individuo, mas no el cuerpo en sí. Ahí la diferencia cuando hablamos del objeto valorado y del objeto de la acción entendiéndose por este último como aquel objeto físico sobre el que recaerá la acción del sujeto activo (agente).

jurídicos de alto impacto toda vez que los autores defensores de esta línea toman un singular fundamento para señalar que, a pesar que el bien es individual, debe ser considerado como indisponible.

Así Jescheck manifiesta que:

«posee todo bien individual como valor comunitario (...) Lo correcto es concebir al consentimiento como una causa de justificación. (...) La integridad corporal, la libertad ambulatoria, la propiedad, el honor o el ámbito de reserva personal, son independientes de la voluntad del titular como bienes naturales de la comunidad; la libertad, la autodeterminación y la dignidad de la persona están constituidos, protegidos e, incluso la mayoría de las veces, garantizados por la Constitución.

(...)

Cuando el interesado abandona uno de estos bienes jurídicos a la intervención de un tercero esto significa que, a pesar del consentimiento, el suceso es penalmente relevante y no resulta indiferente desde un primer momento. Por ello, la voluntad aquiescente del titular no es reconocida sin más como determinante, sino que su eficacia se hace depender de ciertas condiciones destinadas a evitar que el titular del bien jurídico se perjudique a sí mismo sin haber divisado antes la desventaja ligada a su renuncia». (Jescheck, 2014, pág. 553) (el subrayado es nuestro)

Conforme se observa en lo anteriormente estipulado, el argumento que se usa Jescheck es considerar a ciertos bienes jurídicos, como lo son la libertad o su concreción, que es la autodeterminación, como bienes de valor social adscritos a la sociedad. Para ello este autor señala que *«el uso sin restricciones de la libertad personal (...) como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos»* (Jescheck, 2014, pág. 556) haciendo especial hincapié en que el consentimiento solo podrá ser considerado como eficaz siempre que este no lesione o sea contrario a los intereses superiores de la comunidad otorgándosele así especial importancia y relevancia a los intereses colectivos más que los personales sin tomar en consideración que la acción solo afectará la esfera privada del mismo titular del bien jurídico mas no a la sociedad en sí, más aún si es no es un buen jurídico colectivo.

De igual forma, Mir Puig (2006) ya haciendo alusión al objeto de investigación en el presente trabajo, considera al *«derecho a la vida como irrenunciable —lo que puede fundarse ya sea en la consideración de la vida humana y/o de la prohibición de matar a otra persona como bienes dotados de un valor social que trasciende al interés particular de su titular»*. (2006, pág. 514)

De los argumentos señalados se concluye que el fundamento esencial por el cual no todos los bienes jurídicos individuales pueden ser disponibles se basa esencialmente en el supuesto valor o interés social que estos ostentan para con la comunidad; no obstante, no se toma en consideración que los bienes jurídicos están en función al sujeto, esto es, que su creación se basa en función a su

autodesarrollo (autonomía de la persona), más aún cuando son bienes personales los cuales afectan netamente al ámbito de la esfera personal de la persona. Si bien, como lo señala esta investigación, el bien jurídico vida es el protegido en los casos de homicidio a petición, ello no implica que la persona, estando en un contexto eutanásico en donde se encuentra padeciendo una enfermedad incurable con intolerables dolores, no por ello es que se le deba imponer a esta persona que se siga manteniendo con vida solo por el mero hecho de que su vida cuenta con un valor social.

Un punto que se utiliza para validar este interés social es que se estaría vulnerando la dignidad de la persona; sin embargo, esta posición no se percata que se está haciendo un mal uso de la imprecisión del concepto de dignidad (entendido como fundamento de todo derecho y de libertad humana, así como pilar del derecho penal, mas no es un bien jurídico en sí).

La persona, como ya se ha establecido desde la concepción de Kant, es un fin en sí mismo, entonces, si el Estado pretende imponer y limitar a la persona par que disponga de sus propios bienes que solo afectarán a él mismo – a diferencia de los bienes jurídicos colectivos -, se estaría instrumentalizando a la persona para que este, en el caso del homicidio piadoso, se mantenga con vida solo por considerar el interés de la comunidad.

De igual manera, que el Estado intervenga en las decisiones de la esfera propia de libertad del ciudadano olvida que los bienes jurídicos están para limitar la intromisión del *ius puniendi* y no para proteger meras costumbres de carácter comunitario o incluso tabúes -, si se reconoce un interés del Estado en un bien jurídico individual se le estaría atribuyendo *«al Estado una enorme “co-titularidad” de los bienes, que incluso parece imponerse sobre la titularidad individual»* (Kierszenbaum, 2009, pág. 208)

Así, Kierszenbaum (2009) indica que:

«desde una óptica liberal, como ya lo hemos afirmado, el bien jurídico debiera servir (si es que alguna función puede serle atribuida) sólo a la empresa de limitar el poder del Estado, y si éste viene a erigirse en titular de todos los bienes jurídicos, esa función garantizadora desaparecería, o peor, daría un giro de ciento ochenta grados para transformarse en un instrumento útil para expandir el poder estatal» (Kierszenbaum, 2009, pág. 208) (el subrayado es nuestro)

Ante ello, ofreceremos argumentos a favor de la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales (personales) que son considerados por este sector como personalísimos -irrenunciables- por el supuesto valor social que los caracteriza.

Se debe precisar que, al encontrarnos en un Estado social y democrático de derecho, en donde se da primacía a la persona, su dignidad y libertad, como concreción de esta última, la disponibilidad de un bien jurídico ostenta importancia en la esfera de libertad de la persona toda vez que este servirá para que el sujeto pueda tomar decisiones que le competan a este a fin de autorrealizarse y cumplir sus propios objetivos.

Por consiguiente, no es cierto que está contraponiendo a la libertad de la persona contra el supuesto valor social del bien jurídico toda vez que *«estos bienes jurídicos no son protegidos a causa de su valor social, con el que la libertad individual puede colisionar... sino que se le está tutelando las condiciones mínimas de la propia libertad, las cuales posibilitan al individuo participar o no en el sistema social»* (Barja de Quiroga, 1999, pág. 12)

En ese sentido, en el derecho penal liberal, a través del cual se propugna la teoría liberal del bien jurídico – entendido como el libre desarrollo de la persona -, se pretende dar relevancia al consentimiento de la persona dado que *«en un Estado social y democrático de derecho implica una racionalidad en las facultades derivadas del ius puniendi y de la existencia de ciertos límites en el mismo, entonces (...) tendremos que tener en cuenta la voluntad del particular y la concepción del bien jurídico y sus límites»* (Barja de Quiroga, 1999, pág. 57), esto es, que se tendrá un mayor respeto a la dignidad y libertad de la persona.

Por esta razón, la autonomía de la persona (autodeterminación) significará un límite a la intervención estatal lo cual deviene en los ya mencionados principios de lesividad o de la excluya protección de los bienes jurídicos, fragmentariedad y subsidiariedad como expresión de un estado social y democrático de derecho en donde solo se podrá sancionar a aquellas conductas que lesionen o pongan en peligros los bienes jurídico-penales que generen mayor dañosidad. Como se puede observar, los fundamentos que se usan para el correcto desenvolvimiento de la persona y la no intervención estatal son la dignidad y libertad (concreción de la primera).

La primera de ellas, esto es, la dignidad, la cual actuará como garante de la intervención estatal en el sentido en que reconoce:

«la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal. En cuanto a lo primero (...) la persona es un fin en sí mismo, que jamás puede ser medio para otro objetivo y que el Estado está a su servicio. Luego, no puede ser considerada la persona como objeto o quedar sometida a la tutela del Estado. Lo segundo significa que ninguna intervención del Estado puede significar una afectación a la persona como tal. En este sentido significa que el Estado no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio» (Bustos Ramírez, 2005, pág. 551)

Es decir, que al ser el ciudadano un fin en sí mismo, no puede ser instrumentalizado, menos aún estar a predisposición de los intereses del estado dejando de lado la voluntad de la persona toda vez que se le estaría despersonificando. Recordar que para la corriente que considera a los bienes jurídicos individuales indisponibles por el mero interés social, mediante esta interpretación, se estaría haciendo un uso indebido al usar a la persona como objeto a fin de solo lograr los fines de la colectividad.

Así, se entiende que la dignidad se desenvuelve en diversos aspectos:

«la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del

espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida)». (Sentencia T-881/02, 2002) (el subrayado es nuestro)

Bajo la misma premisa, Clapham, citado por Ackermann Hormazábal y Ovalle Donoso (2018) identificada los siguientes ámbitos de despliegue en donde la dignidad debe ser protegida:

«(1) la prohibición de todos los tipos de tratamiento inhumano, humillación o degradación por parte de una persona sobre otra; (2) la garantía de la posibilidad para la decisión individual y para las condiciones de realización de la autonomía y del propio proyecto de vida de cada individuo; (3) el reconocimiento de que la protección de la identidad grupal y cultural pueden ser esenciales para la protección de la dignidad personal; y (4) la creación de las condiciones requeridas para que cada individuo tenga sus necesidades individuales satisfechas». (Clapham citado en Ackermann y Ovalle, 2018, pág. 43) (el subrayado es nuestro)

Siendo uno de estos despliegues de la dignidad la autonomía de la persona, es decir, la posibilidad por parte del titular del bien jurídico, la persona, de decidir sobre su propio proyecto de vida que desee llevar. Este aspecto resulta esencial para la presente investigación toda vez que permitirá fundamentar tanto la línea que desee llevar la persona tanto sobre su vida y, por ende, su muerte (al pertenecer esta última a la primera).

De esa forma, la disponibilidad actuará como protector de esta arista de la dignidad del proyecto de vida de la persona propio de un Estado social y democrático de derecho en donde los bienes jurídicos han sido creación en función a los intereses propios de los ciudadanos para su autorrealización. Conforme a ello, es imposible plantear un correcto desenvolvimiento en el ámbito individual de la dignidad (y su concreción de la libertad) si es que no hay un reconocimiento por parte del estado de la capacidad que ostenta toda persona de su autodesarrollo, no existe una división toda vez ambos se encuentran intrínsecamente conectados. Por ello *«el desarrollo de nuestra faceta individual y la forma de manifestarnos —en definitiva, nuestra visión propia de dignidad— es la que encuentra cabida y reconocimiento en la concepción amplia de dignidad humana constitucional»*. (Oehling, 2007, pág. 333)

Pese a lo antes mencionado, por el mismo carácter amplio del concepto de dignidad, ha sido utilizado tanto para fundamentar la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales, como para negarlos; empero, si el titular no puede disponer de estos – mas aún cuando no hablamos de bienes colectivos -, tal y como lo mencionó Kierszenbaum líneas precedentes, sería el Estado quien nos estaría indicando qué dirección debemos de otorgar a nuestro proyecto de vida, instrumentalizándonos, convirtiéndose la persona en meros objetos para los fines propios de la institución estatal solo porque considera que ciertos bienes deben ser protegidos a costas de la voluntad del propio interesado, en especial, cuando hablamos del contexto eutanásico, característico del homicidio a petición. Así, *«si el propio afectado es de la opinión que su dignidad no ha sido violada mientras que otras personas piensan que sí se ha producido una violación de la dignidad del afectado, por regla general debe ser determinante la*

opinión de la persona afectada, pues a ésta no es dable imponerle las concepciones morales de terceros». (Munch, citado en Landa Arroyo, 2000, pág. 16)

Es por ello que, *«el Derecho tampoco puede orillar (...) la consideración de la persona como dueña de su destino y de su capacidad de autodeterminación, consecuencia indisociable de su dignidad y fundamento, a su vez, del Estado social y democrático de Derecho».* (Carbonell Mateu, 2021, pág. 51)

Si el ciudadano no puede disponer de estos bienes, resultaría un contrasentido que se sancione a quien realice una conducta en aras de desplegar la voluntad del titular del mismo, más aún si este ha brindado su consentimiento de manera consciente, libre, sin vicios y expresa cumpliendo con todos los requisitos y evaluando en contexto en el que se da.

Ello no quiere decir que toda persona pueda señalar que se está vulnerando su dignidad ante cualquier intervención por parte del Estado y por ello pueda ejecutar cualquier acción en aras de la misma. Ya el tribunal Constitucional, mediante el Exp. N°0032-2010-AI/TC, señaló la prohibición de la instrumentalización (cosificación de la persona) de la siguiente manera:

«51. no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.

(...)

53. De esta manera, la dignidad reconocida en el artículo 1° de la Constitución, cuya defensa y respeto “son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, no se reduce a la protección de la autonomía moral del ser humano, sino que ella es consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo, por lo que en ejercicio de aquélla no es posible destruir este fundamento. De ahí que, por ejemplo, no sea posible la celebración, en ejercicio de la libertad, de un “contrato de esclavitud”». (Exp. 0032-2010-PI/TC, fundamento 51 y 53)

De esta manera, el ciudadano no puede invocar su autonomía para ser instrumentalizado por otros toda vez que se estaría vulnerando el carácter inherente que ostenta toda persona sobre la dignidad.

Como segundo argumento fundamentador de la disponibilidad de los bienes jurídicos individuales, se encuentra la libertad (como concreción de la dignidad), la cual no solo propugnará una autonomía por parte de la persona en donde el sujeto actuará en su propia esfera de libertad, sino que también tendrá influencia en la promoción por parte de la entidad estatal que suscitará el ejercicio de la misma. Así *«el respeto por la libertad natural del ser humano, debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al*

ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano» (Exp. 0032-2010-PI/TC, fundamento 18) (el subrayado es nuestro)

Bajo esta premisa, se tiene que, respetando la teoría liberal del bien jurídico como expresión del derecho penal liberal, el Estado no podrá intervenir y, por ende, el ciudadano seguirá ejerciendo su libertad y la entidad estatal promoviéndola, cuando, pese a que esta sea perjudicial (pero no lesione su propia dignidad), deberá mantenerse al margen y no interferir al ejecutarse la conducta dentro de su propia esfera de libertad y no originando un perjuicio a un tercero.

Por lo tanto, un claro ejemplo del ejercicio de esta libertad debidamente promovida por el Estado vendría a ser el consentimiento otorgado por el mismo interesado dado que se convierte en una figura jurídica en donde se observa los ámbitos personales en donde no se puede interferir. Ello estará sumamente ligado al tipo de modelo de estado con el que se cuente por lo que, *«en las épocas en que se sigue una orientación individualista, se extiende, por lo general, el ámbito del consentimiento eficaz, y, en cambio, en aquellas otras en que se destaca el valor de la colectividad, se tiende a restringirlo»*. (Mezger, 1958, pág. 163)

De este modo, si el consentimiento otorgado por el interesado se encuentra ligado con la libertad (en especial el libre desarrollo), se entendería que, mientras se ejecute la acción en su ámbito personal, no se podría imponer sancionar alguna dado que la persona no estaría invadiendo o dañando el entorno de un tercero. Así, se observa que, al desplegarse la figura jurídica del consentimiento por parte del titular, se le está otorgando un rol esencial a la libertad lo cual implica que la disponibilidad manifestará la no intervención estatal frente a las decisiones del ciudadano.

Ya aterrizando en nuestro objeto materia de investigación, si el Estado se propone intervenir en el ejercicio de la persona, en este caso, un enfermo incurable que padece intolerables dolores, sin alternativa alguna para su mejora que desea acceder al procedimiento de la eutanasia a fin de poner fin a su vida como acto de autorrealización (porque el cómo morir también es considerado un acto de autodesarrollo de toda persona), se devendría en la conclusión de que la persona no se encuentra en la capacidad para decidir sobre su propio bien que solo ocasionará consecuencias para él mismo – sin dañar a un tercero- considerándose así como si el Estado fuera un ente superiormente capacitado para decidir sobre cuestiones que no le afectan, pese a que se considere que la vida es un bien esencial para la vida, mas no por ello la titularidad va a mudarse de la persona a una entidad Estatal la cual solo estaría utilizando al ciudadano como objeto para cumplir con sus fines de “mantener la vida a toda costa”.

En ese marco, no resulta dable imponer sanción alguna al libre acto de disponer de un bien si es que se cumple con los requisitos de la figura jurídica del consentimiento. El que se pretenda imponer algún límite a la libertad con relación a sus propios valores y/o intereses que utilice para su autorrealización involucra que el Estado exija al interesado que actúe de cierta forma colisionando con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y lesividad (teoría liberal del bien jurídico) propios de un estado social y democrático de derecho.

Para ello debemos recordar lo expuesto por Bustos Ramírez (2005) quien señala que:

«el Derecho Penal puede participar protegiendo las condiciones que resultan necesarias para la satisfacción de las necesidades. De ese modo, los bienes jurídicos concretos a ser protegidos por el Derecho Penal han de ser aquellos que están en función de las condiciones para la satisfacción de esas necesidades. El Derecho Penal cumpliría esta tarea en un doble sentido (...) En un sentido negativo, no prohibiendo conductas cuyo objetivo sea la satisfacción de necesidades en el marco legal de un Estado democrático de Derecho». (Bustos Ramírez, 2005, pág. 541) (el subrayado es nuestro)

5. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES DEL CONSENTIMIENTO

Conforme ha sido explicado en los numerales precedentes, se ha dado un panorama respecto al actual modelo de estado en el que se encuentra el ordenamiento jurídico peruano, esto es, el Estado social y democrático de derecho altamente influenciado por la corriente liberal en donde se tiene como eje central de respeto y protección a la persona y su autorrealización en sociedad, es decir, que se propugnará el ejercicio de la libertad por parte del ciudadano dentro de su propia esfera de libertad. Así, se infiere que el derecho penal protegerá aquellas situaciones, circunstancias que sirvan para el libre desarrollo del individuo los cuales servirán como límite y garantía del *ius puniendi* del Estado.

De esta manera, la intervención estatal solo podrá ser legitimada cuando se encuentren situaciones en donde se estén vulnerando o poniendo en peligro aquellos bienes jurídicos, aquellas condiciones que permitan la autodeterminación del interesado que no han sido solicitadas o consentidas por el titular del bien jurídico; sin embargo, ello no sucederá cuando este haya *consentido* alguna conducta que esté en función a su propio libre desarrollo o cuando el aparato estatal interceda imponiendo medidas necesarias e idóneas a fin de garantizar la correcta emisión del consentimiento, esto es, que se cumplan con los requisitos establecidos para que sea considerado como válido y eficaz evitando de esta manera un menoscabo a la autorrealización del ciudadano. Por lo tanto, nace el término jurídico penal del consentimiento entendiéndose como aquel *«derecho y del poder que la persona tiene para expresar libremente su propia voluntad, renunciando, total o parcialmente, en lo que se refiere a bienes jurídicos individuales dentro de su respectiva esfera de dominio»*. (Vital de Almeida, 2006, pág. 63)

Así, para hablar del consentimiento de manera general nos dispondremos a remontar a la época romana donde el jurista romano Ulpiano propugnó la frase *nulla iniuria est, quae in volentem fiat*, cuyo significado es *«lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye delito»* (Roxin, 2006, pág. 511) para así, con el tiempo, convertirse en la máxima jurídica *volenti non fit iniuria* la cual implica *«frente a aquel que lo quiere, no tiene lugar ningún injusto»*. (Roxin, 2006, pág. 511)

Es allí donde se empieza a vislumbrar los primeros vestigios acerca del tema del consentimiento, su ubicación sistemática dentro de la Teoría del delito y su vinculación con el concepto que se tenga del bien jurídico siendo que éste último va a depender del modelo de estado que se maneje, así si se ostenta *«una concepción marcadamente liberal ha de prestar relevancia a dichos consentimiento, mientras que una ideología de corte totalitario o, al menos estatista, prescindirá del mismo»* (Barja de Quiroga, 1999, pág. 3) más aún porque *«la potestad unitiva no se le ha transmitido al Estado para que la utilice como quiera a su propio arbitrio, sino solo de lo absolutamente necesario»*. (Roxin, 1981, pág. 134) Entonces, se podría decir que, bajo una concepción netamente liberal y personalista del bien jurídico, el cual vislumbra a la persona y su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del estado, solo permitirá su intervención en casos concretos.

En el mismo sentido, Cobo del Rosal (citado en Barja de Quiroga, 1999) resaltó que *«el mayor predominio de los derechos individuales, así como la confirmación de la disponibilidad de estos corresponde al más estricto derecho penal liberal¹¹»*. (Barja de Quiroga, 1999, pág. 3)

En consecuencia, el núcleo del meollo va a versar en la potestad del Estado para sancionar una conducta y los alcances que éste tiene para con la conducta consentida por parte del particular ¿Sería legítimo que el Estado intervenga en su esfera de libertad para protegerlo cuando no lo desea?, en el caso en específico del contexto eutanásico, el cual es objeto de investigación ¿debería estar permitido la intromisión por parte del aparato estatal cuando el interesado desee finiquitar con su pese contando con que ya no tiene mayor alternativa para su mejora con relación a su enfermedad incurable? ¿Es que, además del derecho a vivir, se impone al ciudadano el deber de vivir? Si nos referidos a un Estado totalitario o Estatista se diría que, al ser su poder absoluto, podrá actuar dentro de esa esfera sin respetar los límites que ésta tenga con tal que ese bien jurídico tenga protección ya que ostenta un valor e interés social; empero, *«si partimos de la base de que la existencia de un Estado social y democrático de Derecho implica la racionalidad en las facultades derivadas de ius puniendi y de la existencia de ciertos límites en el mismo, entonces [...] habrá que determinar los límites de relevancia de la voluntad del particular y la propia concepción del bien jurídico»*. (Barja de Quiroga, 1999, pág. 4)

En un derecho penal liberal (en donde se propugna el libre desarrollo del ciudadano), se tiene como garantías y principios jurídico-penales tales como el respeto a la dignidad de la persona, los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y lesividad o exclusiva protección de los bienes jurídicos siendo que, en base a estos, se sobreentiende que la intervención del Derecho penal solo podrá actuar en *ultima ratio* frente a ataques no queridos por parte del ciudadano o frente a vicios en su consentimiento que impidan su autorrealización al ser esta rama del derecho sumamente invasiva en la esfera de libertad del particular.

¹¹ Tomando en consideración que, cuando se habla del derecho penal liberal, se hace referencia a que primará la protección de los bienes jurídicos individuales de cada ciudadano en función a su autodesarrollo garantizando que el estado solo pueda intervenir frente a la existencia de un ataque no querido.

De esta forma, se observa una interrelación entre la figura del consentimiento con los límites y garantías del *ius puniendi*. La voluntad del particular empieza a cobrar mayor relevancia en nuestro modelo de Estado y por ello la visión que se tenga debe ir acorde a ello. El hecho de darle un espacio de relevancia al consentimiento no implica «*un abandono de interés en la defensa del bien jurídico, sino que, al contrario, lo que ocurre es que el individuo ejercita su interés consintiendo determinadas acciones que, objetivamente, han sido consideradas dañosas*» (Barja de Quiroga, 1999, pág. 5). Entonces, el haberse decidido por la fórmula de Estado social y democrático de derecho donde se mantiene como fin supremo de la sociedad y el Estado a la persona y su dignidad, implica que, entre el individuo y la comunidad (valor social), siempre se optará por el primero.

El hecho de que exista una mayor ampliación de la eficacia de la figura del consentimiento en la actualidad demuestra que ha habido un «*cambio de papel, que desempeña la persona en las relaciones individuo - Estado, debido a la concepción eminentemente neopersonalista de dichas relaciones que está vigente en la actualidad, y que se traduce en una supeditación del Estado al individuo y no a la inversa*» (Segura García, 2000, pág. 42-43) por lo que se parte de la libertad del individuo como el núcleo central del sistema jurídico sin implicar que no se le pueda imponer ciertos límites para mantener su dignidad (prohibición de instrumentalización).

5.1. Concepto de la figura del consentimiento

Según el Diccionario de la RAE, esta se define como «*la acción y efecto de consentir*»¹² (RAE), esto es, el permitir una cosa o condescender a que se haga. Para dar un concepto acorde a la literatura penal, la figura del consentimiento, como lo menciona Honig en Segura García (2000), es «*la expresión de la conformidad de una conducta inminente de otro, que el declarante de su conformidad puede impedir*». (Segura García, 2000, pág. 15)

Bajo esta premisa, el consentimiento se convierte en «*una manifestación de extrema afirmación humana con tutela legítimamente constitucional, parte de un atributo de la persona que es la libertad para autodeterminarse y de conformidad a la administración de bienes jurídicos disponibles dentro de una determinada esfera de dominio*», (Morillas Cueva, 2009, pág. 110)

Remotamente, y a lo largo del tiempo, se tiene conocimiento que la figura del consentimiento ha sido examinado y dividido en los grupos diferenciándose por dos términos y con consecuencias jurídicas distintas. La primera es el conocido “acuerdo” que actúa en el ámbito de la tipicidad y la segunda es el “consentimiento en sentido estricto” cuyos efectos se determinarán en el ámbito de la antijuridicidad. Así, conforme lo señalado por Quintano Ripolles (1950) «*el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la*

¹² <https://dle.rae.es/consentimiento>

antijuridicidad de la acción, persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito» (Quintano Ripolles, 1950, pág. 329)

Se tiene, por un lado, al acuerdo, conocido también como conformidad, a través de la cual, según doctrina tradicional, se pretende excluir la tipicidad de la conducta eliminando así cualquier vestigio de lesión de un bien jurídico, por lo que *«la acción típica presupone ya conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado»* (Roxin, 2006, pág. 512), esto es, que si el titular se encuentra de acuerdo con el accionar del otro, no habrá oposición por parte del primero respecto a la acción toda vez que esta no ha sido realizada contra su voluntad por lo cual no existe una lesión del bien jurídico.

En segundo lugar, se encuentra el consentimiento en sentido estricto, en donde también se encuentra presente el bien jurídico, solo que, difiere del acuerdo, toda vez que aquí la lesión ocasionada sobre este en donde el interesado ha dispuesto no se disipa, aunque medie el consentimiento. En estos casos *«el consentimiento podrá tener sus efectos en cuanto al significado penal de la conducta, pero el ataque al bien jurídico y su lesión permanece»*. (Barja de Quiroga, 1999, pág. 8) Aquí, carece de significancia penal la voluntad del interesado – en algunos casos puede incidir para atenuar, mas no para extinguir la responsabilidad penal -, toda vez que se considera que el bien ya ha sido dañado.

De estos conceptos, se han generado las ya conocidas teorías para determinar la naturaleza jurídica del consentimiento: i) la teoría “diferenciadora” que considera que la figura del consentimiento debe actuar tanto en el ámbito de la tipicidad como en la antijuridicidad; y ii) la teoría unitaria la cual plantea que el término del consentimiento solo podrá desplegar sus consecuencias como una causa de atipicidad.

5.1.1. Teorías en torno al consentimiento

5.1.1.1. Teoría diferenciadora

Es a partir de la publicación de la tesis doctoral de Friedrich Geerds en 1953, que la doctrina empieza a hacer una diferenciación entre las dos modalidades que caracterizan al consentimiento. Para este autor, conforme lo indica García-Calderón (2014):

«si bien ambas figuras comparten la característica común de suponer que “el lesionado acepta un hecho que a él, de algún modo, le afecta; él permite, configura, acepta; no tiene nada en contra”, en su opinión “jurídicamente esta voluntad aprobatoria del lesionado opera (en ambos casos) de manera muy diferente» (García Calderón, 2014, pág. 114)

A través de esta teoría, la figura del consentimiento cumple dos funciones dentro de la ubicación sistemática de la teoría del delito: por un lado, actuará como causa de atipicidad y, por otro como de justificación. Para hacer referencia a los

primeros se utilizará el término “acuerdo” y/o “conformidad”, mientras que para el segundo será el consentimiento en “sentido estricto”.

5.1.1.1.1. Como causa de atipicidad

El primero de ellos hará referencia a los supuestos en los que el bien jurídico a ser protegido es la libertad siendo que, en estos casos, la ilicitud de la conducta se fundamenta en que se encamina y dirige contra la voluntad del interesado, así el consentimiento formaría parte de la misma estructura del tipo penal como *«una característica negativa que, o bien aparece de forma expresa, o bien se deduce tácitamente del tipo»*. (Segura García, 2000, pág. 55) En estos casos, al existir una contradicción de la voluntad del titular del bien jurídico, esto es, que el “lesionado” se encuentre de acuerdo con la acción realizada, esta *«se convierte en un suceso normal dentro del marco de un orden social establecido»*. (Jescheck y T. Wiegand, 2014, pág. 548 y 549) Así, la conducta será excluida del filtro de la tipicidad toda vez no se encontraría presente uno de los elementos del tipo el cual es el actuar contra la voluntad del interesado, de esta forma, al no estar presente ello, la conducta no podría devenir en antijurídica, sino en atípica. Un claro ejemplo de ello en nuestro cuerpo legal son los delitos contra la libertad como lo es el delito de coacción:

«Artículo 151.- Coacción

El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años». (Código Penal de 1991)

En este caso en concreto, sin mediar los vicios del consentimiento como lo son la amenaza o violencia, si el interesado otorga su consentimiento, esto es, se encuentra conforme con la acción que el sujeto “activo” le pide, no se estaría cumpliendo con los elementos objetivos del ilícito penal por lo que la conducta deviene en atípica por lo que *«faltando la oposición del sujeto pasivo, es indudable que desaparece toda lesividad de la conducta»* (Mir Puig, 2006, pág. 510).

El segundo grupo es aquel en donde la acción no se encuentra dirigida directamente contra la voluntad del titular del bien jurídico (contra la propia libertad), sino contra la tutela de un determinado bien jurídico (patrimonio, entre otros). Así, el consentimiento generará que la conducta sea considerada como atípica toda vez que la acción *«ofensiva no solo se dirige contra la voluntad del sujeto pasivo, sino también contra otros bienes»* (Segura García, 2000, pág. 56) por lo que dan a entender esta teoría que exista una “doble protección” tanto al bien jurídico como a la libertad de disposición sobre este.

Un ejemplo que pone la doctrina es el caso del delito de hurto el cual, en nuestra legislatura, se ubica en el artículo 185° del Código Penal de la siguiente manera:

«Artículo 185°. – Hurto simple

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, los hidrocarburos o sus productos derivados, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación». (Código Penal de 1991)

En estos casos, como el mismo tipo penal no hace referencia alguna a la voluntad emitida por el interesado, téngase como referencia a los casos de los delitos contra la libertad, *«se afirma que la conducta típica se realiza en cualquier caso a pesar del consentimiento, puesto que, al no protegerse la libre disposición del bien, sino el bien mismo, la lesión subsiste»* (García Calderón, 2014, pág. 115)

Conforme se indica, en los casos antes mencionados, el que el titular otorgue su consentimiento tendrá como consecuencia que la lesión o la puesta en peligro devenga en irrelevante jurídico penalmente dado que la conducta se convierte y es aceptada socialmente. Ahora, la problemática que genera este segundo grupo es que aquí los autores han tomado como punto una supuesta doble protección toda vez que, para ellos, el bien jurídico y la libre disposición sobre el mismo son dos objetos distintos. Precisar que, para esta investigación, no somos partidarios de esta posición toda vez que ambos objetos forman una unidad manteniendo una relación estrecha siendo que uno es la concreción del otro.

Para este segundo grupo, en especial para sus partidarios, *«el bien jurídico tutelado es en realidad doble o, más exactamente, tiene una doble vertiente que recae, en el bien jurídico en sentido estricto y en la libertad de disposición del mismo por su titular»* (Segura García, 2000, pág. 60), así la lesión o puesta en peligro del bien jurídico implicará la violentación tanto de la integridad del objeto como de la facultad de disposición del interesado usando como ejemplo clave a los delitos contra el patrimonio. Así, para este sector estarían igualando al sustrato material u objeto de acción con el bien valorado (bien jurídico) dando a entender que el derecho penal protegería meros bienes; sin embargo, resulta necesario precisar que se puede realizar una separación entre el bien jurídico, entendido como el objeto valorado, y la facultad de disposición del titular del mismo dado que, en todos los casos lo que protege el derecho no es el bien en sí, sino el dominio del mismo por parte del interesado. En el caso del hurto, el derecho penal protegerá no el bien mueble, como lo es un vehículo o una cartera, sino la facultad de disposición que ostenta el ciudadano sobre el mismo. Recordar que los bienes jurídicos son creados y, por ende, protegidos con la única función de brindar circunstancias que permitan el libre desarrollo de la persona a fin de lograr sus propios objetivos con respeto a su dignidad.

De este modo, no se puede establecer una supuesta lesión del objeto ni una doble protección cuando nuestro ordenamiento jurídico:

«no protege directamente (...) los objetos cuya titularidad deja en manos de los particulares. La razón se encuentra en que no existe interés jurídico alguno a la conservación del objeto (con independencia de la voluntad del titular) (...) No existiendo utilidad social, el Derecho penal no protege los sustratos materiales, y esto es lo correcto porque la protección jurídico-penal del sustrato material, de existir, iría mas allá de la propia protección que proporciona el ordenamiento civil (...) la interpretación contraria, es decir, la protección por el Derecho penal de una cosa de titularidad individual sobre la que no recae interés social en contra de la voluntad de su titular, supondría una clara contravención del carácter fragmentario y subsidiario » (Segura García, 2000, pág. 62 y 63)

Si hablamos de destrucción, ello se puede observar en el delito de daños siempre y cuando la acción realizada sea contra la voluntad del ciudadano o su voluntad (consentimiento) haya sido viciado; no obstante, ello no implica que se está protegiendo el sustrato material (objeto físico sobre lo que recae la protección), sino que solo tomará relevancia en base a los principios de fragmentariedad y subsidiariedad a fin de que el derecho penal actúe en última instancia tomando, como punto relevante, la manifestación de voluntad del ciudadano. De protegerse solo el sustrato material, se diría que el tipo penal se habría realizado pese a que se cuente con el consentimiento del interesado, es decir, que el tipo penal sería pluriofensivo.

Al ser el punto álgido, directa o indirectamente dirigido, la voluntad del ciudadano, la voluntad de este imposibilitará que se lesiona o ponga en peligro el bien mediante el accionar de un tercero. Ya sea que en el transcurso de un caso se determine que el objeto de acción es un v.g. un vehículo, sobre el cual el titular del bien jurídico ostenta disponibilidad, lo que se protege es la libertad de disposición, la facultad de dominio reconocida al titular en relación con este objeto al ser estos una unidad inseparable, esto es, la autodeterminación del sujeto, basándose en el libre desarrollo de la personalidad conforme se mantiene para esta investigación.

5.1.1.1.2. Como causa de justificación

En este numeral procederemos a dar un mayor alcance ya no del acuerdo o conformidad, sino del consentimiento en sentido estricto (como lo llama la doctrina partidaria de la teoría bipartita) el cual entrará a tallar cuando el bien jurídico, ha pesar de que se encuentre presente la voluntad por parte del titular, se considera que ha sido lesionado toda vez que lo que se busca proteger es mantener ese bien jurídica a costas de lo deseado por su propio titular, es decir, que *«el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar»* ((Jescheck y T. Weigend, 2014, pág. 549)

Así, este sector considera que, si bien el titular ostenta un bien jurídico individual, no se protege -como bien jurídico – la voluntad del interesado dado que este se

protegerá independientemente del primero. En palabras sencillas, al hacer una división entre el objeto de protección y la facultad de disposición por parte de la persona, para los casos en donde actúa el consentimiento en sentido estricto, se considerará que se ha lesionado el bien jurídico cuando se exista una conducta que se encuentra dirigida a este pese a existir la voluntad – o consentimiento – del titular, esto es, se protegerá al mismo frente a un ataque querido por su propio titular. De esta manera, al no protegerse esta libre disposición, sino el bien jurídico en sí mismo, la lesión se mantiene; empero, esta conducta, si bien no podría actuar dentro del ámbito de la tipicidad, sí podría no ser considerada como delito siempre que se encuentre presente la voluntad del titular para actuar en el ámbito de la antijuridicidad como una causa de justificación.

Un ejemplo que se suele mencionar es el delito de lesiones el cual, en nuestro ordenamiento jurídico, dice lo siguiente:

«Artículo 121.- Lesiones graves

El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud física o mental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años». (Código Penal de 1991)

Como se puede observar, la aquiescencia por parte del interesado en nada afecta a la concreción del tipo penal, por ende, se supera el filtro de tipicidad, dado que la lesión se mantiene en el tiempo por lo que el consentimiento solo actuaría como una causa de justificación toda vez que no remedian el daño ocasionado.

Para ello, existen diversas teorías que se han usado a lo largo del tiempo para fundamentar esta posición siendo las más conocidas i) la teoría del negocio jurídico, ii) la teoría de la ausencia de interés y, iii) la teoría de la ponderación de valores siendo que, actualmente, existen posiciones más modernas para determinar la actuación del consentimiento.

Respecto a la teoría del negocio jurídico, se debe precisar que fue el gran civilista Zitelmann quien aborda la figura del consentimiento desde el derecho Civil de la siguiente manera: Primero parte de que la antijuridicidad, filtro en donde – para este autor – el consentimiento despliega sus consecuencias, lo cual implica que una conducta realizada por un tercero es contraria al ordenamiento jurídico generando así una relación entre el derecho penal y civil. Este autor toma como punto central de su fundamento la unidad del ordenamiento jurídico por lo que, si una acción está prohibida en una determinada rama del ordenamiento jurídico, lo estará en las otras, así, la exclusión de esta antijuridicidad solo podrá generarse *«cuando la prohibición sufre esta limitación en todos los sectores jurídicos en lo que se dé, ya que si la acción es antijurídica en tanto tan solo exista una prohibición en alguna parte del ordenamiento jurídico, (...) seguirá siendo antijurídica en cuanto tan solo una de las prohibiciones no sea retirada»* (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 13)

De esta manera, este autor entenderá que la figura del consentimiento podrá excluir la antijuridicidad de alguna acción realizada por el sujeto activo cuando

se exista de por medio un negocio jurídico. Para Zitelmann, el consentimiento será entendido como un negocio jurídico, con carácter negocial, «*en virtud del cual el titular de un bien jurídico transmitía a un tercero el derecho – revocable – de afectar dicho bien*» (García Calderón, 2014, pág. 116), esto es, que se otorga a un tercero un permiso para que realice esta conducta.

Entonces, dado que este autor observaba a la figura del consentimiento como un negocio jurídico que otorga a un tercero el derecho revocable para que realice una acción y, estando a su concepción de la unidad del ordenamiento jurídico, resulta entendible que para este autor esta figura (consentimiento) actuara en el marco de una causa de justificación porque «*el ejercicio de un derecho nunca puede ser antijurídico*». (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 25); sin embargo, a lo largo de su estudio se observaron varias falencias como que no era necesario que este consentimiento sea conocido por el tercero por ser este un negocio jurídico *unilateral*, así como que se debe someter a las exigencias del derecho civil dado que los fines de ambas ramas del derecho (penal y civil) son sumamente distintas tanto en su aplicación como en sus consecuencias.

Frente a ella, nació la segunda teoría – teoría de la ausencia o falta de interés – propugnado por el penalista Mezger, quien entendía que no se puede aplicar al derecho penal la teoría que Zittelmann usó para el derecho civil dado que «*la tesis de Zittelmann (...) confunde dos institutos jurídicos totalmente diversos: el consentimiento como negocio jurídico y el consentimiento como causas de justificación*». (Segura García, 2000, pág. 68) Para ello, este autor señala que las causas de justificación ostentan dos principios fundantes, por un lado, indica que el injusto puede ir contra un hecho:

«también porque lo favorece un derecho eficiente. En este caso, hablamos del principio del derecho preponderante (...). Tal principio se aplica en estos casos:

- a) Derechos especiales de acción,*
- b) Deberes especiales de acción, y*
- c) Como resultado del principio de la valuación de los bienes jurídicos»*
(Mezger, 1958, pág. 162)

Entendiéndose por este principio – principio de interés o derecho preponderante - cuando el interés o bien protegido será sacrificado por uno de mayor relevancia siendo sus manifestaciones los derechos especiales de acción, deberes especiales de acción y el principio de valuación de los bienes jurídicos tales como la legítima defensa, situación oficial y de servicio, la acción por mandato y el estado de necesidad justificante.

Por otro lado, Mezger indica que este injusto podría no corresponder al hecho siempre que ostente una peculiaridad que lo suprema, así:

«El injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio, una característica que suprime el injusto. Hablamos, en este caso, del principio de la ausencia del injusto (...) principio de la ausencia del interés (...) El principio en cuestión adquiere significación en los casos siguientes:

a) *El consentimiento del lesionado (...)*». (Mezger, 1958, pág. 162)

De esta manera, pasamos a hablar del consentimiento en sentido estricto. Para este autor, esta figura jurídica actúa como una causa de justificación toda vez que encuentra razón en el principio de ausencia de interés a través del cual entiende que todo injusto (tipicidad y antijuridicidad) tiene como contenido una lesión de intereses en donde la voluntad del titular bien jurídico ha sido vulnerada, por ello, para que una conducta se encuentre justificada mediante la aplicación de este principio, esta voluntad del interesado no se presenta, esto es, desaparece, no existe desde un inicio. De esta manera, se dice que el consentimiento implicará *«el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico»* (Mezger citado en Segura García, 2000, pág. 68) por lo cual al concurrir la aquiescencia del interesado desaparece el interés que hubiera sido lesionado por lo que la conducta se encuentra justificada. Así, *«cuando el titular de un bien jurídico consiente en su lesión por parte de un tercero, estaría manifestando su desinterés por la protección penal, y esa falta de interés, esa renuncia a la protección penal, justificaría la lesión del bien jurídico»*. (García Calderón, 2014, pág. 117)

Bajo esta premisa, Mezger fundamenta que el consentimiento se desplegará en el filtro de la antijuridicidad como causa de justificación al no presentarse un interés por parte del titular del bien jurídico desapareciendo por completo, el cual hubiera sido lesionado; sin embargo, resulta pertinente recalcar que, si se entiende que mediando el consentimiento genera la no existencia de una lesión – no vulneración de la voluntad del titular, en este caso por su la falta de interés, parecería que se estaría acercando más a un fundamento para el ámbito de la atipicidad dado que *«un consentimiento eficaz no es posible imaginarse como lesionada una voluntad que luego “decae” por causa del consentimiento, sino que la voluntad desde un principio no puede imaginarse como lesionada y por eso no puede suponerse como realizado el tipo»* (Roxin, 2006, pág. 521)

Por otro lado, este autor también indica que una conducta no podrá ser considerada como causa de justificación cuando el titular del objeto de la acción y del objeto de protección son distintos. De esta forma, respecto al delito del homicidio a petición, a juicio de este letrado, la titularidad de la vida no solo recae en la persona en específico, sino también en la colectividad, entonces, si *«los intereses de otros o de la comunidad predominan, (...) hay que negar eficacia»* (Mezger citado en García Calderón, 2014, pág. 117) (el subrayado es nuestro) de la figura del consentimiento volviéndole a dar así un valor social a los bienes individuales que, en un principio, son disponibles.

Así como tras la aparición de la teoría de Zittelmann aparecieron detractores, lo mismo sucedió con la teoría propuesta por Mezger siendo uno de ellos Noll al señalar que Mezger no explica en su teoría por qué es que en algunos tipos penales, en donde se protegen bienes jurídicos individuales, es posible el consentimiento y en otros no partiendo la idea de su teoría en que cuando se presenta una ausencia de interés (no se ha lesionado la voluntad del titular) por parte del interesado (a través del consentimiento), no existe un conflicto que genera las causas de justificación, por lo que la conducta no debe ser

considerada como tal, sino que debe actuar como una causa de atipicidad por lo cual estos supuestos de consentimiento no podrían actuar como causas de justificación.

Por otro lado, sí lo harían cuando se aplique la teoría de la ponderación de valores en donde colisionan la facultad del titular del bien jurídico versus el interés colectivo y social de la comunidad respecto a la protección del bien jurídico, siendo que *«en el consentimiento se daba la particularidad (...) de que los valores que colisionan no pertenecen a sujetos distintos, sino al mismo»*. (Noll citado en García Calderón, 2014, pág. 118) De esta forma, para este autor existirán bien jurídicos que son individuales sobre los que el interesado ostenta completo poder disponiendo a diestra y siniestra de los mismo deviniendo la conducta, a través del consentimiento, en atípica; en cambio, existirán otros bienes considerados como *importantes y/o valiosos* para el Derecho que no pueden dejarse a libre discreción del interesado y es aquí en donde entra a tallar esta teoría dado que la conducta puede llegar a ser totalmente excluida siempre y cuando en la ponderación de valores, el principio de autonomía de la voluntad para disponer resulte más preponderante que el valor representado por el bien jurídico y, de no ser el caso, atenuar la pena a imponer.

En el mismo sentido recoge Jescheck (2014) cuando menciona que:

«La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida decisivamente por el Ordenamiento jurídico, debido a que el uso sin restricciones de la libertad personal (art. 2 I GG) como tal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal, que tiene que ser ponderado frente al interés de la comunidad en la preservación de los bienes jurídicos. Hasta donde alcanza la libertad del titular queda cubierta la infracción del objeto protegido, en la medida en que concurren los requisitos especiales para la eficacia del consentimiento». (Jescheck y T. Weigend, 2014, pág. 556)

Empero, como bien lo señaló Noll, en donde no se encuentre presente el interés de protección por parte del interesado, no existe algún tipo de lesión o puesta en peligro al bien jurídico y, mucho menos, algún tipo de colisión de intereses para señalar que el consentimiento podría actuar en el ámbito de la antijuridicidad. Ahora, el que se diga que existe una colisión entre la facultad de disponer del interesado contra el valor social del bien jurídico da a entender que existen bienes que, a pesar de ser individuales y que su afectación se desplegará solo con relación al mismo titular, ostenta una importancia para la comunidad, como si la titularidad del mismo es tanto el individuo el concreto como del Estado (o sociedad) haciendo alusión a las características de los bienes jurídicos colectivos.

De todos los autores aquí señalados se puede colegir que existen dos tipos de bienes jurídicos, los que el interesado puede disponer, por ende, calzarían como una causa de atipicidad; y los que, por ser más importantes deben pasar por un filtro para que la conducta que los lesione pueda ser considerada justificada. De esto último se entiende que la titularidad de los bienes jurídicos individuales (como lo es la vida) no son exclusivamente individuales, sino que son

compartidos con una titularidad pública, entonces, el consentimiento va a producir solo una aminoración del injusto debido a que, tras la ponderación, puede haber desaparecido la lesión al principio de autonomía de la libertad, más no la del interés general a la incolumidad del mismo; no obstante, se sigue sin entender cuál es el fundamento para hacer una división entre los bienes jurídicos individuales y considerar que algunos sean disponibles y otros no siendo lo suficientemente relevantes para ser considerados por el Estado como bienes de la comunidad o por qué estos bienes deben estar sobre garantizados dejando de lado lo estipulado en la facultad que ostenta todo individuo de disponer de su bien individual dado que cumplen la función de otorgar circunstancias que sirvan para su autodesarrollo sin que franquee con la dignidad del mismo.

Se debe precisar que nos encontramos en un Estado social y democrático de Derecho en donde el Estado tiene el deber de proteger los bienes jurídicos en aplicación del *ius puniendi* más no el derecho no encontrándose avalado su intervención cuando el interesado no lo desea o se encuentre frente a ataques no queridos que solo desplieguen sus consecuencias en su propia esfera de libertad.

5.1.1.2. Teoría unificadora

Cuando ya se creía que la ubicación sistemática de la figura del consentimiento no traería mayores problemáticas, aparecen opiniones respecto a su ubicación y de si esta efectivamente ostentaba una doble naturaleza (acuerdo y consentimiento en sentido estricto) toda vez que, en varios casos en concreto, se observaba que esta figura jurídica también actuaba en el ámbito de la tipicidad y ello sucedía porque se le consideraba como categoría ajena dentro de las causas de justificación dado que «*no parecía responder adecuadamente al principio rector de “resolución de un conflicto de intereses a favor del interés preponderante” que inspiraba a toda las demás*» (García Calderón, 2014, pág. 126) siendo su base o punto de inicio el concepto que se mantenga respecto al bien jurídico.

Así, si hablamos de que este ostenta un valor social y que su importancia radica en el colectivo, resulta consecuente que se determine la no eficacia del consentimiento con relación a los bienes jurídicos individuales (véase el apartado anterior); sin embargo, bajo una concepción liberal del bien jurídico, acorde con el modelo actual de estado (Social y democrático de Derecho como concreción de un estado constitucional en donde se toma como eje central a la persona, su dignidad y su libre personalidad -ejercicio de su libertad-), resulta lógico que se propugne con un entendimiento del bien jurídico individual no como una mera protección a este porque ostente un valor en sí mismo sin ninguna relación con el individuo en específico (hablando de bienes individuales), sino como aquel que se encuentre estrechamente vinculado tanto con el titular como con su voluntad dado que estos son creados en función a los primeros para generar situaciones que originen su autodesarrollo desplegándose así la autonomía del mismo deviniendo esta situación en el dominio por parte del titular sobre sus bienes (hablando de los individuales). De protegerse solo los objetos de acción o sustratos materiales sin tomar en consideración su vinculación con la intención

que el interesado les pretenda dar, se estaría superando los límites del derecho penal al solo proteger meros objetos físicos que no sirvan a sus titulares.

De esta forma, si lo que aquí se pretende proteger son aquellas esferas de autonomía, el poder, la facultad de disposición de la persona sobre sus bienes, dado que ambos ostentan la categoría de inseparables, entonces, si la persona manifiesta, consiente una acción de la cual su accionar no afectará a un tercero, sino al mismo titular del bien, se podría decir que el objeto de acción ha sido "lesionado" (por ejemplo, consentir que un tercero se lleve tu billetera como despliegue de tu autonomía), mas no el bien jurídico deviniendo la conducta en atípica no cumpliéndose con los elementos del tipo a través del consentimiento.

Ello implica que, estando presente la voluntad del interesado, se excluirá *«el desvalor del resultado y, con ello, la misma tipicidad de la conducta; dicho en otros términos: el acuerdo provoca que el bien jurídico individual afectado sea extraído del campo de protección del a norma penal mediante el acto de disposición del sujeto legitimado»*. (Segura García, 2000, pág. 92)

Si bien fue en 1932 que el doctrinario alemán Hermann Bruns defendió esta posición, no fue hasta los años 70's donde toma mayor importancia esta corriente siendo los pioneros de la misma los tratadistas Zipf y Kientzy, aunque el verdadero auge de la misma fue con Roxin al otorgarle una amplia fundamentación de la siguiente manera:

«donde alguien preste su consentimiento relevante para que en sus bienes jurídicos otro lleve a cabo una lesión, no existe en tal caso agresión alguna al titular del bien jurídico protegido, sino solo una protección de la realización de su libertad (...) que precisamente encuentra su expresión en la libre disposición sobre los bienes jurídicos de que es titular» (Roxin, 1992, pág. 173)

Esta teoría, como ya ha sido mencionada en párrafos anteriores, toma como fundamento la teoría liberal del bien jurídico en donde se tiene como punto central una concepción neopersonalista reconociéndose la autonomía de la persona y, por ende, la disponibilidad que ostenta sobre sus bienes jurídicos individuales toda vez que es una expresión de su autodesarrollo de personalidad.

De esta manera, no se puede hablar que una conducta ha lesionado un bien jurídico cuando el titular del mismo ha manifestado su voluntad como forma de expresión del desarrollo de su personalidad, más aún porque lo que protege las normas no es la *«integridad de los objetos»* (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 95), sino en la facultad de dominio por parte del interesado sobre estos.

Así, el consentimiento actuará dentro como una causa de atipicidad el cual se infiere mas que todo de la carta Magna, esto es, de la Constitución como piedra angular y referente de todo sistema jurídico en donde, además de considerar a la persona y su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado, también se encuentra como límite al Estado la libertad que todo ciudadano ostenta el cual debe garantizar el libre ejercicio de la libertad siendo uno de sus límites la esfera de libertad de otro.

Para esta tesis, no existe una distinción o separación entre objeto de acción (sustrato material físico sobre el cual recae la acción) y la facultad de dominio del titular del bien jurídico, sino que ambos forman un conjunto en el cual el primero no puede prescindir del segundo. Bajo esta premisa, cuando se lesiona la voluntad del titular, se estaría lesionando, de manera contigua el objeto valorado, esta fórmula, aplicada a la inversa devendría en lo siguiente: una conducta no podrá ser considerada por parte del interesado – e incluso terceros – por gravosa siempre que este consienta la mencionada acción haciendo uso de su dominio autónomo sobre su propia esfera de libertad dado que la acción se encuentra dirigida a la desarrollo de la persona (recordar que los bienes jurídicos existen en función a la autorrealización de la persona), por lo cual se entiende que la libertad que ostenta de disponer sobre sus bienes está integrada.

En ese sentido, usando los argumentos aquí esgrimidos, el consentimiento manifestado por el titular del bien jurídico, su facultad de dominio sobre su bien jurídico individual, el modelo de Estado con amplia influencia liberal, la función que ostenta el Derecho Penal actualmente y la teoría liberal del bien jurídico influyen en el sentido en la figura jurídica del consentimiento materia de investigación actuará excluyendo el desvalor de resultado y, por ende, el desvalor de acción y el tipo penal en cuestión.

Ello en el sentido en que cuando un tercero ejecuta una acción que ha sido consentida por el interesado, como despliegue de su propia autorrealización, no podría considerarse que se ha producido un resultado típico y justificado – causa de justificación – a través del consentimiento, sino que, de por sí, todo disvalor de resultado ya no se encuentra presente por lo que la conducta se convierte en neutral y socialmente adecuada.

De este modo, se observa que la figura del consentimiento se encuentra relacionado a los comportamientos humanos que, a lo largo de la historia, han ido variando siendo que, en la actualidad, se les otorga de especial relevancia tanto al ciudadano y su dignidad, siendo que dentro de esta última se encuentra la capacidad que integra al individuo para poder autodeterminarse, situación que no sucedía frente a un estado de carácter estatista o autoritario.

Ahora, ello no implica que por el hecho de que lo relevante para el desenvolvimiento de esta figura jurídica sea la libertad, el ciudadano, en aras de esta, pueda actuar de manera desenfrenada. Recordar que la libertad ostenta un aspecto positivo y negativo, entendido el primero como la capacidad para actuar como crea conveniente y el segundo para hacerse responsable de sus propias acciones, esto es, si es que traspasa o lesiona la esfera de libertad o ámbito de organización de otro sin su autorización sin llegarse a negar a sí mismo (aspecto de la instrumentalización del ser humano).

Aunado a ello, otro fundamento que se utiliza para otorgar mayor fuerza a la teoría unitaria es que desde tiempos inmemorables se ha considerado a la figura jurídica del consentimiento como un objeto “extraño” dentro de las causas de justificación toda vez que todas ellas se basan en principios de ponderación de intereses o de necesidad, cuestión que no se presenta con el consentimiento dado que no existe un conflicto o confrontación entre libertad versus el bien

jurídico que se pretenda disponer o el interés de la sociedad, y ello ya se vislumbra con la teoría creada por Mezger (ausencia de interés) y de Noll (ponderación de intereses), sino que, cuando se encuentra presente la aquiescencia del interesado:

«no se produce una colisión entre la libre disposición y el sustrato material del bien jurídico protegido, ya que en el consentimiento lo único decisivo es la libre voluntad del titular del bien jurídico protegido y, por otro, porque resultaría absurdo plantear semejante colisión si se conceptúa la facultad de disponer como un elemento constitutivo del propio bien jurídico que es lo que hace la concepción del bien jurídico aquí mantenida en cuanto que entiende que el objeto de la disposición y la facultad de disponer en su interrelación constituyen el bien jurídico protegido por la norma» (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 104) (el subrayado es nuestro)

Sin embargo, Roxin alega que existirían casos en los cuales el consentimiento, pese a todos los argumentos indicados, actúa como una causa de justificación, como es el caso del homicidio a petición situación a la cual, en esta investigación, no se está de acuerdo toda vez que se estaría contrariando a su propia posición ya que, al ser este un bien jurídico individual, que solo le compete a su propio titular, *«es la voluntad del individuo la que configura cuándo hay o no bien jurídico, no se comprende bien sobre qué puede operar esa restricción a la facultad de disponer. Porque no se puede limitar la libertad de disposición cuando conceptualmente no existe ya bien jurídico»* (García Calderón, 2014, pág. 142)

5.1.2. Requisitos y formas de consentimiento

En este acápite pasaremos a señalar los requisitos que debe cumplir todo consentimiento a fin de ser considerado debidamente válido

5.1.2.1. Recognoscibilidad del consentimiento

Un requisito que se exige a la figura del consentimiento para que sea considerado como eficaz es que sea reconocible por el tercero que realizará la acción.

Ahora bien, con relación a la reconocibilidad, es decir, al nivel de exteriorización que debe ostentar el consentimiento expresado por el interesado para que el tercero lo reconozca, a efectos de dilucidar cuál vendría a ser el grado de distinción, aparecieron tres doctrinas que trataron de dar mayores luces en este ámbito que va acorde a la evolución dogmática de la figura en cuestión no resultando un tema conflictivo siendo estas la 1) teoría del negocio jurídico o declaración de voluntad negocial, 2) dirección de la voluntad y 3) teoría intermedia, mediadora o teoría de la conciliación.

La primera de ellas es la teoría del negocio jurídico o de la declaración de voluntad negocial, que fue la teoría creada por Zitelmann. Dado que este autor entiende al consentimiento como un negocio jurídico privado que difiere casi en nada de un contrato civil, esta figura jurídica se vuelve más una obligación que una expresión

de autodesarrollo del propio titular del bien jurídico. De esta manera, con relación a la reconocibilidad, al exigirse los requisitos estipulados en el derecho civil, el consentimiento solo podrá producir efectos jurídicos cuando haya sido exteriorizado y conocido por el tercero – el agente que realizaría la acción.

Asimismo, resulta necesario que precisar que existen bienes jurídico personalísimos como la libertad, la vida, entre otro que no puede ser, a simple vista o mediando un simple contrato, objeto de un algún tipo de negocio jurídico, ello sin tomar en consideración que, si bien nos encontramos en un modelo de Estado social y democrático de derecho en donde se propugna la mínima intervención del poder estatal, de igual manera existen límites para la aplicación del esta figura jurídica tal y como lo indica nuestra carta magna siendo la principal garantía la dignidad (en su concreción de no instrumentalización del ser humano). Ya lo dijo nuestro Tribunal Constitucional (2011) que no es permitido la aplicación del ejercicio de autonomía para su propia renuncia al ser el ser humano un fin en su mismo. Por este motivo, esta teoría está en desuso y no es compatible con nuestro actual modelo de Estado.

Frente a la teoría del negocio jurídico, aparece la teoría de la dirección de la voluntad que, ostenta fundamentos completamente distintos a la teoría del negocio jurídico, siendo sus principales defensores Mezger y Schminhäuser.

Para esta teoría, dado que el consentimiento se refiere a la acción del agente, basta que el titular del bien jurídico lo exprese en su fuero interno no siendo necesario que lo manifieste e incluso, ni siquiera se exige que el agente que realizaría la acción consentida tenga conocimiento de la voluntad del interesado. Aquí, lo único relevante, es la aprobación interna por parte del interesado, sin que esta sea exteriorizada. Así, el que la figura jurídica del consentimiento sea considerada como válida no guarda relación con el conocimiento por parte del agente que ejecutará la acción. Lo importante para esta teoría es la aprobación interna toda vez que el consentimiento se basa en la voluntad de la persona. De esta forma, mediante la decisión psíquica del interesado, se renunciaría a la intervención estatal para aplicar una protección jurídico penal. Sin embargo, esta teoría no tomó en consideración las diversas complicaciones que con ella acarrea.

No se puede considerar como una expresión de voluntad por parte del titular del bien jurídico un simple pensamiento que, ni siquiera, ha sido expresado o manifestado, total o parcialmente, al exterior dado que devendría en una serie de problemas probatorios, *«un pensamiento no manifestado no es expresión de la voluntad y, por falta de comprobabilidad, no es adecuado para vincular consecuencias jurídicas al mismo»*. (Roxin, 2006, pág. 533) Se debe recordar que el derecho penal no sanciona meros pensamientos que se encuentran dentro de nuestro fuero interno, sino solo aquellos que han sido debidamente expresados.

García Calderón (2014), defensora de la teoría de la dirección de voluntad, alega que como el fundamento esencial de la figura del consentimiento es la voluntad, no se podría alegar que un consentimiento no manifestado sea relevante o carezca de efectos jurídicos, solo importa si este transgrede un bien jurídico y ello solo podrá saberse si es que se contraría con la voluntad del interesado (pág. 193) siendo su exteriorización carente de importancia.

Bajo la misma premisa, usa como fundamento que:

«los pensamientos e intenciones del individuo carecen de relevancia penal es de todo punto imposible, ya desde el mismo momento en que el Derecho penal sí diferencia entre el dolo y la imprudencia, castigando más severamente un mismo comportamiento que ha llevado a idéntico resultado solo porque éste ha sido perseguido por el autor en su fuero interno» (García Calderón, 2014, pág. 193)

Sin embargo, ante ello debemos señalar que, si bien es cierto para la evaluación del ámbito subjetivo del tipo, se analiza si el accionar ha sido cometido mediante dolo o imprudencia, esto es, con intención por parte del agente tercero – su voluntad al momento de querer realizar un actuar ilícito –, no significa que el Derecho penal le esté otorgando relevancia alguna a la voluntad no exteriorizada o pensamiento internos de una persona y que ello sirva de base para las futuras sanciones de si un accionar ha sido con intención o no. Recordemos que se ha dejado de lado y se encuentra desfasada el entendimiento de los elementos subjetivos del tipo (dolo e imprudencia) como voluntad y conocimiento, sino que ahora, a través de la teoría de la representación, se acreditará que una conducta es dolosa cuando *«el sujeto activo ha actuado y se ha representado la concurrencia de los elementos objetivos exigidos por el tipo en su conducta»*. (Poder judicial, 2022, pág. 13)¹³ Así, haciendo una inferencia a este aspecto y siendo acordes con lo expresado anteriormente, el derecho penal no estaría sancionando los fueros internos de la persona – por ende, no se le otorgaría eficacia o relevancia jurídica – sino hasta que esta sea representada, ello a fin de evitar la aparición de la inseguridad jurídica al pretender normar el mundo interno del ser humano.

Por último, se tiene a la teoría intermedia, mediadora o de la conciliación, la cual, entre las dos teorías antes mencionadas, mantiene mayores matices con la segunda que con la primera, en el sentido de que es suficiente la aquiescencia del interesado mediante un accionar convincente. Para esta corriente, no basta con la voluntad interna del interesado para señalar que su consentimiento puede ser eficaz y, en consecuencia, generar efectos jurídicos, pero tampoco se le exige los requisitos exigidos en el derecho civil (como con la teoría de la declaración de la voluntad). Así, lo importante es que el consentimiento sea manifestado hacia el exterior *«mediante facta concludentia, ya sea de un modo expreso -por escrito o verbalmente-, o tácito»*. (García Calderón, 2014, pág. 185)

Aquí, se realiza una diferencia entre la voluntad interna del interesado con el consentimiento entendido como *«expresión de la conformidad de una persona en relación con la conducta de otro»* (Segura García, 2000, pág. 137) dado que el derecho Penal, conforme lo indicamos en los párrafos anteriores, no controla y menos sanciona pensamientos internos, por lo cual requiere que estas sean manifestadas externamente, no cumpliendo necesariamente con los requisitos rígidos exigidos por el derecho civil¹⁴.

¹³ Se realizó un breve análisis en el apartado 3.1.1.3.1.7 del presente trabajo.

¹⁴ Jescheck menciona que el consentimiento debe ser manifestado de modo inequívoco y debe ser reconocible para con los terceros.

Se podría decir que, mediante esta teoría, se crea un equilibrio entre la rigidez de los requisitos exigidos en el Derecho civil mediante la teoría de la declaración de la voluntad y el amplio subjetivismo sin oportunidad de probarlo en el fuero externo de la teoría de la dirección de la voluntad para así ser garantista del respeto de la voluntad del interesado sin vulnerarla.

De este modo, si el titular del bien jurídico consiente de manera externa y el agente toma conocimiento de ello, el delito no se configuraría deviniendo su actuar en un hecho socialmente aceptado (siempre que hablemos de bienes jurídicos individuales); por otro lado, si el consentimiento del interesado «*sí ha recibido algún tipo de manifestación*» (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 173), pero no le llega esa información al tercero actuando este sin conocimiento de ello, la conducta devendría en tentativa inidónea toda vez resulta imposible que se lesione un bien sobre el cual ya se ha consentido para este accionar. Finalmente, si el interesado no ha expresado, de ninguna manera, su consentimiento solo quedándose en su fuero interno, el autor que haya realizado alguna conducta tendrá que responder por un delito consumado dado que no se ha presentado una manifestación concluyente toda vez que no se puede probar la dirección de su voluntad siendo necesario que el consentimiento no se preste a interpretaciones sino que «*debe ser susceptible de ser reconocido como tal externamente*» (Chang Kcomt, 2017, pág. 407)

Ante ello, se debe realizar una pequeña diferencia con el consentimiento presunto el cual, por sus mismas características, no puede actuar dentro del ámbito de la atipicidad dado que, en este caso, no es que el titular del bien jurídico no haya manifestado su consentimiento externamente quedándose dentro de su fuero interno, sino que se hace una suposición porque el interesado no se encuentra en una situación en la que pueda expresarla, por lo cual «*el consentimiento es en efecto solo expresión de la conformidad del parecer interno propio con el ajeno, pero, desde luego, más que un mero admitir y que un mero dejar de hacer*». (Roxin, 2006, pág. 534) Esta investigación es partidaria de esta teoría.

Este consentimiento puede dar dado ya sea oral o de forma escrita, y ello dependerá de la exigencia que, en ese momento, el nuestro poder legislativo, a través del ordenamiento, lo plantee. Un claro ejemplo de ello, y ya vinculándose al objeto materia de investigación, para las acciones realizadas por el personal de salud, la normativa sanitaria se exige que el paciente otorgue su consentimiento debidamente informado y firmado en los casos en los que se requiera pudiendo ser revocado de la misma manera en la que fue otorgado.

5.1.2.2. Momento y revocabilidad del consentimiento

Para indicar que el consentimiento puede ser catalogado como eficaz, es importante determinar el momento en que el titular del bien jurídico emita su consentimiento, es decir, ex ante o ex post, y la revocación del mismo.

Con relación al momento en que el interesado deba emitir su consentimiento, si este se otorgó previo al inicio de la realización de la acción por parte del agente, la conducta que posteriormente ejecutará será considerada como atípica al encontrarse dentro de lo permitido por el titular del bien jurídico. De igual manera,

si el consentimiento ha sido revocado antes del accionar por parte del agente, la protección penal que ostenta el bien sobre el cual iba a recaer el consentimiento vuelve sobre el mismo, esto es, que, si se actúa sobre este, el derecho penal podrá intervenir. Este acto revocatorio no puede ser netamente dado en el fuero interno, sino que es necesario que esta sea manifestada exteriormente.

Ahora, ¿qué sucede cuando la acción ya se encuentra ejecutándose, pero todavía no ha sido consumada? Si el agente se detiene tras haberse iniciado la realización del hecho tras la revocatoria del interesado, la conducta deviene en atípica; empero, si este prosigue a pesar de la revocatoria, conforme hemos indicado, la protección penal del bien jurídico regresa, por lo cual, el accionar deberá ser sancionado conforme a ley.

De lo expuesto se debe tomar en consideración que existen casos en los que resulta difícil el poder determinar cuándo es que la persona ha otorgado o revocado su consentimiento una vez se haya iniciado la realización del hecho por lo cual cada uno de ellos debe ser evaluado de manera concreta y tomar como punto de partida de manera general e irrestricta.

Si el consentimiento por parte del interesado ha sido emitido con posterioridad a la consumación del hecho, este no puede desplegar sus consecuencias jurídicas dentro del ámbito de la atipicidad y menos de la antijuridicidad, este consentimiento es conocido como el perdón, «una autorización que sea posterior al hecho no tendrá efecto alguno sobre la realización del tipo» (Roxin, 2006, pág. 535); no obstante, como bien lo señala Vital de Almeida (2006):

«un consentimiento post facto, en principio, es posible considerarlo como una circunstancia judicial favorable al autor (...) pues la verificación del comportamiento del a víctima en pro del reo es un elemento contextual que debe ser considerado por el juez para la aplicación de la pena, aunque sin que pueda alterar la estructura fundamental de la infracción que ha sido consumada» (Vital de Almeida, 2006, pág. 283)

5.1.2.3. Capacidad y titularidad del consentimiento

Aunado a lo expuesto en los anteriores numerales, para que el consentimiento manifestado por el interesado sea catalogado como eficaz, se debe observar la capacidad del mismo y la titularidad.

El único legitimado para consentir será aquel titular del bien jurídico, ello cuando hablamos de bienes jurídicos individuales y, por ende, disponibles. Como regla general se tiene que se otorgará el consentimiento de manera personal (ya sea oral o escrito), esto es, que provenga del propio interesado; sin embargo, existen casos – los cuales pasaremos a explicar brevemente – en donde esta legitimidad recaerá en un tercero, de manera excepcional, cuando la persona no sea considerada capaz. De esta manera, no bastará la legitimidad (titularidad sobre el bien jurídico) por parte del individuo, sino que este debe ostentar una capacidad para emitir su consentimiento respecto a su bien jurídico individual.

Se entenderá por capacidad como aquella cualidad necesaria que debe mostrar el interesado a través del cual manifieste comprensión respecto al *«alcance de su aceptación y determinar los beneficios y perjuicios que el acto le puede acarrear»*. (Ontiveros Ortega, 2019, pág. 225)

Para determinar la capacidad requerida para señalar que el consentimiento emitido por el interesado es válido, la doctrina mayoritaria alega que no es necesario exigir, en el ámbito del derecho penal, los requisitos requeridos en el derecho civil al ostentar consecuencias distintas. Lo mismo sucede con el término capacidad toda vez que, en el derecho penal, la *«no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero que, igual que ésta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente»*. (Muñoz Conde y García Arán, 2010, pág. 345)

Un amplio ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico es el contraste entre los artículos 42°, 43° y 44° del Código Civil en el cual se redacta la incapacidad absoluta y restrictiva y el artículo 173° del Código Penal siendo que en los primeros se indica que son absolutamente incapaces los menores de dieciséis años, a diferencia de lo estipulado en el código penal en donde figura que todo menor de catorce años es incapaz.

Como se puede observar, para el derecho civil, la persona menor de dieciséis años carece de capacidad de manera absoluta, lo cual implica que no tiene plena capacidad de ejercicio, esto es, para este ámbito, realizar contratos o negocios jurídicos, situación totalmente contraria con lo que sucede en el ámbito penal toda vez que, realizando una inferencia del artículo 173° del mencionado cuerpo legal, se sobreentiende que, con relación a la minoría de edad, el consentimiento, como instrumento de autodesarrollo de a persona, otorgado por todo mayor de catorce y menor de dieciocho año es válido lo cual le permite que pueda mantener relaciones sexuales sin que la conducta sea subsumida en el tipo penal siempre y cuando medie el consentimiento por parte del titular del bien jurídico, situación que no se presenta cuando se trata de menores de catorce años.

Eso quiere decir que, para todo aquel que se encuentre entre los catorce y dieciocho años, el derecho penal sí los considera capaces, por ende, su consentimiento ostenta validez. De este modo, si bien marcan una delimitación de los requisitos a seguir, ello no implica que sean exigidos de manera irrestricta en el derecho penal, caso contrario, se presentaría *«una modificación en la finalidad de las reglas acerca del consentimiento, las cuales ya no estarían destinadas a la protección del titular, sino a (...) las normas de competencia contenidas en las disposiciones civiles que regulan la capacidad negocial»*. (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 114)

Si bien nuestra normativa civil toma como personas capaces a los mayores de dieciocho años, ello va a depender de cada situación en específico al momento de aplicarlo en el Derecho penal lo cual deberá ser evaluado en cada circunstancia.

En la misma línea, Romeo Casabona señala que:

«Con todo esto no se está negando, como pudiera parecer, que el consentimiento excluyente del tipo (asentimiento) pueda requerir únicamente una capacidad natural de voluntad, es decir, que sea de carácter meramente fáctico u objetivo, sino que se rechaza el que pueda aplicarse ese principio con carácter general; no puede reducirse a esas reglas comunes, pues no lo son. Dependerán, más bien, de la naturaleza del bien jurídico y de la función del tipo correspondiente los requisitos exigibles en uno u otro caso» (Romeo Casabona, 1981, pág. 309)

Es por ello que se toma como punto de partida para determinar la capacidad del titular del bien jurídico, no tanto lo estipulado en las otras ramas jurídicas extrapenales, sino que se le exige el deber de entender la posición en la que se encuentra, esto es, que posea una capacidad natural.

De este modo, Jescheck indicó que *«el titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular en esencia el significado de la renuncia al interés protegido y el alcance del hecho»*. (Jescheck y T. Weigend, 2014, pág. 563)

En el mismo sentido, De la Gándara Vallejo (1995) manifiesta que basta con que el interesado ostente un juicio o capacidad natural entendido como *«la capacidad de entender y querer suficientes para comprender la trascendencia de la decisión por medio de la cual se renuncia al a protección penal del bien jurídico y el alcance de la intervención sobre él mismo, lo cual debe ser comprobado caso por caso por el juez»*. (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 114)

Bajo esta lógica, se entenderá como capaces a aquellas personas que, además de tomar en consideración la mayoría de edad (que deberá ser evaluada para su aplicación en el ámbito jurídico penal), no sufran ninguna alteración mental o psíquica grave (enfermedades mentales) o sean menores de edad (catorce años).

No obstante, para el caso de los incapaces, ello no quiere decir que no puedan emitir su consentimiento, sino que se realizará a través de un representante lo cual se determinará dependiente del tiempo de incapacidad que se ostente (temporal o permanente) y el bien jurídico sobre el que se trate.

Con relación a los incapaces temporalmente, se entiende por ello aquellos casos de inconsciencia en donde el interesado no se encuentra en posición de emitir su consentimiento por un determinado periodo de tiempo. En este caso en concreto, consideramos que más que una representación, se debe aplicar la figura del consentimiento presunto a fin de determinar o, mejor dicho, presumir cuál sería la decisión que tomaría el titular del bien jurídico de estar consciente, siendo que esta decisión debe estar netamente orientada a beneficiarlo y en aras de salvaguardar su autodesarrollo, más aún cuando se trate de decisiones irreversibles.

Por otro lado, de hablarse de una incapacidad permanente, no se podría hablar de la aplicación de un consentimiento presunto, sino que, en estos casos en concreto, aparecería como regla la institución del representante legal (tutor – curador); sin embargo, ello no significa que puedan actuar arbitrariamente, más

aún cuando se traten de los bienes jurídico personalísimos o de suma relevancia (vida, libertad, entre otros) por lo cual, para estos, solo podrán ejercer su representación cuando se ostente la finalidad de generarle un beneficio o sirva para su autorrealización sin involucrarse con la esfera de otro. Se deberá poner énfasis en las decisiones con consecuencias reversibles e irreversibles siendo que, para estas últimas, se tiene que tomar en consideración el beneficio que se generará a partir de esta para con el titular del bien jurídico.

Finalmente, hacemos alusión brevemente a la minoría de edad que, si bien no es netamente una incapacidad de la persona, sí implica una disminución en sus capacidades para emitir un consentimiento eficaz. Se tiene que tener presente que *«la cuestión de la capacidad de discernimiento (...) dependerá del grado individual de madurez y deberá ser juzgada en relación con la intervención concreta, de forma que las exigencias sean mayores cuanto más graves sean las consecuencias de la misma»*. (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 114)

Para estos casos, al igual que los incapaces permanentes, el representante (padres, tutores, entre otros) solo podrá hacer uso de la subrogación que ostenta siempre que sea en pro del titular del bien jurídico, más aún cuando se traten de bienes personalísimos tales como la libertad o la vida. Un claro ejemplo del límite que se les impone lo indica la Ley N°28189 “Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos” de la siguiente forma:

«Artículo 10.- Requisitos y condiciones del donante vivo de órganos y/o tejidos no regenerables

Son requisitos y condiciones del donante vivo de órganos y/o tejidos no regenerables, los siguientes:

(...)

2. (...). Los representantes de los menores o incapaces no tienen facultad para brindar consentimiento para la extracción de órganos y/o tejidos de sus representados» (Ley N°28189, 2004, pág. 3) (el subrayado es nuestro)

Conforme se puede observar, pese a los deseos que puedan ostentar los padres, tutores o representantes sobre los menores de edad, ello no implica que pueda hacer uso de la misma sin mediar obstáculo alguno.

Precisar que, respecto a estos bienes considerados “personalísimos”, primigeniamente, por sus mismas características, *«en la intervención en derechos de la personalidad a menudo se rechaza o se enjuicia con recelo la posibilidad de una representación en el consentimiento»* (Roxin, 2006, pág. 543), empero, ello no implica que no se pueda realizar en situaciones específicas y a favor del mismo interesado.

5.1.2.4. Consentimiento informado: especial incidencia en el ámbito sanitario

Además de los requisitos que se exige para asegurar que el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico vida, tales como momento de la manifestación, capacidad, titularidad y falta de vicios, entre otros; para el contexto eutanásico en el ámbito sanitario, en donde entra a tallar la intervención por parte del personal de salud respecto a los beneficios y desventajas de la aplicación o renuncia de algún tratamiento para con el titular del bien jurídico, resulta necesario que estos le expliquen de manera consciente y entendible al interesado a fin de que este tome una decisión debidamente informado.

Se debe dejar constancia, como se ha realizado a lo largo de esta investigación, que el concepto que se maneja en la presente del bien jurídico, entendido como un ente dinámico cual sentido es el desarrollo de la persona, es la disposición que ostenta el interesado para con su bien jurídico en aras de respetar su dignidad y su autorrealización.

Por esta razón compartimos lo expuesto por Reyes Alvarado (2022) quien estipula que:

«lo que se protege con el bien jurídico de la vida no es el mantenimiento de unas funciones vitales, ni lo que se tutela con el bien jurídico de la salud es la integridad física y mental del individuo conforme a determinados parámetros médicos (...). Lo que en ambos casos se protege es la libertad de la que el individuo dispone respecto de la configuración de su integridad física y mental, lo que involucra el ejercicio de otros derechos fundamentales como el de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad» (Reyes Alvarado, 2022, pág. 852)

Por tanto, hablando del ámbito sanitario, ello implica que se protegerá el derecho que ostenta cada paciente para decidir sobre las intervenciones que se le quieran realizar protegiéndose así su derecho a la vida y salud. En consecuencia, de lo antes indicado se concluye que: 1. Si las consecuencias de la conducta solo serán desplegadas dentro de la esfera de titular del bien jurídico por tanto, no se trasgreden los límites de un tercero, el Estado no tendría motivo alguno para intervenir salvo caso en donde el mismo interesado esté vulnerando su dignidad (cosificación de la persona), y 2. Para que este pueda decidir sobre qué rumbo tomará su proyecto de vida, debe contar con toda la información necesaria que debe ser brindada por el personal de salud lo cual implicará que todos los procedimientos – intervenciones- medicas solo podrán realizarse previo consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico.

En ese sentido, se observa que la figura del consentimiento y las actividades médicas están interrelacionadas dado que estas últimas se encuentran regidas por la *lex artis* entendida como aquel:

«criterio de normalidad de los profesionales que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (...). Este criterio es fundamental, pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad, exigiendo que no sólo exista el elemento

de la lesión sino también la infracción de dicha lex artis (...)» (STSJ EXT 76/2023, 2023, pág. 6)

El punto principal en donde incide la lex artis es determinar si el personal médico ha prestado la diligencia debida lo cual permitirá valorar una responsabilidad subjetiva mas no objetiva; sin embargo, este concepto resulta muy indeterminado y variable – por su misma naturaleza-, por lo cual resulta esencial señalar los criterios que debe ostentar.

Es por ello que, en el caso peruano, la Corte Suprema, mediante la Casación N°334-2019, de fecha 16 de setiembre de 2020, determinó los criterios de la lex artis ad hoc tales como: «1. contenido semántico, 2. flexibilidad, 3. ámbito de aplicación, 4. naturaleza normativa, 5. sentido práctico y deontológico, 6. carácter dinámico, 7. aplicación relativa, 8. regula actividades, 9. inherente a la actividad médica, 10. finalidad benefactora y 11. enfocado en el método no en los resultados» (Casación N°334-2019, 2020, pág. 01) siendo que el punto 3 hace referencia a las situaciones en donde va a ser empleada la *lex artis* comprendiéndose así «*el diagnóstico, la información, la prescripción, el pronóstico, la determinación del método, el tratamiento, la vigilancia o seguimiento y la rehabilitación. En el ámbito de la información, las asimetrías pueden generarse (...) por el lado del médico que no informa al paciente o sus familiares de los riesgos del tratamiento*». (Casación N°334-2019, 2020, pág. 14) (el subrayado es nuestro) Es aquí en donde entra a tallar el ya mencionado consentimiento informado como criterio para la correcta ejecución de la lex artis dado que, de ausentarse, acarreará una responsabilidad que puede ser administrativa, civil o incluso penal.

De esta manera, el consentimiento informado implicará la obligación por parte del personal de salud de comunicarle al paciente, de la forma más clara y sencilla, sobre su diagnóstico, pronóstico, tratamiento u otros que le competan respecto a la enfermedad o afección que se encuentra padeciendo o las alternativas con las que cuenta lo cual debe resultar en que el paciente entienda correctamente lo que le están explicando, así como que el médico se tome el tiempo, como corresponde, de explicarle detalladamente y no solamente enseñarle un documento a fin de que este firme. Entonces, se deja de lado la idea de la relación vertical entre médico-paciente en donde este último era un mero sujeto pasivo que acataba todo lo que el primero le indicara obviando su voluntad, para pasar al panorama en donde se propugna como eje central la dignidad de la persona siendo su concreción su autonomía lo cual permitirá al paciente que este decida, una vez informado, con relación a las decisiones que desee tomar que vayan acorde con su proyecto de vida.

No se puede olvidar que el paciente debe ostentar ciertas características para poder determinar que su manifestación de voluntad es válida; no obstante, ello no quiere decir que el médico solo cumpla un papel de informante sin actuación alguna, sino que este, en base a sus conocimientos en la materia, «*tiene el deber ético y profesional de intentar persuadir al enfermo de la conveniencia de someterse a la práctica médica recomendada. El punto es que, si aun así, el paciente plenamente capaz y debidamente informado continúa negándose a ella, el profesional deberá abstenerse de llevarla a cabo, por imperio de la autonomía*

de la voluntad». (Brodsky y Garaventa, 201, pág. 146) Así, el consentimiento emitido por el paciente generará que la intervención médica devenga en irrelevante para el derecho penal desplegando sus consecuencias en la imputación objetiva vislumbrándose una ausencia de riesgo jurídicamente desaprobado siempre que se encuentre acorde con la *lex artis*.

Ahora bien, por doctrina mayoritaria se tiene que toda actividad médica acorde a la *lex artis*, actuará en el campo de atipicidad y ello se debe a que actualmente nos encontramos viviendo en una sociedad de riesgo toda vez que, desde el siglo pasado, con todos los adelantos en el ámbito de la tecnología, se crearon diversos medios que mejoraron y beneficiaron la calidad de vida de las personas, no obstante, este avance también trajo consigo el surgimiento de nuevos riesgos por lo cual, al ser la sociedad dinámica y cambiante, se tuvieron que modificar los límites de los riesgos que la sociedad estaba dispuesta a tolerar para su propio desarrollo. De este modo, para determinar si un riesgo es considerado permitido o no, se debe poner en una balanza por un lado el riesgo que implica una actividad y los beneficios que de esta devengan en favor de la sociedad. Así, una vez un riesgo sea considerado permitido, se deberán establecer parámetros a efectos de prevenir y/o evitar la producción de algún resultado que lesione un bien jurídico.

De esta forma, habiéndose ponderado el riesgo que este conlleva y la rentabilidad del mismo, si este último resulta ser más beneficioso para con la sociedad, será considerado como riesgo permitido entendido como aquella *«conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello (...) excluye al tipo objetivo»* (Roxin, 2006, pág. 371), un claro ejemplo de ello es la conducción de automóviles, el transporte marítimo, entre otros, los cuales, a efectos de evitar resultados lesivos para con los bienes protegidos, están debidamente reglamentados de manera expresa ello con la finalidad de ser considerados como pautas para la determinación de los límites del riesgo en cuestión; no obstante, existen riesgos permitidos que son considerados como tal por aceptación social tales como fiestas patronales, campeonatos y/u olimpiadas de tiro, etc. En estos casos, a efectos de no separar o prohibir conductas que de alguna manera surten a la sociedad, dado que la finalidad de los bienes jurídicos es que la persona se desarrolle y con ello logre sus objetivos, se debe realizar *«un juicio por el cual "no sólo es calculable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad o daño como ventaja o pérdida según criterios jurídicamente vinculantes"»*. (Bacigalupo Zapater, 1999, pág. 274) De lo antes expuesto se deduce que todas las conductas que se encuentren consideradas como riesgo permitido, devendrán en atípicas.

En el caso del ámbito sanitario, se tiene que la actividad médica ha sido considerada como una actividad de riesgo permitido de manera histórica toda vez que, por los mismos valores y principios que ostenta esta rama, resulta beneficiosa para con la sociedad dado que se dedica al mantenimiento del ser humano en completo respeto a la dignidad de la persona. De ahí que no se pueda prohibir su ejercicio, más sí delimitarlo creándose así el ya conocido termino *lex artis* o deber de cuidado la cual, como ya se explicó, es un conjunto de con

criterios que determinarán cuando el actuar médico acarreará alguna responsabilidad siendo uno de estas medidas el consentimiento informado.

Siguiendo este razonamiento, el personal sanitario solo podrá actuar una vez el paciente haya otorgado su consentimiento informado por lo cual, de obviarse y proceder con la intervención se estaría violentando el deber de cuidado que ostenta el médico creando así un riesgo jurídicamente no permitido. De este modo, el consentimiento informado, al formar parte de la *lex artis*, actuará como una causa de atipicidad pues «no se trata de una autorización excepcional de comportamiento para resolver tensiones entre diversas formas de ataque a bienes jurídicos, sino de una autorización general de conducta que hace parte del rol social que cumple el personal sanitario». (Reyes Alvarado, 2022, pág. 856)

Procediéndose a analizar la normativa peruana, se tiene que en la Ley General de Salud (Ley N°26842) se indica que ningún paciente puede ser supeditado a algún tipo de tratamiento sin su aquiescencia o, de no contar con la capacidad necesaria, de su representante legal excluyéndose, claro está, los casos de emergencia (pág. 3 y 4) lo cual marca, inicialmente, un parámetro para con el personal de salud en donde se prima la autonomía de la persona señalándose que solo se le podrá intervenir cuando haya emitido su consentimiento, así como también indica que se deberá respetar la renuncia al tratamiento; empero, no indica la forma en la que la información le debe ser brindada. Por ello, mediante la Ley N°29414 se estableció, no solo el respeto a la autonomía del paciente (artículo 15.4), sino la información que se le debe brindar de manera clara y sencilla por parte del personal de salud (art. 15.2).

Lo antes mencionado, se condice con los artículos 17° y 24° del Reglamento de la Ley N°29414 en donde se indican no solo a que el paciente reciba la información de forma comprensible, sino que también existe una obligación para con el personal de salud en donde estos deben llevar a cabo todo el proceso del consentimiento y no solo remitir un formulario sin explicación alguna.

Lo expuesto anteriormente guarda relación con lo estipulado en el Código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú en el cual se priman los principios y valores éticos de la Medicina como lo es la dignidad de la persona y su autonomía en donde el médico se encuentra obligado a solicitar el consentimiento informado y con el Proyecto del Código de Ética y Deontología. Lo cual genera que el consentimiento comprenderá no solo una exigencia normativa, sino también ética.

Por otro lado, de lo indicado precedentemente, se observa que pese a que se le otorga de relevancia a la autonomía de la persona al ser esta el eje central del consentimiento informado, ello no implica que su protección sea absoluta, sino que debe estar acorde con la dignidad de la persona no existiendo ningún tipo de acción dirigida a cosificar a la persona, así como que también el médico debe evaluar si el actuar que le estaría solicitando el paciente se encuentra en relación con los principios de la medicina como lo es la no maleficencia. Así, si un paciente adicto a los opioides le solicita al personal de salud que le administre mayores dosis que le puede originar un perjuicio o entrar en coma, el médico, en

base a sus conocimientos y conforme a lo estipulado por la *lex artis*, se puede negar a realizarlo no implicando ello que se está vulnerando su autonomía, sino que se le estaría protegiendo su dignidad. Este es un tipo de actuación paternalista que sí está permitido en nuestro modelo de Estado.

Ahora bien, el que se defienda la figura del consentimiento informado como manifestación de voluntad, siendo esta una concreción de la dignidad en el extremo de autonomía de la persona, no implica que por ello el personal de salud actuará como un sujeto pasivo que no ostenta ninguna responsabilidad frente a cualquier intervención médica, incluso las que sean contra el debido cuidado. Así, el artículo 24° del Reglamento de la Ley N°29414 señala que el personal de salud a cargo del paciente es responsable de cómo se debe llevar a cabo la obtención de un consentimiento informando, por tanto, debe garantizar tanto la libertad por parte del paciente a que decida como a la información que puede acceder.

Ello quiere decir, conforme se ha expuesto en todo este apartado, que además de la existencia del consentimiento informado – el cual forma parte de la *lex artis* –, resulta necesario que el médico a cargo del paciente cumpla con todos los requisitos del debido cuidado del acto médico, caso contrario, incluso si su accionar haya generado un beneficio al titular del bien jurídico, pero este no le haya otorgado su consentimiento, se le impondrá una sanción ya sea de índole administrativa, civil o penal.

La finalidad que se busca con el consentimiento informado no es la exención de responsabilidad por parte del personal médico ante alguna negligencia, sino que lo que se pretende es el reconocimiento de los derechos del paciente siendo uno de los más relevante la autonomía de la persona y un claro ejemplo de ello es la potestad que se le otorga la paciente para la renuncia del tratamiento o interrupción del mismo pese a que le generaría algún perjuicio; no obstante, esta lógica no se aplica para los casos de homicidio piadoso toda vez que, teniendo en consideración el contexto eutanásico, la enfermedad y el padecimiento la persona, se encuentra prohibido que se pueda acceder a la aplicación de la eutanasia a fin de no morir en sufrimiento, pero sí que la persona renuncie a sus tratamientos lo que deviene en un completo sinsentido dado que: 1. Se propugna por un lado la autonomía de la persona, pero se prohíbe la aplicación de la eutanasia tomando en consideración el estado en que se encuentra el paciente, 2. El hecho de renunciar al tratamiento o interrumpirlo genera que el titular del bien jurídico padezca mayores sufrimientos e intensos dolores en el final de su vida contrariándose así con el principio rector de dignidad, más aún cuando este se encuentra expresamente estipulado en el reglamento de la Ley N°29414.

5.1.2.5. Vicios de voluntad

Para que el consentimiento sea declarado como válido este debe haberse emitido por parte del titular del bien jurídico de manera libre, voluntaria y sin vicio alguno lo cual implica que no puede existir amenaza o violencia, engaño o error. De esta manera, cualquier acción que devenga de un vicio de la voluntad generará que el consentimiento manifestado sea inválido toda vez que la voluntad del interesado

ha sido manipulada lo cual se configura en un impedimento para que este se expresa con libertad.

Ello no significa que cualquiera de estos vicios pueda ser considerado como tal y, por ende, que interfiera y tome significancia al momento de manifestar el consentimiento, sino que estos deben ser lo suficientemente relevantes para que impidan la libre expresión por parte del interesado hacia su autodeterminación. Bien lo señala Vital de Almeida (2006) cuando indica que el consentimiento deviene en irrelevante cuando el vicio infecta y daña la «*autenticidad de ese instituto jurídico como causa de atipicidad*» (Vital de Almeida, 2006, pág. 259)

Así, el libre desarrollo del ciudadano, al momento de tomar decisiones, es la clara expresión de la figura jurídica del consentimiento como respeto a su dignidad y su libertad en donde el sujeto actúa en su esfera de libertad. De esta manera, si la manifestación de su voluntad se encuentra viciada no se podría hablar de un ejercicio de su libertad toda vez que no se está expresando su real manifestación, sino que se hablaría de una emisión de voluntades sin libertad que generan que el consentimiento sea declarado como inválido.

Partiremos de aquellos supuestos en donde el consentimiento ha sido otorgado mediando violencia y/o amenaza (intimidación), se considera, por doctrina mayoritaria, que cuando median, esta figura jurídica deviene en ineficaz toda vez que se ha vulnerado la verdadera voluntad del titular del bien jurídico mellándose así la expresión de la autodeterminación de la persona. La pregunta que se realiza para este tipo de vicio es respecto a la intensidad que debe presentar esta violencia y/o amenaza para afecte al consentimiento en tal grado que esta devenga en ineficaz.

Por un lado, existen autores que consideran que todo tipo de amenaza, intimidación o violencia afecta la libertad de la persona, por ende, deviene en ineficaz el consentimiento que este emita. Empero, existe otra corriente que alega que solo podrá considerarse viciado el consentimiento cuando la violencia o intimidación realizada en contra del titular del bien jurídico sea lo suficientemente grave.

Jescheck indica que «*en relación con la amenaza, esta debe contener un mal de considerable importancia*». (Jescheck y T. Weigend, 2014, pág. 564)

En el mismo sentido, Bacigalupo (1999) manifiesta que «*las amenazas pueden no excluir la conformidad (...), cuando no sean suficientes para cumplir con las exigencias del concepto de intimidación, es decir, cuando no sean graves*». (Bacigalupo Zapater, 1999, pág. 298)

Bien lo indica Segura García (2000) al momento de exponer su posición en el sentido en que no cualquier tipo de intimidación generará la ineficacia de la aquiescencia, sino aquella que suprima la libertad que tiene todo ciudadano de decidir. (pág. 144)

Bajo la misma premisa, pero restringiendo más aún el grado de afectación, se encuentra Roxin (2006) quien señala que solo será considerada una amenaza

válida aquella que genere una afectación a expresión de libertad de ciudadano. (pág. 551) Así, para este autor, al ser el eje central de su tesis la afectación grave de la libre autodeterminación, el límite que se impondrá al vicio del consentimiento tal y como lo es la amenaza o violencia será su homologación con el grado que se exige para la comisión del delito de coacciones, caso contrario, seguirá siendo válido. Precisar que el delito de coacciones protege a la libertad personal como facultad que se le otorga a la persona para que esta se desarrolle, aquí no se está tutelando ni el modo en que se formó la decisión o la capacidad que ostente el titular, sino la libertad como valor en sí. Consideramos esta posición la más acertada.

En el caso peruano, el delito de coacción se encuentra tipificado en el artículo 151° del código penal sancionando a cualquiera que, a través de la amenaza o violencia, obligue a otro a hacer lo que la ley no manda o niega a hacer lo que no prohíbe.

Se entenderá por violencia como *vis corporalis*, esto es, como aquella fuerza suficiente para vencer la resistencia del sujeto pasivo que se ejerce sobre este a fin de obligarse a realizar algo o impedir que lo ejecute.

Precisar que esta violencia no solo puede recaer sobre una persona, sino también sobre bienes, ya sean esto muebles o inmuebles, siempre y cuando mantengan una relación con el sujeto pasivo, en este caso, con el que emitió el consentimiento viciado. Conforme se puede observar, el nivel que debe ostentar la violencia es uno moderado o alto. Esta misma lógica sigue la Corte Suprema en la R.N. N°2113-2017 entendiéndola como «suficiente para generar la anulación de la voluntad de la víctima, quien se ve obligada a realizar una conducta no deseada» (poder judicial, 2018, pág. 52).

Por otro lado, con relación a la amenaza o intimidación, esta es definida como «el anuncio de un propósito de causar un mal que realiza el agente sobre su víctima con la finalidad de doblegar su voluntad y, de ese modo, obligarle a realizar algo que la ley no manda o impedirle lo que ella no prohíbe». (Salinas Siccha, 2018, pág. 617 y 618). De igual modo nuestra jurisprudencia entiende a la *vis compulsiva* como «la acción que produce en el sujeto pasivo un temor o apremio, que lo obliga a obedecer al agente, realizando la conducta que se le indica; tal temor es consecuencia de una amenaza suficientemente idónea acerca de un mal inminente». (poder judicial, 2018, pág. 51 y 52)

Con estos parámetros más delimitados se evitarán subjetivismos con respecto al grado o intensidad de la violencia o intimidación, no es igual que el agente amenace a una persona con matarla con un arma de fuego para que realice ciertas acciones a que lo amenace con un insecto, el consentimiento, para ser catalogado como viciado, debe ser invencible para quien lo manifiesta. Como correctamente indica Vital de Almeida (2006) que «el titular del derecho tiene el deber de reaccionar como individuo normal, ya que entender de otra manera significaría estar aplicando (o mimando) criterios neoliberales de expansión innecesaria al aspecto sistemático y práctico de la ciencia punitiva». (Vital de Almeida, 2006, pág. 271)

Como segundo vicio se tiene al error el cual se entenderá como una errónea representación, por parte del titular del bien jurídico, respecto a la realidad.

Conforme a lo dictado por la doctrina mayoritaria, se entiende que todo consentimiento el cual ha sido manifestado mediando algún error lo convierte en ineficaz. Ante estos casos, hay que diferenciar los casos en los que el error generado no ha sido generado por el agente y aquellos en los que sí. Cabe precisar que, si ha sido originado por el tercero, el consentimiento deviene en ineficaz.

En el primer caso, dado que el error se generó netamente en el titular del bien jurídico, el consentimiento se mantendrá intacto y, por ende, será considerado como válido siendo que el despliegue de las consecuencias debe ser asumidas por el propio interesado. De esta manera, si no ha sido provocado por un agente, sino por el mismo interesado, no afecta la naturaleza de la figura jurídica del consentimiento.

Ahora bien, respecto a este punto, los defensores de la teoría de la dirección de la voluntad -al propugnar que el punto central en la naturaleza jurídica del consentimiento es la voluntad dejando así de lado si esta ha sido manifestada o no, en consecuencia, le otorgan relevancia a la voluntad del fuero interno de la persona- señalan que *«en el error de declaración, la declaración de consentir no corresponde a la auténtica voluntad del sujeto, que se equivoca al expresarse diciendo “autorizo” cuando quería decir o escribir “no autorizo”; consideran»* (Luzón Peña, 2012, pág. 32) (el subrayado es nuestro), siendo este análisis correcto dado que es acorde con la teoría antes mencionada; sin embargo, resulta necesario precisar que el derecho penal no sanciona o pretende proteger pensamientos internos, sino que necesita que estos sean manifestado de manera concluyente a fin de proseguir con la protección del bien jurídico.

Asimismo, señalar que, para el terreno del ordenamiento jurídico-penal peruano, al haberse adoptado la teoría de la representación para determinar si una conducta ha sido cometida mediante dolo o imprudencia, no basta con “conocer” el fuero interno, sino que este debe desplegarse en la realidad. Muy claramente lo expone Caro John (2006) al hablar de la siguiente manera:

«Con esto queda claro que el fuero interno no puede constituir objeto de intervención penal, porque el conocimiento en su configuración natural no representa en lo absoluto perturbación social. ¿Qué derechos puede lesionar un pensamiento, por muy indecoroso que sea? El pensamiento no delinque: ¡cogitationis poenam nemo patitur! Esta declaración constituye a la vez una garantía penal y procesal para el ciudadano, en tanto que, ante la imposibilidad probatoria, no existe un deber de prueba del conocimiento, o ¿alguien puede probar los pensamientos?» (Caro John, 2006, pág. 2)

En ese sentido, y realizando una analogía, si el derecho Penal no puede sancionar pensamientos a menos que estos hayan sido debidamente manifestados o expuestos en la realidad, de igual forma, para el ámbito del consentimiento, se necesita que este se explaye objetivamente a efectos de determinar si se ha dado la concurrencia de un error, deviniendo en ineficaz el consentimiento, o no.

Así, y siendo que esta investigación es partidaria de la teoría de la conciliación o intermedia, resulta relevante que la voluntad presente en el interesado sea expresada fuera del fuero interno, más aún porque devendría en arbitrario que *«deba ser el autor el que tenga que cargar con el riesgo de declaraciones equívocas o erróneas por parte del titular (...) lo cual parece especialmente injusto en aquellos casos en los que ya no sea posible una aclaración del error»*. (De la Gándara Vallejo, 1995, pág. 120) De esta manera, al no haberse concretado en nuestra realidad de forma concluyente, el agente no podría adivinar la verdadera voluntad del titular del bien jurídico siendo que, en estos casos, el consentimiento se mantendría incólume, generando las mismas consecuencias de un error de tipo invencible¹⁵. Por ende, si el interesado es quien ostenta el error, pero el tercero desconoce por completo, la conducta de este quedará impune, conforme lo indica nuestra normativa.

Sin embargo, frente a esta regla general existen excepciones. La primera de ellas hace referencia a cuando, pese a que el titular del bien jurídico ha incurrido en error por sí mismo, el tercero se percató de ello y hace caso omiso; mientras que la segunda hace referencia a cuando, cuando existe un deber en el agente de que el interesado entienda de manera correcta la representación de la realidad.

En el primer caso, al haber el agente observado el error en que va a incurrir el titular del bien jurídico y, pese a ello, deja que este se mantenga en una errónea representación de la realidad, se estaría aprovechando de la situación por lo cual se le puede atribuir la lesión al bien jurídico al existir un abuso de derecho por parte de este ostentando los efectos de un error de tipo vencible debiendo ser sancionada como culposa según nuestra normativa jurídico-penal. En el mismo sentido, Luzón Pena (2012) indica que, de presentarse una situación en donde se pueda advertir que el titular se está equivocando al momento de consentir, quien realiza la acción engañosa incurre en error vencible.

El segundo caso a mencionar es cuando el tercero ostenta el deber de erradicar cualquier malentendido respecto a la idea que el interesado se haya creado de la realidad. Estos casos suelen presentarse en las actividades médicas a través del cual el personal de salud mantiene un deber de garante para con el paciente en donde, según la requerido y exigido por la normativa, se debe informar de manera correcta y entendible al paciente a efectos de que este, en base a esta información, manifieste su voluntad, ya sea – dependiendo del caso en concreto – proceder con el tratamiento que viene siguiendo o renunciar al mismo. Si, frente a esta situación, el garante omite información u observa que el titular del bien jurídico estaría emitiendo su voluntad bajo error e ignora ello, su conducta, dependiendo si esta omisión ha sido de forma dolosa o culposa, será sancionada como delito negligente o doloso (esta situación de obviar el consentimiento no es aplicado en los casos de emergencia o se ponga en riesgo la salud pública). Ello se ve claramente expuesto, en el caso peruano, en la Ley General de Salud, La Ley N°29414 “Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los

¹⁵ “Artículo 14.- Error de tipo y error de prohibición

El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”. (Código Penal, 1991) (el subrayado es nuestro)

servicios de salud” y el Reglamento de la Ley antes mencionada lo que será explicado en el siguiente capítulo.

Se debe hacer hincapié en que, si el garante cumplió con informar correctamente al paciente de los beneficios y perjuicios de su decisión y este, pese a ello, se mantiene en el error habiéndose ya agotado todas las vías para que salga del mismo, el consentimiento emitido por este último será considerado como válido.

Finalmente, tenemos al vicio del engaño el cual solo será relevante siempre y cuando el titular del bien jurídico presente, al igual que con el error, una representación errónea de la realidad desconociendo a ciencia cierta sobre la disposición de su bien, esto es, cuando la información dada al ciudadano sea insuficiente sobre las consecuencias que desplegará su accionar generando un engaño insoportable que de origen a una ineficacia al momento de consentir.

Estamos de acuerdo con el concepto dado por Vital de Almeida (2006) quien conceptualiza al engaño como aquella provocación en el interesado para que este se equivoque respecto a la renuncia de su tutela del bien jurídico disponible permitiendo un ataque o en la razón de consentir este ataque «siempre que sea insoportable (o poco soportable), no pudiendo otorgar efectos eficaces al consentimiento». (Vital de Almeida, 2006, pág. 262) (el subrayado es nuestro)

Así, *«todos los vicios – engaño, error o coacción-, que se den al tiempo de prestar consentimiento, afectarán o no su eficacia dependiendo de si han motivado o no el otorgamiento, es decir, de si pueden considerarse causales para su concesión»*. (García Calderón, 2014, pág. 173)

En base a lo antes expuesto, no cualquier engaño puede ser considerado válido para convertir el consentimiento en ineficaz, sino que debe ser uno que ostente considerables características que no permitan al titular del bien jurídico tener un correcto panorama de la realidad. Se podría decir que un vicio “soportable” sería algo meramente sencillo, trivial como, por ejemplo, que la intervención del paciente durará media hora cuando en realidad tardará 40 minutos.

De esta forma, mediando un engaño, o en realidad cualquiera de los vicios aquí expuestos, se estaría transgrediendo la voluntad de la persona como concreción de su libertad al haber sido esta manipulada no siendo una verdadera expresión de su autodesarrollo.

Cuando hablamos del engaño, este se presentará de dos formas: a) la primera es el engaño, o error, en el motivo; b) el segundo, en la finalidad o necesidad. Para ello, resulta necesario realizar una explicación sobre la diferenciación entre la motivación y la finalidad. Se entenderá por la primera (motivos) como el por qué la persona realiza una acción o toma una decisión, mientras que, por finalidad, se comprenderá como el para qué lo realizó.

Existen diversas teorías pasando desde las más estrictas (tradicionales) a intermedias a efectos de fundamentar el alcance del engaño para con el consentimiento.

Anteriormente se consideraba que, tanto el engaño, como la violencia y el error, en cualquier nivel de alcance, así sea ínfimo, generaba a ineficacia del consentimiento. No fue hasta que Arzt propugna su teoría restrictiva la cual pretende realizar una posición mucho más diferenciadora con relación a cómo debe entenderse por engaño.

Este autor tomará como punto de partida la referencia hacia el bien jurídico. En ese sentido, el consentimiento será ineficaz cuando este vicio se refiera «*al objeto, alcance, forma o peligrosidad de la injerencia en el bien jurídico, siendo irrelevantes los errores acerca de los motivos o las posibles contraprestaciones*» (García Calderón, 2014, pág. 160 y 161), esto es, cuando el titular del bien jurídico se equivoque sobre la forma, el panorama con relación a su bien jurídico individual.

A efectos de dar mayor sustento a su posición, Arzt define por bien jurídico conceptualizándolo como un ser dividido en dos partes: la libertad de disposición (móvil) y el sustrato material (inmóvil). De esta forma, el derecho penal solo se encontrará facultado para proteger la parte estática, esto es, el objeto de disposición y solo, excepcionalmente, la parte dinámica siempre que ostente objetos referidos a la parte estática del bien jurídico. En ese sentido, la función del ius puniendi estará dirigido a tutelar la existencia del bien jurídico.

Este autor indica que cuando el legislador quiere proteger la parte dinámica, la libertad de disposición, lo tutelaré de manera expresa, un claro ejemplo de ello es el delito de estafa, coacciones u otras que indiquen algún vicio contra la libertad. Asimismo, este autor considera que no se puede considerar el consentimiento como viciado si este hace alguna alusión a la contraprestación.

Uno de los problemas que surgió con la posición de Arzt es que, de aplicarse su teoría, se ignorarían muchos casos en los que, si bien el error no hará alusión al bien jurídico, el consentimiento debe ser inválido. De este modo, el vicio, tanto en las contraprestaciones como en los motivos – el por qué una persona consintió – era irrelevante. Si el engaño no recae sobre la finalidad, en el para qué, era válido, pese a que la razón (motivación) por la cual el titular del bien jurídico haya consentido haya sido viciada. No se toma en consideración el nivel de engaño que se ha hecho uso en la motivación, lo único que importa es que este vicio no recaiga en el fin.

En base a esta lógica, para este autor, se realizaría una división entre el motivo y la finalidad; sin embargo, para esta investigación, realizar esta distinción deviene en un sinsentido toda vez que, para que el interesado ejecute su facultad de disposición sobre su esfera de dominio, este depende concretamente del por qué, como expresión de su autodesarrollo, de su autonomía de la voluntad del titular dado que, de contar con toda la información, no habría consentido.

Es decir, que tanto la motivación como la finalidad comprenden una unidad ostentando una relación de interconectividad, la primera genera la segunda. Resulta necesario precisar que, conforme lo hemos indicado párrafos anteriores, para que el engaño sea considerado como válido, por ende, el consentimiento devenga en ineficaz, este no debe ser cualquier tipo de error, sino uno

insoportable. Este presupuesto guarda especial relevancia cuando se aplica a los motivos y, en consecuencia, la finalidad.

No es lo mismo indicar que existe un vicio en el consentimiento por engaño cuando una persona haya consentido que un chamán le dé una serie de medicamentos para sanar un cáncer lo cual no sucedió generándole dolores de estómago a que consienta que lo trate un presunto médico especializado en cáncer para luego enterarse que este era un dermatólogo – que se hace pasar por un especialista - ocasionándole un perjuicio en su salud. En el primer caso, se observa que el grado de engaño en el motivo de la decisión del interesado no es relevante, por ende, no puede afectar su finalidad: curarse siendo su consentimiento válido no pudiendo imputarse ningún delito al chamán; no obstante, ello no sucede en el segundo caso toda vez que aquí el grado de engaño (un dermatólogo que desconoce el procedimiento de los tratamientos cancerígenos) es alto lo cual generará que exista afecte en demasía al motivo generando una errónea realidad para lo que la persona deseaba lograr: curarse o tratarse, deviniendo su consentimiento en inválido al haber sido viciado pudiendo imputarse al presunto médico el delito de lesiones (dependiendo del caso). Entonces, lo que marca el paso es el grado de error en los motivos que afecte la realidad del titular de lograr una finalidad que no se puede obtener.

Ello no quiere decir que existe una diferenciación en el trato entre motivación y finalidad, sino que, en estos casos, se valorará en nivel de engaño que se ha aplicado en la motivación para que afecte a la finalidad. Por ello se menciona que el grado de engaño debe ser insoportable debiendo incluso causar afectación en el por qué consciente.

Para ser acorde con nuestro ordenamiento jurídico, no se trata tanto de quién generó el engaño en el otro, sino quien vendría a tener responsabilidad por la falta de conocimientos. El Recurso de Nulidad N°2504-2015 pone de precedente vinculante el aspecto relacionado al delito de estafa, esto es, la competencia que ostenta la víctima precisando que como criterio esencial la accesibilidad normativa la cual implica el acceso a la información necesaria por parte del sujeto pasivo requerida para la toma de su decisión.

Consideramos importante señalar este punto en relación a que, además de mantener una correcta armonía con los conceptos que se manejan en la parte especial del Derecho penal – mas no en el Derecho civil- mediante el cual se imponen sanciones, como intervención estatal de última ratio, frente a conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, para determinar cómo un engaño puede ser considerado insoportable, por ende, viciado el consentimiento del interesado, no solo basta este umbral de gradualidad –que generaría un nexo de causalidad al haber un engaño, la persona consiente por error por lo que el tercero se aprovecha–, sino que debe determinarse si efectivamente se ha generado un riesgo no permitido siempre que este pueda acceder a la normativa con la finalidad de cumplir con el deber mínimo de auto protegerse (por ejemplo, en los casos de estafa, el titular del bien jurídico tiene el deber de revisar los registros públicos).

Este señalamiento tiene su excepción en los casos en donde el autor ostente un deber de garante como en los casos médicos en donde se exige que, para la

emisión del consentimiento del paciente, el personal de salud cumpla con informarle debidamente para obtener la manifestación de su voluntad sin mediar algún vicio.

Otro punto a tratar es cuando existe un engaño, o error, en la motivación referido a un beneficio económico o alguna contraprestación económica. En estos casos, si se encuentra presente un engaño al momento en que el interesado emita su consentimiento, será catalogado como irrelevante, por ende, seguirá siendo eficaz desplegando sus consecuencias en el ámbito de la tipicidad.

Si bien en estos casos existe una finalidad o necesidad por parte del interesado que ha sido “vulnerada”, al no recibir el monto acordado, la característica que este ostenta, a diferencia de cuando en engaño ha sido por motivación o finalidad, es la económica y/o patrimonial por lo cual, si se considera que el consentimiento ha sido viciado por una falta de cumplimiento contractual, se estaría favoreciendo y promoviendo la aparición de la comercialización de bienes personalísimos.

Por ello somos partidarios de la toma de postura de Roxin en este extremo el cual indica que:

«alguien que consciente en que le propinen una bofetada a cambio de dinero (..) deberá rechazarse una estafa pues (...) no es según los usos del tráfico una disposición patrimonial (...) si se afirmara que concurren unas lesiones, entonces se protegería la confianza en la contraprestación más allá de los límites (...) y con ello se favorecería penalmente una “comercialización” de bienes jurídicos personales» (Roxin, 2006, pág. 546)

De este modo, de protegerse el interés patrimonial, de lo que se estaría tratando aquí sería un incumplimiento en un contrato que se realizó con carácter netamente económico no tomándose en consideración si es que este accionar se deba netamente a un autodesarrollo de la persona o si sean por otros fines (de necesidad o fines ajenos).

Si se sancionara e intercediera el derecho penal en estos casos, se tendría como consecuencia, por ejemplo, que se sanciona a una persona que haya mantenido relaciones con una trabajadora sexual a cambio de una contraprestación no cumpliendo con ello y, por ende, pueda ser denunciado por el delito de violación sexual.

El fundamento que se utiliza para devenir en irrelevante el vicio siendo válido la figura del consentimiento es que no se encuentra permitido, en base a nuestro propio modelo de estado, el tráfico de bienes personalísimos, más aún cuando estas decisiones sean movidas por un ofrecimiento económico.

Se debe precisar que, si bien el consentimiento es la expresión de la voluntad de la persona que servirá para su propio autodesarrollo, por ende, la intervención estatal solo se debe realizar frente a algún ataque no querido por el titular del bien jurídico, ello no quiere decir que esta no pueda ser limitada por el Estado

(paternalismo justificado)¹⁶. Recordar que, al encontrarnos en un Estado social y democrático de Derecho, tanto la persona como su *dignidad* son los fines supremos de la sociedad y del Estado.

Siendo que el ser humano, el ciudadano, la persona es un fin en sí mismo, como bien lo ha desarrollado nuestro Tribunal Constitucional¹⁷, no se podría renunciar a su propia autonomía a través del ejercicio de la misma. Ello implica que la persona no puede ignorar su condición inherente para servir a fines ajenos o ser instrumento o medio para ello (cosificación de la persona). Por ello se propugna que no se puede lesionar la dignidad al momento de ejercitar la libertad.

Lo que se busca es que el consentimiento otorgado por el interesado carezca de fines ajenos al mismo o sea otorgado debidamente informado. En el caso del ordenamiento jurídico peruano se sanciona, por poner un ejemplo, al tráfico de órganos (art. 129-P), por motivos político criminales (lo cual implica evitar el tráfico de bienes personalísimos), pese a que medie el consentimiento.

Lo cual se condice con la Ley N°28189, “Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos”, la cual indica en su normativa (art. 7 y 8) que la disposición de órganos u otros es gratis proscribiéndose cualquier modo de adquirir bajo la obtención de un beneficio, así como que no puede haber publicidad respecto a la donación de órganos en beneficio de personas específicas.

En estos casos, si bien el consentimiento será considerado como eficaz, por ende, no viciado, la conducta realizada (contraprestación) se encuentra proscrita por el derecho penal.

Para que esta quiescencia sea válida, no basta que esta esté exento de vicios de voluntad – y que estos vicios sean los suficientemente insoportables-, sino que se verifiquen la presencia de otros requisitos como los expuestos en el presente apartado (momento de la emisión, revocación, capacidad y titularidad).

De esta manera, se concluye que el consentimiento devendrá en ineficaz cuando, fuera de la presencia de un vicio – engaño, error o violencia -, el interesado no haya consentido. Ya afirmaba Noll (2014) en García Calderón que «*un vicio en el consentimiento del lesionado es esencial solo en la medida en que afecta a la renuncia del bien jurídico lesionado como motivo determinante*». (Noll citado en García Calderón, 2014, pág. 172)

6.2. Toma de posición: la figura del consentimiento como causa de atipicidad

De lo expuesto precedentemente, hemos vislumbrado que, para el tratamiento de la figura del consentimiento, existen dos corrientes que han tratado de otorgarle una ubicación en la teoría del delito ya sea solo como causa de exclusión de la atipicidad – teoría monista o unificadora - o como aquella que realiza una división

¹⁶ Para mayor esclarecimiento, revisar el punto 5.3.1 del presente trabajo. Pág. 96 y siguientes.

¹⁷ Recordar lo expuesto en el Exp. 0032-2010-AI/TC

interna para considerarla tanto causa de atipicidad (acuerdo) como de justificación (consentimiento en sentido estricto) – teoría diferenciadora o bipartida-

Por esta razón, para poder brindar una posición respecto a la ubicación del consentimiento como alguna de las causas de exclusión de responsabilidad penal (atipicidad o justificación), se realizará un análisis de las diferencias que, para la teoría bipartita, existen entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto a fin de determinar si estas pueden ser aplicadas en nuestro contexto y guardan sentido dogmático o, si en realidad, ambos términos deben estar orientados a la exclusión de la tipicidad.

Ahora, como bien lo señaló Roxin (2006), la teoría diferenciadora manifiesta una serie de distinciones existentes entre el acuerdo y el consentimiento en sentido estricto, motivo por el cual ambos términos van a ser tratados diferencialmente lo cual devendrá en que uno tenga incidencia en el filtro de la tipicidad mientras el otro en la antijuridicidad dado que, para este autor existe una discrepancia en el sentido “fáctico” del acuerdo y el “jurídico” del consentimiento.

En primer término, tenemos al diferente tratamiento respecto a la voluntad tanto en el acuerdo como en el consentimiento en sentido estricto. Así, según lo expuesto por la posición diferenciadora, se indica que para el acuerdo solo basta con que exista una voluntad interna por parte del titular del bien jurídico no siendo necesario que la exteriorice, es decir, una mera dirección de voluntad, en tanto para el consentimiento en sentido estricto se exige que esta se encuentre manifestada, es decir, sea de conocimiento para el exterior de manera expresa. De esta manera, se infiere que el acuerdo ostentará importancia jurídico-penal lo cual generará la exclusión del tipo, siendo que su existencia devendrá en una tentativa inidónea del ilícito penal dado que este acuerdo, al ser incapaz de realizar el resultado, no puede producirlo, por ende, no se consumará. El ejemplo más conocido que se alega en estos casos es la del propietario que guarda su vehículo en su cochera siendo que el ladrón entra a esta para hurtarlo no contando con que el titular del bien jurídico habría ya otorgado su consentimiento en su fuero interno ya sea porque quería deshacerse del vehículo, le generaba problemas, etc. En esta situación, según la lógica de la corriente bipartita, el ladrón no estaría cometiendo un ilícito penal de hurto toda vez que se encuentra de por medio el *acuerdo* otorgado de manera interna por el interesado. Un resultado aún más grave se da en el caso de un agente terna, el cual se encuentra trabajando de encubierto, quien habría avisado a los de mal vivir que en su domicilio se hallaban 100 objetos, entre armas y municiones, por lo cual prepara una trampa dado que, una vez estas personas ingresen a su vivienda, se los detendrá.

Ahora, si a este ejemplo aplicamos la lógica expuesta por la teoría diferenciadora, el existir de por medio un acuerdo interno por parte del agente, dueño del inmueble, de que los terceros ingresen (no existiendo así una violación a su domicilio) y tomen los bienes que se encuentran dentro de esta (ya sea municiones, armas, celulares, entre otros), se llega a la particular conclusión de que las conductas desplegadas por los agentes activos devendrían en atípicas no existiendo motivo, en sentido estricto, para su detención.

No estamos de acuerdo con el tratamiento dogmático que le otorga la teoría diferenciadora a la voluntad del interesado y su relación con el acuerdo y el consentimiento en sentido estricto. En efecto, se está confundiendo el “acuerdo” otorgado en el fuero interno del titular del bien jurídico con el consentimiento presunto, figura que es utilizada cuando el interesado no se encuentra en la posibilidad de emitir su voluntad (ya sea porque se encuentra en un estado de incapacidad temporal, de emergencia, entre otros) en donde el agente, habiendo analizado la situación, determina la probabilidad de que su decisión se encuentre acorde con lo que hubiera decidido el titular si hubiera tenido conocimiento del hecho siendo que, en realidad, no se podría determinar con certeza que el ciudadano haya hecho uso de su autonomía para emitir su decisión. En estos casos se realiza un juicio de probabilidad y solo es aplicable en casos especiales en donde el interesado no puede manifestar su consentimiento, cuestión distinta a la decisión tomada por el interesado de manera interna cuando este se encuentra capaz de poder exteriorizarlo.

Peor aún, esta doctrina olvida que el derecho penal no otorga relevancia a los pensamientos que se generen en nuestro fuero interno, por ende, si no pueden fundamentar una imputación, mucho menos una exención de responsabilidad. Los pensamientos que no han sido manifestados a nuestra realidad no pueden generar la exclusión en ningún filtro. De esta manera, sería ilógico señalar que se le otorgue relevancia al acuerdo otorgado en los pensamientos del interesado el cual generará que la conducta sea considerada como atípica mientras esta posibilidad se le niega al consentimiento exteriorizado.

Así, no estamos a favor de las soluciones arribadas por esta teoría en los ejemplos indicados en párrafos anteriores dado que, por mayor aceptación que otorgue el dueño del vehículo, esta no ha sido exteriorizada y, por ende, no ha llegado a oídos del agente por lo cual la conducta, en realidad, no ha sido *acordada* sino que este ha actuado de forma propia sin tomar en consideración si el titular ha confirmado su actuar creando por sí mismo un riesgo permitido cometiendo así el delito de hurto. En el mismo sentido, el segundo ejemplo de los sujetos de mal vivir, no se podría inferir que la aceptación interna del policía encubierto excluya la violación su domicilio y no el hurto que esto realizarían toda vez que el titular, internamente, desea que ellos tomen esos bienes para poder detenerlos.

Se ignora la verdadera razón por la cual esta doctrina mantiene un diferente tratamiento a ambos términos cuando en realidad resulta más útil el entender que tanto el acuerdo como el consentimiento deben ser entendidos en un mismo sentido en donde no basta la intención interna, sino que esta debe ser exteriorizada, clara y sin mediar vicio alguno para determinar que efectivamente el actuar por parte de un tercero está siendo acorde con lo expuesto por el interesado generándose así la atipicidad de la conducta.

En segundo lugar, hablando ya de los requisitos exigidos para la validez de la figura en cuestión, se tiene que para el acuerdo solo basta que el titular del bien jurídico ostente una voluntad “natural”, sin tomar en consideración si es que esta puede comprender las consecuencias que su decisión abarca, ello implica que se considerará eficaz aquella aquiescencia – acuerdo- otorgado ya sea por un menor de edad o por aquella persona que cuente con alguna deficiencia mental, entre

otros para que así la conducta realizada por el tercero, pero que el titular se encuentre “de acuerdo” con ella, será considerada atípica. Entretanto, para el consentimiento en sentido estricto, resulta necesario que este, además de la capacidad natural que ostenta todo ciudadano, debe también encontrarse presente la comprensión – entender las consecuencias de su accionar- para poder excluir, ya no el tipo, sino la antijuridicidad. Así, por ejemplo, si un menor de 13 años consiente el hurto de su celular, el cual es cometido por parte de un agente activo, según la teoría diferenciadora, el actuar devendría en una tentativa inidónea toda vez que la conducta ha sido consentida por el titular del bien jurídico; no obstante, si el menor consintiera para que el agente activo destruyera este celular – delito de daños¹⁸-, la aquiescencia emitida por el menor devendría en ineficaz dado que, para este actuar, se exigiría un extra de entendimiento el cual, por su misma incapacidad temporal (minoría de edad), no ostenta. De esta forma, se concluye que el menor podría acceder (acordar) que el agente activo sustraiga el celular (no configurándose el delito de hurto), mas no que lo destruya (inválido el consentimiento para el delito de daños).

Este tipo de análisis resulta en un contrasentido toda vez que si bien todo actuar realizado por un tercero, que despliegue sus consecuencias en la esfera de libertad del titular del bien jurídico el cual ha consentido dicha acción, es considerado como expresión de la autonomía por parte del interesado, también se tiene que esta autonomía, como concreción de la dignidad que ostenta todo ciudadano, cuenta con límites establecidos por el Estado el cual es el encargado de salvaguardar los bienes jurídicos colectivos e individuales, incluso frente a nuestras propias acciones. Para que el consentimiento sea considerado como válido para nuestro ordenamiento jurídico penal, no basta con la expresión por parte del titular del bien jurídico, sino que esta manifestación de voluntad debe ostentar requisitos tales como la exteriorización, clarificación, que el titular sea capaz y titular del bien sobre el que se está consintiendo, así como comprenda las consecuencias de su decisión. De este modo, la aquiescencia otorgada, para ser considerada como atípica, debe contar con garantías que permitan dilucidar que esta se está otorgando sin ningún tipo de vicio, dado que, de no existir un filtro, se dejaría al libre albedrío la decisión por parte del interesado, incluso si es que la decisión que este tome se encuentre vulnerando su dignidad. Por tanto, no basta la voluntad “natural” para que un sujeto pueda decidir y emitir su consentimiento, sino que este debe comprender y entender cuáles son las consecuencias que esta engloba. En el ejemplo otorgado en este apartado, el consentimiento del menor o de cualquier otra persona que no ostente una capacidad no podría ser generador de una atipicidad toda vez que no cuenta con una capacidad necesaria para entender su decisión. Es por ello que, para nuestro ordenamiento jurídico penal, el consentimiento emitido por un menor de 14 años con relación a la libertad sexual no ostenta relevancia alguna siendo ineficaz. Así, si aplicamos la posición diferenciadora, se concluiría de manera ilógica que la aquiescencia otorgada por un menor tendría validez en los casos de libertad sexual al solo bastar su voluntad “natural” y siendo que la libertad sexual es considerada un bien disponible.

Como tercer punto, tenemos que, para la teoría bipartita, el consentimiento en sentido estricto pertenece al ámbito de las causas de justificación; no obstante,

¹⁸ Artículo 205. Daño simple: “El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa”.

estas últimas se basan en la ponderación de intereses o de necesidad, claro es el caso de la legítima defensa o el estado de necesidad justificante en donde se contraponen los propios bienes jurídicos a fin de ponerlos en una balanza y decidir salvaguardar uno en vez del otro siendo que esta perspectiva no se presenta en los casos en donde el titular del bien jurídico otorga su consentimiento dado que aquí no existe conflicto alguno de intereses, más aún porque en las causas de justificación antes indicada la ponderación aplica en los bienes jurídicos tanto del sujeto pasivo como del activo, mientras que en el consentimiento, en especial en el caso del homicidio a petición, la acción va a desplegarse en la propia esfera de libertad del titular del bien jurídico. Donde exista la emisión de un consentimiento eficaz, se confirma la voluntad del interesado sin que se presente una confrontación de intereses.

Por último, se tiene que, para la teoría bipartita, con relación a los vicios de la voluntad, para el acuerdo estos devendrían en irrelevantes mientras que ocasionarían la invalidez para el consentimiento en sentido estricto y ello se debe a que, haciendo un paréntesis a los vicios que implican intimidación o violencia, respecto al vicio del engaño, v.gr., si el sujeto A es timado por el sujeto B logrando este último que el primero le venda sus piezas (que ostentan un alto valor) haciéndole creer que son réplicas y, por ende, a un menor precio, este actuar devendría en una conducta atípica toda vez que no existe un apoderamiento por parte del agente activo estando a que la conducta ejercida por el sujeto A ha sido realizada con su voluntad; empero esta lógica no podría desplegar las mismas consecuencias para el consentimiento en sentido estricto siendo que, si por ejemplo, una mujer planea realizarse una intervención con el médico especialista en estética otorgándole su consentimiento desconociendo que, en realidad, este es un médico oncológico careciendo de los conocimientos necesarios para practicarle la intervención, ya sea que el resultado sea satisfactorio o perjudicial, el consentimiento es considerado ineficaz al haberle creado al titular del bien jurídico una perspectiva engañosa de la situación pudiendo incluso devenir, la conducta del médico, en el delito de lesiones.

Lo antes expuesto devendría en ilógico en el sentido en que la voluntad que emite todo titular de un bien jurídico individual es expresión de su autonomía de la libertad la cual tendrá como límite la esfera de libertad de otros. Ahora, en los casos de vicios en donde entra a tallar la intimidación o violencia, existe acuerdo en que estos son vulneratorio y, por ende, deslegitiman la autonomía que es concreción de la dignidad y libertad. En los casos de engaño, para el presente trabajo, se tomará como eje central que, para que la manifestación del titular del bien jurídico sea válida, resulta necesario que un tercero no le genere una errónea percepción de su realidad. En el primer ejemplo otorgado, el tercero le está llevando a un error en la percepción por lo cual, pese a la existencia del consentimiento (o acuerdo), el tercero respondería por el delito de estafa. En el mismo sentido, en el segundo ejemplo, el tercero respondería por el delito de lesiones toda vez que se está realizando una conducta que cambia la perspectiva del interesado. Así, si un tercero hace creer a otro de una realidad distinta a fin de conseguir un beneficio, el consentimiento o acuerdo, en ambo casos, será inválido.

Por otro lado, ante esta supuesta distinción entre acuerdo y consentimiento entendida por la teoría diferenciadora, tenemos que el acuerdo despliega sus

efectos excluyendo el tipo penal dado que requiere, en prima facie, que, en el tipo penal, de manera expresa, se señale que la acción debe realizarse contra o sin la voluntad del interesado lo cual, en un primer momento, es aceptado; no obstante, realizando una revisión a nuestro código penal, ello no es del todo cierto. Tómese como ejemplo los delitos estipulados en los artículos 115° y 116° en donde se sanciona no solo a aquella conducta generada por un tercero de provocar el aborto a una gestante sin su consentimiento de por medio, sino también cuando este se encuentre presente. Más aún, resulta conflictivo cuando la voluntad por parte del interesado no se encuentra de forma expresa en el tipo penal lo cual dificulta saber qué trato se le otorgará: atípica o justificada.

Bajo esta premisa, no se tiene claro a qué tipo de delitos el acuerdo puede desplegar sus efectos (causa de atipicidad); en un primer momento se dice que este trato debe otorgarse a aquellos bienes jurídicos individuales excluyendo a los bienes colectivos; sin embargo, analizando nuestro actual cuerpo jurídico penal, no todos los bienes jurídicos individuales son considerados disponibles, un claro ejemplo es el delito materia de investigación – homicidio a petición-. Por consiguiente, se debe realizar un esfuerzo en determinar cuáles bienes jurídicos individuales ostentarían el plus de disponibilidad en donde la autodeterminación de la persona genere la atipicidad no existiendo un criterio, a la fecha, aclaratorio que indique cuáles son los requisitos por los que un bien jurídico individual no puede ser disponible. Esta lógica propuesta por la teoría bipartita se dificulta cuando sus propios defensores de la teoría diferenciadora indican que tanto la propiedad, la libertad, la autodeterminación deben ser considerados bienes de la comunidad (¿?), motivo por el cual el consentimiento actuará como causa de justificación, confundiendo así el diferente tratamiento dogmático y el sustento que mantienen los bienes individuales de los colectivos.

De esta manera, se desconoce el motivo por el cual nuestro actual ordenamiento jurídico penal sí le otorga una validez al consentimiento, esto es, a la manifestación de la voluntad del titular del bien jurídico en los casos de libertad sexual, en donde la libre disposición del propio cuerpo del interesado trae como consecuencia que se excluya del ámbito de la atipicidad; empero, no suceda lo mismo con los casos en donde se encuentra involucrado el derecho a la vida, en especial el homicidio a petición, pese a que tanto la libertad como la vida son considerados, conforme lo hemos indicado, por los defensores de la teoría diferenciadora como bienes que pertenecen a la “sociedad”.

Si el Estado pretende proteger ciertos bienes jurídicos que ostenten tanto relevancia social como propiamente personal, se desconoce el por qué, solo en algunos de los delitos fundados en la libertad del ciudadano, se le permita al titular que decida si el tercero debe ser sancionado o no. Este panorama se conflictúa cuando se trata de fundamentar el consentimiento como causa de justificación dado que resulta complicado, por no decir imposible, el diferenciar aquellos casos en donde los ilícitos penales se justifican en la libertad (la autonomía del titular del bien jurídico) deviniendo la conducta en atípica de aquellos en donde la lesión presuntamente sí se genera por lo que el consentimiento otorgado por el interesado deviene en un consentimiento justificante siendo esta diferenciación insuficiente dogmáticamente.

A través de lo expuesto en los párrafos anteriores se ha tratado de probar que los argumentos esbozados por la teoría diferenciadora o bipartita son deficientes tales como otorgar diferente tratamiento a ambos términos (acuerdo y consentimiento en sentido estricto) sin tener en claro cuál vendría a ser ese filtro que se debe realizar al tipo penal para que se le aplique o uno u otro, entre otros llegando incluso, con la misma teoría, a diferentes resultados. Por otro lado, también se debe señalar que esta figura se encuentra rodeada, más que definiciones dogmáticas, de posiciones ideológicas, morales, religiosas y filosóficas al haber sido abordadas desde la parte especial por los delitos de lesiones y, como no, el problemático homicidio a petición o respecto a la disposición de los bienes jurídicos individuales lo cual generó que se le otorgue un trato, primigeniamente, como causa de justificación no tomando en cuenta que esta figura, por sus mismas características, no guarda relación con los principios que fundamentan a las primeras¹⁹. De esta manera, se le estaría otorgando al Estado la potestad de decidir e imponer, incluso sin tomar en consideración la voluntad del propio interesado, respecto a la protección de ciertos bienes jurídicos que, en prima facie, son individuales abusando del poder paternalista que ostenta lo cual resulta contrario con el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Por tanto, para esta investigación, habiendo realizado un análisis crítico de la aplicación lógica de la teoría diferenciadora, y en base a los argumentos expuestos precedentemente, la solución para el tratamiento de la figura del consentimiento se encuentra en el filtro de la tipicidad y no en la antijuridicidad.

Así, de lo antes expuesto nos quedamos con dos ideas centrales: i. Que no existe diferencia dogmática entre acuerdo y consentimiento debiendo ser usados por igual, por tanto, cuando usemos el término “consentimiento”, haremos alusión a ambos; y ii. Tanto el acuerdo como el consentimiento otorgado por el mismo interesado van a actuar como causa de atipicidad como unidad.

La figura del consentimiento, entendido también como acuerdo, a través de la aceptación de un riesgo generado por un tercero, implicará el ejercicio por parte del interesado de su derecho a la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, de esta manera, el accionar ejecutado por el agente no crearía un riesgo no permitido, por ende, la conducta devendría en atípica. Esta consecuencia genera que el accionar consentido se ubique en una posición anterior a la creación del tipo penal por lo cual la conducta no ostentará ninguna relevancia jurídico penal lo cual no implica que no pueda acarrear alguna responsabilidad en el ordenamiento extrapenal, esto es, que solo es indiferente para el derecho penal.

Recordar que el derecho penal se encuentra regido por diferentes garantías y principios siendo algunos de estos últimos los de fragmentariedad y subsidiariedad en donde el *ius puniendi* del Estado solo podrá aplicarse en *última ratio* como una forma de proteger y/o conservar los bienes relevantes para la sociedad y el autodesarrollo de la persona. Es así que, conforme ya lo hemos expuesto precedentemente en los anteriores capítulos, la figura del consentimiento no es aislada, sino que, para otorgarle contenido y saber ubicarla dentro de la teoría del

¹⁹ No existe una ponderación de bienes o interés sobre los cuales el ciudadano debe elegir para salvaguardar otro.

delito, debemos servirnos tanto del modelo de Estado en el cual nos encontramos como la concepción de bien jurídico que se maneja.

Estando a que actualmente nos encontramos en un Estado social y democrático de Derecho en donde el derecho penal no actúa como un ente castigador o totalitarista, sino que su función es la de tutelar los bienes jurídicos, el concepto que se le otorgará a estos últimos es uno material, en concordancia con la teoría liberal del bien jurídico la cual propugna que estos vendrían a ser aquellas circunstancias, situaciones que van a ser útiles para el ciudadano y su libre desarrollo. De esta manera, lo que se va a proteger no son intereses generales emanados de la sociedad, sino el dominio que ostenta el titular sobre su esfera de libertad (como también, en ciertos momentos, recae y coincide sobre el objeto de acción como lo es en el caso del homicidio a petición) siendo que mantiene un control del mismo como expresión de su autonomía, desenvolver su libre personalidad confirmando así su dignidad los cuales son tutelados por nuestro legislador obligándose a guardar relación y respeto con los principios y valores estipulados en nuestra carta magna siendo que este otorgará parámetros sobre aquellos valores que son necesarios para el mantenimiento del sistema.

Bajo esta premisa, estando al actual modelo de estado en donde el ser humano y su dignidad es el eje central, en consecuencia, al ser este un fin en sí mismo – bajo la institución kantiana – en donde se prohíbe su instrumentalización, la dignidad viene a desplegarse o concretarse en nuestra realidad en la medida en que la persona es capaz de elegir por sí mismo, de desarrollarse de manera libre en sociedad, esto es, que ejecute su libertad lo cual se encuentra en concordancia con lo estipulado por nuestra actual carta magna conforme a los artículo 1° y 2° de la misma configurándose así una visión neopersonalista en donde, entre la bipartición estado – individuo, el segundo predomina sobre el primero. El ser humano es entendido por el ordenamiento jurídico como un ser capaz, autónomo y, por ende, responsable de sus propias decisiones dotado de una autonomía que le permita determinarse. De esta forma, el libertad, como concreción del a dignidad, toma un papel relevante, no como una contraposición a esta última, sino como una despliegue de este principio dinámico y fundamentador, va a formar parte del núcleo siendo que el Estado debe estar orientado a elevar su valor.

Si bien este entendimiento ha sido aceptado por la mayoría de doctrinas, en el aspecto práctico, ello no se aplica, un claro ejemplo de ello es la problemática “indisponibilidad” de algunos bienes jurídicos individuales en donde, como hemos podido ver en los párrafos anteriores, ni siquiera se tiene una base sobre la cual desarrollar esta teoría impidiendo que el propio titular de este bien individual pueda decidir sobre este (ya sea por él mismo o consintiendo que un tercero lo realice), tomando en consideración que las consecuencias solo afectarán a su propia esfera de libertad más no a terceros (ello a diferencia de los bienes jurídicos colectivos).

¿Quién realmente determina lo que es realmente esencial para nuestro sistema de coerción del Estado?, ¿ el propio ciudadano – hablando de bienes individuales- o la sociedad, considerando que estos afectan su propia esfera de libertad?, al encontrarnos en un Estado social y democrático de Derecho con influencia liberal, se desprende la importancia del ciudadano y su dignidad por lo que se entiende

que la intervención estatal – al ser esta tan transgresiva y, por ende, intervenir mínimamente solo cuando sea necesario – debe velar por aquellas circunstancias que promuevan el libre desarrollo del ciudadano, y, en consecuencia, que hayan sido consentidas por este, no se podría entender que se protejan bienes jurídicos individuales a costa de la voluntad del propio interesado.

Por esta razón los bienes jurídicos individuales, tomando como fundamento al libre desarrollo de la personalidad, como concreción de la autonomía de la persona, la cual es concreción de la propia dignidad del ciudadano, son esferas de libertad sobre las cuales su propio titular puede excluir intromisiones que han sido consentidas. Si el derecho penal no puede intervenir en conductas que no se afecten a agentes ajenos, mucho menos podría interferir el conductas que han sido aceptadas por el propio interesado. Así, se disipa cualquier tipo de afectación a un bien jurídico actuando como una causa de atipicidad dado que no se realice el tipo puesto que se ejercitan los principios indicados anteriormente.

En ese sentido, Urquiza Olaechea (2010) indica que, al momento de hablar de una “ponderación”, antes de señalar que un bien jurídico ha sido vulnerado, se debe tener presente que los titulares de estos realizan sus acciones en pro de desarrollarse dentro de una sociedad en donde se toma en cuenta las acciones de riesgo permitido, adecuadas socialmente, entre otras siendo que la intervención estatal actuará siempre en última ratio. (pág. 234)

Así, mediando un consentimiento, no se podría hablar de un desvalor de resultado y, mucho menos, de un desvalor de una acción debido a que la acción consentida ha sido con la finalidad de favorecer al propio titular convirtiéndose es parte del riesgo permitido y, en consecuencia, aceptado por la sociedad. La conducta se convierte en neutral, hablando jurídico penalmente dado que ha sido realizada bajo la aquiescencia del interesado el cual solo se está auto desarrollando.

Se deben recordar las sabias palabras otorgadas por Berdugo de La Torre (1982) quien resumió la intervención estatal de la siguiente manera:

«El anclaje en el concepto de contrato social y la idea rectora de que el Estado debe asegurar la posibilidad de libre desarrollo del individuo proporcionan unas coordenadas de lo que el Estado puede proteger por medio del Derecho penal y de lo que no: en primer lugar, los bienes que el individuo necesita para su libre desarrollo, pero no los bienes usurpados a costa del desarrollo de los demás; y, después, los bienes compartidos por todos necesarios para una próspera vida en común, a diferencia de las formas de vida patrocinadas por una determinada religión o concepción moral, que no pueden ser dirigidas por el Estado y, por tanto, tampoco ser garantizadas como tales, sino sólo aseguradas en la posibilidad de su elección y ejercicio individuales» (Berdugo de la torre, 1982, pág. 66 y 67)

Dado que todo ciudadano cuenta con una esfera de libertad, las acciones que realice dentro de esta o que consienta a terceros que ejecuten acciones que desplieguen sus consecuencias en el interior de, siempre que la aquiescencia otorgada por el interesado carezca de vicios y cumpla con todos los requisitos para

que sea considerado como válido, no se puede concluir que la conducta a lesionado un bien jurídico toda vez que el actuar ha sido el despliegue de su autonomía como ser humano. De este argumento se entenderá que solo el interesado podrá disponer de sus propios bienes individuales, siendo que esta disposición forma parte del rol que todo ciudadano ostenta debido a que, a través de este, se va a autodeterminar. De este modo, al ser la autodeterminación concreción de la libertad (tanto en su arista positiva como negativa), parte esencial de la misma, se entiende que el ejercicio de esta implica que asumirá las consecuencias de su actuar. Es por ello que no se puede colegir que exista una diferencia dogmática, en relación a los resultados, entre acuerdo y consentimiento. Todo ciudadano que realice una acción se estará autorrealizándose, desplegando así su libertad de hacerlo en su propia esfera por lo que no se podría hablar de una lesión al tipo penal.

Claro está que las acciones consentidas dentro de la propia esfera de libertad sean absolutas, sino que encuentran su límite en la dignidad y sus manifestaciones, siendo una de ellas la cosificación. Es por este motivo que está sancionado y penado el tráfico de órganos, la trata de personas, entre otros; sin embargo, se sigue sin entender el motivo por el cual se sigue sancionando al homicidio a petición toda vez que este, a diferencia de los otros delitos ya sea porque se vulnera integralmente la propia dignidad – por instrumentalizar a la persona – o el consentimiento otorgado por el propio titular está viciado, ostenta una serie de requisitos que convierte al contexto eutanásico en único en donde el fin de finiquitar la vida es el no sufrir al momento de morir.

Así, como lo hemos podido ver, la figura del consentimiento no solo entrama una problemática dogmático-penal, respecto a la ubicación dentro del sistema jurídico penal, sino que también se encuentra relacionada con la política criminal y los principios y derechos fundamentales que ostenta todo ciudadano en concordancia con nuestro modelo de Estado y, en consecuencia, con nuestra actual carta magna, a través de la cual se toma como punto central a la persona y su dignidad siendo la expresión de voluntad la concreción de esta la cual se encuentra dirigido al autodesarrollo de la persona.

HIPÓTESIS

1. Formulación de hipótesis

1.1. Hipótesis principal

- En los casos de disposición de homicidio piadoso, la figura del consentimiento configura una causa de atipicidad debido a que la intervención del bien jurídico es solicitada por el titular del mismo.

1.2. Hipótesis secundarias

- El consentimiento tiene validez en nuestro ordenamiento jurídico peruano en los casos de homicidio piadoso debido a que es una clara expresión de la voluntad del interesado.

- El consentimiento es expresión de un Estado social y democrático de Derecho en los casos de homicidio piadoso debido a que este tiene el deber de protegerlos respetando así la voluntad del interesado sin sobreponerse o anularla.
- El consentimiento encuentra su límite en la dignidad de la persona conforme al Estado social y democrático de Derecho.

MATERIALES Y MÉTODOS

1. Metodología

1.1. Diseño metodológico

1.1.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación es -esencialmente- teórica, pues se realizará sobre la base de conceptos generales; siendo conveniente resaltar que, la presente tesis ostenta una naturaleza de investigación jurídico – dogmática, la cual se concibe como aquella investigación que aborda el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica o estructura legal en cuestión (Witker, 2011, pág. 119).

1.1.2. Tipo de estudio (Nivel de investigación)

Las pautas de la presente investigación son: descripción, explicación y construcción. Descriptiva, porque en ella se exponen detalladamente los postulados teóricos más importantes que se han formulado en el Derecho Penal Sustantivo sobre el consentimiento como causa de atipicidad. Explicativa, porque se formula un análisis crítico respecto de las diferentes regulaciones a nivel internacional, centrándonos en el análisis de la citada figura en la regulación nacional, y cuáles son los problemas respecto a su aplicación que se han suscitado. Constructiva, porque se formulan planteamientos propios sobre la aplicación de la institución del consentimiento atípico, diferenciándola del consentimiento como causa de justificación; proponiendo, finalmente, su uso en la figura de la eutanasia, a efectos de despenalizarla, evitando así la sanción de esta clase de conductas.

1.2. Método de investigación

Para el desarrollo de la tesis propuesta, se ha usado la lectura y análisis de forma hermenéutica y dogmática jurídica, la cual hace referencia a la descripción de la normativa relacionada con la figura del consentimiento y su vinculación con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, en especial el delito de homicidio a petición en donde la figura antes mencionada, para nuestro ordenamiento jurídico, no es válida con la finalidad de encontrar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico con nuestro modelo de Estado,

referido a la relevancia que se otorga al consentimiento y cómo este se encuentra ubicado en el ordenamiento jurídico peruano.

1.3. Técnicas de recolección de datos

Se utilizará la revisión documental, en la que se revisarán principalmente material bibliográfico, así como jurisprudencia nacional e internacional sobre el tema de investigación. Precisar que, para el presente trabajo de investigación, se hizo uso del fichaje.

RESULTADOS

PROPUESTA DE LÍMITES EN EL CASO DEL BIEN JURÍDICO VIDA

1. APLICACIÓN DE LOS POSTULADOS DOGMÁTICOS AL CASO DE HOMICIDIO A PETICIÓN

Conforme ya lo hemos visto, a lo largo de la investigación se ha dejado sentado las bases para determinar si un bien jurídico individual, conforme a nuestro modelo de Estado y ordenamiento jurídico, en concordancia con nuestra Constitución, permiten disponer del mismo y los límites que a este se le imponen.

En ese sentido, en base a nuestro marco teórico, demostraremos que el bien jurídico vida, al ser considerado un bien jurídico individual es, en consecuencia, disponible, por lo que la imposición de una sanción existente no se debe realmente a que, para nuestro ordenamiento jurídico, el bien jurídico vida se considerado indisponible por motivos normativos y/o contrarios a derecho sino que, muy por el contrario, responde a razones político criminales – que se basa en los principios de dignidad, libertad y seguridad- que, como veremos en este capítulo, carecen de sustento para con nuestra actual realidad.

1.1. La vida humana

El delito de homicidio a petición, como ya ha sido manifestado en apartados anteriores, protege al bien jurídico vida de una persona independiente; sin embargo, resulta relevante señalar cómo es definido el término vida para nuestro ordenamiento jurídico, ya sea otorgándosele un reconocimiento biológico o naturalístico o, por el contrario, como las condiciones o calidad de vida que la persona va a ostentar y cómo esta diferencia en el tratamiento va a afectar en la disponibilidad que pueda ostentar y si es que es acorde a nuestro actual modelo de Estado (social y democrático de Derecho).

Una parte de la doctrina entiende a la vida como un factor estrictamente biológico, que debe ser protegido por solamente existir; lo relevante es preservar su esencia biológica a toda costa, entendida como el objeto de acción (sustrato material), lo cual determinaría que la vida entendida como tal ostentará un carácter de indisponible por lo que solo un ser humano vivo puede considerarse

titular tanto de derechos como de deberes. Así, al entender a la vida de manera física, se dejará de lado aquellos supuestos de condición o calidad de vida, proyección de la misma, identificación de esta, racionalidad, ente otros. Lo único importante es la preservación de esta desde el inicio hasta el final.

Si se deja de lado la calidad de vida que pueda ostentar una persona solamente importando la biología de la persona, alegando que solo importa su ámbito biológico, se concluiría que existiría algún tipo de deber en alargar la vida hasta el final de los tiempos, de esta manera, en un contexto eutanásico, se permitiría que se mantenga a una persona viva pese a que esta haya manifestado renunciar o interrumpir su tratamiento médico estando a flor de piel el peligro de estar frente a un encarnizamiento terapéutico lo cual se contraviene con nuestro actual modelo de Estado de Derecho, así como los principios y derechos que a toda persona se adscriben generando que la vida se considere como absoluta e irrenunciable en cualquier aspecto, propio de las corrientes que defienden la sacralidad de la vida la cual se encuentra plagada, por decir menos, de creencias religiosas y morales.

Bien lo señalaron Siverino Bavio y Mujica (2012) al momento de indicar que el entender que el derecho a la vida solo implica una concepción biológica es “parasitaria” dado que este vendría a ser más importante que sus proyectos de vida, sus objetivos, su autorrealización haciendo caso omiso a las condiciones en las que se encuentra, en los casos de homicidio piadoso, realmente denigrantes e inhumanos.

Una concepción de este calibre estaría vulnerando y transgrediendo las fibras más esenciales de los principios que se le arrogan a todo ser humano siendo el que otorga una base fundadora, la dignidad humana. Precisar que esta, al ostentar la función integradora en nuestra actual Constitución, implica que todos los derechos, incluida la vida, se encuentre interrelacionada con esta por lo que no solo se deberá tomar como punto de partida el ámbito naturalístico, sino también el valorativo que, pese a ser subjetivo por cada persona, es ello lo que dará contenido a la vida de cada persona a fin de que cumplan sus objetivos como expresión del autodesarrollo de la personalidad, esto es, su funcionalidad sobre la que este tenga.

Así, en el contexto eutanásico en donde el titular del bien jurídico no se encuentra frente a una situación común y corriente, sino que, conforme lo estipulado en el artículo 112°, se encuentra padeciendo una enfermedad incurable – entendida por esta investigación como terminal-, con sufrimientos intolerables y sin ninguna otra alternativa, si se sigue la teoría del respeto de la vida de manera biológica, el interesado no podría tomar ninguna acción, es más, no podría renunciar a su tratamiento, pese a que lo faculta tanto la Ley N°26842 (Ley General de Salud) como la Ley N°29414 (Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud) toda vez que se propugnaría la teoría de que se debe mantener la vida a pesar de la voluntad del titular generándose así una transgresión de la propia dignidad del interesado por lo que esta corriente no podría estar acorde a nuestro modelo de Estado al cosificar a la persona para

finés externos. De esta forma, se presentaría una obligación de vivir frente a la sociedad por el mero hecho de respetar el ámbito fisiológico de la persona.

La presente investigación no comparte esta corriente dado que se estaría defendiendo una obligación frente al Estado en el que todo ciudadano debe vivir aceptando que, mediante la intervención estatal, se nos restrinja nuestra libertad o cual resultaría incompatible con la función democrática de Estado, así como que seguiría manteniendo el tabú de la intangibilidad de la vida siendo que este razonamiento no podría unificarse con nuestro actual código penal, en especial con las causas de justificación (legítima defensa y estado de necesidad justificante) y extinción de culpabilidad (estado de necesidad exculpante).

No obstante, esta posición ha ido mutando a lo largo de los años en donde se ha tomado en consideración no solo el lado fisiológico de la vida, sino también el ámbito cualitativo, es decir, la funcionabilidad sobre la que esta pesa, en donde se toma en consideración los objetivos que la persona desea cumplir, la calidad y viabilidad de la vida.

Así, bajo esta línea, se entenderá que la vida no solo es algo funcional y biológico, sino que también se encuentra interrelacionada e identificada con la libertad y la dignidad, siendo que la primera pertenece a la segunda la cual piedra angular de nuestro actual modelo de Estado y, por ende, de nuestra constitución.

Este criterio ha sido tomado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999) en el caso de "Los niños de la calle" Vs. Guatemala en donde dejan constancia que el derecho a la vida no solo hace referencia a que el ser humano no puede ser privado de, sino también a que pueda acceder a condiciones dignas, esto es, para mantener una vida digna.

En el mismo sentido, nuestro principal representante de la Carta magna, el Tribunal Constitucional (Exp. 03378-2019-PA/TC) dejó en claro que la constitución no solo garantiza el derecho a la integridad moral, psíquica y física, sino también el derecho a la vida y al libre desarrollo, lo cuales propugnan una vida libre y digna, entendiéndose por estos últimos como aquella capacidad que ostenta todo ciudadano de crear sus proyectos de vida, sus objetivos, siendo libres para poder autorrealizarse.

Este nuevo criterio guarda relación con el Estado social y democrático de Derecho en donde se tiene como punto central el defender al ciudadano y su dignidad como fines supremos tanto de la sociedad como el Estado, y es por ello que se vislumbra una interrelación entre el derecho a la vida y por ende, al autodesarrollo de la persona toda vez que estos van a permitir al ciudadano a desenvolverse en sociedad a fin de que alcance sus proyectos y, llevándolo al contexto eutanásico, no estamos hablando de una persona que no se considera digna porque en este momento, v.gr. no ha conseguido un trabajo, sino de aquella que se encuentra padeciendo intolerables dolores torturándolo en carne propia generado por una enfermedad incurable, sin ninguna salida alternativa que la medicina le pueda proporcionar para su beneficio y/o mejora, es decir, que no es una situación común y corriente.

Es en base a ello que nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, nuestros funcionarios y operadores públicos deben interpretar a ley no de manera formalista, sino que esta debe guardar coherencia con los derechos y fines que protege nuestra Constitución.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico debe ser analizado e interpretado no de una forma simplista y positiva, sino ontológica y en concordancia con nuestra carta magna. Así, si una norma de menor rango a esta señala alguna prohibición de la disponibilidad de la vida no implica que debe entenderse la absolutización de los derechos fundamentales dado que, de ser el caso, no se podría interponer por parte del Estado ninguna medida de coerción personal o incluso sancionar aquellas conductas que son consideradas justificadas, sino que esta debe ser evaluada en conformidad con la Constitución a fin de proteger el fin último de esta: a la persona y su dignidad.

Por ejemplo, nuestro código civil indica en su artículo 5° que los derechos fundamentales tales como la vida, la integridad física, la libertad, entre otros, por ser inherentes a la persona, ostentan la calidad de indisponibilidad de lo cual, primigeniamente se entendería que no se podría disponer de la vida en ninguna situación; no obstante, el artículo 6° del mismo cuerpo legal señala que solo se podrá considerar válida una disposición cuando aparezca una «estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios». (Código Civil de 1984) (el subrayado es nuestro)

De este modo, y aterrizando en el contexto eutanásico, si bien nuestra normativa jurídico penal – entiéndase por esta el Código Penal – sanciona al actuar por parte de un tercero de acceder a finiquitar la vida de una persona que se lo ha solicitado de manera expresa y consciente por motivos que esta cuenta con una enfermedad incurable que genera el padecimiento de dolores intolerables por motivos de piedad, se entendería encajaría perfectamente en el artículo 6° del código civil toda vez que la acción provino de un motivo humanitario, de compasión, de piedad para con el titular del bien jurídico, ello en concordancia con nuestra Constitución por lo cual no se entendería a la fecha cuál vendría a ser el verdadero fundamento que usaría nuestro cuerpo legal penal para seguir sancionando una conducta que no ostenta ninguna contradicción entre los derechos fundamentales o con nuestro actual modelo de Estado quedando solamente una presunta justificación político criminal la cual, como veremos en los siguientes apartados, tampoco ostenta base alguna que guarde relación con nuestra realidad.

En ese sentido, tenemos que el hecho de vivir es un derecho mas no un deber siempre y cuando exista un tratamiento en los parámetros de un Estado social y democrático de Derecho toda vez que, como derecho, permitirá que el ciudadano se desarrolle como corresponde a fin de que este logre sus objetivos planteados; no obstante, de existir algún tipo de obligación por parte de nuestra entidad estatal, se le estaría cosificando y/o instrumentalizando vulnerándose así su dignidad siendo este actuar propio de un Estado estatista o autoritario en donde la persona solo considerada como un objeto para el cumplimiento de fines ajenos.

En esta línea de identificar el bien jurídico que el Estado debe tutelar con represión penal, se tiene que la vida no puede reducirse a una apreciación netamente biológica o concebirse como una obligación de vivir. En todo caso, la obligación del Estado recae en garantizar la vida en condiciones que le permitan a todo ser humano optimizar su vivencia conforme a sus ideales a fin de desarrollar su plan de vida.

La posición expuesta y defendida en el presente trabajo respecto a la concepción del término vida humana no implica que toda persona podrá acceder al procedimiento de la eutanasia solo porque considera que su vida carece de dignidad – indigna – o no puede lograr, en ese momento, la realización de sus objetivos. Se debe evaluar cada contexto en específico con los criterios que debe ostentar una situación eutanásica tales como las características que tiene el titular del bien jurídico, el nivel de gravedad de su enfermedad, la falta de medidas alternativas, su capacidad, titularidad y, en especial, el consentimiento que este brindará sin presentar vicio alguno.

1.2. Homicidio a petición: Bien jurídico vida de libre disposición

1.2.1. Disponibilidad del bien jurídico vida cuando el acto es realizado por el propio titular

Ahora bien, para poder hablar de la actual existencia de la disponibilidad del bien jurídico vida, bien jurídico individual, cuando el accionar proviene de un tercero, resulta necesario hacer mención a si esta acción, cuando lo realiza el mismo interesado, según nuestra propia normativa, configuraría un tipo penal o, muy por el contrario, en aras de salvaguardar su autorrealización, es avalada por nuestro cuerpo legal no siendo sancionada por el ius puniendi. Estamos hablando del suicidio.

Se entenderá por este como el quitarse la vida a sí mismo o una incitación voluntaria de querer finiquitar su propia vida. Ello supondrá que quien ostente el control de la ejecución de la acción es el mismo interesado, esto es, él tiene el dominio del proceso y su realización. Como bien se menciona, al ser una provocación de muerte del mismo titular del bien jurídico ocasionado por él mismo, es un acto “personalísimo”.

Una de las características que ostenta el suicidio es que este hecho es netamente intencional, es decir, que la idea de provocarlo proviene netamente del mismo interesado, existe un deseo de morir por lo cual su accionar va a estar dirigido a ello. De no encontrarse presente ello, el que conjuntamente actúe con el suicida responderá por homicidio, asesinato y/o instigación al suicidio, dependiendo del caso en concreto. Así, a diferencia de los delitos antes expuestos, el delito de ayuda o cooperación al suicidio son considerados en delitos autónomos toda vez que la conducta generadora, esto es, el suicidio, para nuestro ordenamiento, no es penalmente relevante.

De esta forma, para coadyuvar con la presente investigación, procederemos a analizar brevemente los argumentos que se usan para fundamentar la impunidad

del suicidio, ya sea i) si consideramos que su conducta es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, ii) se deben a razones político criminales (su conducta es conforme al derecho), o iii) si es que, realmente, es la más pura expresión de autodeterminación del titular del bien jurídico el cual tiene como fin autorrealizarse.

Si consideramos que el suicidio contraviene nuestro ordenamiento jurídico, diremos que es una conducta contraria al derecho, motivo por el cual, debe sancionarse, también, la cooperación o ayuda al suicidio. Así, bajo este entendimiento, se considera que el bien jurídico vida, pese a ser un bien jurídico individual, es catalogado como indisponible y/o irrenunciable, por tanto, el propio accionar del interesado contra su propio bien jurídico, mediante el suicidio, será contraria a derecho. Esto es, que existe una prohibición de matar.

Bajo este entendimiento, el Estado estaría protegiendo a la vida independientemente de la voluntad del interesado titular de su propio bien jurídico porque, recordemos, que la vida es un bien jurídico individual mas no colectivo. En ese sentido, de mantenerse bajo esta postura se estaría otorgando al Estado una titularidad sobre bienes que no le corresponden lo cual demostraría un fundamento eminentemente utilitarista por parte de este último para con la persona al no concordar con la ética que maneje el Estado en ese momento siendo este tipo de pensamientos propios de un Estado totalitario o estatista que usa como base el fundamento de que el bien jurídico vida debe ser protegido a toda costa por ser el de mayor jerarquía lo cual demostraría que existiría un presunto deber de vivir sin tomar en consideración el estado actual y las circunstancias de la persona.

Para esta investigación, esta posición es contraria a nuestro modelo de Estado toda vez que se mantiene, como eje central y supremo, a la persona, como un fin en sí mismo y su dignidad. De esta manera, de propugnarse esta teoría, se iría contra de la misma naturaleza que reviste a un ser humano cosificándolo y/o instrumentalizándolo para fines ajenos, en este caso, del Estado.

Como lo indicó García Calderón (2014):

«La sustracción del bien jurídico vida a la total disponibilidad por parte de su titular (...) únicamente puede basarse, desde una perspectiva jurídica, en el interés de la sociedad en la conservación de la vida, es decir, en principios utilitaristas: el Estado ve le mantenimiento de la vida de sus ciudadanos un provecho, porque el sujeto está llamado a cumplir con las obligaciones que tiene para con la sociedad». (García Calderón, 2014, pág. 202)

En el mismo sentido, al ser este sector partidario del indisponibilidad del bien jurídico vida, señalan que caería en un sinsentido en sancionar el suicidio toda vez que no se estaría implementando un efectivo preventivo, sino que, con esta sanción, se estaría animando a los suicidas a que tomen medidas más peligrosas para lograr su cometido y porque a quien se dirigiría la imposición de esta sanción serían personas que no pueden ser motivados a través del ordenamiento jurídico (tratándolos como si fueran incapaces). Frente a estos argumentos

resulta pertinente indicar que la idea del suicidio que germina dentro de una persona no proviene de un día al otro, sino que es desarrollada por un tiempo determinado con relación a los sucesos que pase el titular del bien jurídico por lo cual cada caso debe ser evaluado individualmente más aún porque las personas con estos pensamientos brindan señales respecto a su verdadero sentir dado que lo único que desean es no sentirse como se están sintiendo.

Por otro lado, se tiene al sector que indica que existe una disponibilidad del bien jurídico vida por lo cual la conducta suicida del titular no es considerada contraria a la norma jurídica; sin embargo, si bien esta no es sancionada, considera que sí corresponde sancionar el accionar de un tercero que coopera o le presta ayuda al suicida en razón a que se generan dudas respecto a la verdadera intención por parte del suicida de querer morir, así como que si no se castiga estas acciones, se estaría produciendo una grave lesión en la importancia que el bien jurídico vida ostenta (considerado como eje central del nacimiento de los demás derechos) lo cual permitiría un aumento en las muertes.

Ahora, ante estos argumentos, se debe precisar que si lo que se busca con considerar al bien jurídico vida como semilla germinadora de todos los demás derechos, el mantenimiento de la misma no basta para indicar una prohibición. Si bien es cierto, el bien jurídico vida es un bien personalísimo de especial relevancia, hay que tomar en consideración que no es el único mediante el cual una persona se autodesarrolla, así, se encuentra presente, a fin de proteger la autonomía de la persona, como concreción de la dignidad de toda persona, la libertad, siendo este un derecho importante para la autorrealización de la persona, además de la vida. Ello no implica que se deban enfrentar ambos derechos, sino que deben estar en armonía en aras de lograr que el titular del bien jurídico obtenga sus objetivos.

El pretender imponer sancionar a conductas que presuntamente deben considerarse ilícitas por el mero hecho de la existencia de un pensamiento en el sentido en que, de no sancionarse, las muertes aumentarían no deben estar basados en pensamientos cerrados llenos de juicios morales y/o religiosos, sino en fundamentos objetivos y científicos. Recordemos que aquí hablamos tanto del suicidio como de la ayuda y cooperación al suicidio, mas no respecto a la instigación (de ello se procederá a hablar los siguientes apartados).

Así, en el caso peruano, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) ha recopilado información estadística respecto al total de personas sentenciadas por los diferentes tipos de homicidio siendo uno de ellos, para nuestro actual código penal, el delito de homicidio piadoso de la siguiente forma:

CUADRO N° 9.2
PERÚ: PERSONAS CON SENTENCIA CONDENATORIA POR HOMICIDIO DOLOSO, SEGÚN MODALIDAD DE
HOMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL, 2019-2021

Modalidad en el Código Penal	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Total	838	946	1015	920	313	319
Homicidio simple Art. 106	451	494	482	396	142	110
Homicidio calificado - Asesinato Art. 108	216	235	339	311	97	118
Parricidio Art. 107	57	70	65	56	23	17
Homicidio calificado por la condicion oficial del Sicariato - Art. 108-C (D.L.1181)	10	13	14	7	0	2
Homicidio por Emoción Violenta Art. 109	1	3	1	5	4	6
Infanticidio Art. 110	3	7	1	2	0	2
Feminicidio Art. 108-B (Ley 30068)	4	2	1	4	1	1
Feminicidio - Art. 107 PARRAFO 1	69	104	99	123	43	60
Homicidio Piadoso Art. 112	26	16	13	16	3	3
Instigacion o Ayuda al suicidio Art. 113	0	2	0	0	0	0
	1	0	0	0	0	0

Nota: Información preliminar sujeta a revisión.

Fuente: Poder Judicial - Registro Nacional de Condenas.

Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Gráfico N°02

Fuente: Homicidios en el Perú, contándolos uno a uno 2019 a 2020 Informe Estadístico N°08. Comité estadístico Interinstitucional de la criminalidad - CEIC. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)²⁰.

De igual manera, y que resulta más aún sorprende, es la información recopilada respecto a las muertes ocasionadas por parte del Consejo Nacional de Política Criminal y el Instituto Nacional de Estadística e Informática en el 2016 siendo que, en el total de 2435 homicidios, se obtuvieron las siguientes gráficas:

²⁰https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1869/libro.pdf, pág. 136

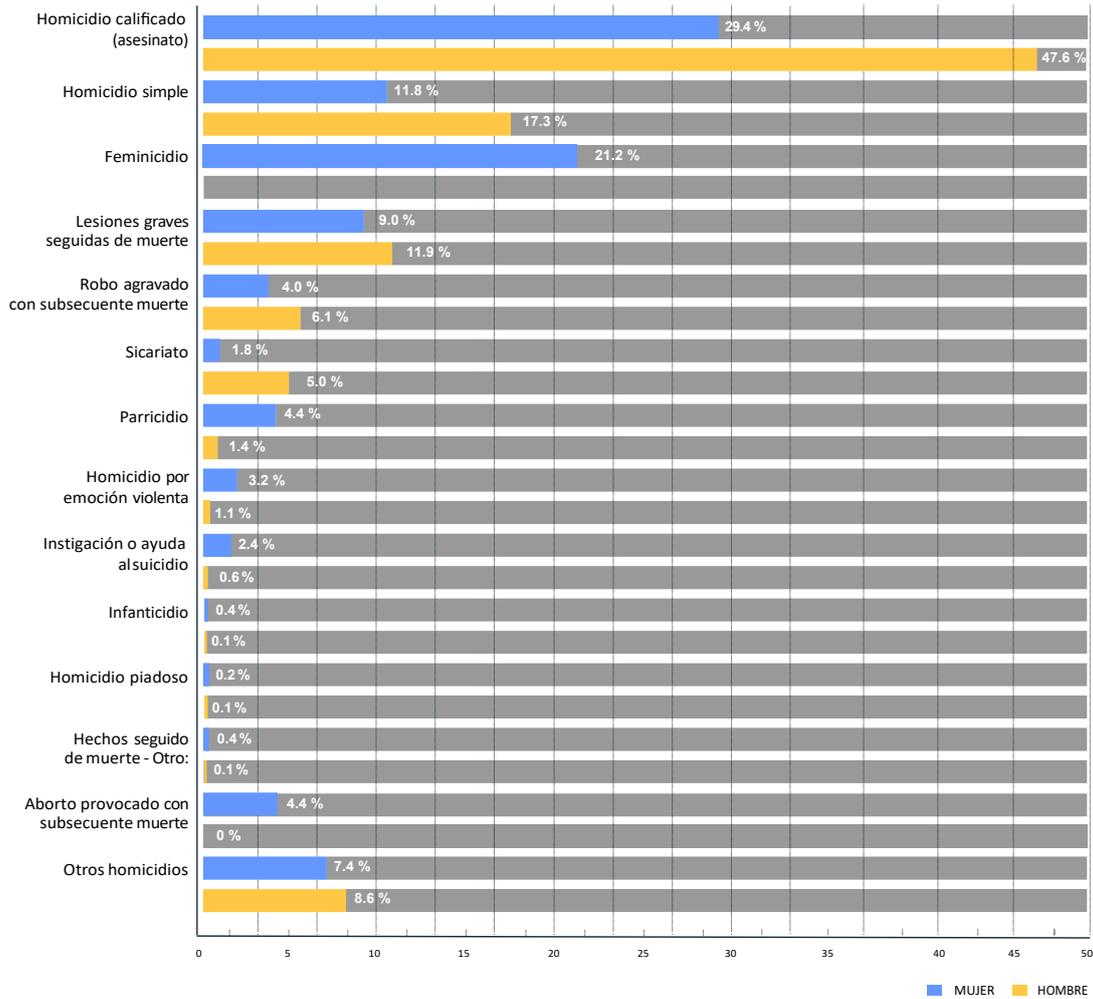


Gráfico N°03

Fuente: Homicidios en el Perú, Consejo Nacional de Política Criminal (INDAGA) ²¹.

Como se puede observar, se tiene que del total de homicidios recopilados (2435) en el 2016, las muertes ocasionadas por este el ilícito penal – suicidio- ni siquiera figuran dentro de los parámetros. De igual manera, por el delito de cooperación al suicidio, solo se ha observado un 2.4% y 0.6% de casos considerando tanto la cooperación como la instigación (sobre la cual sí somos partidarios que este actuar este sancionado al ser un tercero que genera esta idea sobre el interesado), peor aún, para el delito de homicidio a petición (objeto de esta investigación) el porcentaje es de ¡0.2% y 0.1%! En el mismo sentido, respecto a las personas que se encuentran condenadas por los delitos de instigación suicidio o ayuda al suicidio, solo se han registrado, en un periodo de 2016 al 2021, estamos hablando de seis (06) años, tan solo una sentencia y por el delito de homicidio piadoso tan solo dos en el 2017. Así, la suma de muertes por estos delitos no podrían ser comparados con el 29.4% y 47.6% de casos por homicidio calificado, 11.0% y 17.5% por homicidio simple, y 21.2% por el delito de feminicidio que superan en demasía a los porcentajes antes mencionados en donde lo que se propugna es el consentimiento otorgado por el titular del bien

²¹<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1616616/Homicidios%20en%20el%20Peru.pdf>, pág. 81

jurídico vida como expresión de libertad de disposición sobre su propio bien jurídico vida no siendo su conducta intrusiva con esferas de libertad de terceros, es decir, que son conductas (a excepción de la instigación del suicidio) queridas por el propio interesado. Esta situación empeora cuando en los gráficos presentados no se encuentra presente las muertes ocasionadas por suicidio de lo cual se infiere que el número es ínfimo o inexistente.

De esta manera, el argumento que se usa para sancionar estas conductas de que se pretende evitar el aumento de muerte, se puede observar que el porcentaje obtenido en el 2016 no llega ni al 5% de las demás muertes ocasionadas de terceros en donde estas no han sido queridas por el propio titular del bien jurídico o no ostentar un móvil de compasión y/o altruista.

El segundo punto que mencionan es respecto a la verdadera voluntad del suicida para morir por lo cual se sanciona a la cooperación o ayuda al suicidio dado que el suicida realmente no se quiere morir. Frente a ello, al igual que como ya hemos mencionado en anteriores párrafos, debemos agregar que la idea suicida no proviene de un momento a otro, sino que es desarrollada por un periodo de tiempo y si de alguna forma la persona busca en un tercero un apoyo (mas no una instigación), es porque no desea sufrir en el final de su vida. No es lo mismo morir tirándose del 20°avo piso a tomar pastillas proporcionadas por un compañero que estudia ciencias de la salud. Recordar que las personas que desean su propia muerte pasan por situaciones que, externamente, no comprendemos y, por ende, sienten que esa es su única salida para autorrealizarse. De este modo, el apoyo que un tercero le brinda vendría a ser más un apoyo de compasión frente a la situación de sufrimiento que se encuentra padeciendo el suicida. Al sancionarse esta cooperación, se estaría imponiendo la máxima de que quien desea suicidarse debe realizarlo de la forma más cruel y dolorosa.

En base a lo expuesto por estos dos sectores, se concluye que las justificaciones usadas para avalar la sanción frente al suicidio, y a la cooperación y ayuda al mismo, comprenden valoraciones de carácter moral, religioso y político criminal (que, como hemos visto, carece de sentido en base a las estadísticas presentadas), mas no llegan a señalar argumentos que propugnen jerarquía máxima de la vida, más aún si se usan argumentos utilitaristas que sirvan netamente para el interés de la sociedad o el Estado y no del propio titular, el otorgar una importancia penal a las acciones de cooperación y ayuda al suicidio tipificadas en el artículo 113° de nuestro código penal no guarda relación con la concreción de la dignidad, esto es, autodeterminación de la persona.

Finalmente, tenemos a la posición que considera que el suicidio, además de ser lícito y, por ende, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, es una clara expresión de la autodeterminación del titular del bien jurídico por lo que la vida es un derecho mas no un deber lo cual generaría que la cooperación y ayuda al suicidio no podrían ser sancionadas.

Este argumento se basa en que los derechos fundamentales, tal como lo es el derecho a la vida, al ostentar la característica de erga omnes, son irrenunciables, no prescriben ni pueden ser violentados, así como son inherentes a las

personas²²; sin embargo, también son subjetivos lo cual implica que cada persona tiene la potestad de hacerlo respetar frente a terceros, lo que quiere decir que dependen de la voluntad de su titular.

Álvarez Gálvez (2002) entiende que los derechos fundamentales serán inalienables en el extremo de que es imposible que una persona deje de ser titular de este, así como que cuando hace referencia a la irrenunciabilidad, implica que el titular quiere siempre «*acceder al estado de cosas descrito en el derecho, es decir, que los terceros tiene siempre el deber de respetar ese acceso*» (2002), así, si bien se mantiene su titularidad, el ciudadano sí podría renunciar a su ejercicio. Un ejemplo de ello es cuando una persona decide encerrarse en casa por sí mismo o con ayuda de otro. Entonces, se observa que este no ha renunciado a su titularidad de la libertad ambulatoria – movilizarse - toda vez que, si decide salir, no existiría prohibición alguna que impida su decisión pese a que, con anterioridad, prefirió no ejercerla.

Una objeción que se realiza a esta argumentación es que esta reversibilidad no se podría ejecutar con el derecho a la vida dado que, tomada la decisión, deviene, en definitiva. Ante ello, se precisa que, si se toma esa posición, se estaría defendiendo un estado de cosas en el que existe un deber por parte del ciudadano de mantenerse vivo dejándose de lado su voluntad. Recordar que no estamos hablando de obligaciones, sino de derechos en donde un punto esencial de estos es la decisión que tienen los individuos respecto a la dirección que desean tomar sus vidas. No resultaría dable proteger un *estado de cosas* por un supuesto deber impuesto a las personas para que puedan acceder a la gama de opciones, sino presentarles una serie de posibilidades para que estos, si desean, lo hagan o no. Así, se toma en consideración lo que realmente quiere realizar la persona.

Ante ello, propugnamos que la autonomía de la persona, como concreción de la dignidad, es la piedra angular del ciudadano dentro de su propia esfera de libertad con relación a sus bienes jurídicos individuales, siendo uno de ellos la vida, por ende, esta devendría en disponible al ser el actuar de la persona una forma de libre desarrollo de su personalidad. De esta manera, en el caso del homicidio a petición, se tiene que la persona decide renunciar al ejercicio de su derecho a la vida por la misma situación que está pasando, es decir, la persona cuenta con una enfermedad incurable, sin salida alguna y que le genera intolerables dolores, pero no por ello deja de ser titular de su derecho por lo cual el ciudadano tiene un derecho, mas no un deber de vivir dado que ¿no sería cruel y vulneratorio de la dignidad el instrumentalizar a la persona por el mero hecho de cumplir fines ajenos o con la sociedad pese a que este ya ha manifestado el querer finiquitar su vida?

Cuestión distinta es cuando la idea de finiquitar la vida no proviene del fuero del titular del bien jurídico, sino que ha sido sembrado como una semilla por un tercero, esto es, que genera la idea para que este realice la acción, instigándolo. Este último, se encuentra tipificado en el artículo 113° del Código Penal en donde se sanciona a aquel que “instiga” a otro para cometer un suicidio. Para realizar

²² Lo cual se condice con lo estipulado en el artículo 5° de nuestro código civil.

una correcta diferenciación entre este delito y el 112°, es necesario definir el término “instigar”.

Por un lado, se define como la acción de influir psíquicamente en la conducta de otro, es decir, el crear, sembrar, causar o provocar por parte del sujeto activo, la decisión en el sujeto pasivo que cometerá el acto siendo que esta “instigación” aparecerá cuando se persuade al interesado de que finiquite su vida. Precisar que este convencimiento necesariamente debe ser eficaz toda vez que debe generar dentro del titular la iniciativa de suicidarse.

Estos actos deben estar dirigidos a una persona en específico en donde el agente utilice y manifieste al exterior, que el titular del bien jurídico reciba, fundamentos y/o argumentos que hagan nacer en el interesado la decisión “voluntaria” de quitarse la vida, que tome la decisión de suicidarse. No devendría en instigación si es que el sujeto activo ya tendría la idea primigenia y previa de quitarse la vida. Asimismo, no podrá haber instigación al suicidio cuando lo que se busca es que se deje matar por otro, en este caso la conducta se subsumiría en el delito de homicidio en calidad de cómplice.

Uno de los factores relevantes para el presente delito es que la acción final, la ejecución del suicidio, lo lleve el titular del bien jurídico que ha sido provocado. El tercero agente instigador no puede participar en ello.

Ahora bien, se suele entender que la persona que ha sido instigada por un tercero generando o creándole la idea del suicidio no cuenta con los requisitos exigidos para determinar que el consentimiento sea considerado como válido. Un ejemplo de ello vendría a ser que el interesado se encuentre bajo un cuadro de estrés postraumático o de depresión grave, siendo que estas situaciones generarían que no actúen de manera libre y consciente no pudiendo determinarse si entienden las consecuencias de su accionar. De presentarse esta situación, el titular del bien jurídico sería un mero objeto mientras que el agente se convertiría en un autor inmediato del delito de homicidio que usó al sujeto pasivo para cometer el ilícito penal; sin embargo, estando a la misma naturaleza de las imposibilidades psíquicas como las antes mencionadas, los casos deben ser evaluados de manera individual.

Compartimos la posición de Chang Kcomt (2017) a través de la cual alega que, para los casos como los antes mencionados, la carga de la prueba recae en el tercero que generó en el titular el convencimiento de querer suicidarse, así, si no puede acreditar el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico, su conducta se subsume en el delito de homicidio por autoría mediata.

Así, el motivo por el cual se sanciona la instigación del suicidio es debido al querer tutelar la libertad del titular del bien jurídico, más aún porque existe un alto grado de probabilidad de que la persona influenciada haya otorgado un “consentimiento” viciado al no encontrarse en una situación de capacidad que permita determinar que este ha sido emitido sin amenaza, violencia o engaño alguno.

De igual manera, se tiene del análisis del tipo penal que, para imponer la pena base, no importa si el móvil ha sido por compasión u otro (mientras no sea egoísta), toda vez que lo relevante para este ilícito penal es que la idea por parte del sujeto pasivo ha sido influenciada por un agente no siendo acorde con sus decisiones primigenias, esto es, que ha sido viciada. Si la intención por parte del agente ha sido egoísta, vale decir, con un beneficio propio para este, la sanción penal aumenta.

Como se deja constancia, se puede vislumbrar una diferenciación abismal entre el homicidio a petición y la instigación al suicidio siendo las principales que: 1) la idea de finiquitar con la vida del titular del bien jurídico proviene de un factor externo, es una idea sembrada por un tercero -sin importar el móvil que este tenga-, siendo su decisión completamente viciada -motivo por el cual se entiende su sanción-; y 2) no menos relevante, se tiene que la acción de finiquitar su vida lo realiza el mismo sujeto pasivo y no el agente instigador deslindándose completamente del artículo 112° en donde el dominio del hecho recae en el agente (tercero).

1.1.2. Disponibilidad del bien jurídico vida cuando el acto es realizado por un tercero

Ya habiendo dejado en claro que, para nuestro ordenamiento jurídico, la acción del suicidio, esto es, la conducta por parte del interesado para disponer de su bien jurídico vida no está prohibida y no porque sea considerada indisponible e intocable, sino porque es una clara expresión de su autonomía dado que su actuar solo repercute en su propia esfera de libertad, pero que tanto la ayuda o cooperación al suicidio sí son considerados ilícitos penales por motivos netamente político criminales – de lo cual ya hemos podido observar que tampoco sirve como sustento para su aplicación-; debemos llevar a cabo el desarrollo de nuestra hipótesis respecto a si, para nuestro actual modelo de Estado de derecho, un Estado social y democrático, en concordancia con nuestra Constitución que ostenta un gran influencia de la corriente liberal, el accionar por parte de un tercero, en los casos de homicidio a petición, es considerada atípica dado que la intervención fue realizada por solicitud del titular del bien jurídico vida otorga el cual consintió que se proceda con finiquitar su vida.

Resulta necesario precisar que, a lo largo de esta investigación, se ha podido corroborar la hipótesis respecto a que todo bien jurídico individual, siendo uno de ellos el bien jurídico vida, es considerado disponible. En consecuencia, el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico, que despliegue sus consecuencias en su propia esfera de libertad, esto es, que lo afecte a él mismo, deberá ser considerada como válida para nuestro ordenamiento jurídico en el extremo en que, para los casos de homicidio a petición, actuará como una exclusión de la tipicidad al ser este una expresión del nuestro Estado social y democrático de Derecho en concordancia con la dignidad, entendida como autonomía de la persona, al ser esta el fin supremo de la sociedad y el Estado y el libre desarrollo de la personalidad (ejercicio de la libertad).

Recayendo en el caso en concreto, ello implicaría que, de ser la conducta realizada por un tercero, pero consentida por el interesado, y al ser esta una

expresión de la autorrealización del mismo titular del bien jurídico, tomando en consideración el contexto eutanásico en el que se encontraría, la acción generada por el agente sería una exclusión de la tipicidad. Para ello, procederemos a emitir los siguientes argumentos que avalan nuestra postura.

En primer término, tenemos que todo bien jurídico individual, en base a lo expuesto en nuestro marco teórico, debe ser considerado como disponible dado que el accionar solo repercutirá en la propia esfera de libertad o de organización del interesado, incluso si la conducta haya sido realizada por él mismo o consentida para que un tercero la ejecute estando a que la manifestación de voluntad es expresión de la autonomía de la persona, la cual actúa como concreción de la dignidad. Así, al ser la vida considerada un bien jurídico de carácter personalísimo, la tutela de esta solo será viable en tanto y en cuanto se desvirtúe o no exista un consentimiento de por medio, así como la acción consentida esté en concordancia con la dignidad y la libertad.

De esta manera, en el caso del delito de homicidio a petición, lo que se tutela no es el sustrato material u objeto de acción, a costa del bienestar de la persona - lo cual como ya ha sido explicado, causaría especiales conflictos con nuestro ordenamiento jurídico (civil y penal) y el modelo de Estado que se propugna, así como se presentaría un encarnizamiento terapéutico-, sino, al ser relevante la calidad de vida, la libertad que ostenta todo ciudadano para disponer de su bien jurídico vida en total conformidad con la dignidad, como fin supremo de la sociedad y el Estado, y su libre desarrollo de la personalidad para lograr sus objetivos planteados siempre que las acciones consentidas desplieguen sus consecuencias dentro de la esfera de libertad del titular sin desbordar sus límites y entrar en conflicto con terceros.

En el caso del contexto eutanásico, no se estaría protegiendo el cuerpo de la persona, sino la libertad que ostenta el titular del bien jurídico sobre no solo la vida en sí, sino la calidad de la misma haciendo uso de su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, esto es, se protege el dominio que el interesado mantiene sobre el primero. En este caso se señalaría que *«el concepto de bien jurídico carece de sentido en el plano puramente ontológico, porque en él los límites a la libertad del individuo vienen impuestos por la naturaleza misma; por el contrario, en un contexto social las libertades individuales se ejercen dentro de los linderos que los Estados de Derecho suelen fijar en sus Constituciones (...) algunos de los cuales – como el de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad – son transversales en el sentido de que con base en ellos deben ser interpretados todos los demás»*. (Reyes Alvarado, 2022, pág. 852)

De esta manera, no podría existir, en prima facie, una intervención estatal cuando se presente la manifestación de voluntad del interesado, quien es un enfermo incurable (terminal) que padece intolerables dolores sin medida alternativa alguna, respecto a que no desea seguir manteniéndose con vida dado que no es compatible con su dignidad por lo cual, ejerciendo su libertad, solicita la aplicación del procedimiento de la eutanasia estando a que, lo que se pretende es aceptar que el deber de protección del Estado de tutelar la vida no implica mantener con vida al interesado por el solo hecho físico-biológico.

Entiéndase que el bien jurídico vida es un derecho, mas no una obligación, que le compete a la esfera del ciudadano y no a la del Estado o la sociedad, dado que, de ser competencia de estos últimos, se estaría protegiendo la vida²³ sin tomar en consideración o incluso contra la voluntad del titular manteniéndolo solo por un supuesto interés comunitario transgrediendo incluso una de las directivas de la dignidad como lo es la cosificación. A menos que se piense que el Estado es el protector de una moral o ideología en específico, no se puede prohibir al ciudadano el poder que ostenta para dirigir su propia vida y, más aún, su muerte.

Frente a ello, debemos recalcar que todo derecho que ostente el ciudadano no es absoluto, ya sea para el disfrute como para una oposición. Esta misma lógica debe ser aplicada para los casos de homicidio a petición. Si bien es cierto todo ciudadano ostenta de autonomía el cual es la clara expresión de su libre desarrollo y su autodeterminación en sociedad, ello no implica que, en base a esta libertad pueda ejecutar todo tipo de conducta. En un contexto eutanásico, no resulta posible ni coherente que se acepte toda petición para la aplicación de la eutanasia realizado por el interesado en aras de “salvaguardar” su autonomía. Por ejemplo, que un diabético recién detectado opte por la eutanasia. Se debe analizar cada caso en concreto en donde se observe que la vida que se encuentre llevando el enfermo incurable (terminal) sea en pésimas condiciones permitiendo así concluir que no está viviendo de forma digna por lo cual la muerte funcionaría como un recurso a fin de ponerle fin a esa degradante situación, de esta manera, la autonomía estaría acorde con la dignidad.

Ahora bien, se tiene presente que el ser humano es un ser social y que se desarrolla en un contexto social por lo cual hará uso de su libertad para poder lograr sus propios objetivos siendo que sus acciones tendrán su límite, no solo cuando choquen con la dignidad, sino también frente a la esfera de libertad de terceros, esto es, que su derecho acaba en tanto y en cuanto inicie el derecho de otro. Así, esta libertad ostentará tanto una arista positiva como negativa entendiéndose así que todo ciudadano elegir actual de tal o cual manera sin ser obligado a ello; no obstante, esta concepción implica que también deberá ser responsable de las consecuencias de sus acciones, más aún cuando estas se desplieguen en las esferas de libertad de terceros no pudiendo actuar de forma temeraria. Un claro ejemplo de ello es la prohibición de la esclavitud, trata de personas, tráfico de órganos, entre otros dado que el consentimiento que ha sido emitido por el propio titular se contraría con las vulneraciones a la propia dignidad dado que esta es el origen de los demás derechos los cuales deben estar y desarrollarse en concordancia con el primero.

Así, solo se podrá hablar de un contexto eutanásico acorde con la dignidad de la persona siempre que exista una reglamentación y la aplicación de políticas públicas, tales como la creación de un comité de médicos especializados en cuidados paliativos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, que puedan determinar, en un periodo de tiempo, a fin de determinar que el consentimiento,

²³ En base al concepto de vida que se maneja en la presente investigación, se debe precisar que una cosa es el derecho a la vida estipulado en nuestra carta magna y otra el bien jurídico vida siendo que el primero sirve como un referente en donde existe un requerimiento por parte del ciudadano para con el Estado, esto es, que debe existir una protección a este derecho, mientras que el segundo implica, no solo la aparición de este requerimiento, sino la ejecución en sí de la vida en sociedad.

la aquiescencia otorgada por el interesado sea fidedigna sin contar con algún tipo de vicio o movido por otra decisión que no sea el querer culminar su vida sin sufrimiento. De esta manera, todo este protocolo debe ser realizado bajo el más estricto seguimiento al *lex artis* que se arroga toda actividad médica.

En base a este argumento, es que, para esta investigación, se considera que los únicos sujetos – activos – que pueden realizar esta actividad, esto es, la aplicación del procedimiento de la eutanasia son el personal médico dado que son los que cuentan con mayores conocimientos médicos para determinar si efectivamente la persona se encuentra en la fase terminal, si, tras un examen psiquiátrico, este sufre de una depresión severa, o si puede acceder a medidas alternativas que salvaguarden la dignidad de su vida, situación que no sucede con los familiares o personas cercanas al enfermo toda vez que estos pueden malinterpretar la manifestación de voluntad del interesado o incluso actuar en contra de este al estar subjetivamente cegados.

Es por ello que solo se podrá señalar que la conducta será considerada como atípica siempre que sea realizada por un personal de salud en completo respeto a la *lex artis*, más aún cuando sus funciones, además de buscar curar a la persona, son las de no maleficencia y beneficencia, lo cual implica que no estarán detrás del mantenimiento de una persona a costas de un encarnizamiento terapéutico, sino el respeto a la autorrealización del enfermo. De esta manera, el acto eutanásico consentido no podría crear un riesgo no permitido y, por ende, imputarse de forma objetiva en tanto y en cuanto se cumpla con los requisitos de validez al ser esta expresión de la autonomía de la persona dentro de su propia esfera de libertad.

Precisar que, al vivir en una sociedad de riesgo, existirán ciertas conductas que serán consideradas riesgosas, ya sea porque favorecer al crecimiento de la sociedad o simplemente ostenten una importancia social, mas no por ello se les podrá prohibir su ejecución, sino que serán toleradas por la comunidad a fin de beneficiar a su propio desarrollo y el cumplimiento de sus objetivos de vida. Bajo esta premisa, y ya tocando al ámbito sanitario, el accionar médico es considerado un riesgo permitido por resultar provechoso siempre que esté debidamente limitado. Así, el actuar del médico que ha cercenado el brazo de un paciente por una posible infección no podría implicar la lesión de un bien jurídico siempre que haya sido realizado acorde a su propia normativa – *lex artis*-.

Así, conforme ya ha sido expuesto precedentemente, las conductas debidamente consentidas y ejecutadas despliegan sus “consecuencias” en el ámbito de la atipicidad y no en el de la antijuridicidad estando a que, para estas últimas, se necesita un fundamento de choque de intereses o algún estado de necesidad en donde se deba poner en una balanza los bienes jurídicos sacrificando uno por otro, cuestión que no se presenta en los casos de homicidio a petición toda vez que es el titular del bien jurídico quien decide consentir a que un tercero finiquite su vida toda vez que se encuentra padeciendo una enfermedad incurable, sin medidas alternativas en donde su decisión ha sido motivada para disminuir el sufrimiento que se encuentra padeciendo no volviéndose un instrumento de la sociedad a fin de salvaguardar su propia dignidad – la cual además de ser inherente, es intangible - la cual se encuentra

señalada en nuestra actual carta magna como fin supremo de la comunidad y el Estado.

Procediéndose a evaluar nuestra normativa en el ámbito sanitario y su relación con la figura del consentimiento, tenemos a la Ley General de Salud y la Ley N°29414 que se propugna un derecho al respecto de una muerte natural, esto es, que el ciudadano cuenta con el derecho a que no se transgreda su proceso natural de finalización de su vida siendo que, si el personal de salud realiza alguna conducta que sea dirigida contra esta directiva, se le impondrá una sanción.

En base a lo arrojado por esta normativa e incluso por nuestro código penal, se da el mensaje a los pacientes que el bien jurídico vida, si bien es de categoría individual, es considerado indisponible. Así, en nuestro ordenamiento jurídico penal, se tiene que existen diversas eximentes de responsabilidad siendo que el consentimiento se ubica dentro de ellas no señalándose si actuará como causa de atipicidad o justificación; no obstante, con una breve lectura a la parte especial se tiene que solo podrá desplegar sus consecuencias – eximir o atenuar la pena – en ciertos delitos, no comprendiéndose, como ya se ha dejado en claro, el motivo de esta diferenciación más aún si, al fin de cuentas, solo afectará a los bienes jurídicos individuales, esto es, a las propias esferas de libertad del interesado.

Ahora bien, en relación a lo estipulado en el ámbito de salud, podremos observar una contradicción dentro de la misma toda vez que, por un lado, señala la prohibición a la disponibilidad de la vida al primarse la muerte natural de la persona evitando el ejercicio de la autonomía de la persona; sin embargo, al mismo tiempo permite la renuncia o interrupción del tratamiento como derecho que ostenta todo paciente e incluso, que dicha conducta exime de responsabilidad al personal de salud siempre que este haya seguido y respetado la *lex artis*. Entonces ¿realmente se está respetando la autonomía de la persona, como concreción de la dignidad, o es que se impone la idea de sacralidad de la vida? ¿Por qué motivo por un lado se acepta la aplicación del consentimiento como causa de atipicidad para la renuncia o interrupción del tratamiento, pero no sucede lo mismo cuando el propio interesado desea finiquitar con su vida estando en sus cabales y tomando en consideración el contexto eutanásico en el que se encuentra si, al fin de cuentas, ambas situaciones son expresiones de su autonomía?

Los partidarios de la indisponibilidad de la vida alegan que esta mantiene un “interés” supremo en la sociedad planteando que, en el caso del bien jurídico vida, no solo se protege esta, sino también la dignidad de la persona por lo que, en los casos de homicidio piadoso se estaría lesionando la vida del interesado, mas no su libre desarrollo; empero, conforme lo hemos indicado a lo largo de este trabajo, el accionar consentido ejecutado por un tercero que despliegue sus consecuencias dentro de la esfera de libertad del interesado es la más clara expresión de su autonomía de la persona y su autodesarrollo las cuales provienen, se originan y nacen de la dignidad, entendida como principio dinámico y rector de toda nuestra constitución y sistema jurídico, en consecuencia, se

generaría una contradicción dado que no se puede hablar de la lesión al bien jurídico vida y no a su autonomía siendo que ambos forman una unidad.

Estando a lo mencionado, se tiene que el Derecho penal solo podrá estar legitimado para su actuación protectora de bienes jurídicos y, en consecuencia, inmiscuirse en la esfera personal de las personas siempre y cuando observe alguna transgresión o ataque no querido por el titular, por el contrario, de no presentarse esta situación, el Estado no podrá ejercer su *ius puniendi* toda vez que el ciudadano se encuentra capacitado para ejercer su autonomía, siendo esta un elemento esencial para alcanzar su dignidad, y, por ende, dirigir sus acciones a fin de autorrealizarse. De esta manera, el Estado estaría garantizando su dignidad.

Esta forma de limitar el ejercicio del Estado tendrá como consecuencia que el ciudadano podrá autodeterminarse a como considere lo cual conlleva a que podrá disponer de su bien jurídico individual toda vez que le pertenece a su propio ámbito de decisión. Ahora, ello no implica una contraposición entre la vida y la libertad, sino que si bien el bien jurídico vida es la base, esta necesita ejecutar su libertad para que la persona pueda autodeterminarse y desarrollarse. En ese sentido, estamos de acuerdo con Carbonell Mateu (1999) quien señaló que si el derecho penal se rige por proteger la vida que es reconocida constitucionalmente, la cual es la deseada de forma libre por el interesado, al no existir este deseo, se entiende que el derecho penal ya no podría interferir.

Precisar que no se está defendiendo que la eutanasia debe ser despenalizada bajo el argumento de la existencia de un derecho a la muerte, sino a vivir con dignidad incluso en el final de la vida del titular del bien jurídico.

Habiendo ya concluido que, dogmáticamente no hay fundamento alguno que pueda avalar la indisponibilidad de la vida y, por ende, evitar la validez que el consentimiento emitido por el titular del bien jurídico ostenta, el cual actuaría como causa de atipicidad al considerarse como un riesgo permitido, cuando la acción haya sido realizada por el tercero, –que, para esta investigación, necesariamente debe ser un personal de salud al poseer el conocimiento suficiente que se encuentre acorde a la *lex artis* y pueda determinar objetivamente si nos encontramos frente a un contexto eutanásico –, en consecuencia, al no haberse lesionado el bien jurídico vida, observaremos si el fundamento que se utiliza para la sanción del delito de homicidio a petición puede encontrar apoyo en la gestión de política criminal. A fin de comprender el término antes utilizado, se entenderá por política criminal como aquel *manto común*²⁴ que repercute en todos los elementos y ámbitos del derecho penal tales como parte general (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.), especial (todos el aspecto de los delitos), procesal penal, entre otros.

Conforme ya lo hemos explicado a lo largo de esta investigación, el bien jurídico es dinámico lo que implica que va a ir variando dependiendo de la época en que nos encontremos y el modelo de Estado que se maneje. Así, al encontrarnos en

²⁴ Sánchez-Vera Gómez Trelles (2000) lo define de esta manera en su artículo intitulado “Aspectos para una reforma del derecho procesal penal español”.

un Estado social y democrático de Derecho, se tiene como pilares y fines últimos de la sociedad y el Estado a la persona, como eje central, y su dignidad. Ello implica que se propugna el libre desarrollo de la persona y con esta, su autonomía, ello sin llegar a la cosificación, esto es, que al ser el ser humano un fin en sí mismo, sus acciones estén acordes con la concreción de sus propios fines mas no de terceros ajenos.

De esta manera, para que el ciudadano se pueda desarrollar y con ello cumplir sus objetivos planteados, debe estar en contacto con la sociedad; sin embargo, sus actos van a contar con límites a fin de no vulnerar la esfera de libertad de otro respetándose así el ámbito de libertad de cada uno lo cual quiere decir que, mientras sus acciones generen consecuencias que solo le afecten a él y su esfera, el Estado no tendría motivo para intervenir, de manera primigenia; no obstante, existirán circunstancias en donde tendrá que hacer uso de su *ius puniendi* a fin de mantener el orden y el respeto por los derechos fundamentos expuestos en nuestra carta magna.

Las personas en sociedad observarán que existen tanto intereses que le competen a cada uno como aquellos que afectarán y/o beneficiarán a todos generándose así los bienes jurídicos individuales y colectivos. En el caso de los primeros, al desplegar sus efectos en la propia esfera de libertad del interesado, se tendrá que el Estado no va a proteger netamente el sustrato material u objeto de acción, sino la libertad de disposición que ostenta el individuo sobre este; a diferencia de los bienes colectivos, los cuales circunscriben a toda la sociedad.

En base a lo antes expuesto, la finalidad que ostentará el derecho penal será la exclusiva protección de aquellas circunstancias que generen utilidad a los ciudadanos frente a conductas que le puedan generar algún detrimento, pero no cualquier conducta (omisiva o comisiva) puede ser considerada como vulneratorio de, sino solo aquellas que estén acordes con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. De este modo, la política criminal tendrá como fin el hacer frente a los delitos en un Estado de derecho en donde su propósito será el buscar un punto medio entre la protección de los bienes jurídicos (individuales y colectivos) y el respeto a los derechos básicos que ostenta todo ciudadano (dignidad y libertad). En base a lo antes expuesto, se entenderá que la política criminal tiene como objeto de estudio a la realidad social percibiendo las complicaciones de seguridad que existan en esta o en determinados campos a efectos de generar y/o crear planes que el Estado considere apropiados a fin de afrontar la criminalidad que se haya originado determinando así las reglas dirigidas a prevenir este fenómeno tomando en consideración el correcto tratamiento del ciudadano y el respeto por sus derechos.

Llevando este entendimiento a nuestro actual sistema jurídico penal peruano, se tiene que nuestro poder legislativo, mediante la creación del código penal de 1991, debió realizar un análisis de nuestra actual sociedad para determinar qué conductas deberían estar sancionadas a fin de evitar la comisión (u omisión) de delitos. Es así que observamos no solo la eliminación de diversos delitos que se encontraban sancionados en el código de 1924, sino también la creación de otros, siendo uno de estos el ilícito tipificado en el artículo 112° del código penal, esto es, nos referimos al delito de homicidio a petición el cual, conforme hemos

podido analizar en la presente investigación, no ostenta argumento dogmático para su aplicación, siendo que las verdaderas razones de su penalización vendrían a ser de rasgo político criminal. Es por ello que Corcoy Bidasolo (citada en Ackerman y Ovalle, 2018, pág. 53) señala que las motivaciones son, en la mayoría de las situaciones, por la política criminal que ostenta cada Estado que tienen su origen en el supuesto inconveniente de poder demostrar que el consentimiento otorgado por el interesado ha sido dado sin vicio alguno de por medio para así ser considerado como válido.

Sin embargo, si bien no es ilegal ni tampoco complicado que el Estado sancione ciertas conductas por los motivos antes expuestos, el acudir a fundamentos que ostentan como base a la presunta diferencia que tendrían algunos bienes jurídicos individuales frente a otros y, en consecuencia, solo algunos podrían ser considerados disponibles, o el argumento de que en los casos de homicidio a petición no se puede probar el consentimiento no son adecuados para alegar la indisponibilidad del bien jurídico vida. Si lo que se desea es no generar la pendiente resbaladiza, se deben crear o mejorar las políticas públicas, la creación de comités que evalúen cada caso en concreto a efectos de evitar algún abuso o aprovechamiento. No por el miedo a esta causal, se va a prohibir a demás personas el acceder a un procedimiento que realmente necesitan y que va acorde con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

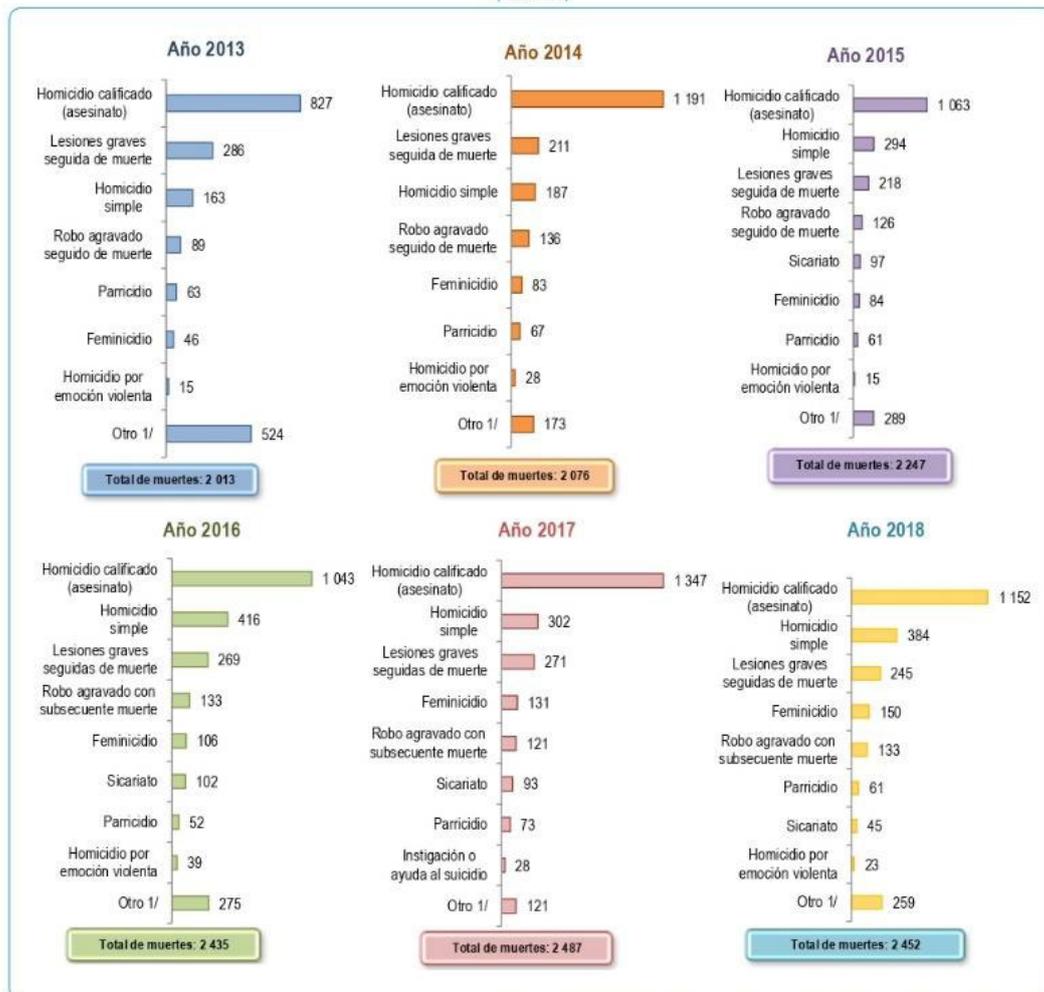
Se entiende que, al ser nuestra sociedad cambiante y dinámica, diversas conductas pueden pasar de un día al otro de ser consideradas ilícitas a adecuadas para con la sociedad, y ello, no solo dependerá – aunque debería– del modelo de estado en el cual nos encontremos o del concepto de bien jurídico que manejemos, sino también – aunque no se quiera aceptar – de la ideología que tenga en ese momento nuestro poder legislativo. Un claro ejemplo de ello es que en el anterior código se excluía de responsabilidad al imputado que se case con “la ofendida” mediando su consentimiento toda vez que se creía que, con esta figura, se restituiría su posición de decencia de la mujer para con la sociedad. Así, al ser esta conducta adecuada en el título “de las buenas costumbres”, se observa que la posición que se tenía para con la mujer era no su integridad sexual o la relevancia del consentimiento emitido por esta, sino la proyección que esta daba a la sociedad. Resulta obvio manifestar que esta posición ha variado completamente. Así, para la inclusión o exclusión de una conducta comisa u omisiva, debe existir un estudio de campo exhaustivo que determine que se estaría cometiendo tal conducta que le genera un malestar a la sociedad.

En el caso del delito de homicidio a petición, se tiene que este ha sido creado mediante el código de 1991, cuerpo legal que propugna el respeto a los ciudadano tanto a la dignidad como al libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, a lo largo de los años, este código ha sido modificado en reiteradas oportunidades para ir acorde a nuestra realidad social. Así, por ejemplo, se tiene al delito de feminicidio que fue creado en el 2018 mediante la Ley N°30819, entre otros siendo que esta inclusión, disminución o incremento de pena debe a cómo reacciona nuestra sociedad frente a una conducta ilícita y los planes que se hayan formado para frenar su comisión.

Ante ello, procederemos realizar un análisis de los homicidios dolosos a lo largo del siglo XXI en adelante. De esta manera, tenemos que, entre el 2000 y 2011, según información recopilada por el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público (2012), este ha registrado «un total de 226 presuntas infracciones a la ley penal de homicidio doloso en los 49 distritos de Lima Metropolitana y Callao entre enero de 2000 y diciembre de 2011, los cuales equivalen a un promedio anual de 19 infracciones» siendo que solo «el 0.7% (2) a homicidio piadoso» (Observatorio de la Criminalidad, 2012, pág. 2).

En el mismo sentido, y ya acercándonos más a la actualidad, el Comité estadístico Interinstitucional de la criminalidad – CEIC del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) obtuvo el siguiente resultado respecto a las muertes violentas registradas entre el periodo 2013-2017:

Gráfico N° 2.9
PERÚ: MUERTES VIOLENTAS ASOCIADAS A HECHOS DELICTIVOS DOLOSOS, SEGÚN CALIFICACIÓN PRELIMINAR DEL TIPO DE HOMICIDIO, 2013 -2018
(Absoluto)



Nota: Año 2018: Fecha de cierre febrero 2020. Datos preliminares, sujetos a revisión.
1/ El año 2013 comprende: infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, entre otros; 2014 : Infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, homicidio piadoso, entre otros; 2015: Infanticidio, aborto provocado con subsecuente muerte de la madre, instigación o ayuda al suicidio, entre otros; 2016: Instigación o ayuda al suicidio, aborto provocado con subsecuente muerte de la madre, infanticidio, homicidio piadoso, entre otros; 2017: Infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, homicidio por emoción violenta, homicidio calificado por la condición de la víctima, aborto provocado con subsecuente de la muerte, entre otros, el año 2018: Infanticidio, Instigación o ayuda al suicidio, homicidio calificado por la condición de la víctima, aborto provocado con subsecuente muerte de la madre, violación sexual de menor de edad seguida de muerte, entre otros.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- Censo Nacional de Comisarias y Registro Nacional de Denuncias de Delitos y Faltas. Policía Nacional del Perú-Sistema de Denuncias Policiales (SIDPOL).

Gráfico N°04

Fuente: Homicidios en el Perú, contándolos uno a uno 2011 a 2018 Informe Estadístico N°07. Comité estadístico Interinstitucional de la criminalidad - CEIC. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)²⁵.

Conforme se puede inferir del cuadro precedente, se vislumbra que el delito de homicidio a petición ni siquiera figura dentro de las clasificaciones principales, sino dentro del ítem “otros” el cual comprende infanticidio, instigación al suicidio, aborto, hasta incluso violación sexual de menor seguida de muerte, entre otros y ello de demuestra, por ejemplo, con la estadística practicada en el 2016 (véase el apartado 7.2.1.) en donde se deja constancia que el porcentaje del delito de homicidio piadoso solo llega a 0.2% y 0.1% a comparación de los demás delitos.

Del mismo modo, respecto a las sentencias impuestas por el delito objeto de investigación, en base a lo elaborado por la Gerencia de Planificación del Poder Judicial, se tiene el siguiente cuadro:

III. CARACTERÍSTICAS SEGÚN DELITOS DE HOMICIDIO						
3.1 PODER JUDICIAL: TOTAL DE PERSONAS CON SENTENCIA CONDENATORIA REGISTRADA, SEGÚN DELITOS DE HOMICIDIO, AL IV TRIMESTRE 2017-2022						
(Valores absolutos)						
Artículos	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Total	1 838	1 872	1 540	711	1 385	1 668
Conspiración y ofrecimiento para delito de Sicaria	0	0	0	1	0	3
Feminicidio - Art. 107 PARRAFO 1	16	13	16	3	3	1
Feminicidio - Art. 108-B (Ley 30068)	104	99	123	86	290	347
Homicidio Calificado - Asesinato Art. 108	235	339	311	129	264	337
Homicidio calificado por la condición oficial del ag	13	14	7	0	2	1
Homicidio Culposo Art. 111	892	857	620	259	464	521
Homicidio Piadoso Art. 112	2	0	0	0	0	0
Homicidio por Emoción Violenta Art. 109	7	1	2	0	6	2
Homicidio simple Art. 106	494	482	396	182	247	307
Infanticidio Art. 110	2	1	4	1	6	1
Parricidio Art. 107	70	65	56	37	80	100
Sicariato - Art. 108-C (D.L. 1181)	3	1	5	13	23	48

Fuente: Base de datos del Registro Nacional del Condenas
Elaboración: Gerencia de Planificación - Subgerencia de Estadística

Gráfico N°05

Fuente: Estadística de la Criminalidad 2017-2022. 2022-IV. Gerencia General. Sub Gerencia de Estadística de la Gerencia de Planificación del Poder Judicial del Perú²⁶.

Del cual se colige que entre el periodo de 2017 a 2022, solo se ha interpuesto dos (02) sentencias, en el 2017, por el delito de homicidio a petición, del total de sentencias relacionadas a los delitos de homicidio los cuales arriban a 9,014 fallecimientos, esto es, que no llega ni al 1% del total.

²⁵https://www.congreso.gob.pe/carpetatematica/2021/carpeta_120/informacion-estadistica/, pág. 40

²⁶<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a4ad02804aff2f8a9cff9d36d36a028/Estadistica+de+la+Criminalidad+2022+I+V+3103.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a4ad02804aff2f8a9cff9d36d36a028>, pág. 33

De lo hasta aquí expuesto se tiene que, además de no existir fundamento dogmático alguno que avale la criminalización del homicidio a petición y, por ende, la invalidez del consentimiento considerando al bien jurídico vida como indisponible, pese a ser un bien jurídico individual el cual solo le compete al titular y su esfera de libertad, tampoco se concluye que se pueda aplicar una lógica político criminal toda vez que, estando a las gráficas y estadísticas antes expuestas, no existe un incremento o creación de un “crimen” respecto al delito de homicidio a petición por lo cual el Estado tenga que “enfrentarlo”, más aún cuando, para la aplicación de una correcta política criminal, no basta con el ánimo de querer erradicar la comisión (u omisión) de conductas lesivas de bienes jurídicos, sino que esta debe encontrarse acorde con el Estado social y democrático de Derecho no presentándose esta figura en los casos de homicidio a petición.

1.3. ¿inexistencia de límites en la disposición del bien jurídico vida respecto al delito de homicidio a petición?

Como hemos podido observar en el contenido de la presente investigación, se ha corroborado la hipótesis respecto a que la figura del consentimiento debe actuar y ser considerada como válida para con nuestro ordenamiento jurídico en los casos de homicidio a petición como causa de atipicidad, es decir, que actuará en el marco de la imputación objetiva, toda vez que es una clara expresión de voluntad del titular del bien jurídico lo cual resulta acorde con el modelo de Estado social y democrático de Derecho que se propugna en nuestra Constitución en donde se tiene como fin último tanto de la sociedad como del Estado a la persona y su dignidad por tanto, en base a lo antes expuesto, al ser el actuar del interesado dentro de su propia esfera de libertad no afectando a terceros, se concluye que todo bien jurídico individual será disponible.

Frente a esta situación, se entiende primigeniamente que el Estado no podría sobreponerse o anular la autonomía de la voluntad del interesado que no es más que la concreción del dignidad; sin embargo, ello no implica que, por el hecho de que la persona haya brindado su manifestación de voluntad o esté de acuerdo con cierta actuación que solo se circunscriba a su esfera de libertad, esto es, que solo despliegue sus consecuencias a esta, implica que el Estado no pueda actuar de forma paternalista interviniéndola. Así, devendría en un sinsentido que se argumente que la autonomía de la persona otorgue legitimidad al acceso a la eutanasia ante cualquier pedido o solicitud del titular del bien jurídico, sino que solo podrá ser aplicada en una situación en donde la dignidad de la persona se encuentre reducida, el acceso a la muerte a petición no puede ser contraria a la dignidad del interesado.

Para poder otorgarme mayor desarrollo a esta posición, debemos comprender que la libertad que ostenta cada ciudadano aguarda dos aristas tanto negativa como positiva entendiéndose por la primera como aquella en la que una persona puede decidir si actúa o no sin ser obligado a ello, es decir, que una persona es libre mientras no le impidan hacer algo que esta podría realizar, no es coaccionado u oprimido; mientras que la segunda versa en que esta podrá actuar conforme a su voluntad sin ser definido por la voluntad de terceros, esto es, ser

dueño de uno mismo sin la interferencia de otros, y es esta concepción en donde se despliega la autodeterminación o autonomía del ciudadano.

El entender la libertad de esta forma complementa la idea de que, entre las relaciones existentes entre la persona con la sociedad y el Estado, esta actuará dentro de la esfera del interesado sin que exista intervención alguna de la sociedad y del Estado; no obstante, se debe tener en claro que la libertad también significa que, el ciudadano al ser dueño de su accionar, es responsable de las consecuencias de su accionar.

En el mismo sentido, nuestro intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional (2003) ya ha manifestado que no existe derecho alguno que sea considerado absoluto dado que puede ser limitados, siempre que no se presente una discrepancia con su propio contenido, ya sea porque, para ese momento, es más útil otorgarle mayor preponderancia a otro derecho o que dentro del propio ordenamiento jurídico existen una serie de principios que deben seguirse.

Bajo esta premisa, se comprende que ningún derecho que se encuentra inscrito en nuestro actual modelo de Estado – social y democrático de Derecho -, se puede colegir que estos son absolutos sin forma alguna de ser, no eliminados, sino restringidos, un claro ejemplo de ello son las medidas coercitivas consignadas en nuestro código procesal penal siendo una de ellas la prisión preventiva mediante la que se restringe la libertad ambulatoria siendo ésta considerada una excepción solo pudiendo ser aplicada frente al cumplimiento de diversos requisitos.

En los casos en donde entra a tallar el consentimiento, se debe determinar cuáles vendrían a ser los límites que se le impondría a esta figura a fin de no ser vulnerada. Se tiene que nuestro actual modelo de Estado cuenta como eje principal a la persona, su dignidad y la concreción de esta última que sería la autonomía de la persona. Por lo tanto, cualquier acción que menoscabe la dignidad de la persona y su autonomía – autorrealización de la persona-, el Estado, bajo el manto protector, ostenta la facultad de imponer restricciones. Ello implica que el ciudadano, al ser un fin en sí mismo, está hecho para que pueda satisfacer sus propias metas y lograr sus propios objetivos no pudiendo ser usado como un medio, esto es, que existe la prohibición de la instrumentalización.

Por lo tanto, la dignidad que ostenta todo ciudadano actuará como barrera protectora frente a, no solo el accionar de terceros que colisionen en la esfera de libertad del ciudadano, sino también frente a este último siempre que su conducta esté dirigida a la cosificación de esta. Es por este motivo que se prohíbe la esclavitud, el uso del cuerpo para beneficio de otros (trata de personas), etc. En el ámbito eutanásico, el que esta investigación se encuentre a favor de esta no implica que se esté de acuerdo con el matar a alguien así porque sí, sino que se está finiquitando la vida de una persona que se encuentra en un estado deplorable, bajo una enfermedad incurable (terminal), padeciendo intolerables dolores sin medida alternativa alguna siendo que esta acción significará que la persona está viviendo con dignidad en la última fase de su vida (muerte digna). Recordar que el derecho penal se generó, a lo largo de los años, para proteger

los bienes jurídicos los cuales tiene la función de otorgar circunstancias para la autorrealización de la persona.

Así, concluimos que la figura del consentimiento solo podrá ser considerada como válida siempre y cuando, además de que cumpla con los requisitos que se exigen, guarde relación con la dignidad de la persona, su autonomía y su libre desarrollo, caso contrario, no podrían desplegar sus consecuencias en el ámbito jurídico.

Por otro lado, y ya aterrizando en la normativa del ámbito sanitario, se tiene como límites a la figura del consentimiento, las excepciones estipuladas en el artículo 15.7 de la Ley N°29414 en donde se indica que se podrá obviar del consentimiento del paciente siempre que exista una amenaza para la salud de otros ciudadanos²⁷, mientras que los artículos 16 y 17 del reglamento de la Ley antes señalado manifiesta que incluso, además de no poder optar por negarse a recibir un tratamiento o interrumpirlo, tampoco podrá abandonar el nosocomio²⁸.

En estos casos, la aquiescencia del titular del bien jurídico no será considerada como válida en donde exista un peligro para terceros o un riesgo para la salud pública, toda vez que, si bien la acción es realizada por el mismo interesado, las repercusiones no se desplegarán en su propia esfera de libertad, sino que traspasarán los límites colisionando con los intereses de terceros generando así una afectación hacia otras personas – la sociedad -. En estas situaciones, el Estado tiene el deber de proteger a la sociedad frente a ataques que no han sido queridos precisando que la autonomía de la persona acaba cuando genera una afectación en un tercero.

De igual manera, cuando se hace referencia a la “salud pública”, observaremos que ya no se estaría hablando de un bien jurídico individual – o personalísimo como lo es la vida -, sino de uno colectivo por lo cual, conforme lo hemos expuesto en los capítulos precedentes, el consentimiento carece de validez frente a bienes jurídicos que no sea individuales, por ende, son indisponibles.

CONCLUSIONES Y CONTRASTE DE HIPÓTESIS

1. Lo que protege actualmente el Estado, en base a la teoría liberal del bien jurídico, es el dominio autónomo propio del titular sobre su esfera de libertad y no su integridad de esta, vale decir, el sustrato material u objeto de acción. Así, en el caso del homicidio a petición, lo que se protege no es vida entendida como el cuerpo físico de la persona, sino el ámbito de organización (el dominio) que ostenta el interesado sobre esta. De esta manera, no se estaría protegiendo el concepto físico-biológico de la vida, sino también la calidad de

²⁷ Así, el artículo 15.4 *Consentimiento Informado* señala: a.1) (...) Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones (...) de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública. (Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud) (el subrayado es nuestro)

²⁸ El artículo 16.- Derecho a recibir información sobre su propia enfermedad y a decidir su retiro voluntario de la IPRESS: La persona usuaria del servicio de salud (...) ponga en riesgo la salud pública. (...), por otro lado, el artículo 17.- Derecho a negarse a recibir o continuar un tratamiento (...) La negativa a recibir o continuar el tratamiento no procede cuando (...) esta decisión ponga en riesgo la salud pública». (Reglamento de la Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, pág. 4 y 5)

esta dado que los bienes jurídicos individuales sirven para el libre desarrollo del ciudadano, más aún cuando el accionar solo repercute en la propia esfera de libertad del interesado.

2. En ese sentido, la figura del consentimiento actuará como una causa de atipicidad, ello en base a que todos los bienes jurídicos individuales son disponibles al tutelarse el dominio del interesado sobre su esfera de libertad dado que la protección de los bienes jurídicos está dirigido a confirmar el desarrollo del titular. Por esta razón, no existe una lesión al bien jurídico cuando el interesado ha consentido una acción realizada por un tercero que interviene en su esfera de dominio toda vez que esta constituye la expresión de su autonomía. De este modo, la acción no puede ser considerada inapropiada para la sociedad recayendo dentro del riesgo permitido volviéndose neutral.
3. A fin de considerar al consentimiento como válido, esta debe estar exenta de todo vicio tales como el engaño, la amenaza, intimidación, violencia o error.
4. Se descarta la posición la presunta diferencia entre acuerdo y consentimiento, con diferente tratamiento dogmático, toda vez que no existe un criterio determinado de cuándo un bien jurídico individual debe ser considerado indisponible y cuando no, más aún cuando se utiliza como fundamento el interés de la comunidad de lo cual se infiere que incluso en los casos de bienes individuales, la relevancia otorgada por la sociedad debe ser superior a la del propio titular.
5. La vida no puede ser entendida meramente como un sentido físico-biológico en donde lo relevante sería mantener con vida a la persona a toda costa, sino que debe tomarse en consideración y, más aún, estar interrelacionada con la calidad de vida que ostenta cada ciudadano dado que, si bien la vida es el ámbito físico mediante el cual va a poder realizar otras acciones, necesita de libertad para poder corresponderlas.
6. Se entenderá por eutanasia como aquella acción ejecutada por un agente que se encuentre acorde con la voluntad debidamente manifestada de forma clara, consciente y sin mediar vicio alguno por parte del titular del bien jurídico vida de querer finiquitarla, quien padece una enfermedad incurable, con intolerables dolores ante la falta de alternativas, en pro de detener el sufrimiento dado que el final de su vida está siendo indigno.
7. Conforme a cómo se encuentra redactado el artículo 112° del código penal, se observa que la acción tipificada y, por ende, merecedora de sanción penal, sería la eutanasia directa, activa y voluntaria dado que señala que el enfermo incurable (terminal) debe manifestar de forma clara y consciente su voluntad de querer finiquitar con su vida a un tercero.
8. El homicidio piadoso – también entendido como eutanasia – es concordante con nuestro actual modelo de estado, esto es, el Estado social y democrático de Derecho toda vez que, en este se toma como eje central a la persona y a su dignidad siendo que esta, como principio rector y dinámico, se concreta con la ejecución de la libertad que no es más que la autonomía de la persona y, en consecuencia, el libre desarrollo de la personalidad.
9. El hecho de que un enfermo incurable, pero que no cumpla la totalidad de requisitos señalados en el artículo 112° del código penal, considere que su vida es indigna, en ese momento, no significa que, por ello, pueda acceder a la aplicación del homicidio a petición, sino que este deber ser evaluado por el personal de salud en cada caso en concreto a efectos de determinar si realmente la persona debe acceder a este procediendo, al ser su finalidad el

acabar con el sufrimiento al encontrarse en un estado deplorable o con dolores insufribles sin medida alternativa alguna o no.

10. La actual relación médico-paciente ya no se basa en el poder del primero sobre el segundo en donde la voluntad de este carece de valor, sino que, estando a los principios de no maleficencia, beneficencia y el respeto por la autonomía de la persona, su vinculación de volvió horizontal; es por ello que, en base a su expertise, cuentan con la obligación tanto de informar los beneficios y perjuicios de un tratamiento médico como cerciorarse de que el paciente lo comprenda a fin de que otorgue un consentimiento informado libre de vicios.
11. Solo pueden ser terceros ejecutores, más no sujetos activos, toda vez que no se lesiona ningún bien jurídico, de la acción el personal de salud dado que estos conocen a ciencia cierta el historial médico del paciente por lo cual su actuación es acorde a su *lex artis*, así como ser objetivos con cada caso en concreto impidiendo cualquier motivación económica, emocional o análoga.
12. Que si bien la figura del consentimiento es expresión de la autonomía de la persona por tanto significa que el titular del bien jurídico puede disponer de su bien jurídico individual siempre que las consecuencias del actuar consentido se desplieguen dentro de la esfera de libertad del interesado siendo su voluntad debidamente respetado por nuestro modelo de Estado, ello no implica que ostente un carácter absoluto en donde no pueda ser restringido, sino que encontrará su límite en la dignidad de la persona. En ese sentido, no se puede ejercitar la libertad en aras de vulnerar la propia dignidad de la persona, ello en concordancia con el Estado social y democrático de Derecho que actualmente es nuestro modelo de estado.

RECOMENDACIONES

- De *lege ferenda*, proponemos la creación de los documentos de decisiones –voluntades– anticipadas o previas a efectos de que el sector salud, al momento en que una persona se encuentre en la recta final de su vida, y no solo para los casos de personas con enfermedades incurables sin mayor alternativa alguna, respete la decisión del titular del bien jurídico vida sin mediar intervención de los familiares y/o parientes que puedan ostentar fines distintos a los realmente requeridos por el interesado.
- De *lege ferenda*, se derogue el delito de homicidio a petición, conforme lo estipulaba el código penal de 1924, toda vez que los motivos por los que ese actuar ha sido sancionado es netamente por política criminal estando a que, en base a las gráficas expuestas por el observatorio de la criminalidad del Ministerio Público, se observaron que en el periodo 2000-2011, solo existieron 11 casos, así como según la INEI entre 2012 a 2018 solo existieron dos sentencias por el delito de homicidio piadoso, siendo que este delito, al no existir una futura peligrosidad de comisión, no tendría mayor motivo de existencia que no fueren arraigadas razones de prejuicio (ya sean motivos mayormente religiosos o de pensamiento) y de cualquier otra índole menos jurídica.

- Se recomienda una mayor atención de las políticas públicas en el sector salud por parte del poder ejecutivo a fin de que el Estado brinde y mejore la atención otorgada a los ciudadanos, así como cree condiciones sanitarias que posibiliten al máximo los cuidados paliativos y el acceso a estos por parte de todos los sectores sociales del país, ello a efectos de evitar que, en una futura derogación, se utilice la aplicación de la eutanasia con otros fines menos los expuestos en el presente trabajo.

REFERENCIAS BIBIOGRÁFICAS

Bibliografía

- Abanto Vásquez, Manuel A. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. En Revista Penal N°18. Ed. Universidad de Huelva. España.
- Ackermann Hormazábal, Ignacio E. y Ovalle Donoso, María Fernanda. (2018). La disponibilidad en los bienes jurídicos. En Revista de Ciencias Sociales. Número 72. Ed. Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Valparaíso de Chile. Chile.
- Aguilar Leal, Monserrat. (2017). La eutanasia y el protocolo internacional de la Organización Mundial de la Salud y su impacto en México. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho con terminal Civil y comercial. Universidad Autónoma de Puebla. Puebla. Recuperado en: <https://repositorioinstitucional.buap.mx/handle/20.500.12371/567>
- Alcacer Guirao, Rafael. (2003) ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito. Ed. Atelier. Barcelona, España.
- Alonso Álamo, Mercedes:
(2007). La eutanasia hoy: Perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico). En Revista Penal N°20. Ed. Universidad de Huelva. España.
(2009). Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. En Revista Estudios Penales y criminológicos N°29. Ed. Universidad de Santiago de Compostela. España.
(2013). Derecho penal mínimo de los bienes colectivos (Derecho Penal mínimo máximo). En Revista Penal N°32. Ed. Tirant lo Blanch. España.
- Álvarez Gálvez, Iñigo. (2002). Sobre el carácter irrenunciable de los derechos humanos. En Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho. N°05. España. Recuperado en: <https://www.uv.es/CEFD/5/inigoalvarez.htm>
- Angulo, Graciela. (2007). El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles. En Revista Latinoamericana de Derecho. N°7-8. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México.

- Arocena, Gustavo A. (2022). A vida o muerte. Sobre la disponibilidad de la propia vida, la eutanasia, el suicidio y otros asuntos incluso más graves ante el Derecho penal. Buenos Aires. Ed. BdeF, Argentina.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. (1999). Derecho Penal. Parte General. 2^{da} edición. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. Argentina.
- Barquín Sanz, Jesús. (2001). La eutanasia como forma de intervención en la muerte del otro. En Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Ed. Comares. Granada.
- Berdugo de la Torre, Ignacio. (1982). El delito de lesiones, Salamanca. Ed. Universidad Salamanca. España.
- Boletín INCIPP. (2021). Boletín del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado en: <https://www.flipsnack.com/incipp/bolet-n-incipp-mayo-2021-dnio35krzp.html>
- Brodsky, Jonathan Matías y Garaventa, Carlos Adrián. (2014). El consentimiento informado: Guardián de la autonomía de la voluntad en el Bioderecho. En Estudios acerca del Derecho de la Salud. Ed. Thomson Reuters. Argentina.
- Bustos Ramírez. Juan:
(2005). Obras completas. Tomo I. Derecho penal. Parte general. Ed. Ara Editores E.I.R.L. Perú.
(2019). Los bienes jurídicos colectivos. En Revista de derecho penal (27). Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos:
(1999). "Lección IV. Homicidio y sus formas (y III): Suicidio y eutanasia". En AA.VV., Derecho penal. Parte Especial, 3^a edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
(1999). Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. 3^o Ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
(2021). Ley de la eutanasia: Una Ley emana de la dignidad. En "Teoría & Derecho" Revista de pensamiento Jurídico. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Caro John, Jose Antonio. (2006). Imputación Subjetiva. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N°07.
- Castillo Alva, José Luis. (2008). Derecho Penal Parte especial. Ed. Grijley. Lima.
- Chang Kcomt, Romy Alexandra. (2017). Consentimiento en derecho penal: análisis dogmático y consecuencias prácticas. Tesis doctoral para optar por el grado de doctor en la Universidad de Salamanca. Facultad de derecho de la Universidad de Salamanca. España.
- Código de Ética y Deontología. (2020). Modificado mediante Resolución N°088-CN-CMP-2020. Recuperado en: <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2021/01/CODIGO-DE-ETICA.pdf>
- Código Civil (1984). Perú.
- Código Penal (1991). Perú.
- Congreso de la República del Perú:
(2015). Proyecto de Ley N°104215/2014 CR, de fecha 23 de marzo de 2015, Ley que despenaliza el homicidio piadoso y declara de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia. Recuperado de: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011

- [2.nsf/0/c175f2ce95df6b8405257dfe0078b868/\\$FILE/PL0421504032015.pdf](https://www.boe.es/boe-2021-01-15/2.nsf/0/c175f2ce95df6b8405257dfe0078b868/$FILE/PL0421504032015.pdf)
(2021). Proyecto de Ley N°6976/2020-CR, de fecha 12 de enero de 2021, Ley que permite el uso de la eutanasia. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL06976-20210121.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud. 1946. EE.UU. Recuperado en: <https://pnsd.sanidad.gob.es/pnsd/legislacion/pdfestatal/i5.pdf>
- Constitución Política del Perú (1993). Perú.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu:
(1999). Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
(2016). Fin de la vida. Regulación de la eutanasia y muerte digna. Morir en libertad. Ed. Universidad de Barcelona. España. Recuperado en: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro-morir-en-libertad.pdf>
- Corte Constitucional de Colombia:
(1997). Sentencia N°C-239/97. Recuperado en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>
(2002). Sentencia T-881/02. Recuperado en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Creagh Peña, Mabel. (2012). Dilema ético de la eutanasia. En Revista Cubana de Salud Pública. Cuba. Recuperado en: <https://www.scielosp.org/pdf/rcsp/2012.v38n1/150-155/es>
- Declaración del Institut Borja de Bioética: Hacia una posible despenalización de la eutanasia, (2005). Recuperado de: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/04/institutoborja.pdf>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Recuperado en: <https://www.humanium.org/es/ddhh-texto-completo/#>
- De la Gándara Vallejo, Beatriz. (1995). Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva. Ed. Colex. Madrid.
- De la Torre Diaz, Javier. (2019). Eutanasia y suicidio Asistido. Razones y argumentos para pensar. En Y de nuevo, la Eutanasia: Una mirada nacional e internacional. Ed. Dykinson. Madrid.
- Del Rosal Blasco, Bernardo. (1987). La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del código penal. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. Boletín Oficial del Estado. España.
- Demetrio Crespo, Eduardo. (2022). Sedaciones paliativas y responsabilidad penal. En Un Modelo Integral de Derecho Penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid.
- Diario El Comercio (20 de marzo de 2015). Recuperado de Diario el Comercio: <https://elcomercio.pe/politica/actualidad/52-lima-aprueba-eutanasia-pacientes-desahuciados-383684-noticia/?ref=ecr>
- Diaz y García Conlledo, Miguel y Barber Burusco, Soledad. (2012). Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España. Revista Nuevo Foro Penal. Recuperado en:

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1912/1922>

Diez Ripollés, Jose Luis. (1995). Eutanasia y derecho. En Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastian EGUZKILORE. País Vasco.

Diez Ripollés, Jose Luis y Gracia Martin, Luis. (1997). Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

Documento Técnico “Bases Conceptuales para el ejercicio de la Rectoría Sectorial del Ministerio de Salud aprobado mediante R.M. N°653-2020/MINSA, (2020). Recuperado en: <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/5170.pdf>

Documento Técnico: Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas en el Perú 2021 – 2023 (2021). Recuperado en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2049811/Documento%20T%C3%A9cnico.pdf>

Eser, Albin:

(1984). Entre la “santidad” y la “calidad” de la vida. En Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP). Tomo 37. Mes N°03. Ed. Boletín Oficial del Estado. España.

(2001). Estudios de Derecho Penal Médico. Ed. Idemsa. Lima.

Fernandez García, Eusebio. (1999). Dignidad humana y eutanasia. En Problemas de la eutanasia. Ed. Dykinson. España.

Gálvez Villegas, Tomas Aladino y Rojas León, Ricardo César. (2017). Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. Introducción a la Parte General. Ed. Jurista Editores E.I.R.L. Lima.

García, José Juan. (2002). Muerte y eutanasia. En Revista Vida y ética. Año 3 N°02. Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado en Ciencias de la Salud de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Ed. Educa. Buenos Aires.

García Calderón, Beatriz Escudero. (2014). El consentimiento en derecho penal. 1ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

García Pelayo, Manuel. (1989). Estado legal y estado constitucional de derecho. El tribunal Constitucional español. En Revista ILANUD, N°23-24. Costa Rica. Recuperado en: <http://www.ilanud.or.cr/A081.pdf>

García Samira, Isabel y Guevara Peralta, Rodrigo. (2011). Percepción de la eutanasia y factores asociados, en estudiantes de medicina de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en noviembre del año 2011. Tesis por optar para el grado de médico cirujano. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Recuperado en: https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstream/handle/10757/322312/Garcia_HS.pdf?sequence=2&isAllowed=y

González García, Natalia. (2017). Aproximaciones jurídico-penales en torno a la eutanasia: la disponibilidad sobre la propia vida. Tesis para optar por el grado de en derecho. Facultad de derecho de la Universidad de León.

González Rus, Juan José:

(1980). Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría). Ed. Fundación Juan March. Madrid.

(1999). Título Primero. En Comentarios al Código Penal. (Manuel Cobo del Rosal (Dir.). Ed. Edersa. España.

- Gracia Guillén, Diego. (1988). Comparecencia Comisión especial de estudio sobre la eutanasia. VI Legislatura Comisiones Núm. 307. España. Recuperado en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L6/SEN/DS/CO/CS0307.PDF
- Hurtado Pozo, José. (1995). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Juris. Lima.
- Jescheck, Hans; T. Wiegend. (2014). Tratado de derecho penal. Parte General. Vol. 1. Ed. Instituto Pacífico. Lima.
- Jimenez de Asúa, Luis. (1984). Eutanasia y homicidio por piedad. En Libertad de amar y derecho a morir. 7° edición. Ed. Depalma. Buenos Aires.
- Juan Pablo II. (1995). Encíclica Evangelium Vitae. Santa Sede. El Vaticano. Recuperado en: <https://www.unav.edu/documents/18304422/18807955/Enci%CC%81clica+Evangelium+Vitae.pdf>
- Kaufmann, Arthur. (1987) ¿Relativización de la protección jurídica de la vida? Cuadernos de Política Criminal. N° 31. Ed. Dykinson. España.
- Kierszenbaum, Mariano. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. En Revista Lecciones y Ensayos. Ed. Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires. Argentina.
- Küng, Hans y Jens, Walter. (2004). Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad. Ed. Trotta. Madrid.
- Lancheros-Gómez, Juan Carlos. (2009). Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. En Revista Díkaion. Universidad La Sabana. Recuperado en: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1549>
- Landa Arroyo, César:
(2000). Dignidad de la persona. En Revista Ius Et Veritas 10(21), Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
(2013). La constitucionalización del derecho peruano. En Revista Derecho PUCP N°71. La Constitucionalización del Derecho peruano: A veinte años de la Constitución Política del Perú (1993). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Legislación de Luxemburgo que regula los cuidados paliativos, así como la eutanasia y asistencia al suicidio (2009). Recuperado en: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/07/Ley-Eutanasia-Luxemburgo.pdf>
- Leiva López, Alejandro. (2013). La Regulación de la eutanasia, según la ley N°20584 sobre derechos del paciente. Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI.
- Ley Bélgica del 28 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia completada por la ley del 10 de noviembre de 2005 (2002). Recuperado en: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/01/BE-ley-eutanasia-ESP.pdf>
- Ley Holandesa de comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio del suicidio (2002) Recuperado en: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/07/Ley-Eutanasia-Paises-Bajos.pdf>
- Ley N°1733 de 2014, de fecha 08 de setiembre de 2014, conocida como Ley Consuelo Devis Saavedra. Recuperado en:

https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1733_2014.htm#:~:text=Ley%20Consuelo%20Devis%20Saavedra%2C%20mediante,en%20la%20localidad%20de%20vida.

Ley N°26842 – Ley General de Salud. Recuperado en: <https://www.digemid.minsa.gob.pe/upload/uploaded/pdf/leyn26842.pdf>

Ley N°28189, 2004, Ley General de donación y trasplante de órgano y/o tejidos humanos. Recuperado en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DD1DEA7AFE_E1A30405257A86006203DC/\\$FILE/28189.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DD1DEA7AFE_E1A30405257A86006203DC/$FILE/28189.pdf)

Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud. Recuperado en: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29414.pdf>

Ley N°29633, de fecha 14 de diciembre de 2010. Recuperado en: <https://www.mimp.gob.pe/adultomayor/archivos/Ley29633.pdf>

Ley Orgánica 3/2021 de España, de regulación de la eutanasia. Recuperado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4628#:~:text=El%20objeto%20de%20esta%20Ley,garant%C3%ADas%20que%20han%20de%20observarse.

López Barja de Quiroga, Jacobo. (1999). El consentimiento en el Derecho Penal. Ed. Dykinson. Madrid.

Luzón Peña, Diego-Manuel. (2012). El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión solo de la atipicidad penal. En Revista General de Derecho Penal N°18. España.

Maihofer, Werner. (2008). Estado de derecho y dignidad humana. Ed. BdeF, Buenos Aires.

Mapelli Caffarena, Borja. (1988). Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos. (presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes). En Anuario de derecho penal y Ciencias Penales. Tomo 41. Número 3.

Medina Frisancho, Jose Luis. (2010). La eutanasia en el código Penal Peruano. Un análisis dogmático a partir de una perspectiva crítica. Recuperado en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100407_01.pdf

Meini, Iván. (2015). Lecciones de derecho penal – Parte general. Teoría jurídica del delito. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Mendoza Cruz, Carlos Alberto. (2014). Eutanasia: Un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización. Tesis para optar por el título de Magister en Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mezger, Edmund. (1958). Derecho Penal. Parte general. 6° Ed. Ed. Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, Argentina.

Mir Puig:

(1994). El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho. 1° edición. Ed. Ariel S.A. Barcelona.

(1996). Derecho Penal, Parte General. 4°ta edición. Ed. Reppertor. Barcelona

(2003). Introducción a las bases del derecho penal. 2°da edición. Ed. BdeF. Buenos Aires.

- (2008). Derecho Penal. Parte General. 8ª edición. Ed. Reppertor. Barcelona.
- Monge Talavera, Luz. (2016). La dignidad de la persona humana y el consentimiento informado. En Revista Ius Et Praxis N°24, Universidad de Lima. Lima.
- Moro, Tomas. (1989). Utopía, Ed. Rialp, Madrid.
- Morillas Cuevas, Lorenzo:
- (2001). Prólogo de Eutanasia y suicidio: Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Ed. Comares. Granada.
 - (2009). Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica. En Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios. Ed. Dykinson. Madrid.
- Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes. (2010). Derecho penal – Parte general. 8ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia
- Oehling de los Reyes, Alberto. (2007). Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana. En Revista Pensamiento Constitucional. Vol. 12. N°12. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Ontiveros Ortega, Patricia. (2019). Consideraciones dogmáticas y político criminales del consentimiento informado. Tesis para optar por el título de doctora en Derecho Penal. Universidad de Granada. Granada.
- Organización Mundial de la Salud (OMS) (06 de octubre 2016). Recuperado de la página oficial de la Organización Mundial de la Salud: https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=12587:palliative-care&Itemid=42139&lang=es#gsc.tab=0
- Papel técnico: ética de la medicina y salud emitido en agosto de 1995 (Ethics of medicine and Health). Recuperado de: https://applications.emro.who.int/docs/em_rc42_7_en.pdf
- Peña Cabrera Freyre, Alonso. (2009). Derecho Penal. Parte Especial Tomo I. Ed. Idemsa. Lima.
- Prieto Sanchís, Luis. (2001). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), N°05. España.
- Poder Judicial:
- (2017). Recurso de Nulidad N°2504-2015 (07 de abril de 2017). Recuperado de poder judicial: <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/R.N.-2504-2015-Lima-Legis.pe.pdf>
 - (2018). Recurso de Nulidad N°2113-2017 (12 de setiembre de 2018). Recuperado de poder judicial: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/03/Recurso-de-Nulidad-2113-2017-Lima-LPDerecho.pdf>
 - (2020). Casación N°334-2019 (de fecha 16 de setiembre de 2020). Recuperado de poder judicial: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Casacion-334-2019-lca-LP.pdf>
 - (2021). Resolución N°06 del Exp. 573-2020 (22 de febrero de 2021). Recuperado de Poder judicial: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3/D_Sentencia_Ana_Estrada_250221.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=93e30b8041b800909d49bd5aa55ef1d3

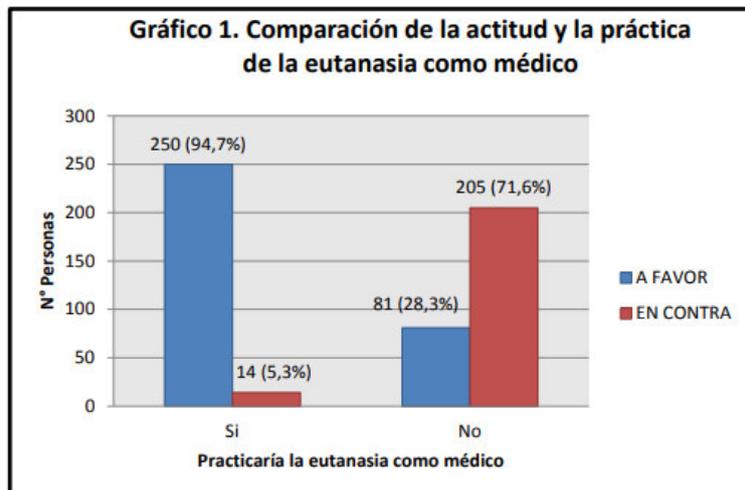
- Proyecto del Código de Ética y Deontología aprobado por unanimidad por el Comité de Doctrina y legislación el pasado 10 de setiembre de 2021. (2021). Recuperado en: <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/PROYECTO-DE-CODIGO-DE-ETICA-PARA-PAG-WEB-carta-20-CDyL-1-16-09-2021.pdf>
- Proyecto de Ley C-14 Ley para hacer modificaciones en el código Penal y otras leyes (ayuda médica para morir) (2016). Recuperado de <https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/07/Ley-Eutanasia-Canada.pdf>
- Quintano Ripollés, Antonio. (1950). Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal. En Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP). Tomo 3. N°02. Ed. Boletín Oficial del Estado. España.
- Queralt Jiménez, Joan J. (1992). Derecho penal español. Parte especial. Ed. Atelier.
- Ragués i Vallés, Ramón. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. En Revista de Estudios de la Justicia, (4). Ed. Universidad de Chile.
- Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-3160-consolidado.pdf>
- Reglamento de la Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud (12 de agosto de 2015). Recuperado en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1129495/Decreto_Supremo_027-2015-SA.pdf?v=1596232776
- Reyes Alvarado, Yesid. (2022). El consentimiento informado en la actividad médica como una manifestación de riesgo permitido. En Un modelo integral de derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo. Ed. Boletín Oficial del Estado. España.
- Romeo Casabona, Carlos María:
(1981). El médico y el derecho penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad). Ed. Bosch. España.
(1994). El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Ed. Ceura. Madrid.
- Roxin, Claus:
(1981). Iniciación al Derecho penal de hoy. Traducido por Francisco Muñoz Conde y Diego-Manuel Luzón Peña. Universidad de Sevilla. Sevilla.
(1992). Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. En Cuadernos de política criminal. N°46. Ed. Dykinson. España.
(1999). Tratamiento Jurídico – penal de la eutanasia. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-10. Recuperado en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html
(2001). Tratamiento jurídico penal de la eutanasia. En Eutanasia y Suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Ed. Comares. Granada.
(2006). Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Ed. Thomson Civitas. Madrid.

- Salinas Siccha, Ramiro. (2018). Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. 7^{ma} Edición. Ed. Grijley. Lima.
- Sádaba, Javier. (2016). Eutanasia y ética. Morir en libertad. Ed. Universidad de Barcelona. Barcelona.
- Segura García, María José. (2000). El consentimiento del titular del Bien Jurídico en Derecho penal. Naturaleza y eficacia. Valencia Ed. Tirant Lo Blanch.
- Silva Sánchez, Jesús. (2003). Los Delitos de Omisión. Concepto y Sistema. Buenos Aires/Montevideo. Es. BdeF.
- Siverino Bavio, Paula y Mujica, Jaris. (2012). Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida del persona y el derecho a la vida. En Revista Derecho PUCP N°61. Biética y Desarrollo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.
- Soto Navarro, Susana. (2005). Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 58, N°03, Madrid.
- Stuart Mill, John. (1985). Sobre la libertad. Barcelona, Orbis.
- Tribunal Constitucional de Perú:
(2003). Exp. N°010-2022-AI/TC, (03 de enero de 2003). Recuperado en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
(2005). Exp. N°05854-2005-AA (de fecha 08 de noviembre de 2005). Recuperado en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
(2011). Exp. N°0032-2010-PI/TC, (de fecha 19 de julio de 2011). Recuperado en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html#:~:text=%E2%80%9C3.1%20Proh%C3%ADbese%20fumar%20en%20los,libres%20de%20humo%20de%20tabaco>.
(2020). Exp. N°03378-2019-PA/TC (de fecha 05 de marzo de 2020). Recuperado en: <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/STC-03378-2019-AA.pdf>
- Tribunal Supremo de Canadá (fecha 06 de febrero de 2022). Tribunales de derecho constitucional. Recuperado de Sentencias del Tribunal Supremo: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>
- Tribunal Supremo de España (24 de enero de 2023). STSJ EXT 76/2023. Recuperado en: <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10273169/responsabilidad%20de%20la%20administracion/20230208>
- Urquiza Olaechea, José Francisco:
(1998). El bien jurídico. En Revista Cathedra – espíritu del derecho. N°2 – año 2. Recuperado en: https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm
(2010). Necesidad de limitar la intervención penal. En Revista Institucional N°09, Tomo II Artículos sobre Derecho penal y procesal penal. Academia de la Magistratura (AMAG). Perú.
(2019). Límites al derecho penal. En Estudios de Dogmática penal y Derecho penal económico y de la Empresa. Urquiza Olaechea (Dir.) Ed. Ideas. Lima.

- Velasco Suarez, Diego. (2021). Comentario a sentencia sobre eutanasia. Acción de Amparo de Ana Estrada Ugarte conta el Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y seguro social de Salud del Perú. Corte Superior de Justicia de Lima, 11er. Juzgado constitucional. Sentencia del 22-02-2021. En Revista de Derecho. Año XX N°39. Uruguay.
- Villaruel Quinde, Carlos Abel. (2017). El Bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Vital de Almeida, Ricardo. (2006). El consentimiento y su relevancia para la teoría jurídica del delito. Tesis para optar por el título de doctor en Derecho Penal. Universidad de Granada. Granada.
- Zaffaroni, Eugenio R, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro:
(2002). Derecho penal. Parte general. 2°da edición. Ed. Ediar. Buenos Aires. Argentina.
(2006). Derecho penal. Parte general. 2°da edición. Primera reimpresión. Ed. Ediar. Buenos Aires. Argentina.

ANEXOS

N°01



N°02

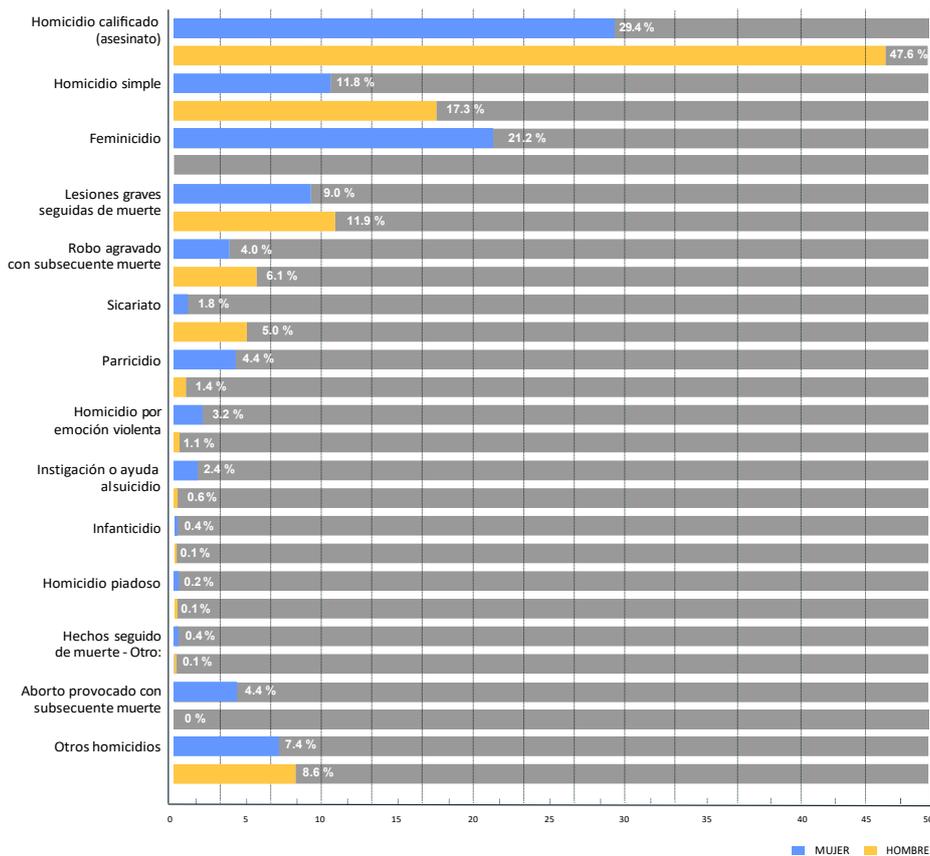
CUADRO N° 9.2
 PERÚ: PERSONAS CON SENTENCIA CONDENATORIA POR HOMICIDIO DOLOSO, SEGÚN MODALIDAD DE
 HOMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL, 2019-2021

Modalidad en el Código Penal	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Total	838	946	1015	920	313	319
Homicidio simple Art. 106	451	494	482	396	142	110
Homicidio calificado - Asesinato Art. 108	216	235	339	311	97	118
Parricidio Art. 107	57	70	65	56	23	17
Homicidio calificado por la condicion oficial del Sicariato - Art. 108-C (D.L.1181)	10	13	14	7	0	2
Homicidio por Emoción Violenta Art. 109	1	3	1	5	4	6
Infanticidio Art. 110	3	7	1	2	0	2
Infanticidio Art. 110	4	2	1	4	1	1
Feminicidio Art. 108-B (Ley 30068)	69	104	99	123	43	60
Feminicidio - Art. 107 PARRAFO 1	26	16	13	16	3	3
Homicidio Piadoso Art. 112	0	2	0	0	0	0
Instigacion o Ayuda al suicidio Art. 113	1	0	0	0	0	0

Nota: Información preliminar sujeta a revisión.
 Fuente: Poder Judicial - Registro Nacional de Condenas.
 Elaboración: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

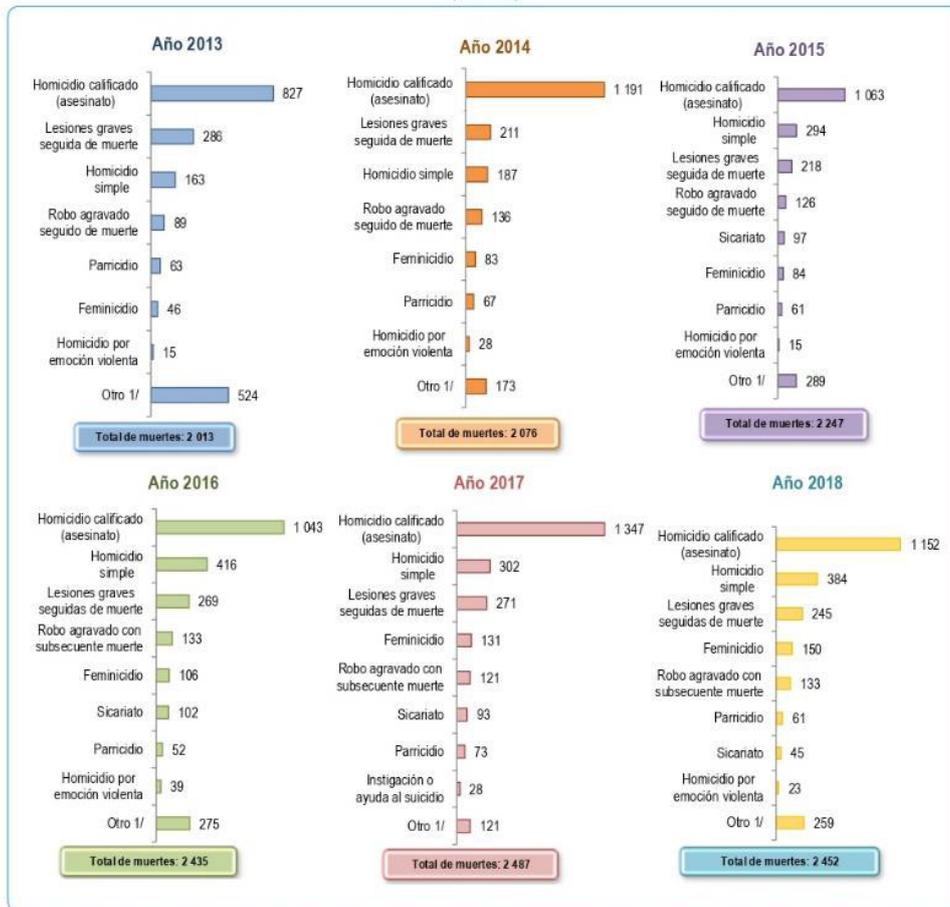
N°03

Figura 4.6 Perú: muertes violentas asociadas a hechos delictivos dolosos según sexo de la víctima y calificación preliminar del tipo de homicidio, 2016. (Porcentaje)



N°04

Gráfico N° 2.9
PERÚ: MUERTES VIOLENTAS ASOCIADAS A HECHOS DELICTIVOS DOLOSOS, SEGÚN CALIFICACIÓN PRELIMINAR DEL TIPO DE HOMICIDIO, 2013 -2018
 (Absoluto)



Nota: Año 2018: Fecha de cierre febrero 2020. Datos preliminares, sujetos a revisión.
 1/ El año 2013 comprende: infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, entre otros; 2014: Infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, homicidio piadoso, entre otros; 2015: Infanticidio, aborto provocado con subsecuente muerte de la madre, instigación o ayuda al suicidio, entre otros; 2016: Instigación o ayuda al suicidio, aborto provocado con subsecuente muerte de la madre, infanticidio, homicidio piadoso, entre otros; 2017: Infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, homicidio por emoción violenta, homicidio calificado por la condición de la víctima, aborto provocado con subsecuente de la muerte, entre otros, el año 2018: Infanticidio, instigación o ayuda al suicidio, homicidio calificado por la condición de la víctima, aborto provocado con subsecuente muerte de la madre, violación sexual de menor de edad seguida de muerte, entre otros.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática- Censo Nacional de Comisarias y Registro Nacional de Denuncias de Delitos y Faltas, Policía Nacional del Perú-Sistema de Denuncias Policiales (SIDPOL).

N°05

III. CARACTERÍSTICAS SEGÚN DELITOS DE HOMICIDIO

3.1 PODER JUDICIAL: TOTAL DE PERSONAS CON SENTENCIA CONDENATORIA REGISTRADA, SEGÚN DELITOS DE HOMICIDIO, AL IV TRIMESTRE 2017-2022 (Valores absolutos)

Artículos	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Total	1 838	1 872	1 540	711	1 385	1 668
Conspiración y ofrecimiento para delito de Sicaria	0	0	0	1	0	3
Feminicidio - Art. 107 PARRAFO 1	16	13	16	3	3	1
Feminicidio - Art. 108-B (Ley 30068)	104	99	123	86	290	347
Homicidio Calificado - Asesinato Art. 108	235	339	311	129	264	337
Homicidio calificado por la condición oficial del ag	13	14	7	0	2	1
Homicidio Culposo Art. 111	892	857	620	259	464	521
Homicidio Piadoso Art. 112	2	0	0	0	0	0
Homicidio por Emoción Violenta Art. 109	7	1	2	0	6	2
Homicidio simple Art. 106	494	482	396	182	247	307
Infanticidio Art. 110	2	1	4	1	6	1
Parricidio Art. 107	70	65	56	37	80	100
Sicariato - Art. 108-C (D.L. 1181)	3	1	5	13	23	48

Fuente: Base de datos del Registro Nacional del Condenas
Elaboración: Gerencia de Planificación - Subgerencia de Estadística

Se realizó un estudio legislativo comparativo de contraste con los siguientes instrumentos jurídicos utilizados:

- Código Penal Peruano.
- Código Civil Peruano.
- Ley Bélgica del 28 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia completada por la ley del 10 de noviembre de 2005 (2002).
- Ley Holandesa de comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio del suicidio (2002).
- Legislación de Luxemburgo que regula los cuidados paliativos, así como la eutanasia y asistencia al suicidio (2009).
- Ley N°1733 de 2014, de fecha 08 de setiembre de 2014, conocida como la *Ley Consuelo Devis Saavedra*.
- Ley N°26842, Ley General de Salud.
- Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.
- Reglamento de la Ley N°29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.
- Ley Orgánica 3/2021 de España, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
- Proyecto de Ley C-14 Ley para hacer modificaciones en el código Penal y otras leyes (ayuda médica para morir) (2016).