

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Necesidad de tipificar la Eutanasia o Muerte Asistida como un
justificante, en el Código Orgánico Integral Penal**

José Antonio Cvik Cruz

Xavier Andrade, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Abogado

Quito, agosto de 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**Necesidad de tipificar la Eutanasia o Muerte Asistida como un
justificante, dentro del Código Orgánico Integral Penal**

José Antonio Cvik Cruz

Xavier Andrade Castillo, Dr.
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

.....

Farith Simon, Dr.
Presidente del Tribunal e Informante

.....

Juan Pablo Albán, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

.....

Luis Parraguéz, Dr.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, agosto de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: Necesidad de tipificar la eutanasia o muerte asistida como un justificante penal en el Código Orgánico Integral Penal

ALUMNO: José Antonio Cvik Cruz

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado por el estudiante no es nuevo en sentido amplio, ya que el tema de la eutanasia activa o pasiva ha sido objeto de múltiples debates en todos los foros académicos y de opinión jurídica a más de otros enfoques como el político, cultural y religioso. Se trata pues de la discusión sobre la muerte asistida o sin sufrimiento como justificación de responsabilidad para quien la cometa como sujeto activo, sin la valoración de circunstancias inherentes al acto en sí mismo, sino más bien al derecho de la "víctima" –sujeto pasivo- a decidir sobre su propia vida y existencia, como reconocimiento constitucional a una muerte digna. A más de ello, hoy por hoy, existen nuevas ideas y aportes de la doctrina moderna que van dirigidas por un garantismo penal de mínima intervención penal del estado, las que confrontan a las tesis de defensa de la vida, que la ven, como estandarte de protección suprema del ser humano sin límite alguno. En la actualidad esta discusión adquiere importancia y se torna diaria, cuando un profesional de la salud se ve enfrentado, en casos específicos, a pacientes crónicos, agónicos con padecimientos de dolores intolerables, a decidir sobre: detener el martirio, sufrimiento y dolor de sus pacientes (muerte digna) y verse incurso en juicios penales por delito de homicidio por "mala" práctica profesional; o, decidir mantener el martirio de sus pacientes hasta cuando "el protocolo" les permita declarar el cese definitivo de funciones vitales.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema planteada y sostenida por el investigador a lo largo de los tres capítulos más la conclusiones de su trabajo se centra en establecer que la muerte digna tiene como fundamento un sentido humanitario y ético por cuanto los pacientes o enfermos crónicos o agónicos tienen el derecho a decidir sobre eliminar su agonía o sufrimiento (pp.10-11) y que el COIP debe justificar a quien los ayude en este propósito sin la posibilidad de sanción como un tipo penal independiente, esto es, que aunque típica la conducta de quien ayude o auxilie en el suicidio, se encuentra justificada por valores constitucionales previamente fundamentados.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesina recoge bibliografía a un autor nacional como E. Albán (2009) e internacional de España, Argentina, Chile, México y Colombia básicamente, tanto en teoría del delito (parte general y parte especial) en derecho penal, como en estudios de la eutanasia específicamente, tomando en cuenta obras de Luis Jiménez de Asúa de 1962 y Javier Moscoso del 2013. Hay estudio jurisprudencial sobre pronunciamientos en Holanda (1973-1983-1994-1995) y Colombia

(1995). Los materiales bibliográficos y los documentos de soporte son complementados con información obtenida de páginas web, dando como resultado un adecuado y mínimo desarrollo estructural de contenidos.

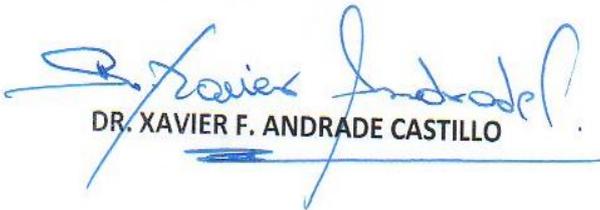
d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada). La tesina se compone de tres capítulos más un capítulo de conclusiones en ochenta páginas. El capítulo 1 aborda los antecedentes históricos del delito de la eutanasia empezando con el sentido etimológico de la palabra, revisión rápida del periodo greco-romano (p.13); la Edad Media y el Cristianismo (p.13); el Renacimiento con la opinión de Thomas Moro (p.14); hasta llegar al sentido que se le da a la eutanasia en el Siglo XIX y XX (pp.15-16). Continúa con el estudio de la eutanasia y su clasificación por su finalidad, medios, intenciones, voluntariedad, por quien la practica y si se provoca la muerte (pp.16-21). Termina el capítulo señalando diez conceptos relacionados con la eutanasia. El capítulo 2 inicia delimitando al derecho penal con la sanción (p.25). Analiza al sujeto activo y pasivo del delito de manera muy rápida y sucinta (pp.27-28). Aquí se centra en arrojar los argumentos a favor de la eutanasia bajo tres aspectos: limitación de la medicina a la cura, reconocimiento de la autodeterminación del paciente respecto de su propia vida y el campo de las emociones y sentimientos. Los argumentos en contra de la eutanasia son revisados a partir de la inviolabilidad de la vida (p.31) y la obligación del Estado a garantizarla. El delito es definido a partir (p.32) de una concepción muy amplia; los elementos del mismo como un acto, antijurídico y culpable son escuetamente revisados en tres caras y media aproximadamente. El tema de los delitos dolosos, culposos y omisión dolosa son transcritos del COIP (p.37) sin comentario alguno u observación al respecto, más bien es solamente de carácter enunciativo. El homicidio culposo por mala práctica profesional dentro del subtema ocho de este capítulo revisa lo dispuesto en el COIP sin profundidad. El consentimiento y sus vicios son abordados desde el punto de vista del paciente (p.41) señalando que es una "expresión clara, consiente y de auto-determinación" de renuncia de la vida por parte del titular. Al consentimiento se lo revisa como causa de atipicidad (p.42); como causa de atenuación punitiva (p.43); y como causa de justificación del hecho o acción. Hay una revisión de la muerte digna centrando el estudio en el derecho a lo más beneficioso para el paciente. El autor revisa lo que él llama justificantes de responsabilidad penal señalando que una conducta podrá carecer de acción o acto -trastorno mental-; carecer de antijuridicidad y carecer del elemento culpable, algo que no deja de ser muy impreciso y confuso (p.48). El autor de la investigación se centra aquí en la premisa del derecho o consentimiento del titular del bien jurídico protegido o lesionado, como presupuesto para la no determinación de culpabilidad o la opinión de que, quien mata por piedad, lo hace amparado en un estado de necesidad justificante (p.51) con lo que termina el capítulo. Finalmente, el capítulo 3 inicia con el tema de tipificar la eutanasia o muerte asistida en el COIP como justificante de responsabilidad penal, amparada por el derecho a una muerte digna con la revisión de una sola fuente bibliográfica. Sostiene que la doctrina denomina al homicidio en estos casos, como piadoso, y que no debe confundirse con la eutanasia o muerte asistida (p.56). Al aclarar los conceptos el autor realiza una comparación de legislaciones de cómo tratan a la eutanasia, revisando a Colombia (p.57), México (p.59), estados Unidos de Norteamérica (p.62), Bélgica (p.64); y finalmente, un amplio estudio de Holanda (p.66). Se destaca aquí el análisis de jurisprudencia vinculante en las legislaciones desde el año 1973 hasta 1995 en sentencias de

Holanda; y, una sentencia colombiana del año 1997. La opinión personal del autor identifica y analiza estas posturas, por lo que en este punto es donde, la hipótesis queda plenamente justificada (pp.69-75). Termina el capítulo señalando que el homicidio piadoso y el suicidio asistido no deben ser tipificados, sino que la eutanasia tanto activa como pasiva voluntarias, deben considerarse justificadas o justificantes bajo fundamentos y reglas de procedimiento, cuyo incumplimiento debiese sancionarse (p.78).

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación. En el desarrollo de la tesina se realizaron observaciones del primer borrador, tanto con el primero como segundo capítulos, en el mes de enero. Luego de observaciones de forma (varias) en los meses de marzo, 27 de mayo y junio, con la reformulación del segundo capítulo en su totalidad. La tesina fue monitoreada con entregas mensuales de capítulos, y reuniones quincenales para las observaciones de los borradores. El trabajo terminado y corregido fue entregado el 08 de junio de 2015. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ.

Por todo lo expuesto, al haberse desarrollado en presente trabajo dentro de los requerimientos mínimos para la elaboración de tesinas, la apruebo.

FIRMA DIRECTOR:


DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: JOSÉ ANTONIO CVIK CRUZ

C. I.: 1713533543

Fecha: Quito, agosto de 2015

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi padre Josef y a mi madre Amparo, por haberme guiado siempre con amor, inculcándome valores y principios rectores en mi vida,

A mi hermano Santiago, por ser el apoyo incondicional y mi mejor amigo,

A mis suegros Carlos y Layla, por todo su cariño y gran apoyo para cumplir este sueño,

A mi esposa Karla, por ser mi confidente, el motor y la pasión de mi vida,

Y a mi hijo Carlos José, por ser la razón de mi existencia y mi corazón entero.

Resumen

La presente tesis tiene el objetivo de analizar a la eutanasia, desde un aspecto social, cultural, religioso y jurídico, de tal forma que se puede entender la complejidad de la misma en la sociedad. Actualmente, la eutanasia sigue siendo un debate a nivel mundial, con muchos argumentos a favor como en contra de su práctica o legalización. Sin embargo, bajo las premisas del actual Código Orgánico Integral Penal, COIP, su práctica se sancionaría de manera equivocada como un homicidio simple o como un homicidio por mala práctica profesional. Este trabajo investigativo, busca determinar la necesidad de tipificar a la eutanasia dentro del COIP, como un justificante penal, amparado en el derecho a una muerte digna por parte de pacientes que sufren enfermedades terminales o pacientes con dolores crónicos. Para esto, se analizará la historia de la eutanasia, el delito, los justificantes penales, legislaciones comparadas y jurisprudencia, que ayudarán a determinar por qué la eutanasia puede y debe ser considerado, un acto que justifique en determinadas condiciones el quitar la vida a otra persona, sin por ello ser condenado penalmente.

Abstract

This thesis aims to analyze the euthanasia, from a social, cultural, religious and legal aspect, so that you can understand the complexity of it in society. Currently, euthanasia remains a debate worldwide, with many arguments for and against its legalization or practice. However, under the assumptions of the current Penal Code (Código Orgánico Integral Penal), COIP, this practice is sanctioned wrongfully as a homicide or as a malpractice homicide. This research work, aims to determine the need to treat euthanasia within the COIP, as a criminal proof, protected by the right to a dignified death by terminally ill patients or patients with chronic pain. For this, the history of euthanasia will be analyzed, crime, criminal evidence and proof, comparative legislation and jurisprudence, which will help determine why euthanasia can and should be considered an act that justifies in certain conditions, the act of taking the life of another person, without being criminally convicted.

Índice

Contenido

Resumen	8
Abstract	9
Índice.....	10
Introducción	12
Capítulo 1	15
1.1 Antecedentes históricos / Origen de la eutanasia	15
1.2 Clasificación y tipos de eutanasia	19
a) Por su finalidad.....	20
b. Por sus medios.....	20
c. Por sus Intenciones.....	21
d. Por su voluntariedad.....	21
e. Por quién la practica	22
f. Si Provoca la muerte.	22
1.3 Conceptos relacionados a la eutanasia	24
Capítulo 2.....	28
2.1 El derecho penal & la sanción o pena	28
2.2 Sujeto activo y sujeto pasivo.....	30
2.3 Argumentos a favor de la eutanasia	31
2.4 Argumentos en contra de la eutanasia.....	33
2.5 El delito.....	35
a) Acto.....	36
b) Típico/Tipicidad.....	37
c) Antijurídico	38
d) Culpable	38
2.6 Delitos dolosos, delitos culposos y omisión dolosa	39
2.7 Homicidio.....	41
2.8 Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional	42
2.9 Consentimiento y vicios del consentimiento.....	43
2.10 Muerte digna	46

2.11 Responsabilidad penal.....	49
2.12 Justificantes de responsabilidad penal.....	50
Capítulo 3	55
3.1 Tipificar la eutanasia o muerte asistida en el COIP, como justificante de responsabilidad penal, amparada por el derecho a una muerte digna	55
3.2 Homicidio Piadoso	56
3.3 Legislación comparada.....	59
A) Colombia.....	59
B) México.....	60
C) Estados Unidos de Norte América (Oregón).....	64
D) Bélgica.....	66
E) Holanda	68
3.4 Análisis Jurisprudencia	70
A) Caso Postma – Holanda 1973.....	71
B) Caso Alkmaar – Holanda 1983	71
C) Caso Chabot – Holanda 1994.....	74
D) Caso Groninger – Holanda 1995.....	75
E) Corte Constitucional Colombia - 1997.....	75
3.5 Tipos de eutanasia a ser incluidos en el COIP	77
3.6 Fundamentos y reglas de cuando y donde procedería la eutanasia	78
3.7 Posibles sanciones legales al incumplimiento de las reglas sobre la eutanasia.....	79
Conclusiones	81
Bibliografía	83

Introducción

La sociedad y sus individuos correlacionados unos con otros, mediante normas de convivencia, religión, cultura y la creación de leyes y penas, han creado desde el inicio de la civilización un sistema de justicia, que básicamente ha permitido mantener el orden social. Dicho orden social responde a las premisas del bien y el mal, es decir lo que está permitido hacer, de lo que está a su vez sancionado. Este sistema de justicia entonces ha logrado determinar la importancia, así como la necesidad de sancionar a los sujetos a los que se les puede atribuir mediante sus acciones, la concreción de un delito. Sin embargo, este sistema de justicia ha tenido que pasar por un cambio histórico y evolutivo drásticamente importante, de tal forma que sea un sistema equitativo, justo, humanitario y progresista, respecto de los derechos que otorga, así como de las sanciones que estipula. Claramente se puede denotar lo anterior, si uno analiza la evolución del Derecho Penal desde el Código de Hamurabi, hasta el Presente Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (de ahora en adelante COIP).

Como todo factor del universo que nos rodea, existen cambios que afectan lo que en un inicio parecía inmutable y dichos cambios, deben ser tomados en cuenta para poder como sociedad ir evolucionando a la par y dando respuesta a las necesidades inminentes de los individuos. Dichos cambios que alteran los preceptos iniciales se han logrado plasmar de manera clara por ejemplo, con avances tecnológicos. El avance de la tecnología ha generado nueva clase de delitos como por ejemplo, el espionaje cibernético, la pornografía infantil a través de la web, fraudes financieros por medios electrónicos, entre otros. El Estado por ello ha tenido que normar estos tipos penales con sus respectivas características y sanciones, de tal forma que estos actos no queden en la impunidad, ya que son un problema actual e inminente que afecta a una sociedad.

Lamentablemente el derecho no siempre ha podido ir a la par de los cambios o necesidades que tienen los individuos dentro de una sociedad, o al menos una parte de la misma. Uno de los temas más importantes y no contemplados por ninguna legislación en nuestro país, es el de la eutanasia o muerte Asistida. Guillermo Cabanellas De las Cuevas,

define a la eutanasia como “Muerte sin sufrimiento físico; en especial, la que así se provoca de modo voluntario”¹. La eutanasia responde directamente al poder decidir sobre la vida de uno mismo, específicamente sobre el poder terminar con ella de manera voluntaria y de manera asistida. Existen bastantes pensamientos y posturas que hablan sobre la eutanasia y la muerte asistida, y responden a una realidad contemplada décadas atrás, y que hasta el día de hoy representa un fenómeno controversial en todo el mundo.

En la actualidad existen países que han optado por legislar a favor de la Eutanasia, como es el caso de Holanda, Bélgica y ciertos Estados de EEUU, determinando cuando procede la misma, sanciones cuando se incumple, lugares donde se puede practicar, personal calificado, entre otros. Estos países han optado por favorecer el derecho del individuo a tener una muerte digna por sobre el derecho a la vida. Al no existir un tratamiento médico que los pueda ayudar, debido a que sufren enfermedades terminales o dolores crónicos derivados de enfermedades o accidentes, están en constante agonía y sufrimiento y por lo tanto, su único deseo es poder morir y sufrir en el proceso lo menos posible.

Existen por otro lado países que han legislado en contra de la eutanasia, dándole por sus características particulares, una sanción determinada a este tipo penal. Estos países en cambio han primado el derecho a la vida, donde el Estado como el profesional de la salud, deben garantizar y realizar todo lo posible por ayudar al paciente a continuar con vida, así se esté alargando únicamente el sufrimiento y agonía del mismo.

Sin embargo, existen otras legislaciones como es el caso del Ecuador en donde no existe un pronunciamiento o legislación sobre la eutanasia, es decir que ni se aprueba o sanciona dicho acto. El problema que surge al no legislar la eutanasia, es que directamente dicho acto al consumarse se sancionaría en la actualidad y bajo las normas del COIP, como un “homicidio simple” sancionado con una pena privativa de la libertad de 10 a 13 años

¹Guillermo Cabanellas de la Cueva. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 37ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2011, p.386.

(Art. 144, COIP), o como un “homicidio culposo por mala práctica profesional”, sancionado con una pena privativa de la libertad de 1 a 3 años (Art.146, COIP). Debido a la naturaleza, características y finalidad particulares de la eutanasia o muerte asistida, ésta no debería bajo ningún concepto catalogarse o asimilarse como un homicidio simple o un homicidio culposo por mala práctica profesional (médica).

El Derecho Penal ecuatoriano y específicamente el COIP como uno de sus principios rectores contempla el derecho y defensa a la vida, principio mediante el cual ha tipificado diferentes delitos con sus respectivas sanciones, como es el caso del homicidio simple, homicidio culposo por mala práctica profesional, asesinato, sicariato, femicidio y aborto. Es decir que, tenemos un derecho penal totalmente garantista del derecho a la vida. Se define a la vida como “Estado de funcionamiento orgánico de los seres. / Tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta la muerte. / Animación, expresión, viveza”². Sin embargo, el problema radica cuando se pone en un minucioso análisis bajo lupa, la calidad de vida que gozan las personas que sufren de enfermedades terminales y dolores crónicos derivados de enfermedades y/o accidentes y su derecho de poder decidir si desean terminar con dicho sufrimiento y agonía, poniendo fin a su vida de manera asistida por un tercero. Es decir, realizar una muerte asistida o eutanasia.

Este vacío legal debe ser solucionado legislando en el COIP a la eutanasia o muerte asistida, como un justificante penal. De tal forma que como fundamento humanitario y ético, las personas que sufren de enfermedades terminales y dolores crónicos derivados de enfermedades o accidentes, debido a su condición médica, puedan tener una total decisión sobre el derecho a querer eliminar su agonía, tortura, dolor, sufrimiento e inevitable muerte, acortando el proceso mediante una muerte asistida o eutanasia, que los ayude a poder morir sin tener que sufrir en vano y tener una muerte digna. Para ello es indispensable que el COIP tipifique dicho acto como un justificante penal, de tal forma que el profesional de la salud que asista en el proceso, no pueda ser injusta y erróneamente sentenciado por un homicidio simple o un homicidio culposo por mala práctica profesional.

²Id. p.984.

Capítulo 1

1.1 Antecedentes históricos / Origen de la eutanasia

Para hablar de la eutanasia, es necesario antes que nada desprenderse de cualquier posición o dogma, de tal forma que se pueda hacer un análisis objetivo sobre la misma, sin tener un tabú predispuesto en nuestra mente. Debemos entender que por sobre el derecho a la vida y la doctrina que argumenta la inviolabilidad de la misma, se encuentra como eje principal e indiscutible de todos los derechos, el ser humano como su único vértice, pero con varias aristas. En el presente Capítulo nos adentraremos en el origen de la eutanasia, de tal forma que se pueda entender la misma, desde un aspecto histórico.

Si hacemos un análisis etimológico de la eutanasia, ésta deriva del término griego “eu” que significa “bien” y “thanatos” que significa “muerte suministrada sin dolor”³. Podemos en dicho análisis observar que los rasgos necesarios son el dar la muerte sin dolor a una persona (Bien=Vida). Sin embargo, bajo estas premisas tan generales se puede encontrar varias acciones que no serán iguales unas a las otras y que incluso son opuestas. Por ejemplo, el dar la muerte sin dolor a un infante por presentar deficiencias físicas, dado que tendrá una vida disminuida y dependiente siempre de alguien más (Eugenesia); asistir al suicida en dicho acto (Suicidio Asistido); dar muerte sin dolor al enfermo terminal o al paciente con dolores crónicos, de tal forma que no se prolongue su agonía, prime su calidad de vida y se acorte simplemente una muerte inevitable (Eutanasia). Como podemos observar los tres casos anteriores presuponen el bien jurídico vida y suministrar muerte sin dolor. Sin embargo, únicamente el último presupone lo que es la eutanasia, dado que la finalidad de ella es interrumpir la vida de una persona que está sufriendo, ya sea por una enfermedad terminal o por dolores crónicos y que no goza de una calidad de vida digna, mas no contempla la eugenesia (muerte por deficiencias físicas) o a el suicidio asistido.

Una vez entendido el carácter etimológico de la eutanasia y dada una breve diferenciación de la misma, respecto de acciones que se podrían confundir con la eutanasia, procederé a realizar un análisis histórico. La eutanasia no es una invención o una práctica de la actualidad, debemos entender que a lo largo de la historia el ser humano ha

³ Karl Hörman. *Diccionario de Moral Cristiana*. Barcelona: Ed Herder, 1985. p.142

intentado delimitar que hacer con sus enfermos incurables, con los pacientes moribundos, heridos de guerra moribundos, con los infantes que sufren deficiencias físicas, enfermos mentales, etc. Es así, como la concepción de la eutanasia o de la muerte de la persona ha ido cambiando, como veremos a continuación.

En el periodo Greco-Romano, la muerte o la eutanasia se observaban como una muerte sin dolor, el poder morir bien, sin embargo no se consideraba dentro de aquella idea, la existencia de un tercero para provocar la muerte. “Consiguió un final fácil y tal como siempre había deseado. Pues casi siempre al oír que alguien había muerto de una muerte rápida y sin tormento, pedía para sí y los suyos una eutanasia semejante”⁴. En este periodo se ve a la eutanasia como una muerte suave, sin dolor, que sea honorable pero donde no existe la ayuda al paciente para que se de dicha muerte. Esto es claro por ejemplo cuando analiza parte del Juramento de Hipócrates (Siglo V a. C.), que hasta la actualidad se lo sigue usando como un juramento ético, por parte de los profesionales de la salud, con la finalidad de proteger al paciente. “Jamás daré a nadie medicamento mortal, por mucho que me lo soliciten”⁵.

En la Edad Media, con el Cristianismo, la muerte tiene una interpretación divina, en donde Dios da la vida y únicamente él sabe cuándo nos la quita. No se puede alterar lo que Dios tiene amparado para nosotros y cualquier intervención por parte del hombre altera los deseos y planes del Señor. El paciente moribundo o el enfermo, únicamente deben entregarse y rendirse al Señor, de tal forma que se purifique su alma y puedan entrar al Cielo. La muerte es un momento inevitable y el profesional de la salud o el sacerdote con sus conocimientos y cuidados, tienen igual limitaciones, dado que si bien pueden hacer todo lo que está a su alcance, es finalmente la decisión de Dios la que determina el resultado final. El médico Ambroise Pare (Siglo XV) dijo, “Yo hice las curas, pero solamente Dios es dueño de la vida y de la muerte, de la curación y de la agonía, de la angustia y de la serenidad”⁶.

⁴ Cayo Suetonio. *Vida de los doce Césares*. Madrid: Sarpe, 1985. p.65

⁵ Sindicato Médico del Uruguay. *Juramento Hipocrático*. <http://www.sm u.org.uy /publicaciones/ libros/ laetica/nor-hipocr.htm> (acceso: 06/12/2014)

⁶ Tomás Moro. *Utopía*. Barcelona: Biblioteca Mundial, 1987. p. 161

En el Siglo XVI y XVII ya en el periodo del Renacimiento, la muerte deja de tener únicamente una interpretación meramente divina, sino que es el resultado físico y lógico de lo que continua luego de la vida. Tomás Moro, en su libro *Libellus... De optimo reipublicae statu, deque nova insula Vtopiae* (Libro del estado ideal de una república en la nueva isla de Utopía), nos cuenta la forma de vivir de los ciudadanos de esta comunidad ficticia, donde recoge diálogos de carácter filosófico, político y económico, plasmando su ideología humanista en esta sociedad de utopía. En dicho libro se puede claramente observar, como por primera vez (1516) en este periodo, ya aparece la intervención médica o de la medicina, ante la concepción de la muerte y la eutanasia.

Ya dije que se esmeran en la atención a los enfermos. No escatiman nada que pueda contribuir a su curación. Trátese de medicina o alimentos. Consuelan a los enfermos incurables visitándolos con frecuencia, charlando con ellos, prestándoles, en fin toda clase de cuidados. Pero cuando a estos males incurables se añaden sufrimientos entonces, los magistrados y sacerdotes se presentan al enfermo para exhortarle. Siguiendo los consejos de los sacerdotes como intrépidos de la divinidad, realizan incluso una obra piadosa y santa. Los que se dejan convencer ponen fin a sus días, dejando de comer o se les da un soporífero, muriendo sin darse cuenta de ello. Pero no eliminan a nadie contra su voluntad, ni por ello le privan de los cuidados que le venían dispensando. Este tipo de muerte se considera algo honorable pero, el que se quita la vida por motivos no aprobados por los sacerdotes y el senado- no es juzgado digno inhumano o incinerado. Se le arroja ignominiosamente a una ciénaga⁷.

De la misma forma, años más tarde a Tomas Moro, en el libro *Utopía de Atlantis* (1626) escrita por Sir Francis Bacon, considerado como el padre de la Ciencia Experimental y del Razonamiento Inductivo, dijo “Compete al médico proporcionar la salud y suavizar las penas y los dolores, no solamente cuando ese suavizamiento pueda llevar a la curación, sino cuando pueda servir para procurar una muerte tranquila y fácil”⁸.

En el Siglo XIX y XX, la concepción de la eutanasia, así como su cosmovisión se vio afectada, por factores éticos, religiosos, culturales, médicos y jurídicos. Inicialmente se puede ver como el cristianismo en este periodo introduce un ritual religioso y cultural alrededor de la muerte, como es el caso de la unción de los enfermos, donde se ayuda a morir de la mejor manera y bajo el cuidado de Dios. Por otro lado la medicina, bajo el entendimiento de que la labor del médico dentro de la sociedad es el de curar

⁷*Ibíd.*

⁸ Leopoldo Briceño. *THANATOS*. <http://biosalud.saber.ula.ve/sociedades/academia/Thanatos.htm> (acceso: 06/12/2014).

enfermedades, salvar vidas y procurar no dejar morir al paciente, pero tomando en cuenta que los avances médicos y científicos tienen todavía grandes limitaciones. Aparece por primera vez la autonomía dentro de la eutanasia o dentro del concepto de muerte, dado que se le da una reflexión y valoración a la autonomía del paciente sobre sus decisiones, así como respecto de su vida y muerte.

Hasta la segunda guerra mundial, las prácticas eutanásicas se realizaron, por lo general sin el consentimiento de quienes las sufrían. En las tribus primitivas eran las normas consuetudinarias del grupo social o del clan familiar las que señalaban cuando una persona debía desaparecer en beneficio de todas las otras. Las prácticas eutanásicas desde los albores de la cultura occidental, en la Grecia antigua, hasta la época Nazi, se basaron en motivos sociales, políticos, médicos, eugenésicos, etc., pero muy pocas veces tuvieron en cuenta la voluntad de los pacientes⁹.

Jurídicamente, la doctrina se divide claramente, entre quienes apoyan la eutanasia y buscan despenalizarla dentro de sus ordenamientos jurídicos, dado que consideran que el derecho del individuo sobre su vida está por sobre lo que la sociedad, cultura, religión o jurisprudencia puedan opinar o dictar; y entre los que están en contra de la eutanasia y buscan tipificarla en sus ordenamientos y normativa, como un acto ilícito, dado que ponen como derecho fundamental la inviolabilidad de la vida, y por ello la concreción de dicho acto tiene su respectiva sanción penal. Es importante analizar por ejemplo a pensadores como Immanuel Kant, quienes desde ya mediados del Siglo XVIII, pudieron hacer un análisis de la intervención del derecho penal dentro de la autonomía y voluntad de las personas. Considerando que si una persona no pudiese llevar una existencia digna, se le debía ayudar a terminar con su vida, dado que moralmente ese sería el deber de la sociedad y que el derecho no debería tener control sobre esas decisiones que no afectan a terceros, pues empiezan y acaban con uno mismo, “Pues la jurisprudencia debe decidir sobre lo que es justo o injusto únicamente en el terreno de los deberes para con los demás, pero no en los deberes para con uno mismo”¹⁰.

Es recién en este periodo cuando finalmente surge el cuestionamiento de si la persona con mayor capacidad y derecho de poder decidir sobre la salud, vida y muerte, es uno mismo. Es decir, que se rompe el dogma con creencias culturales y religiosas, que limitaban semejante derecho a Dios o a la sociedad.

⁹ Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia*. Tesis de grado. Universidad CES. Medellín, 2010. p.22

¹⁰ Immanuel Kant. *La Metafísica de las costumbres*. (Traducción y notas de Adela Cortina). Madrid: Editorial Alianza, 1989. p.280

Si el disponer de la vida humana fuera algo reservado exclusivamente al Todopoderoso, y fuese infringir el derecho divino el que los hombres dispusieran de sus propias vidas, tan criminal sería el que un hombre actuara para conservar la vida, como el que decidiese destruirla¹¹.

Finalmente se vuelve una doctrina más humanista, dando ponderación a la autonomía del paciente, que sufre de enfermedades terminales, que sufre de dolores crónicos, a decidir terminar su vida, provocando con la ayuda de un tercero (profesional de la salud), una muerte sin dolor, que le de paz y tranquilidad a él y a su familia, sin tener que sufrir día y noche, derrochando dinero sin ninguna razón lógica, dado que la única certeza que tienen es que están muriendo, que están sufriendo en el proceso y no hay cura ni avance médico que los pueda salvar de la muerte o mitigar su dolor. En el Siglo XX, el jurista italiano, Enrico Ferri, quien estableció la teoría de los factores sociales determinantes del delito, propone en su trabajo “Homicidio-Suicidio”, que el que diera la muerte de otro con fines altruistas o piadosos, no debe ser considerado bajo ningún concepto como un criminal, dado que la vida es un bien renunciable por parte de su titular, y bajo el precepto de existir tal consentimiento, se puede hablar de impunidad frente a tal acto¹².

1.2 Clasificación y tipos de eutanasia

Una vez que hemos revisado el origen etimológico, así como una breve reseña histórica de la cosmovisión de la muerte y la eutanasia, procederemos a estudiar la manera de clasificar a la eutanasia por su tipología. Se puede clasificar a la eutanasia por 1. Su Finalidad. 2. Sus Medios. 3. Sus Intenciones. 4. Su Voluntariedad. 5. Por quién la Practica. 6. Si provoca la Muerte. A continuación, analizaremos cada una de ellas, de tal forma que podamos entenderlas y determinar su validez dentro de este trabajo investigativo.

¹¹ David Hume. *Sobre el Suicidio y Otros Ensayos*. Madrid: Editorial Alianza, 1988. pp. 121 a 134

¹² Miguel Ángel Núñez. *La Buena Muerte - El derecho a Morir con Dignidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 2006. p.58

a) **Por su finalidad.**

Por la finalidad con la que se le destine a la eutanasia, se la puede clasificar como una **Eutanasia Eugénica**, a aquella que tiene por objetivo final el perfeccionamiento racial y genético, donde el enfermo es una carga social; y como **Eutanasia Piadosa**, a aquella que se practica con la intención de poner fin a los dolores y sufrimiento de un enfermo¹³. Como es evidente, la eutanasia eugenésica tiene un fin totalmente distinto a la eutanasia piadosa, dado que mientras la primera busca una sociedad sin gente enferma o con problemas congénitos o deformativos (casi se puede hablar de una limpieza racial), la segunda tiene un objetivo y finalidad altruista, en el que de manera humana se busca dar a los enfermos terminales y pacientes con dolores crónicos, una muerte digna, dado que actualmente no cuentan con una calidad de vida digna.

Para la presente tesis, cuando hablemos de eutanasia, se debe entender que nos referimos única y exclusivamente a la eutanasia piadosa. No comparto ni considero que la eutanasia eugenésica es como tal una eutanasia, ni por sus fines ni por un tema de principios y valores personales, por ello no trataremos de ella a lo largo del presente documento.

b. **Por sus medios.**

Según los medios empleados por el agente o tercero involucrado en la eutanasia y en base a ellos la alteración en su duración de vida, podemos clasificar a la eutanasia como **Positiva**, cuando el agente actúa de manera directa provocando la muerte, generalmente mediante el uso de algún fármaco; y como **Negativa**, cuando provoca la muerte del paciente por omitir la ayuda médica que requiere dicha persona para continuar con vida, es decir mediante un acto de “dejar de hacer”¹⁴.

Es menester de la presente tesis el analizar posteriormente a la eutanasia como justificante penal, ya sea bajo la tipología de Eutanasia Positiva así como de la Negativa.

¹³ Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia. Óp. cit.*, p.24

¹⁴ GRAN ENCICLOPEDIA RIALP, *Tomo IX*. Madrid: Ediciones Rialp S.A., 1993. p.577

c. Por sus Intenciones.

Según el modo en cómo se la realice y las intenciones del agente, la eutanasia puede ser considerada **Directa**, cuando el agente tenga la intención de provocar la muerte; **Indirecta**, consiste en la muerte no querida pero ocurre como efecto secundario del tratamiento paliativo del dolor; **Lenitiva**, cuando al usar fármacos con la finalidad de aliviar el dolor ocasionado por una enfermedad terminal, puede causar la mengua de la vida¹⁵.

Para el análisis de la eutanasia como justificante penal, consideraremos únicamente la eutanasia directa, dado que nuestro planteamiento e hipótesis claramente denotan una intención y finalidad de dar la muerte, bajo la premisa de que esa es la voluntad del paciente por su condición patológica.

d. Por su voluntariedad.

Si se analiza a la eutanasia desde el punto de vista de la víctima, se clasifica como **Voluntaria**, a la que es solicitada por el paciente ya sea de manera escrita o verbal; **Involuntaria**, la que se aplicaría sin el consentimiento deliberado y expreso del paciente¹⁶.

Dado que parte fundamental de mi tesis es la existencia y voluntad del paciente (o su familia en caso de existir una imposibilidad de que la realice él mismo) de autodeterminarse y solicitar terminar con su vida, no analizaré la eutanasia involuntaria, pues no existiría voluntad determinada y por ello tendría vicios de consentimiento, de los cuales hablaremos más adelante.

¹⁵ Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia. Óp.cit.*, p.24

¹⁶ Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia. Óp. cit.*, p.25

e. Por quién la practica.

Si se analiza a la eutanasia desde el punto de vista de quien la practica, se clasifica como **Autónoma o Suicida**, cuando es el mismo sujeto quien recurre a algún medio letal para terminar con su propia vida; **Heterónoma**, cuando la muerte se produce por el resultado de la participación de otra u otras personas, como es el caso del homicidio piadoso¹⁷. El homicidio piadoso consiste en el acortamiento de la vida de un enfermo o paciente con dolores crónicos, para liberarle de los males de una enfermedad terrible, de dolores insoportables, una deformación física o a una vejez angustiosa.

En el análisis posterior que realizaré en esta tesis, me centraré únicamente en la eutanasia heterónoma, dado que al querer tipificar en el COIP, la eutanasia como justificante penal, es justamente porque actualmente se sancionaría a la persona o personas que asistieron o participaron dando la muerte del enfermo, erróneamente como un homicidio simple o un homicidio culposo por negligencia profesional.

f. Si Provoca la muerte.

Cuando la eutanasia provoque como resultado final la muerte del paciente se clasifica como **Activa**, cuando se proporciona de manera consciente la muerte a una persona enferma, por medio de una o varias acciones positivas. Es decir, que existe una conducta directa y activa de proporcionar la muerte, por ejemplo suministrando fármacos; **Pasiva**, cuando se provoca la muerte, mediante la omisión deliberada de uno o varios cuidados necesarios de supervivencia. Es decir, cuando al enfermo terminal no se le proporciona una terapia o tratamiento que ayude a prolongar su vida o cuando no se utilizan los medios o mecanismos necesarios con los que se podría seguir manteniendo la vida del paciente. Es una conducta pasiva que está expectante de la muerte, a sabiendas que si se interrumpe el proceso y se actúa se puede posponer la muerte¹⁸. La doctrina en general es mucho más tolerante o acepta de mejor forma a la eutanasia pasiva, dado que el médico deja que la naturaleza misma del mal o enfermedad que afecta al paciente, siga su curso normal, y ella

¹⁷*Ibíd.*

¹⁸ Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia. Óp. cit.*, p.26

sea la que ponga fin a la vida del enfermo. En la eutanasia activa por otro lado, un tercero interviene de manera directa, mediante una acción, que produce el resultado de la muerte.

En términos generales la doctrina admite la eutanasia pasiva, o sea la situación del paciente incurable y próximo a la muerte que rechaza un tratamiento que sólo va a conseguir prolongar la vida por cierto tiempo, de forma más o menos artificial, sin que existan mecanismos de curación¹⁹.

Para la presente tesis, tanto la eutanasia Activa como Pasiva deben ser analizadas, dado que la primera al ser una acción positiva que ocasiona la muerte, actualmente sería sancionada como un homicidio simple y la segunda, al ser una omisión de cuidados necesarios, se sancionaría como un homicidio culposo por mala práctica profesional.

Como podemos observar, es bastante amplia la clasificación y tipología existente sobre la eutanasia, de manera doctrinaria. Esto es dado que el mismo concepto de eutanasia, como vimos desde un inicio es muy amplio, motivo por el cual varias acciones se pueden encasillar bajo las premisas de dar la muerte, sin dolor a una persona. Por este motivo, es necesario delimitar para lo futuro de esta tesis, qué se entenderá como eutanasia, no tomando simplemente como referencia la tipología enunciada anteriormente, sino una definición con los elementos necesarios para que se considere una acción como eutanasia.

Se entenderá por eutanasia, al acto de provocar la muerte a un semejante, ya sea por acciones positivas (hacer algo/acción) o negativas (dejar de hacer/omisión), siempre y cuando existan los siguientes elementos: a) Que se trate de un paciente que sufra de una enfermedad terminal o incurable. b) Que el paciente sufra de dolores crónicos. c) Que la muerte sea el resultado de un pedido o solicitud del paciente, o de sus familiares o guardadores, en caso de que el paciente no pueda solicitarlo de manera expresa por un impedimento físico o psíquico. d) Que se provoque la muerte por un claro y profundo acto de piedad, humanidad, encaminado a una muerte digna (el móvil o intencionalidad es lo que diferenciará posteriormente a la eutanasia del homicidio simple o del homicidio

¹⁹ Francisco Farfán. *Eutanasia, Derechos Humanos y la Ley Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez, 1996. pp. 55-56

culposo por mala práctica profesional)²⁰. e) Que se procure que la muerte sea sin dolor para el paciente²¹.

1.3 Conceptos relacionados a la eutanasia

A continuación procederé a realizar un breve análisis de ciertos conceptos que derivan de la eutanasia o son cercanos a la misma, de tal forma que se aclaren los mismos y no exista confusión con ellos a lo largo del presente trabajo.

- 1) **Distanasia:** Consiste en alargar la vida del paciente, mediante el uso de medios extraordinarios de reanimación, existentes gracias al avance de la tecnología en el campo de la salud y medicina. El objetivo o finalidad de la distanasia, es de manera positiva actuar y prolongar artificialmente la vida de un paciente que sufre de una patología irreversible. Tal es el caso de las máquinas de oxígeno o ventiladores mecánicos, que hacen que pacientes en coma o estado vegetativo, puedan respirar, sin ellas el cuerpo colapsaría y morirían²².
- 2) **Cacotanasia:** Consiste en una eutanasia realizada a pacientes sin su consentimiento. Un ejemplo trágico que nos puede ilustrar el uso de la Cacotanasia, fue el implementado por cuatro enfermeras austriacas luego conocidas por medio de la prensa como el “escuadrón de la muerte”, en el Hospital Lainz de Viena en 1989. En dicho hospital las cuatro enfermeras, mataron a más de 49 pacientes, mediante el uso de sobredosis de Insulina o Heptadon inyectada a los enfermos, ingesta de sobredosis mortífera de Rohypnol, entre otros²³.

²⁰ Marina Gascon. *¿De qué estamos hablando cuando hablamos de Eutanasia?. Revista Humanitas Humanidades Médicas*. Barcelona: Editorial Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2003. p.6

²¹ Luis Cousino. *Breve Curso de Medicina*. Chile; Talleres del Politécnico de Menores, 1942. p323 citado por Jiménez de Asúa, Luis. *Libertad de Amar y Derecho a Morir*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p.339

²² María Clara Maestre. *Eutanasia: Un asunto de cuidado intensivo*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001. p.27

²³ Vivianne Schnitzer. *El escuadrón de la muerte del Hospital Lainz*. http://elpais.com/diario/19_89/04/16/internacional/608680807_850215.html (acceso: 07/12/2014).

- 3) **Ortotanasia:** Consiste en dar la muerte al paciente por omitir cualquier tipo de ayuda médica²⁴.

- 4) **Cuidados Paliativos:** Son procedimientos utilizados con el objetivo de evitar lo más posible el sufrimiento tanto físico como moral del enfermo. En dicho procedimiento se puede realizar cosas sencillas como colocar un colchón de agua o especial, para que producto de la inmovilidad no le aparezcan llagas al paciente, pulverizar la boca para evitar la desecación, o proceder de manera más compleja a suministrar fármacos o narcóticos, con la finalidad de mitigar dolores muy fuertes, haciendo que el paciente pierda la conciencia, lo que se conoce como sedación paliativa²⁵.

- 5) **Medicina Paliativa:** Es la medicina encargada de atender a los enfermos desahuciados, reconociendo que su padecimiento o enfermedad no tiene cura y lo que procura es mediante recursos científicos y médicos, aliviar los padecimientos del enfermo lo más posible. Muchas veces el empleo de dichos recursos por mitigar o aliviar los padecimientos, pueden acortar la vida del enfermo, sin embargo ese no es el objetivo de este tipo de medicina. Este tipo de medicina no busca ni prolongar de manera obstinada la vida del enfermo, como tampoco busca realizar una eutanasia, sino brindar los mejores cuidados por el tiempo que quede de vida. Los cuidados paliativos y medicina paliativa, nunca podrán ser considerados un sustituto de la eutanasia, ya que si bien ayudan a muchos pacientes terminales, no pueden en muchísimos casos mitigar o controlar los dolores, así como otros síntomas derivados de las enfermedades terminales o de dolores crónicos derivados de enfermedades o accidentes²⁶.

- 6) **Muerte:** Es la cesación, fallecimiento o el término de la vida. La muerte es el resultado progresivo de las funciones vitales del cuerpo humano, ya sea natural que procede o por edad avanzada o por una enfermedad; súbita, que procede por causas

²⁴ María Clara Maestre. *Eutanasia: Un asunto de cuidado intensivo*. Óp. cit., p.27

²⁵ *Id.*, p.41

²⁶ César Rivera. *Aspectos Éticos de la Eutanasia*. México; Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p.4

exteriores, como un accidente de tránsito: o violenta, que es la producida por violencia propia o ajena de manera puramente casual o con dicho propósito²⁷.

- 7) **Muerte Digna:** Se entiende por dignidad, excelencia, mérito, de calidad²⁸. Es decir que una muerte digna debe entenderse como una muerte sin sufrimiento o con el menor sufrimiento posible. “Quizá el tener una muerte digna sin sufrimientos sea más un sentimiento desarrollado a través de la vida que un concepto filosófico, religioso, legal o histórico de un pensamiento ajeno”²⁹.
- 8) **Paciente Terminal:** Es el paciente que padece de una enfermedad terminal, es decir aquella que otorga una esperanza de vida corta y sin posibles tratamientos o medicamentos para su curación, donde el cuadro de diagnóstico es irreversible³⁰.
- 9) **Dolor Agudo:** Es aquel causado por diferentes factores como pueden ser estímulos de carácter nocivos que nacen o se originan por heridas o enfermedades, así como por una función de músculos o vísceras de carácter anormal. Este tipo de dolor no obedece a causas psicopatológicas o ambientales. Esto contrasta con el dolor crónico, en el que estos factores juegan un papel principal. Este tipo de dolor llega a limitar la actividad que puede realizar quién lo sufre, pero es una forma de destacar que algo anda mal con el cuerpo, de tal forma que se puede prevenir un daño mayor por medio de alguna actividad que ayude a curar³¹.
- 10) **Dolor Crónico:** Es aquel dolor que tiene un lapso de tiempo y persistencia mayor a un mes, es decir transcurrido el curso o tiempo en que tomaría curarse de una enfermedad aguda, dando tiempo para que se sanen las heridas; o es aquel dolor crónico asociado directamente a un proceso patológico, continuo y recurrente. Mientras el dolor agudo es un síntoma de un traumatismo o enfermedad, el dolor crónico es una enfermedad en sí mismo, con efecto a niveles fisiológicos,

²⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 2011. pp. 601 - 602.

²⁸ *Id.*, p. 329

²⁹ Cesar Rivera. *Aspectos Éticos de la Eutanasia*. *Óp. cit.*, p.5

³⁰ Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia*. *Óp. cit.*, p.29

³¹ Jorge Dagnino. *Definiciones y Clasificaciones del Dolor*. [http://escuela.med.puc.cl/pagina s/ publicaciones/boletin/html/dolor/3_2.html](http://escuela.med.puc.cl/pagina/s/publicaciones/boletin/html/dolor/3_2.html) (acceso: 07/12/2014)

psicológicos y conductuales. El paciente que sufre de dolores crónicos pierde coordinación muscular, sufre de osteoporosis, fibrosis, pérdida de masa muscular, dolor y rigidez a nivel de articulaciones, aumento de la frecuencia cardiaca, desnutrición, infección, depresión, disfunción sexual, alteración respiratoria, y dolores insoportables de carácter físico³². “Cualquier definición o intento de explicación del dolor crónico será siempre limitada, incapaz de equiparar la complejidad de la experiencia dolorosa”³³.

³² Jorge Dagnino. *Definiciones y Clasificaciones del Dolor. Ibid.*

³³ María Giráldez. *Estatuto antropológico de la enfermedad y el dolor en el enfermo terminal. Vida Y Ética.* Argentina: Instituto de Bioética/UCA, 2012. p.20

Capítulo 2

El presente capítulo tiene por objetivo el análisis de la acción o conducta, que corresponde directamente a la consumación de un delito y de ella la existencia de una sanción penal. Parte elemental que analizaremos será la existencia o no de dolo dentro de dicha acción o conducta, dado que dicho elemento es imperativo al momento de contrastar a la eutanasia respecto otros delitos. Se analizará dentro del Código Orgánico integral Penal, de ahora en adelante COIP, tanto al delito de Homicidio como al Homicidio culposo por mala práctica profesional (Negligencia Médica), de tal forma que se denote su clara diferencia respecto la eutanasia. Finalmente analizaremos el derecho a una muerte digna, frente a la responsabilidad penal así como sus posibles justificantes penales.

2.1 El derecho penal & la sanción o pena

El derecho penal es un mecanismo de control social y represión, que busca determinar reglas básicas que rijan la convivencia, así como sancionar a los individuos que incurran en conductas que atenten gravemente los derechos de los demás. Este mecanismo de control y represión, se lo realiza mediante el conjunto de sanciones, la policía y los jueces³⁴.

El derecho penal lo primero que ha de hacer es fijar los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente y, sobre esos principios, variables en el tiempo y en el espacio, configurar específicamente los delitos y establecer las penas que a cada uno de ellos corresponde³⁵.

De la misma forma, el doctrinario Jiménez de Asúa, define al Derecho penal como;

Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora³⁶.

³⁴Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Óp. cit.*, p. 15

³⁵ Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2011. p. 309.

³⁶Luis Jiménez Asúa en: Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2011. p. 309

Si analizamos al derecho penal conforme la doctrina tradicional podemos entenderla desde una perspectiva Subjetiva y otra Objetiva. El derecho penal subjetivo se puede entender como “la potestad, no de persona alguna, sino del estado, de sancionar a quienes han ejecutado actos que el propio estado ha calificado como gravemente atentatorios del orden social y de los derechos de los asociados”³⁷. La doctrina define a este derecho subjetivo como el *Ius Puniendi* (derecho de castigar), es decir la potestad del Estado para incriminar determinadas conductas y aplicar las penas correspondientes. No importa si doctrinariamente se la reconozca con otro nombre o se discrepe respecto su fundamento o razón, ya que con contadas excepciones, su aceptación es prácticamente general³⁸. “Para las sociedades de hoy, que han formulado los Códigos, la penalidad aparece como una función necesaria de defensa social, sin la que sería imposible mantener el orden público tal y como se le concibe actualmente”³⁹.

Por otro lado podemos analizar al derecho penal objetivo, de la siguiente manera:

El derecho penal objetivo son el conjunto de normas expedidas por el órgano legislativo del estado, a través de las cuales se regula el ejercicio del jus puniendi, estableciendo delitos, como presupuesto jurídico esencial, y penas, como su consecuencia necesaria (Mezger), o diseñar medios de lucha contra la criminalidad (Mayer)⁴⁰.

Es decir que el derecho penal objetivo se refiere a las normas positivas o conjunto de normas que forman el ordenamiento vigente (Código Orgánico Integral Penal, Código Civil, etc.), con la finalidad de fundamentar la existencia de una sanción ante una acción tipificada como antijurídica. “Antijurídico debe entenderse por tal lo “que es contra derecho”. Determinar su contenido ya resulta más complicado, porque saber cuándo una acción humana es opuesta el Derecho requiere una apreciación de índole subjetiva”⁴¹.

Es así, que matar a una persona constituye claramente un acto antijurídico (Derecho positivo), sin embargo, las circunstancias por las que se mató, pueden

³⁷Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Óp. cit.*, p. 14

³⁸*Id.*, p. 15

³⁹ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1962. p.14

⁴⁰Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Óp. cit.*, p. 14

⁴¹ Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp.cit.*, p. 309.

representar un derecho (legítima defensa/eutanasia) o una causal de inimputabilidad como ser alienado mental (Derecho subjetivo).

2.2 Sujeto activo y sujeto pasivo

En el presente apartado me concentraré en el análisis de los sujetos involucrados dentro del acto de provocar la muerte a un enfermo terminal o paciente que sufre de dolores crónicos derivados de una enfermedad o accidente, en la acción denominada como eutanasia.

Guillermo Cabanellas, define al sujeto como toda persona en general, que por su condición goza de derechos y obligaciones⁴². Ese sujeto según su incidencia o actuar dentro de una acción, puede ser considerado un sujeto activo o un sujeto pasivo. El sujeto activo será el individuo que realice una acción y el sujeto pasivo será sobre quien recaiga la acción. En el derecho penal se habla de un sujeto activo del delito y de un sujeto pasivo del delito. Siendo el sujeto activo del delito, el autor, cómplice, o encubridor del delito en general, mientras que el sujeto pasivo del delito es la víctima, es decir la persona que ha padecido la ofensa por parte del sujeto activo⁴³.

El Dr. Ernesto Albán Gómez, acertadamente define al sujeto activo en materia penal, como el agente quien ejecuta el acto delictivo, de ahí que por su conducta deba ser penado. “El sujeto activo es, en muchos casos, un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan para su realización”⁴⁴. Cuando nos encontramos frente a un caso con varios sujetos activos, tocará determinar el grado de participación de cada uno en la ejecución del delito o acción. El Dr. Alberto Donna, aclara que no debemos olvidarnos que cuando hablamos de un sujeto activo y autor del delito, éste sujeto debe tratarse de un ser humano distinto del que sufre la lesión, es decir que no se toma en cuenta la autolesión⁴⁵. Entendido y delimitado el sujeto activo, es claro y fácil

⁴² Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p. 917

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*. Quito: Impresiones Legales, 2009. p.115

⁴⁵ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009. P. 138

el poder definir al sujeto pasivo como la persona o personas titulares del bien jurídico que ha sido lesionado.

En la eutanasia, podemos claramente distinguir al sujeto activo del pasivo. El sujeto activo es la persona(s) que realiza o provoca mediante alguna acción (de hacer o dejar de hacer), la muerte sin dolor del paciente y el sujeto pasivo, es quién por voluntad propia (o por sus familiares) gozando de conciencia y voluntad, solicita inequívocamente que se le quite la vida y muere en dicho proceso.

Existe cierta discrepancia a la hora de determinar si el sujeto activo necesariamente debe ser un médico o profesional de la salud, o a su vez puede ser un familiar o amigo de la persona que solicita se le realice una eutanasia (lo analizaremos más adelante en la tesis). Por otro lado, es claro que el sujeto pasivo en una eutanasia debe necesariamente ser una persona, que sufra de una enfermedad terminal, o que sufra de dolores crónicos derivados de una enfermedad o accidente, o que por su condición actual dicha persona no goce de una calidad de vida digna. Éste último, como es el caso de los pacientes en estado vegetativo o coma, que por el uso de medios extraordinarios y artificiales, pueden permanecer con vida (distanasia). Si los presupuestos anteriores se configuran tanto en el sujeto activo como pasivo, se entiende que al concretarse o consumarse dicho acto, estaríamos frente a un caso de eutanasia.

2.3 Argumentos a favor de la eutanasia

En el presente apartado, analizaré algunos aspectos que denotan el motivo por el cual cada día diferentes ordenamientos jurídicos, doctrina y en general las sociedades, están más a favor de la práctica de la eutanasia. Si bien esas diferentes sociedades, cuentan con una gran variedad de ciudadanos, con diferentes culturas, religiones y creencias, y siendo el tema de la eutanasia todavía muy controversial, la noción de tener piedad y actuar de la manera más humana frente al dolor claro y evidente de ciertas personas, es prácticamente una aceptación universal.

Como hemos analizado hasta el momento, el presupuesto rector y necesario para que se pueda practicar la eutanasia, es que exista un paciente que sufra de una enfermedad terminal o de dolores crónicos derivados ya sea de una enfermedad, o por un accidente. Ese presupuesto es importantísimo, dado que es el primer aspecto que analizaremos y es la evidente limitación por parte de la medicina de poder curar dichos males de carácter irreversible. Se entiende que en esa condición de vida que tienen o padecen, están en constante sufrimiento, por ello el poder entender la autodeterminación del sujeto pasivo, en solicitar se ponga fin a su sufrimiento, mediante la eutanasia. Ante esta gigantesca limitación por parte de la ciencia médica, y cuadros patológicos con imposibilidad de cura, la sociedad e incluso el médico, de manera objetiva, pueden ver los límites de la medicina y de la intervención terapéutica sobre el paciente. Esos límites son un elemento sustancial a la hora de determinar si se aplica o no una acción eutanásica sobre un individuo, así como la necesidad de legitimar dicha práctica.

El segundo aspecto que analizaremos, es el reconocimiento del derecho del paciente, de autodeterminarse respecto el poner fin a su vida. En este punto nos encontramos bajo el conflicto del derecho de inviolabilidad de la vida, así como del deber del médico de intentar mantener al paciente el mayor tiempo con vida, versus el derecho del paciente de decidir sobre su vida, es decir, el derecho de tener una muerte digna. Este aspecto está profundamente ligado con el primero, dado que si bien el médico debe velar por la vida y salud del paciente, existe un momento determinado en que el médico no puede hacer nada para mejorar el cuadro del paciente, y pasa a ser un mero observador o espectador, de cómo el paciente debe tolerar los males que lo torturan. Es en ese momento, cuando necesariamente la medicina debe dar paso al derecho de autodeterminación del sujeto pasivo, momento en el que sea él quien decida si continuar con la vida que tiene, por el tiempo que le quede, o si decide que se le asista para poner fin a la misma. Con la existencia clara de dicho consentimiento, el médico con sus virtudes y conocimientos, deja de ser un observador y espectador, volviendo al campo de la acción, donde puede efectivamente dar una solución al paciente.

En palabras simples, mientras el médico o la medicina mediante acciones terapéuticas puedan tratar de manera real y efectiva al paciente es lo que debe hacerse, sin embargo, una vez que la medicina alcance el límite de su efectividad, y pasa a tener un carácter que

únicamente encarniza la penosa situación del paciente, debe primar el derecho a tener una muerte digna, siempre y cuando eso sea el deseo del paciente.

El tercer y último aspecto importante de analizar, es el del campo de los sentimientos y emociones. Como mencioné desde un inicio, las sociedades están compuestas con personas de diferentes razas, religiones, culturas, creencias, entre otros, donde puede divergir respecto su consentimiento o no de que se practique, legalice o pene, la eutanasia. Sin embargo, absolutamente todas esas personas, por muy diferentes que sean, tienen algo en común, y es su humanidad emocional. Dicha humanidad, responde en el caso de la eutanasia, directamente con sentimientos como la piedad y la compasión.

El ser humano, no puede, ni debería, bajo ningún justificativo, ver como un semejante sufre y agoniza, innecesariamente, teniendo el poder de ayudarlo a morir y que descansa en paz. La eutanasia tiene esa finalidad u objetivo, el de poder asistir al paciente a tener una muerte sin dolor, siendo parte importante de ese justificativo para que se permita tal acción, el realizar un acto piadoso y por compasión. Ese carácter de piedad y compasión, son también unos de los elementos claves, que distinguen a la eutanasia del homicidio simple, homicidio culposo u homicidio culposo por mala práctica profesional.

Sin duda la razón que se aduce con más frecuencia para justificar (o al menos) que alguien decida poner en práctica la eutanasia de un paciente es la compasión. En efecto, la condición de que haya dolor incontrolable para hablar de eutanasia y no de homicidio se ajusta precisamente a esta consideración. Incluso en inglés uno de los términos para referirse a la eutanasia es “mercy killing”, “matar por compasión”⁴⁶.

2.4 Argumentos en contra de la eutanasia

A continuación, analizaremos los principales puntos por los cuales en la actualidad muchas sociedades y ordenamientos jurídicos están en contra de la práctica de la eutanasia. Podemos empezar nombrando el tema de la inviolabilidad de la vida, donde se determina que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida y salud de sus ciudadanos, y que bajo ningún concepto se puede poner fin a la vida de una persona. Se pone en juicio la idea de poder determinar que los individuos tienen la potestad de disponer de su vida, a

⁴⁶ Alfonso Gómez-Lobo. *Bienes Humanos y Eutanasia, frente a frente*. Chile: Humanitas, 2008. p. 6

tal punto de poder determinar que se le ponga fin a la misma. Se pone en duda incluso al profesional de la salud, dado que en vez de sostener o mantener la vida y curar o tratar los dolores, el médico se vuelve cómplice del paciente, y ejecuta la acción que quita la vida a una persona. “Si bien puede ser cierto que el deber del Estado no es proteger la vida solo como hecho biológico, sí es cierto que esa sí es precisamente la función y deber esencial, jurídico y ético del médico. Esa es su misión”⁴⁷.

Dentro de las posiciones que están en contra de la eutanasia incluso están las que se enfocan en el tema de menor gasto público y cargas familiares. Básicamente buscan determinar que la eutanasia ayuda a que tanto el Estado como las familias de los pacientes, no tengan que incurrir en mayores gastos económicos, tratando las enfermedades y mitigando dolores por indeterminado tiempo, optando por terminar con la vida del enfermo lo más pronto posible. Muchas personas opinan que el trabajo que involucra atender a un enfermo terminal o paciente con dolores crónicos presupone un esfuerzo alto, ya sea de carácter económico como humanitario, que en las sociedades actuales sus familias no las quieren realizar, motivo por el cuál es una forma fácil el poder poner sobre la mesa de discusión a la eutanasia, en vez del acompañamiento al paciente durante lo que le reste de vida.

Finalmente, incluso se argumenta que la eutanasia puede llegar a ser un tipo de homicidio amparado en el derecho, que abrirá las puertas para que personas mal intencionadas o con desvíos mentales, puedan matar a otro y luego ampararse bajo este excluyente o justificativo penal, no pudiendo ser por ello condenados.

Estos argumentos fueron utilizados por el que en su momento fue denominado el doctor muerte, Jack Kevorkian, quien pretendía la construcción de una nueva especialidad médica, la obitetría, es decir, la especialidad dedicada al homicidio de pacientes. Es muy significativo que una persona que fue suspendido en su momento por comportamientos inapropiados respecto a personas que se estaban muriendo y que generó una actitud que podríamos denominar morbosa y patológica, pudiese por razón del activismo ideológico presentarse como el fundador de una especialidad. El experto bioético alemán Hans Thomas, ha podido considerar que cuando se admiten estas desviaciones los médicos

⁴⁷ Jorge Merchán Price. *La eutanasia no es un acto médico*. Colombia: Persona y Bioética, 2008. p. 3

abandonan su posición ética para convertirse en una profesión mercantilizada. Se abandona a Hipócrates y se encarniza a Kevorkian⁴⁸.

2.5 El delito

La definición del delito en la doctrina es muy amplia, dado que existen varios elementos que constituyen o determinan cuando una conducta o acción, debe ser considerada dentro de un ordenamiento jurídico como un delito, y por ende que tenga una sanción o pena, como resultado final. Hay que tener en cuenta, que solo las leyes pueden decretar las penas o sanciones, respecto las conductas consideradas por determinado ordenamiento jurídico o sociedad, como delitos⁴⁹.

Se entiende entonces que, ante la existencia de una conducta que se adecua a un tipo penal, y que es considerada como un delito, existe la posibilidad de ejercer sobre la misma, una pena. Dicha pena, corresponde directamente al derecho de punibilidad o derecho de castigar, el cometimiento del delito. Ese castigo al delito, nace de la necesidad o pacto social de que exista justicia, seguridad jurídica y se protejan los derechos de todos los ciudadanos. Sin embargo, dicho castigo se lo debe realizar únicamente cuando exista absoluta necesidad, de que dicho acto sea castigado, caso contrario, se estaría ante penas tiránicas, injustas y abusivas⁵⁰. Debemos recordar que siempre debe existir como eje rector el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena, es decir que la pena sea la justa o acorde, al delito que se haya cometido.

Como podemos ver, ante la existencia de un delito, existe su determinada sanción o pena. Sin embargo, es imperativo el poder delimitar cuáles serán los elementos constitutivos, para que una acción sea considerada un delito y que por ello se pueda justificar la sanción o pena.

No basta decir solamente que hay delito cuando la ley lo declara, sino que hace falta señalar expresamente qué caracteres debe tener una conducta para que el sistema jurídico pueda calificarla como delito y para considerar al que la ejecutó como sujeto de una sanción penal. Y,

⁴⁸ José Miguel Serrano. *Sobre la injusticia de la Eutanasia. El uso de la compasión como máscara moral*. <http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=13&sid=08765eef-a3ca-483c-b7dd-a48642493c47%40sessionmgr115&hid=101> (acceso: 25/01/2015).

⁴⁹ Antonio Bonanno. *De los delitos y de las penas. Traducción*. Buenos Aires: Editorial Losada, 2005, p.36.

⁵⁰ *Id.*, p.34

por el contrario, en qué casos una conducta no reúne tales caracteres y, por lo tanto, la persona que la ejecutó no puede ser sancionada, pues aun siendo un acto ilícito, éste no es un delito, sino un acto sometido a otro tipo de solución jurídica no penal⁵¹.

Para poder determinar los elementos del delito se ha usado inicialmente los aportes de Beccaria, Carrara (Clásicos). Finalmente los aportes de Von Liszt, Beling, Mayer y Mezger (Escuela Alemana S. XX), para el concepto definitivo⁵². No existe un consenso doctrinal respecto los elementos constitutivos del delito, sin embargo según los doctrinarios anteriormente mencionados son cuatro elementos los que constituyen la estructura del delito. Es así, que para que una conducta sea punible debe ser un Acto, Típico, Antijurídico y Culpable.

A continuación analizaremos cada uno de los cuatro elementos que constituyen la estructura del delito, como mencionamos anteriormente:

a) Acto.

“El delito debe ser un acto, ya que el primer elemento, el sustento material del delito es la conducta humana”⁵³. Se define al acto como: “Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción, como simple resultado de un movimiento”⁵⁴. Para la doctrina el acto se constituye de tres elementos, la manifestación de voluntad, resultado y nexo causal.

Empezaremos analizando la **Manifestación de la Voluntad**, que “es la actividad externa del hombre y la voluntad que lo manifiesta. Mientras el hombre no exteriorice su resolución de delinquir, no puede ser castigado, ya que el pensamiento no delinque”⁵⁵. Esta manifestación de la voluntad se refiere específicamente a la de la conducta humana externa, al impulso de la voluntad y del querer.

El **Resultado**, “es el cambio en el mundo exterior, causado por la manifestación de voluntad, o la no mutación de ese mundo externo por la acción esperada y que no se

⁵¹Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Óp.cit.*, p. 110

⁵²*Id.*, p. 111

⁵³*Ibid.*

⁵⁴Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp. cit.*, p. 51.

⁵⁵ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1962. p.333

ejecuta”⁵⁶. El delito penal tiene como resultado material o psicológico el daño. “Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. Maltrato de una cosa. Producir un mal material, moral”⁵⁷.

Finalmente el **Nexo Causal**, que “es el vínculo entre la conducta humana y el resultado sobrevenido”⁵⁸. Se define a la causalidad como, “relación entre dos hechos, tal que el segundo en el tiempo -el efecto-, es consecuencia del primero -la causa-, por no haberse producido de no haber sido por el hecho causante”⁵⁹.

b) Típico/Tipicidad

El segundo elemento del delito es que dicho acto sea típico (tipicidad), es decir que la conducta deberá estar previa y expresamente escrita por ley, caso contrario no habrá crimen ni pena sin ley previa (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”). Nace de los estudios teóricos de Beling y posteriormente de Franz von Liszt (escuela alemana que incorpora el lado subjetivo de dolo y culpa).

Si la tipicidad ha de desempeñar el importante papel de conectar en su figura rectora todas las restantes características del delito y, sobre todo, si ha de ser la pared maestra en que se apoye el Derecho penal liberal, ha de poseer la función que Beling le asignó, sobre todo en su última construcción, en la que nos presenta la adecuación al tipo ligada con la antijuricidad, y sirviendo como concepto rector al que han de subordinarse todos los caracteres del hecho punible⁶⁰.

El Código Orgánico Integral Penal define a la tipicidad de la siguiente manera:

“Art. 25.- Tipicidad.- Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes”⁶¹.

⁵⁶*Id.*, p.337

⁵⁷Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p. 254

⁵⁸ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit., p.494

⁵⁹Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp.cit., p. 163

⁶⁰ Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Óp. cit., p.769

⁶¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 25. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

c) Antijurídico

El tercer elemento es que dicho acto sea antijurídico, es decir que sea una conducta contraria al derecho, donde existe un bien jurídico que es penalmente protegido y ha sido lesionado⁶².

Determinar su contenido ya resulta más complicado, porque saber cuándo una acción humana es opuesta al Derecho requiere una apreciación de índole subjetiva. Así, matar a una persona constituye un acto claramente antijurídico. Y, sin embargo, pueden darse circunstancias en que matar a una persona represente un derecho y hasta una acción elogiada. Lo mismo en todos los aspectos del Derecho. Por eso en el examen de cada caso concreto, sólo a los jueces está reservada la facultad de establecer la juricidad o antijuricidad de los actos⁶³.

El Código Orgánico Integral Penal define a la antijuricidad de la siguiente manera:

“Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código”⁶⁴.

d) Culpable

Finalmente el cuarto elemento es que el acto sea culpable, de tal forma que exista la posibilidad de imputar a una persona el cometimiento de un delito (lato sensu), o que por el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad (estricto sensu)⁶⁵. “La culpabilidad o culpa es el juicio sobre la relación interna del autor, de contrariedad a la norma, que éste manifiesta en realización del hecho”⁶⁶.

De esta forma la teoría del delito tendrá casos en los que, “habrá ausencia de acto, ausencia de tipicidad, ausencia de antijuricidad y ausencia de culpabilidad. De producirse

⁶²Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*. Óp. cit., p. 111

⁶³Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p. 88

⁶⁴Código Orgánico Integral Penal. Artículo 29. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁶⁵Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p. 250

⁶⁶Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Parte General IV*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002. p.70

cualesquiera de estos casos. La consecuencia obvia es que no habrá delito y, por lo mismo, tampoco habrá punibilidad”⁶⁷.

Si analizamos a la eutanasia respecto los elementos constitutivos del delito podemos determinar que evidentemente constituye un acto o acción, en el que el nexo o vínculo causal, ya sea en la eutanasia activa o pasiva, tiene a la muerte, como resultado final. Si analizamos por otro lado, a la eutanasia respecto su tipicidad, podemos determinar que en la actualidad dicha acción no se encuentra tipificada en ninguna normativa así como en el COIP como eutanasia, sin embargo, dicha acción (dar la muerte) al concretarse, se sancionaría de manera errónea como un homicidio simple o un homicidio culposo por mala práctica profesional. Al analizar la eutanasia como un acto antijurídico, podemos determinar que dicha acción en efecto busca atacar o terminar con el bien jurídico “vida”, sin embargo, existe la particularidad en la eutanasia en que dicha acción es producto de la solicitud de un paciente que sufre de una enfermedad terminal o de dolores crónicos, de autodeterminarse terminar con su vida, teniendo en cuenta que al existir un fin altruista, humanitario y piadoso, me parece que no se podría determinar que dicha acción constituya un acto antijurídico, por ello la necesidad de calificar a este tipo penal como un justificante de antijuricidad o responsabilidad penal.

2.6 Delitos dolosos, delitos culposos y omisión dolosa

Como mencionamos anteriormente la tipicidad responde a la existencia de tipos penales. “Estos son conjunto de elementos, generalmente establecidos por la ley, mediante los que se define y caracteriza una especie de delito”⁶⁸. Es así como es necesario tomar a la teoría del delito, como un concepto complejo, respecto de las estructuras típicas y sus consecuencias antijurídicas. “Por este fenómeno es que se puede hablar de delitos dolosos y culposos, activos y omisivos, y no solamente de tipos que reciben tales calificativos”⁶⁹. Podemos definir al dolo de la siguiente manera:

Dolo, del lat. dolus; a su vez, del griego dólos. Comúnmente, mentira, engaño o simulación. Los actos antijurídicos pueden cometerse con la intención de producir un mal. Es la intención

⁶⁷Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Óp. cit.*, p. 111

⁶⁸Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp. cit.*, p. 942

⁶⁹Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Óp. cit.*, p.84

dirigida a causar un resultado ilícito (dolo directo), o el que se configura cuando el autor quiere un resultado que, aun no cierto, es probable o posible (dolo eventual)⁷⁰.

El Código Orgánico Integral Penal, tipifica al dolo de la siguiente manera:

Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño. Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena⁷¹.

La culpa, “es una característica que no requiere de la finalidad para su comprobación, esto es, que el tipo culposo, no toma en cuenta la finalidad para individualizar la conducta prohibida”⁷². Dentro de la culpa no existe el presupuesto doloso (intención), sino la existencia de un daño que es el resultado de un acto con imprudencia o negligencia.

El Código Orgánico Integral Penal, tipifica a la culpa de la siguiente manera:

“Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código”⁷³.

Por otro lado, creo que es importante de la misma forma abordar la omisión, dado que en una eutanasia pasiva estamos ante una acción omisiva o pasiva, que da como resultado final la muerte del individuo. Se define a la omisión como, “abstención de actuar; Inactividad frente a deber o conveniencia de obrar; Descuido, olvido. (V. Delito de comisión por Omisión y de Omisión)”⁷⁴.

El Código Orgánico Integral Penal define a la omisión de carácter doloso de la siguiente forma:

⁷⁰Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp. cit.*, p. 342

⁷¹ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁷²Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal. Óp. cit.*, p.87

⁷³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁷⁴Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp. cit.*, p. 650

Art. 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico⁷⁵.

2.7 Homicidio

A continuación analizaremos el delito conocido bajo el nombre de homicidio. Se define al homicidio u homicidio simple como la “muerte causada a una persona por otra, por lo común ejecutada ilegítimamente y con violencia”⁷⁶. Como se puede observar, dicho delito tipifica la acción de dar la muerte a una persona, a diferencia del asesinato que cuenta con ciertas características propias de dicho delito (alevosía, ensañamiento, perversidad, valiéndose de medios catastróficos, entre otros), el homicidio abarca un espectro más general (dar la muerte).

El Código Orgánico Integral Penal, define al homicidio como;

“Art. 144.- Homicidio.- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años”⁷⁷.

Como pudimos observar anteriormente, si dejamos de lado la finalidad y características propias y únicas de la eutanasia, el resultado es la muerte de otra persona. Motivo por el cual en la actualidad, al ser practicada en el Ecuador y al no estar tipificada

⁷⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 28. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁷⁶Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p.456

⁷⁷ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 144. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

en el COIP o en otra Norma, sería juzgada como un homicidio u homicidio simple. Esto quiere decir que el profesional de la salud, que ayudara por misericordia y piedad a un enfermo terminal a terminar con su vida, por voluntad y solicitud del enfermo, dicho acto acarrearía una pena de más de una década en prisión. Dicha pena no tiene sentido alguno, dado que la eutanasia no puede ser juzgada erróneamente como un delito de homicidio.

2.8 Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional

El homicidio culposo, es “la muerte dada por una persona a otra interviniendo culpa (v.), en el sentido técnico de la voz; es decir, sin intención dolosa, pero sin circunstancia eximente ni justificante”⁷⁸. Es decir, que la diferencia entre el homicidio simple y el homicidio culposo, radica en la existencia de la culpa de por medio.

Una conducta es culposa cuando el agente inobservó el deber objetivo de cuidado, entendiéndolo como aquella falta de diligencia que debió haber tenido una persona en cuanto a su fuente de riesgo. Por ejemplo, el piloto de avión que dejó de calibrar el altímetro debido a lo cual causó la muerte de sus pasajeros al estrellarse con una montaña⁷⁹.

La mala práctica o negligencia, se puede definir como, “la omisión, más o menos voluntaria pero consciente, de la diligencia (v.) que corresponde en los actos jurídicos, en los nexos personales y en la guarda o gestión de los bienes. (V. Imprudencia)”⁸⁰. Así mismo, el cuidado se puede definir como la “solicitud, esmero, celo, atención para proceder con acierto o buena voluntad; Encargo, función, labor que se desempeña”⁸¹.

El Código Orgánico Integral Penal, define al Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, de la siguiente forma:

Art. 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

⁷⁸Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp. cit.*, p.457

⁷⁹ Julio Mendoza. *Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva*. Revista de Derecho. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, 2005. p. 222

⁸⁰Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Óp. cit.*, p. 612

⁸¹*Id.*, p. 248

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.
2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión.
3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.
4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho⁸².

Como mencionamos en el título anterior, por el resultado de muerte en la eutanasia, se sancionaría a la misma en la legislación ecuatoriana, como un homicidio simple. Sin embargo, por las características de la eutanasia pasiva, en la que el profesional de la salud omite ciertas acciones, en su deber objetivo de cuidado del paciente, lo que da como resultado la muerte del mismo, se puede también sentenciar dicha práctica como un homicidio culposo por mala práctica profesional. No obstante que este tipo penal acarrea una importante reducción de la pena respecto el homicidio simple, seguiría de manera errónea sancionando a la eutanasia, dado que este tipo penal no contempla en estricto sentido a la eutanasia, motivo por el cual se estaría sancionando de manera ilegítima.

2.9 Consentimiento y vicios del consentimiento

Si bien es indispensable que dentro de la eutanasia prime la autonomía del individuo de decidir sobre su vida, es necesario analizar a fondo en qué consiste dicha autonomía, los alcances de dicho consentimiento por parte del sujeto activo como pasivo y los vicios que afectarían al mismo. Se puede definir a la autonomía, como la condición de gozar independencia en ciertos aspectos, frente a otros⁸³. Es decir, que exista una libertad de decisión sobre las acciones, que no se vean atadas, ligadas o manipuladas por terceros, sino que únicamente obedezcan al libre albedrío de uno mismo.

⁸² Código Orgánico Integral Penal. Artículo 146. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

⁸³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p.109

En la eutanasia, de esa autonomía de la voluntad del paciente, a la hora de decidir solicitar terminar con su vida y de quién acepte realizarla, nace un pacto de consentimiento de ambas partes. El consentimiento o consentir, se define como el acto de aceptar una propuesta u oferta, permitir que se realice algo o condescender en que se haga⁸⁴. Específicamente en el acto eutanásico, el consentimiento toma un rol neurálgico sobre dicha acción, dado que es el elemento que caracteriza a la eutanasia y la distingue de otras acciones como son la cacotanasia e incluso el homicidio. La singularidad que tiene el consentimiento en general y sobre todo en la eutanasia, por parte del sujeto pasivo, es decir de quien es titular de un bien jurídico, es que rompe el esquema tradicional de lo que se considera un tipo penal.

El consentimiento por parte del sujeto pasivo en la eutanasia, es una expresión clara, consiente y de auto-determinación, de renunciar al derecho que protege el bien jurídico que se le está lesionando, es decir, específicamente en este caso, la vida. El consentimiento determinará si una conducta por sus efectos debe ser considerada como una causa de exclusión de la tipicidad de dicha acción, como causa de atenuante punitivo o como causa de justificación⁸⁵.

Si analizamos al consentimiento como una causa de exclusión de la tipicidad de dicha acción o hecho, debemos reconocer que dentro de los tipos penales, la regla general es que no exista consentimiento por parte del sujeto pasivo o del sujeto titular del derecho.

Los tipos penales protectores de bienes jurídicos disponibles aluden, en forma directa o indirecta, a la ausencia de consentimiento, o bien lo dan por supuesto. Al no poderse lesionar el bien jurídico por parte del sujeto activo, en estos casos, el consentimiento pasa a ser una causa de atipicidad de la conducta⁸⁶.

Como podemos observar, al existir consentimiento por parte del sujeto pasivo, se entendería que no puede existir lesión del bien jurídico protegido, cayendo en una conducta totalmente atípica. Se define como atípica, a toda conducta que se aparta de lo común o usual. Así mismo, se define a la atipicidad, como la mera ausencia de la tipicidad, lo que

⁸⁴*Id.*, p.212

⁸⁵ Rodrigo Zamora. *El Consentimiento del Ofendido en la Eutanasia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p.2

⁸⁶*Ibíd.*

resulta en un impedimento al proceso penal, así como representa una dificultad a la punibilidad del acto⁸⁷.

Si analizamos por otro lado al consentimiento como causa de atenuación punitiva, sobre bienes jurídicos indisponibles o irrenunciables por un ordenamiento jurídico, lo que se deberá hacer es tipificar de manera especial dicho hecho o acción, de tal forma que la pena sea menor que la ya establecida; o a su vez, que como resultado de la existencia de un consentimiento expreso, se otorgue un atenuante punitivo a la sanción existente por parte del juez o la Corte.

El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, los motivos que lo motivaron a delinquir y todas las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de la comisión del ilícito⁸⁸.

Finalmente, si analizamos el consentimiento como causa de justificación del hecho o acción, debemos entender como mencioné anteriormente que, el consentimiento determina de manera clara, expresa, consciente e inconfundible la renuncia por parte del sujeto pasivo, sobre los derechos que lo protegen. Sin embargo, dicha justificación solo se puede aceptar, mientras la normativa le otorgue al sujeto pasivo la autonomía sobre sus derechos.

El consentimiento justificante representa una renuncia a la protección del derecho. Por lo mismo, su alcance se limita a aquellos casos en que el ordenamiento jurídico le conceda a la persona protegida la posibilidad de emplear su derecho de autodeterminación⁸⁹.

A continuación haré un breve análisis de los posibles vicios que puedan afectar al consentimiento o voluntad del sujeto pasivo, dentro de la eutanasia. Se define a los vicios de la voluntad, como aquellos que vician el consentimiento. A su vez, los vicios del consentimiento son, “los actos o contratos, todo hecho o actitud que restrinja o anula la libertad y el conocimiento con que deba formularse una declaración o con los cuales deba procederse; tales, el dolo, el error, las amenazas o intimidaciones y la violencia”⁹⁰.

⁸⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p.106

⁸⁸ Rodrigo Zamora. *El Consentimiento del Ofendido en la Eutanasia*. Óp. cit., p.3

⁸⁹ Johannes Wessels. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p.101

⁹⁰ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p.984

En la eutanasia, así como en todos los actos del ser humano, estos tendrán vicio de consentimiento cuando este sea producto del error, por uso de violencia como amenazas, falta de conciencia y voluntad, dolo, entre otros. Sin embargo, ciertos vicios del consentimiento, característicos de la eutanasia, son por ejemplo problemas que radican a la hora de determinar el consentimiento como tal.

Estos problemas son por ejemplo el poder legitimar el consentimiento del solicitante. En este caso, ¿quién está facultado para hacerlo, solo él?, ¿su cónyuge, familia, terceros?, ¿qué pasa si existe discrepancia de opinión entre los terceros?, así como también el poder determinar si la solicitud sí responde efectivamente a una enfermedad terminal o dolores crónicos que ameriten practicar una eutanasia.

Otro problema existente en la eutanasia es el poder determinar si el consentimiento siempre debe ser expreso y voluntario o puede ser un consentimiento presunto, como es el caso de pacientes en coma, estados vegetativos o inconscientes. Finalmente, otro factor que viciaría el consentimiento, es el de la capacidad del solicitante y se refiere a la madurez psicológica y conciencia por parte del enfermo, de poder entender las repercusiones de dicho consentimiento al solicitar la eutanasia. “¿Qué pasa con los solicitantes que padezcan de enfermedades que constantemente les hagan padecer cambios de ánimo y sus decisiones continuamente cambien?”⁹¹.

2.10 Muerte digna

Luego de haber analizado etimológica como históricamente el concepto de la eutanasia, procedí a analizar su clasificación y tipología. Todo ello para poder delimitar un significado, que describa correctamente dicha acción, argumentando sus objetivos, intenciones, medios, etc. Analizamos tanto al sujeto activo como pasivo en dicha acción, la voluntad y el consentimiento, así como los posibles vicios de aquel consentimiento. Todo elemento analizado hasta el momento, son herramientas indispensables a la hora de poder determinar la conducta de la eutanasia, y poder argumentar que los enfermos terminales o

⁹¹ Rodrigo Zamora. *El Consentimiento del Ofendido en la Eutanasia. Óp. cit.*, p.7

personas que sufren dolores crónicos, derivados de enfermedades o accidentes, deben tener el derecho de autodeterminarse y consentir, el solicitar que se dé fin a su vida, bajo el entendimiento de que actualmente no gozan de una vida digna y solicitan tener una muerte digna.

La muerte digna, muerte suave o muerte bella, como sus nombres lo sugieren, es el derecho del enfermo que padece de intensos sufrimientos, de poder morir de manera pacífica. Es decir, que el derecho se vea direccionado no únicamente en la protección del bien jurídico vida, sino en la calidad de vida que tiene esa persona. De tal forma, que el derecho en estos casos se encargue de proteger la autodeterminación del paciente, respecto el rechazo a tratamientos médicos que prolonguen su vida (derecho a la vida) junto al intenso sufrimiento y dolores que involucra esa vida, y precautelen que la eutanasia se realice de la manera correcta, a voluntad del paciente. Todos los seres humanos tenemos como fin biológico y físico contemplada la muerte, sin embargo, en la eutanasia mediante la muerte digna, el paciente terminal o con dolor crónico, obtiene la tranquilidad y garantía de morir en paz.

La expresión “morir dignamente” se refiere a una forma de morir sin sufrimientos, con asistencia material, psicológica y religiosa, y con conocimiento pleno del momento por el cual se está atravesando. En muchos casos, aunque el equipo de salud pueda tener las mejores intenciones, el grado de deterioro físico y psicológico del paciente convierte a la última etapa de la existencia en un proceso penoso y angustiante, en el transcurso del cual la muerte puede aparecer como una liberación⁹².

En los casos de pacientes con enfermedades terminales o con dolores crónicos, el médico está frente a personas que morirán por causa de una enfermedad que no cuenta con un tratamiento o cura alguna y frente a pacientes con dolores crónicos, que hasta el día en que llegue su muerte, tendrán que soportar esos dolores de manera diaria. No debemos olvidar que si bien el dolor crónico no pondrá fin a la vida del paciente como sucede con las enfermedades terminales, este dolor ya sea originado por una enfermedad (ej. esclerosis múltiple) o accidente, afecta de manera grave al paciente y su familia, de manera emocional, económica, sociológica y física, de tal forma que por su magnitud de sufrimiento y agonía en el que pone a la persona, se la deba considerar en sí como una

⁹² Carlos Tirso Murillo. *Estudio sobre la Eutanasia. Óp. cit.*, p.89

enfermedad⁹³. Es decir, que el médico y los familiares de esas personas, los ven sufrir constantemente, y en dicha batalla no existe un resultado final próspero, dado que el panorama es únicamente el de la espera de la muerte, con ansias de que sea una muerte tranquila y benévola, y que los estragos y dolores en el transcurso de la misma, no sean insoportables para ellos. “Para una persona su muerte puede tornarse en un deber moral en caso de que no pueda seguir viviendo en conformidad con las demandas del valor de la dignidad humana”⁹⁴.

El médico si bien tiene como eje rector de sus principios, objetivos y valores, el velar y cuidar por la salud y vida de sus pacientes, debe claramente marcar un límite a aquello. Ese límite será siempre y cuando su asistencia o intervención médica, sea acorde a la dignidad humana del paciente, de tal forma que las acciones terapéuticas usadas no hagan sufrir en vano al enfermo, es decir un encarnizamiento, (¿es válido prolongar la agonía y dolor del paciente?), a sabiendas que no existirá beneficio alguno de las misma y solo se prolongará la muerte, supliéndola por semanas, meses o años de sufrimiento y dolor, es ahí, donde es evidente, correcto y viable una eutanasia activa o pasiva, bajo la premisa del derecho del paciente a tener una muerte digna⁹⁵. “Nuestra habilidad para extender la vida por medio de nuevas tecnologías crecerá en el futuro, y con su crecimiento, aumentarán los dilemas generados por el incremento de sufrimientos intratables”⁹⁶.

No debemos olvidar que si bien la medicina y la ciencia han revolucionado nuestra vida, en la actualidad existen todavía grandes limitaciones en cuanto al tratamiento de ciertos males incurables, para dicha ciencia médica. Por ello, la muerte digna plantea una respuesta cierta y válida por parte de pacientes, que saben que están muriendo o sufriendo intensamente, y que su única opción viable es la de poder morir con el menor sufrimiento y desgaste emocional como físico posible, es decir, reafirmar la premisa y derecho de lo más beneficioso para el paciente.

Junto a la comprensible y legítima exigencia de reafirmar el derecho del paciente a escoger entre las diversas posibilidades de cuidado disponibles, frente al riesgo de volverse objeto de

⁹³ Javier Moscoso. *El Dolor Crónico en la Historia*. Bogotá: Revista de Estudios Sociales, 2013. p. 1

⁹⁴ Francisco Iracheta. *Sobre Dignidad y Eutanasia Voluntaria: tres aproximaciones morales*. México: Instituto tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2012. p. 31

⁹⁵ José Mainetti. *La Muerte y la Medicina*. La Plata: Editorial Quirón, 1998. pp. 137-154.

⁹⁶ Marcia Angell. *Euthanasia*. Holanda: N Engl J Med, 1988. pp.1348-1350

un inútil y depreciativo encarnizamiento terapéutico, se abre camino la tendencia a ir más allá de esta legítima expectativa, hasta sostener el derecho al rechazo de toda intervención médica, con cualquier significado que tenga o, desde luego, a pedir la colaboración de los operadores sanitarios para asistir al paciente en la decisión de poner directamente fin a la propia vida⁹⁷.

2.11 Responsabilidad penal

La responsabilidad penal o responsabilidad criminal, es toda acción que por su condición, gravedad y resultado, es penada por la Ley. Se define a la responsabilidad criminal o penal como, "La aneja a un acto u omisión penado por la ley y realizado por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria. Se traduce en la aplicación de una pena"⁹⁸. Esto quiere decir, que la responsabilidad penal es el resultado previsto en norma y determinada por el Estado, donde existe una pena, para un delito determinado.

El Derecho Penal tiene la obligación y la responsabilidad criminal de determinar las consecuencias jurídicas, mediante norma escrita (tipificada), que estipulen la sanción determinada, para delito determinado, ante la existencia de un sujeto punible, por sus acciones. Dicha responsabilidad penal tiene vínculo directo con los elementos del delito que analizamos anteriormente.

Al estudiar la responsabilidad penal o criminal, se debe tomar en cuenta ciertos aspectos fundamentales para poder determinar la consecuencia jurídica que acarreará la comisión u omisión de un determinado delito. Para esto, se debe primero realizar un análisis del presupuesto jurídico. Esto quiere decir, que se debe determinar qué busca el Estado por medio del Derecho Penal, llegar a sancionar. Se debe dejar claramente estipulado el presupuesto jurídico del delito, para posteriormente determinar su sanción. En este momento el legislador, debe tomar en cuenta dentro del presupuesto jurídico elementos como la descripción de la conducta ilícita, determinar la posibilidad de que dicha acción sea cometida ya sea por una o varias personas, tomar en cuenta los elementos constitutivos del delito (acto, típico, antijurídico, culpable) y la gravedad del delito, de tal forma que se pueda con todos esos elementos ponderar una pena equitativa o proporcional al delito cometido.

⁹⁷ Antonio Spagnolo. *Decisiones en Medicina Crítica: Entre el Encarnizamiento Terapéutico y la Eutanasia*. Buenos Aires: Instituto de Bioética – Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2004. p. 23

⁹⁸Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. *Óp. cit.*, p.847

2.12 Justificantes de responsabilidad penal

Dentro del estudio de la responsabilidad penal o responsabilidad criminal, de igual forma se analizan los elementos esenciales del delito, respecto los presupuestos o elementos que determinan excluyentes, o justificantes penales. Esto quiere decir, que si bien una acción puede estar tipificada como delito, existen elementos y presupuestos que eximen o justifican al sujeto que cometió dicho delito, de la pena o sanción que normalmente le correspondería. Se define a los eximentes o justificantes como:

Circunstancia que libera de responsabilidad al autor de un delito penal. Entre las eximentes, algunas legislaciones incluyen la enajenación mental, la embriaguez no habitual ni buscada de propósito, la edad inferior a un mínimo de años, la legítima defensa propia o de determinados parientes, o en ciertas condiciones, de un extraño; el estado de necesidad cuando concurren ciertos requisitos, la fuerza irresistible, el miedo insuperable de recibir un mal igual o mayor; la actuación en ejercicio legítimo de un deber, oficio o cargo, y la obediencia debida. Las circunstancias eximentes se denominan en otras legislaciones, como en la Argentina, causas de inimputabilidad y, juntamente con las circunstancias de atenuación o agravación, forman el campo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal⁹⁹.

Existirán ocasiones donde por determinado elemento, una conducta podrá carecer de acción o acto (ej. Trastorno Mental), podrá carecer de antijuricidad y finalmente podrá carecer del elemento culpable. Los dos últimos son de carácter fundamental para la presente tesis, dado que al eliminar el elemento esencial culpable y antijurídico del delito, mediante la existencia de un justificante penal, nos encontramos ante una acción, que por causas de justificación, dicho acto no será contrario al Derecho, y se halla legitimado.

Aunque la tipicidad es un indicio de Antijuricidad, puede darse el caso de que una conducta típica no sea antijurídica. Esto ocurre cuando se presenta una de las llamadas causas de justificación, es decir situaciones en que la lesión del bien jurídico se halla legitimada, justificada por el propio orden jurídico. En este caso, el acto, aunque típico, ya no será contrario al Derecho sino conforme a él. Nada más exacto entonces que decir que se está frente a una causa de justificación, porque precisamente se ha producido dicha situación: el acto, aunque se acomode a la descripción de una conducta típica, ha quedado justificado, se ha realizado en conformidad con el orden jurídico¹⁰⁰.

Como mencionamos anteriormente, el Estado, el legislador o el propio pueblo, según sus valores y costumbres, determinan las acciones consideradas como delitos, y se les

⁹⁹Manuel Ossorio. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Óp. cit., p.392

¹⁰⁰Ernesto Albán. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*. Óp. cit., p. 157

atribuye según su gravedad, una sanción determinada. Pero de la misma forma, el Derecho Penal, el legislador y la doctrina, realizan una valoración a la hora de determinar la existencia de causas de justificación penales, dado que en algunas ocasiones existirán bienes jurídicos en colisión u opuestos uno del otro. En estos casos se entenderá que se debe hacer una ponderación entre ambos bienes jurídicos, de tal forma, que prevalezca uno por sobre el otro. En tal sentido, la causa de justificación penal, liberan al sujeto que cometió un delito, de tanto dolo como culpa, por ello la no posibilidad de sancionarlo por dicha acción.

La consecuencia jurídica es obvia: si el propio ordenamiento jurídico autoriza u ordena tales conductas no puede, al mismo tiempo, sancionarlas. Por ejemplo, si el orden jurídico reconoce el derecho de una persona a defenderse de una agresión, causando inclusive la muerte del agresor, esto significa que el matar a otro, aunque sea un acto típico, es en este caso un acto legítimo, conforme a Derecho¹⁰¹.

Como podemos evidenciar en el ejemplo anterior, el matar a una persona es considerado un delito, ya sea un homicidio o asesinato, sin embargo, la justificación penal, eliminando dolo, antijuricidad y culpa de dicha acción, es el matar a una persona al defenderse o repeler una agresión, es decir, lo que se conoce como legítima defensa. Cabe recalcar que cada justificante penal, tiene sus propias características y requisitos, de tal forma que dicha acción pueda ser efectivamente considerada un justificante penal. En el caso de la legítima defensa, las características propias son que sea una agresión actual, real, ilegítima, no provocada, continua y que la defensa sea necesaria y racional respecto el medio empleado¹⁰². Si la actuación del sujeto que dio la muerte a otro, se adecua a todas las características propias de la legítima defensa, se entenderá que su acto es considerado un justificante penal y no podrá ser sancionado. El COIP contempla en el art. 33, a la legítima defensa. En este caso particularmente, el derecho penal ponderó el bien jurídico vida del agredido, por sobre el bien jurídico vida del agresor.

El Código Orgánico Integral Penal, contempla como justificante de responsabilidad penal, a las causas de exclusión de antijuricidad, siendo estas el estado de necesidad y la legítima defensa. “Art.30.- Causas de exclusión de la antijuricidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de

¹⁰¹*Id.*, p. 158

¹⁰² Fernando Molina. *La legítima defensa del derecho penal*. Madrid: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2012, p. 20

necesidad o legítima defensa”¹⁰³. Así mismo, contempla como justificante de responsabilidad, a las causas de inculpabilidad, siendo únicamente el trastorno mental. “Art.35.- Causa de inculpabilidad.- No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado”¹⁰⁴. Aparte de los justificantes penales, mencionados anteriormente, se puede observar que el COIP también otorga o los reconoce, en el caso del aborto no punible, que determina lo siguiente:

Art. 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

Si bien el COIP únicamente contempla esas causales de exclusión de antijuricidad y exclusión de inculpabilidad penal (aparte de los atenuantes de la pena), la Doctrina contempla dentro de los justificantes de responsabilidad penal, además de las enunciadas anteriormente, el “Consentimiento del Titular del Derecho Lesionado”. Este último elemento, es un justificante penal muy discutido, sin embargo, es clave a la hora de determinar a la eutanasia, como un justificante de responsabilidad penal. Como mencionamos anteriormente, cada delito así como cada justificante, contempla ciertos requisitos y características propias y necesarias para que se configuren.

En el consentimiento del titular del derecho lesionado, nos encontramos ante el presupuesto de la renuncia expresa y voluntaria del derecho lesionado, por parte de su titular. De esta forma se configura una ausencia de antijuricidad y culpabilidad, eliminando de tal acto, los elementos necesarios y constitutivos del delito.

El *consentimiento del interesado o titular del bien jurídico* posibilita que el agente esté exento de responsabilidad penal. El consentimiento se denomina *acuerdo* si la conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del *interesado* y el libre ejercicio de la misma. Requisitos del *consentimiento y acuerdo* son *titularidad, capacidad, libertad y conciencia*,

¹⁰³ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

¹⁰⁴ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 35. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

y exteriorización. El consentimiento es *causal de justificación* y el acuerdo una *situación de atipicidad*. El consentimiento debe extenderse al bien jurídico individual *vida* y porque ésta es *disponible* ya que un derecho a ella y que sólo impone un deber de vivir es negación de la libertad como valor superior y de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. De *lege ferenda* debe establecerse cláusula general que reconozca el *consentimiento del interesado* como elemento que elimina la ilicitud de la conducta y, en consecuencia, no castigarse la muerte a ruego y la eutanasia y eliminarse el auxilio al suicidio¹⁰⁵.

En la eutanasia, como hemos mencionado desde un inicio, debe existir la solicitud expresa y voluntaria de querer el paciente terminar con su vida y solicitar se le asista en dicho proceso. Claramente esa solicitud representa y configura por parte del titular del derecho, un consentimiento de que ese es su deseo, el renunciar al derecho protegido (vida), para que se pueda configurar o realizar con éxito su voluntad (muerte digna), por medio de un tercero.

Otra postura doctrinaria interesante a considerarse como elemento sustancial, a la hora de determinar a la eutanasia como un justificante de responsabilidad, y complementando el consentimiento del titular del Derecho lesionado, del que hablamos anteriormente, es el que plantea que quién mata por piedad a un enfermo terminal o a quien sufre de dolores crónicos, lo hace por un estado de necesidad, en el que al ponderar derechos, llega a poner por encima de la vida, el derecho del paciente a tener una muerte digna, sustentado en la dignidad del ser humano¹⁰⁶. Es decir, que ante la existencia de un derecho y precepto universal que garantiza una vida digna, se debe ponderar el consentimiento del paciente de tener una muerte digna, por sobre la vida desvalorizada y dolorosa del enfermo terminal o enfermo con dolores crónicos.

...en el homicidio consentido y la eutanasia que reunieran las características de un estado de necesidad justificante, no habría injusto que perseguir. No cabría entonces la participación criminal – ya que no se estaría participando en ningún delito. Solo estaríamos hablando de colaboración humanitaria¹⁰⁷.

Es propósito de la presente tesis el poder analizar en el siguiente capítulo, los elementos, características, sanciones, entre otros factores, que debe tener la eutanasia o muerte asistida, al momento de configurarse como un justificante de responsabilidad penal

¹⁰⁵ Jaime Ríos. *El consentimiento en materia penal*. Chile: Universidad de TALCA, 2006. p. 1

¹⁰⁶ Enrique Gimbernat. *Eutanasia y Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 47

¹⁰⁷ Alicia Azzollini. *Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/5.pdf> (acceso: 19/01/2015).

dentro del COIP, sustentado en el consentimiento por parte del titular del derecho, estado de necesidad y el derecho a una muerte digna.

Capítulo 3

3.1 Tipificar la eutanasia o muerte asistida en el COIP, como justificante de responsabilidad penal, amparada por el derecho a una muerte digna

En el capítulo anterior, pudimos hacer un breve estudio del delito, sus elementos constitutivos y la sanción penal, como respuesta al mismo. Se analizó los delitos dolosos y culposos, así como al Homicidio (simple) y Homicidio Culposo por Mala Práctica Profesional, amparados en el Código Orgánico Integral Penal. Si bien se estableció el nexo lógico, de la existencia de determinada sanción penal, respecto la concreción de un acto ilícito, se pudo también analizar la responsabilidad penal así como sus justificantes penales, para determinados delitos. Todo esto, para poder claramente entender y diferenciar que la eutanasia, no puede por su naturaleza y finalidad, confundirse con un homicidio simple u homicidio culposo por mala práctica profesional y necesariamente debe ser considerado dentro del COIP, como un justificante de responsabilidad penal.

Si bien la doctrina reconoce el derecho y libertad del individuo de renunciar al derecho propio o que recae sobre uno mismo, lo que se conoce como el “Consentimiento o Renuncia por parte del Titular del Derecho Lesionado”, analizado anteriormente, es sumamente complejo en la eutanasia, dado que el bien jurídico protegido, es la vida. Motivo por el cual, éste justificante de responsabilidad penal, es muy discutido en la actualidad. Existen interrogantes respecto qué derechos son renunciables, en qué circunstancias, quién reconocería o avalaría que un individuo pueda o no pueda renunciar a sus derechos y finalmente si el titular del derecho tiene toda la potestad y autonomía de realizarlo únicamente mediante su consentimiento, a un tercero. Sin embargo, no debemos olvidar, que el consentimiento por parte del titular del derecho lesionado, recaerá tanto sobre delitos dolosos, culposos, de acción de omisión, sin distinción alguna, lo que permitiría que dicho justificante penal, ampare al profesional de la salud, respecto del homicidio como del homicidio culposo por mala práctica profesional¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Mario Garrido. *Derecho Penal: Parte General*. 3era Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 125

Como se puede apreciar, el vacío legal existente actualmente en el COIP respecto de la eutanasia, causa un grave problema para el juez, a la hora que tenga que realizar un análisis y sentenciar sobre un caso concreto de eutanasia, dado que hoy por hoy, no sería el mismo viable. De la misma forma, se puede apreciar como el COIP, únicamente contempla para delitos que atentan contra la inviolabilidad de la vida, el justificante penal de legítima defensa y de aborto no punible. Por tal motivo es imperativo, justo y necesario, que se considere a la eutanasia como un justificante, de responsabilidad penal. El sustento o base para tipificar dicho justificante penal, como hemos analizado hasta el momento, debe originarse en dos fundamentos; primero en el derecho a una muerte digna y segundo por el derecho por parte del titular, de consentir a la renuncia del mismo (se puede complementar con el estado de necesidad).

En este sentido, dentro del Código Orgánico Integral Penal, se debería tipificar dentro del Capítulo Segundo, Sección Primera, a continuación de los artículos respectivos al Homicidio y Homicidio culposo por mala práctica profesional, el justificante de responsabilidad penal. Dicho justificante, deberá claramente estipular que no serán responsables penalmente aquellos profesionales de la salud, que hayan ocasionado la muerte de una persona, ya sea de manera directa y mediante acción (eutanasia activa), o de manera indirecta y mediante omisión (eutanasia pasiva), siempre y cuando haya existido una solicitud expresa, clara, inconfundible y consiente, por parte de una persona que sufra de una enfermedad terminal o de dolores crónicos derivados de una enfermedad, que busca terminar con su vida mediante la eutanasia o muerte asistida, renunciando al bien jurídico vida, y ponderando sobre éste el derecho a una muerte digna. Dado que actualmente no contamos con un código o norma que estipule nada sobre la eutanasia, muerte asistida u homicidio piadoso, se deberá optar por trabajar paralelamente en un cuerpo legal que contemple todo lo referente a la eutanasia, o dentro del COIP estipular como debe proceder la eutanasia, sus características, obligaciones y sanciones.

3.2 Homicidio Piadoso

A continuación analizaremos lo que la doctrina ha denominado como homicidio piadoso. Si bien he planteado en el apartado anterior, que la eutanasia o muerte asistida dentro del COIP, deben ser consideradas directamente y de plena validez como justificante

de responsabilidad penal, considero importante por otro lado, analizar al homicidio piadoso, como un tipo penal especial. Como se ha sostenido durante toda la tesis, la eutanasia en la actualidad, es todavía muy debatida y discrepada tanto cultural, social y doctrinariamente. Queda claro que es viable considerarla un justificante, dado la existencia del consentimiento por parte del titular, así como del fin tan altruista y humanitario de dicho acto. Sin embargo, el consentimiento por parte del enfermo terminal, de prescindir o renunciar a su vida, sigue en la actualidad teniendo amplios limitantes. Esos limitantes, ponen en tela de duda el consentimiento y el alcance del mismo, respecto del rol del Estado y luego de la medicina y del profesional de la salud.

En algunas doctrinas y normativas (Colombia por ejemplo), han implementado y estudian a lo que se denomina como homicidio piadoso. El homicidio piadoso básicamente consiste en tipificar un tipo penal especial, respecto del tipo penal ordinario (el homicidio), de tal forma que sin ser un justificante de responsabilidad penal directo del homicidio, es por sí mismo, un tipo penal con sus propias características¹⁰⁹. Se podría incluso llegar a argumentar, que este tipo penal especial del homicidio piadoso, lo que busca es ser un tipo penal atenuado del homicidio simple o culposo. Dicho atenuante responde a que la acción se concreta bajo el precepto de dar la muerte por piedad a una persona, que sufre de una enfermedad terminal o intenso sufrimiento por dolores y lesiones corporales. Sin embargo, dicho precepto y tipo legal no contempla necesariamente la solicitud por parte del enfermo, así como su consentimiento en la renuncia del bien jurídico protegido vida, que es el rasgo característico de la eutanasia o muerte asistida, y que los enmarca por esas características como posibles justificantes de responsabilidad penal. Por ese motivo, el homicidio piadoso, si bien responde como un acto cuyo objetivo es dar la muerte a una persona, su móvil es humanitario, pues se entiende que es motivado por un sentimiento de piedad, hacia el enfermo que está en agonía. Mientras la eutanasia o muerte asistida, pueden ser consideradas como justificantes de responsabilidad penal, y por ello, la imposibilidad de sancionar dicho acto. Por otro lado el homicidio piadoso, únicamente es un tipo penal que atenúa la sanción, que correspondería en el caso de un homicidio simple o culposo, y no

¹⁰⁹ Jaime Ríos. *El consentimiento en materia penal. Óp. cit.*, p. 21

aclara si la eutanasia o muerte asistida son finalmente acciones penadas o aprobadas en dicha doctrina¹¹⁰.

Si analizamos brevemente el artículo 106 que corresponde al homicidio por piedad, dentro del Nuevo Código Penal Colombiano, podemos apreciar aquello. “Art. 106. *Homicidio por Piedad*. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”¹¹¹. Como podemos observar, se obvia totalmente del articulado elementos fundamentales, como son determinar acciones activas o pasivas, dolo o culpa, conciencia, consentimiento, voluntad, lucidez, renuncia del bien jurídico vida, entre otros.

Esto provoca que si bien la eutanasia o muerte asistida tengan el mismo fin que el homicidio piadoso (piedad, muerte digna, no dolor, etc), no puedan ellas confundirse, dado que cada uno debe ser analizado de manera totalmente distinta. El alcance del homicidio piadoso será de atenuante, o como un tipo penal especial tipificado como tal y por ende con una sanción particular para ese delito. Por otro lado, la eutanasia al considerarse justificante de responsabilidad, acarrea por su naturaleza mayores complejidades, pero como tal elimina el dolo, culpa y antijuricidad del acto, por ello la no responsabilidad penal o inimputabilidad por parte del actor(es) de dicha acción. En la actualidad gran parte de doctrina está intentando lograr que el homicidio piadoso no se contemple como un atenuante de la pena, sino que dicha conducta deje impune las conductas de los que auxilien o maten por móviles piadosos, siempre contando con el consentimiento de la víctima¹¹². Esto es dado que el fin altruista y humano de dicha acción, no debería ser sancionado de manera atenuada sino debería revestirse de legalidad o como justificante de responsabilidad penal, de tal forma que los profesionales de la salud puedan ayudar de manera eficaz a las personas que carecen de una vida digna y sufren a diario, no encarnizamiento o prologando la vida del paciente sino, poniendo fin a sus dolores y males.

¹¹⁰ Daniela Villalobos. *Muerte Asistida: ¿Delito o Derecho?*. Tesis de grado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, 2007. p.69

¹¹¹ Código Penal (Colombia). Artículo 126. 24 de julio de 2000.

¹¹² Alicia Azzollini. *Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/5.pdf> (acceso: 19/01/2015).

3.3 Legislación comparada

En el siguiente apartado realizaré una comparación de cómo se trata en diferentes legislaciones a la eutanasia o muerte asistida y homicidio piadoso, con la finalidad de poder hacer un contraste entre las mismas y de manera objetiva lograr obtener lo mejor de cada una, con la finalidad de que sean parte del articulado que estipule la eutanasia como justificante dentro del COIP.

A) Colombia

A continuación estudiaremos el caso de la eutanasia o muerte asistida en Colombia. La Corte Constitucional Colombiana, en 1997, dio un paso agigantado ya que despenalizó lo que se conoce como la eutanasia activa, al establecer que un paciente puede recibir la ayuda médica para morir cuando dicha solicitud sea con pleno uso de las facultades mentales y que el paciente sufra de una enfermedad terminal. Siendo el primer país en Latino América en despenalizar la eutanasia. Sin embargo, al no tipificar una ley o reglamento que estipule su práctica, no es aplicada en la actualidad¹¹³.

Dicha despenalización de la eutanasia activa, lograba alterar o incluso llegar a sustituir el tipo penal contemplado a su vez en el Código Penal Colombiano, que tipificaba en el artículo 106 al homicidio por piedad, que analizamos anteriormente, en el apartado respectivo de homicidio piadoso. Dicho tipo penal, actúa como un tipo penal especial, en el que se sanciona a quien mate por piedad a una persona que sufre de intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, con prisión de uno (1) a tres (3) años.

En síntesis, la decisión de la Corte Constitucional declaró exequible (constitucional) el homicidio por piedad, pero creó una excepción, la cual consiste en que si concurren dos condiciones: a) consentimiento del sujeto pasivo, y b) presencia de un profesional en medicina

¹¹³ Asunción Alvares del Río. *Algunos avances en la regulación sobre la eutanasia en América Latina: el caso de Colombia y México*. <http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=08765eef-a3ca-483c-b7dd-a48642493c47%40sessionmgr115&vid=32&hid=101> (acceso: 19/01/2015).

que propicie a muerte al paciente, no podrá deducirse responsabilidad penal a este último; es decir, se creó una causal de justificación especial para el delito citado¹¹⁴.

Como podemos apreciar, la legislación colombiana tiene además del homicidio simple y culposo, el tipo penal especial de homicidio por piedad, en el que la pena o sanción es menor que la de los otros dos delitos. Sin embargo, el homicidio por piedad sigue siendo considerado un delito, de ahí que cuenta con una sanción determinada. La decisión de la Corte Constitucional, si bien despenalizó la eutanasia activa, como mencionamos previamente, no ha logrado hasta el momento, crear una ley que regula la práctica de la eutanasia activa, lo que genera que actualmente ante tal vacío legal, su cometimiento todavía esté sujeto al tenor del delito de homicidio por piedad. Vale la pena comentar, que la legislación Peruana es similar a la legislación Colombiana en este tema en particular, reconociendo al Homicidio piadoso como un delito con sanción atenuada.

A pesar del importante paso dado en Colombia con la despenalización de la eutanasia, no ha habido claridad y transparencia en la aplicación de esta práctica por falta de una ley que la regule, como sí la hay en Holanda, Bélgica y Luxemburgo, los tres países en que se aplica de manera legal y abierta. Cuando exista esta ley en Colombia, se podrá hablar de legalización de la eutanasia. Por ahora, no hay un registro de su práctica ni existen criterios claros que especifiquen bajo qué condiciones pueden solicitarla los pacientes y realizarla los médicos¹¹⁵.

B) México

A continuación estudiaremos a la eutanasia en la legislación Mexicana. Cabe recalcar que desde el año 2000 en adelante, los legisladores mexicanos y doctrinarios, estuvieron trabajando en alguna forma de implementar la eutanasia dentro de su legislación. Sin embargo, dado el aspecto religioso y cultural tan marcado en este país, así como en su política, se quería realizar un proyecto o iniciativa que pudiera ayudar a los enfermos terminales, pero no bajo la premisa de eutanasia activa¹¹⁶. Es así como años más

¹¹⁴ Germán Lozano. "Eutanasia: Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos". *La Eutanasia Activa en Colombia: Algunas reflexiones sobre la Jurisprudencia Constitucional*. Fernando cano et al. (coords.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. p. 73

¹¹⁵ Asunción Alvares del Río. *Algunos avances en la regulación sobre la eutanasia en América Latina: el caso de Colombia y México*. <http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=08765eef-a3ca-483c-b7dd-a48642493c47%40sessionmgr115&vid=32&hid=101> (acceso: 19/01/2015).

¹¹⁶ *Ibíd.*

tarde, ese esfuerzo se ve plasmado finalmente el 07 de enero del 2008, cuando se publica la Ley de Voluntad anticipada para el Distrito Federal.

La ley de Voluntad Anticipada para el D.F, como su nombre lo indica, únicamente contempla a la capital mexicana. Dicha Ley en su Primer Capítulo, establece lo siguiente:

Artículo 1. La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural¹¹⁷.

Si se analiza el artículo 1 de dicha Ley, es claro que los legisladores lo que quisieron hacer, es otorgar al paciente la libertad de decidir continuar o parar con los tratamientos o procedimientos médicos, que pretenden de manera innecesaria alargar la vida del paciente terminal. El sustento de esta ley, radica en proteger la dignidad de la persona que está muriendo, de tal forma que no se prolongue su muerte inevitable. El paciente será el que tenga total autonomía de voluntad, de querer parar con cualquier tratamiento médico que sea inservible, y el médico tendrá que aceptar aquella decisión.

Dado que la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, tiene jurisdicción únicamente en el D.F, el 11 de enero de 2013, se realizó una reforma al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, que tiene carácter de jurisdicción a nivel Federal, de tal forma que los beneficios que otorgaba la Ley local, únicamente para los pacientes terminales en el D.F, se replique a nivel Federal. Dicha reforma incluyó agregar todo un nuevo Capítulo (Capítulo VIII BIS) al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, incluyendo disposiciones para: Cuidado Paliativo; Derechos del Enfermo en Situación Terminal; Facultades y Obligaciones de las Instituciones de Salud; entre otras¹¹⁸.

¹¹⁷ Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Artículo 1. Gaceta Oficial del Distrito Federal de 07 de enero de 2008.

¹¹⁸ Asunción Alvares del Río. *Algunos avances en la regulación sobre la eutanasia en América Latina: el caso de Colombia y México*.

CAPITULO VIII BIS

ARTICULO 138 Bis.- El presente Capítulo tiene por objeto establecer los procedimientos generales para la prestación de cuidados paliativos adecuados a los usuarios de cualquier edad que cursan una enfermedad en estado terminal.

ARTICULO 138 Bis 1.- Los objetivos de los cuidados paliativos son:

- I.-** Proporcionar bienestar y una calidad de vida digna hasta el momento de su muerte;
- II.-** Prevenir posibles acciones y conductas que tengan como consecuencia el abandono u obstinación terapéutica, así como la aplicación de medios extraordinarios, respetando en todo momento la dignidad de la persona.
- III.-** Proporcionar alivio del dolor y otros síntomas severos asociados a las enfermedades en estado terminal.
- IV.-** Establecer los protocolos de tratamiento que se proporcionen a los enfermos en situación terminal a través de cuidados paliativos, a fin de que no se interfiera con el proceso natural de la muerte;

ARTICULO 138 Bis 6.- El paciente tiene derecho a que se le informe de manera oportuna, comprensible y suficiente acerca de que el tratamiento curativo ya no está ofreciendo resultados positivos tanto para su pronóstico como para su calidad de vida, informándole y, en caso de que este así lo autorice, al tutor, representante legal, a la familia o persona de su confianza, el diagnóstico de una enfermedad en estado terminal, así como las opciones de cuidados paliativos disponibles. En caso de dudas, el paciente puede solicitar información adicional y explicaciones, mismas que deberán serle proporcionadas en la forma antes descrita. Asimismo, puede solicitar una segunda opinión.

ARTICULO 138 Bis 7.- Además de los derechos que establece el artículo 166 Bis 3 de la Ley, los pacientes enfermos en situación terminal tienen los siguientes:

- I.-** Recibir atención ambulatoria y hospitalaria;
- II.-A** que se le proporcionen servicios de orientación y asesoramiento a él, a su familia o persona de su confianza, así como seguimiento respecto de su estado de salud;
- III.-A** que se respete su voluntad expresada en el documento de directrices anticipadas y
- IV.-** Los demás que señalen las disposiciones aplicables¹¹⁹

Si analizamos a profundidad tanto la Ley de carácter Local, como el Reglamento de Ley de carácter Federal, se puede percatar que ambas normas lo que están haciendo es legalizando la eutanasia pasiva (esta ley la contempla como Ortotonasia), es decir de carácter omisivo, “dejar de hacer”. Una vez que el paciente decida no continuar el proceso médico, el profesional de la salud deberá aceptar esa prerrogativa y dejar que el curso natural de la enfermedad siga su normal proceso, sin interferir de manera alguna, en prolongar la misma y solo brindar cuidados paliativos, si el paciente lo solicitare en el

<http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=08765eef-a3ca-483c-b7dd-a48642493c47%40sessionmgr115&vid=32&hid=101> (acceso: 19/01/2015).

¹¹⁹ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. Artículos 138 Bis, 138 Bis 1, 6 y 7. Diario Oficial de la Federación última actualización de 24 de marzo de 2014.

documento de directrices anticipadas. Vale la pena recalcar, que esta ley al tenor del art. 138 Bis, determina que es viable para cualquier persona que sufra de enfermedad terminal, sin importar su edad.

Si bien la legislación mexicana ha logrado salvaguardar el derecho y dignidad de los pacientes terminales (mediante una eutanasia pasiva y cuidados paliativos), el mayor inconveniente con esta legislación, es que no ha logrado garantizar para esos mismos pacientes, el poder acortar el proceso natural que deriva en la muerte, mediante una eutanasia activa, que podría acelerar el proceso y no dejar que esos pacientes deban sufrir y agonizar en el proceso mientras mueren, sino garantizarles una muerte digna y sin dolor o sufrimiento. Esto es claro de apreciar cuando nos remitimos al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal (NCPDF), que si bien no se refiere a la eutanasia activa de manera concreta, penaliza el acto de quitar la vida a una persona, así exista solicitud por parte del sujeto pasivo. El art. 127 del NCPDF determina lo siguiente:

ARTÍCULO 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.

(ADICIONADO, G.O. 07 DE ENERO DE 2008)

Los supuestos previstos en el párrafo anterior no integran los elementos del cuerpo del delito de homicidio, así como tampoco las conductas realizadas por el personal de salud correspondiente, para los efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal¹²⁰.

La legislación penal mexicana no contempla a la eutanasia activa, pero sanciona tal acto, como se puede apreciar en el art. 127, de manera atenuada (2 a 5 años de prisión), respecto la sanción existente para el delito de homicidio simple fundamental (8 a 20 años de prisión), homicidio calificado (20 a 50 años de prisión), así como del resto de delitos que atentan contra la vida de las personas¹²¹

¹²⁰ Nuevo Código penal para el Distrito Federal. Artículo 127. Gaceta Oficial del Distrito Federal última actualización de 03 de abril de 2012.

¹²¹ Olga Islas de González. *Eutanasia*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/22.pdf> (acceso 15/02/2015)

C) Estados Unidos de Norte América (Oregón)

A continuación analizaremos la eutanasia en los EEUU, como eje central el Estado de Oregón. En los Estados Unidos, la eutanasia o suicidio asistido, ha tenido algunos contratiempos desde su creación. Movimientos sociales, como *Oregon Right to Die* y *Hemlock Society* (movimientos pro-eutanasia), fueron los precursores de las primeras iniciativas (Measure 16 o M-16), que apuntaban a que se apruebe en el Estado de Oregón, una ley que contemple el suicidio asistido¹²². La Measure 16 o M-16, era el Acta que contenía el Proyecto para legalizar al suicidio médicamente asistido, más conocido como Oregon's Death with Dignity Act (*DWDA*)¹²³.

Esta ley, que buscaba promover y legalizar bajo ciertos parámetros y requisitos, que pacientes con enfermedades terminales pudieran optar por tener una muerte digna, mediante la ingesta de medicamentos, que de manera indolora ponen fin a la vida, fue aprobada mediante referéndum, el 08 de noviembre de 1994. Sin embargo, el juez federal Michel R. Hogan, bloqueó mediante sentencia, inicialmente la entrada en vigencia del *Oregon's Death with Dignity Act* y posteriormente la declaró inconstitucional, por violar la enmienda No. 14 de la Constitución de Estados Unidos. Fue recién el 27 de mayo de 1997, cuando dicha suspensión fue eliminada por parte de la Corte de Apelación del 9º Distrito Federal y el Estado de Oregón pasó a ser el primer Estado en legalizar el suicidio médicamente asistido¹²⁴.

La ley DWDA, determina ciertas características y requisitos mínimos que deben cumplirse, para poder de manera legal solicitar un suicidio médicamente asistido. De entre los diferentes requisitos de quién puede solicitar un suicidio asistido, podemos señalar los siguientes: La solicitud solo puede ser dada por una persona que resida en el Estado de Oregón; debe ser mayor de 18 años; debe tener capacidad y conciencia para determinar de manera voluntaria, el querer terminar con su vida; debe tener una enfermedad terminal (avalado por dos médicos); y, solicitar que se le otorgue algún medicamento para poder morir sin dolor y dignamente. Además de aquellos requisitos, la DWDA, determina todos

¹²² Javier Vega. *La Práctica del Suicidio Asistido en Oregón y la "Pendiente Resbaladiza"*. España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2007. p. 56

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Id.*, p. 57

los pasos que se deben seguir durante este proceso, desde formato de pedido escrito, testigos, estudios e historial clínico, aprobación de los médicos, uso de psicólogos para que la decisión sea totalmente basada en un conocimiento claro de la solicitud y sus consecuencias, notificación a los familiares, solicitud oral y escrita, periodo o intervalo de tiempo mínimo de 15 días entre ambas solicitudes, demostración de residencia en Oregón, firma de contrato, penalidades, etc¹²⁵.

El suicidio médicamente asistido, entonces se podría confundir erróneamente como una clase de eutanasia activa, dado que el profesional de la salud, será quien prescriba con un medicamento que ponga fin a la vida del paciente, es decir, mediante una acción directa. Sin embargo, el profesional de la salud a diferencia de una eutanasia activa, no será quien realice la acción que ocasione la muerte, sino directamente el enfermo será quien realice dicha acción. “Nada en esta Ley debe ser interpretado en el sentido de autorizar a un médico o a otra persona a acabar con la vida de un paciente por medio de una inyección letal, muerte por compasión o eutanasia activa”¹²⁶.

En otras palabras, el médico recetará y acompañará de ser el caso (no es obligatorio) al paciente que pondrá fin a su vida, pero éste último será quien se auto suministre el medicamento, de ahí que el nombre sea de suicidio asistido (suicidio = dar la muerte a sí mismo). Cabe recalcar que dicho paciente, que sufre de una enfermedad terminal no debe necesariamente estar sufriendo de dolores crónicos, el diagnóstico de la enfermedad es suficiente para solicitarla. Sin embargo, sí es necesario que el tiempo de esperanza de vida, ocasionada por dicha enfermedad terminal esté alrededor de los 6 meses¹²⁷.

Desde 1997 que la DWDA fue legalizada, hasta diciembre del 2014, se han recetado mediante prescripción a 1327 personas, de las cuales 859 murieron por tomar el medicamento prescrito según las normas de la DWDA (el resto de personas murieron

¹²⁵ Oregon State. *The Oregon Death With Dignity Act*
http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/dwda_revised_statute.pdf (acceso 15/02/2015).

¹²⁶ Javier Vega. *La Práctica del Suicidio Asistido en Oregón y la “Pendiente Resbaladiza”*. Óp., Cit., p. 56

¹²⁷ *Id.*, p. 59

debido a su enfermedad)¹²⁸. Actualmente el suicidio médicamente asistido en Estados Unidos, solamente es legal en los Estados de Oregón, Washington, Montana, Nuevo México y Vermont. El último caso de eutanasia en EEUU, fue el de la joven de 29 años Brittany Maynard, quien sufría de una enfermedad terminal (tumor cerebral – cáncer terminal) con esperanza de vida de pocos meses y con un diagnóstico clínico que determinaba una muerte muy dolorosa y prolongada. Motivo por el cual, ella decidió mudarse del Estado de California al Estado de Oregón, para aplicar a la DWDA y poner fin a su vida mediante la ingesta de medicamentos mortales, de manera programada y sin dolor, junto a sus familiares, el 01 de noviembre del 2014¹²⁹.

D) Bélgica

En Bélgica, su Parlamento desde 1997 estaba en un constante debate ideológico y religioso, respecto de legalizar la eutanasia con la finalidad de ayudar al enfermo terminal y de quien padece de dolores insoportables. Diferentes Comisiones de Bioética, junto con las de Justicia y de Asuntos Sociales del Senado Belga, estuvieron trabajando sobre las propuestas de legalización de la eutanasia, que se centraban en; el fin de la vida; la solicitud de terminación de la vida; el derecho de decisión del paciente y la declaración de voluntad; cuidados paliativos; el ejercicio de las profesiones médicas; dignidad del hombre próximo a la muerte; la eutanasia; aplicación de la eutanasia; acceso a los cuidados paliativos y su práctica¹³⁰. Tras un intenso estudio y análisis de las diferentes propuestas de ley, finalmente en mayo del 2002, se aprobó la Ley relativa a la Eutanasia y la Ley relativa a los Cuidados Paliativos.

La Ley Relativa a la Eutanasia, no modificó tipificando un tipo penal especial o atenuante para la eutanasia respecto del homicidio en su Código Penal, sino que

¹²⁸ Oregon Public Health Division. *Oregon's Death With Dignity Act-2014*.

<http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Documents/year17.pdf>(acceso: 15/02/2015).

¹²⁹ El Comercio. *El drama de Brittany Maynard reabre debate sobre la eutanasia*.

<http://elcomercio.pe/mundo/eeuu/drama-brittany-maynard-reabre-debate-sobre-eutanasia-noticia-1767619>(acceso 16/02/2015).

¹³⁰ Javier Vega. *La Práctica de la Eutanasia en Bélgica y la "Pendiente Resbaladiza"*. España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2007. p. 73

directamente esta ley garantizó la práctica de la misma, en el territorio belga. Dicha ley establece lo siguiente:

Artículo 2. Para la aplicación de la presente ley, se entenderá por eutanasia el acto practicado por un tercero que intencionalmente pone fin a la vida de una persona por petición de ella misma.

Artículo 3. El médico que practica la eutanasia no comete infracción si se asegura de que:

- El paciente es libre, capaz y consciente en el momento de su petición.
- La petición es formulada de manera voluntaria, reflexionada y reiterada que no sea resultado de una presión exterior.
- El paciente se encuentra en una situación médica sin salida y en un estado de sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable que no puede ser aliviado y que sea resultado de una afección accidental o patológica grave e incurable; y que el médico respete las condiciones y procedimientos prescritos por la ley¹³¹.

Como podemos apreciar, inicialmente el artículo 2 nos habla de la eutanasia en lato sensu, dado que la contempla de manera general, como un acto en el que un tercero por petición, pone fin a la vida, de esa persona. Sin embargo, el artículo 3 ya determina desde un inicio que la práctica de la eutanasia debe ser realizada por un médico (estricto sensu), y que él no cometerá infracción al practicar la eutanasia si cumple con ciertos requisitos y procedimientos estipulados en la Ley. Dichos requisitos vemos son que exista una petición voluntaria que no cuente de vicios, que quien solicita la eutanasia sufra de un sufrimiento físico o psicológico constante e insoportable, sin cura, como resultado de accidente o enfermedad grave e incurable. Cabe recalcar que esta ley contempla como necesaria la existencia de los conocidos dolores crónicos, bajo el precepto de que sean constantes y que sufra de una enfermedad terminal.

La ley relativa a la eutanasia en Bélgica, no dispone expectativa de vida mínima, para poder solicitarla, como el caso de EEUU. La eutanasia en Bélgica, como su art.2 y art. 3 estipulan, denotan que son una eutanasia activa, en la que el médico será quien ponga fin a la vida del paciente que la solicite, mediante una acción de carácter positivo. “Los pacientes no tienen que ser belgas necesariamente ni residir en Bélgica para acogerse a esta ley, aunque es necesario ser tratado por un médico belga”¹³².

¹³¹ Elma del Carmen Trejo. *Legislación Internacional y Estudio del Derecho Comparado de la Eutanasia*. México; Centro de Documentación, Información y Análisis, Cámara de Diputados, 2007, p. 21

¹³² Javier Vega. *La Práctica de la Eutanasia en Bélgica y la “Pendiente Resbaladiza”*. *Óp. cit.*, p. 75

No debemos dejar de lado, el que en el año 2002 de manera conjunta con esta ley, se aprobó como mencioné anteriormente, la ley relativa a los cuidados paliativos, en la que se garantiza como derecho a todos los ciudadanos el poder acceder a los cuidados y medicina paliativa, ya sea en sus hogares u hospitales, de manera gratuita¹³³.

E) Holanda

Finalmente analizaré la eutanasia en los Países Bajos, precursor de esta práctica a nivel mundial. Desde hace más de tres décadas, se ha practicado la eutanasia en Holanda, en 1984 la Corte Suprema de Holanda, sentenció a favor de los médicos que practicaban la eutanasia en determinadas condiciones, exonerándolos de sanción penal alguna¹³⁴. Más adelante analizaremos la jurisprudencia creada con el caso Alkmaar. Basándose en la sentencia de la Corte Suprema de 1984, así como de varios estudios que demostraban que con gran frecuencia se estaba realizando actos de eutanasia en el país, se decide en junio de 1994 reglamentar la eutanasia¹³⁵.

Inicialmente la eutanasia mantuvo su sanción penal, solo que ahora el médico que la practicaba tenía la potestad de argumentar que existió una fuerza mayor por conflicto de deberes. El proceso no alteró el Código Penal, sino que se modificó la Ley de Enterramientos o Ley de Inhumaciones e Incineraciones, donde de ahora en adelante, los médicos debían informar al médico forense, cuando ellos hubieran realizado una eutanasia y que cumplieron con todas las exigencias, de tal forma que con todos los datos del paciente, el forense informara al fiscal y de tal forma quedara demostrado que esa muerte, se ajustaba a la jurisprudencia de 1984¹³⁶. Luego de que la Corte Suprema, haya sentenciado en el caso Chabot en 1994 (lo analizaremos más adelante), aprobó que la eutanasia pueda ser practicada no solamente en enfermos terminales sino en personas que padezcan de dolores físicos o psíquicos. Un año más tarde, se aprobó la eutanasia en niños recién nacidos, que sufriesen de graves malformaciones¹³⁷.

¹³³ Nicolás García. *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*. Bogotá: Estudios en Derecho y Gobierno, 2008, p. 54

¹³⁴ Javier Vega. *La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia, una Valoración Moral*. Tesis de Doctorado. Roma: Universidad Pontificia de la Santa Cruz, 2005. p. 104

¹³⁵ *Id.*, p. 106

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Javier Vega. *La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia, una Valoración Moral*. *Óp. cit.*, p. 108

En el año 2000, finalmente se aprueba el proyecto de ley sobre la eutanasia en el Parlamento con 46 votos a 28 y en el 2001 se aprueba en el Senado con 104 votos a 40. Con las dos aprobaciones tanto de la Cámara Baja como Alta, se publica y entra en vigencia desde el 2002, la Ley sobre la eutanasia y el suicidio asistido¹³⁸. El código penal Holandés, reza respecto de la eutanasia lo siguiente:

Art. 293.-

1. El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con un apena de multa de la categoría quinta.
2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal conforme el artículo 7, párrafo segundo de la Ley Reguladora de los Funerales¹³⁹.

Como podemos observar, el Código Penal en Holanda sanciona al acto de quitar la vida a otra persona, incluso existiendo una solicitud expresa. Lo que existe es un excluyente, dado que el numeral 2 del art. 293, determina la inimputabilidad penal, siempre que haya sido un médico el que haya quitado la vida de una persona, cumpliendo los requisitos previstos en la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio así como la Ley Reguladora de Funerales.

El art. 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, establece lo siguiente:

Artículo 2.-

1. Los requisitos de cuidado a los que se refiere el artículo 293, párrafo segundo, del Código Penal, implican que el médico:
 - a. ha llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada,
 - b. ha llegado al convencimiento de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanza de mejora,
 - c. ha informado al paciente de la situación en que se encuentra y de sus perspectivas de futuro,

¹³⁸ Peter Tak. *La Nueva Ley sobre Eutanasia en Holanda, y sus precedentes*.

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/179/174> (acceso 16/02/2015).

¹³⁹ Elma del Carmen Trejo. *Legislación Internacional y Estudio del Derecho...*. Óp. Cit., p. 25

- d.* ha llegado al convencimiento junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último,
- e.* ha consultado, por lo menos, con un médico independiente que ha visto al paciente y que ha emitido su dictamen por escrito sobre el cumplimiento de los requisitos de cuidado a los que se refieren los apartados a. ald. Y
- f.* ha llevado a cabo la terminación de la vida o el auxilio al suicidio con el máximo cuidado y esmero profesional posibles.
2. El médico podrá atender la petición de un paciente, que cuente al menos con dieciséis años de edad, que ya no esté en condiciones de expresar su voluntad pero que estuvo en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses al respecto antes de pasar a encontrarse en el citado estado de incapacidad y que redactó una declaración por escrito que contenga una petición de terminación de su vida. Se aplicarán por analogía los requisitos de cuidado a los que se refiere el párrafo primero¹⁴⁰.

Además de estos requisitos, el médico que practicó la eutanasia, no puede olvidarse de comunicar de esto al médico forense y al Comité Regional, determinando que la muerte no fue natural. Sin embargo, desde el 2002, ya no es labor del médico determinar que él cumplió con todas las exigencias que la ley considerar necesarias para que su acto se considere como justificante, sino que será labor del fiscal el determinar lo contrario. Como podemos observar, en Holanda la eutanasia activa se legalizó, ya sea de carácter voluntario o involuntario (este último se conoce en la doctrina como living will), pero con ciertos requisitos necesarios a ser cumplidos, caso contrario, su sanción es de hasta 12 años de prisión, para la eutanasia activa (Art.293) y de hasta 3 años de prisión, para la inducción y colaboración al suicidio consumado (Art. 294)¹⁴¹. La eutanasia o muerte asistida en Holanda, no solo ha enfocado dicho privilegio al enfermo terminal o al que sufre dolores crónicos, sino que mediante sentencias de la Corte Suprema se ha expandido su campo de aplicación. Posteriormente estudiaremos algunas jurisprudencias para poder ejemplificar las mismas.

3.4 Análisis Jurisprudencia

A continuación realizaremos el análisis de algunas jurisprudencias, de tal forma que se pueda apreciar como diferentes Ordenamientos Jurídicos, han sentenciado a favor de quien dio la muerte a otra persona, bajo las premisas de ayuda, dignidad, y piedad de determinadas personas.

¹⁴⁰*Id.*, pp. 26-27

¹⁴¹ Alicia Rodríguez. *La eutanasia activa en la legislación holandesa*. Madrid: UNED, 1994. p. 293

A) Caso Postma – Holanda 1973

Empezaremos analizando el caso emblemático que se dio en Holanda en 1973, conocido como el “Caso Postma”. Este caso nos relata como la doctora Frisona Gertruida Postma, fue sentenciada en la ciudad de Leeuwarden, por haber terminado con la vida de su madre. Mujer que sufría de una grave hemorragia cerebral, lo que había causado que ella estuviese en gran parte paralizada, tuviera problemas de habla, fuera sorda y por esos motivos una vez haya intentado suicidarse sin poder concretar tal acto y habría expresado en varias ocasiones su deseo de morir, así como la ayuda de su hija ¹⁴². Por esos motivos su hija Gertruida, al ver que su madre era miserable y que el geriátrico (Nursing Home), donde vivía, era de circunstancias deplorables, decidió suministrarle una dosis letal de morfina. La Corte de Leeuwarden, mediante sentencia 1973/183, el 26 de febrero, sentenció como culpable a Gertruida Postma, dado que consideraron que su madre no estaba sufriendo dolores crónicos derivados de su padecimiento, su padecimiento tampoco la estaba matando, y nunca se consultó a otro médico sobre dicho cuadro clínico. Si bien se halló culpable a Gertruida Postma, dicha sentencia sirvió como jurisprudencia para poder determinar posteriormente al acto de eutanasia como justificante penal.

Este Proceso pasó a los anales de la jurisprudencia neerlandesa como Leeuwarder Euthanasieproces... Los propios facultativos holandeses reconocen la importancia de dicha sentencia, pues desde ese momento sabrían a qué criterios acogerse para evitar no la condena pero sí la punibilidad para sus actos de eutanasia¹⁴³.

B) Caso Alkmaar – Holanda 1983

A continuación revisaremos uno de los casos más importante y significativos de Holanda, conocido como Caso Alkmaar. Este caso se dio cuando la Sra. María Barendregt, que era paciente del Dr. Schoonheim, en un centro geriátrico, solicitó mediante un testamento vital en 1980, de que se le practique la eutanasia activa, de ser el caso que llegara a quedar en un estado sin esperanza alguna, en razón de su dignidad¹⁴⁴. En 1981 ya con 94 años de edad, prácticamente no podía moverse dado que había sufrido una fractura

¹⁴² Juan Jesús Mora. *Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El Proyecto de ley Korthals/Borst*. Madrid: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 2002. p. 554

¹⁴³*Id.*, pp. 554-556

¹⁴⁴*Id.*, p. 556

de cadera, pérdida de visión y audición, así como incapacidad de hablar. Por su estado biológico de vejez, dependía totalmente del cuidado de enfermeros, pues por ella misma no podía realizar absolutamente nada. María Barendregt, llegó a tal punto que en ciertos momentos no podía comer y beber, motivo por el cual se le tuvo que inducir a un estado de inconsciencia, para que no sufriera dolores, pero al despertar de ese estado, solicitó de manera clara y enfática que nunca quisiera volver a pasar por lo mismo, por lo que quería se le practique una eutanasia.

Al poco tiempo, se fue empeorando la salud de ella, e insistió que quería se le practique una eutanasia, motivo por el cual el Dr. Schoonheim, tuvo una reunión primero con su médico asistente para que él conociera la solicitud de eutanasia, dado que él conocía el estado actual de la Sra. Barendregt y una segunda reunión con el hijo de ella, de tal forma que ambos den la aprobación para practicar la eutanasia, entendiendo la situación real por la que ella estaba pasando y que esa era la voluntad de ella. Una vez que ambos accedieron, se reunieron con María, quién manifestó que quisiera se practique la eutanasia lo más pronto posible¹⁴⁵.

Fue por tanto, ejecutada la eutanasia activa. Pocos días después, el 16 de julio de 1982, contando con la presencia de su asistente, este facultativo administró tres inyecciones: un agente barbitúrico para provocar el sueño; un agente barbitúrico, ocho minutos más tarde, para conducirla al estado de coma, y después curare, para ocasionar una crisis respiratoria letal¹⁴⁶.

El 10 de mayo de 1983, la Corte Municipal de Alkmaar, mediante sentencia 1983/407, falló a favor del Dr. Schoonheim, fundamentando dicha sentencia en tres motivos principales; Primero, que en Holanda cada vez era más grande la aceptación y entendimiento del derecho de la autonomía de las personas, respecto poner fin a sus vidas; Segundo, que se tenía el conocimiento que para poner fin a la vida de una persona, de manera digna y sin violencia es necesario contar con la asistencia de un tercero; Tercero, si bien asistir en la muerte a una persona a petición de esta podría atentar contra el Código Penal, no sería ilegal si dicha acción podría ser considerada deseable según la ley¹⁴⁷. Este caso fue el primero en llegar al Tribunal Supremo, y en la Corte de Amsterdam, se puso en

¹⁴⁵*Ibíd.*

¹⁴⁶*Id.*, p. 557

¹⁴⁷ Javier Vega. *La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia,...* ". *Óp. cit.*, p. 104

tela de duda, si existió un estado de necesidad tal para que el Dr. Schoonheim haya realizado la eutanasia. Motivo por el cual el caso fue remitido al Tribunal de Apelación de la Haya, de tal forma que se determine si se actuó en un estado de necesidad¹⁴⁸.

El día 11 de septiembre de 1986, el acusado fue librado sin cargos sobre la base de la aplicación de la defensa por estado de necesidad, ya que éste mantuvo que no había contrariado en absoluto los criterios de ética médica, decidiendo siempre en razón de los parámetros de una decisión médica razonable. Es más, en el trabajo *Las Vicisitudes del artículo 293 del Código Penal desde 1981 hasta la actualidad (De wederwaardigheden van artikel 293 van het Wetboek van Strafrecht vanaf 1981 tot heden)*, se estableció que esta sentencia del Tribunal de Apelación elevó más que ninguna otra anterior la discusión de si la eutanasia podría ser justificable por sufrimiento psicológico, opuesto este al psiquiátrico, o a causa de una reacción psicológica normal ante la degeneración física, opuesta está a respuestas anormales. María Barendregt estaba muy lejos de ser una paciente psiquiátrica, por lo que su deseo de morir puede considerarse como una reacción normal ante su estado de miseria biológica¹⁴⁹.

La sentencia de la Corte de Alkmaar, creo jurisprudencia de primer nivel, dado que desde ahí se exoneró de la sanción establecida en el Código Penal, a los médicos que practiquen la eutanasia, siempre y cuando sus acciones sean el resultado de un conflicto de deberes, se aplique la defensa por estado de necesidad y que la eutanasia sea realizada bajo las condiciones de: petición del paciente enfermo, sufrimientos insoportables del paciente y la consulta a un médico colega¹⁵⁰. Esta sentencia también sirvió para que se realice en el año 1991, por parte de Jan Remmelink, lo que se conoce como el *Informe Remmelink*, una investigación donde se determinó de manera real el alcance de la eutanasia y suicidio asistido. Instrumento que fue fundamento importante para que el Gobierno Holandés decida reglamentar las prácticas de eutanasia y suicidio asistido, dado que se estaban practicando en una enorme cantidad, tanto con (voluntaria) y sin (involuntaria) el consentimiento de los pacientes, motivo por el cual se debía mediante una reforma a la Ley de Enterramiento o Ley de Inhumaciones e Incineraciones, estipular las prácticas de la misma (como analizamos anteriormente el punto 3.3 literal E)¹⁵¹.

¹⁴⁸ Juan Jesús Mora. *Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos...*. Óp., cit., p. 559

¹⁴⁹ *Id.*, p. 560

¹⁵⁰ Joan Mateu. *Eutanasia: una batalla por ganar*. España: LibrosEnRed, 2008. p. 32

¹⁵¹ Herbert Hendin. *Suicidio, Suicidio Asistido y Eutanasia. Lecciones de la experiencia holandesa*. España: Instituto de Ciencias para la familia, 2009. pp. 5-6

C) Caso Chabot – Holanda 1994

Otro caso muy importante fue el denominado Caso Chabot. Este caso nos relata como el psiquiatra Boudewijn Chabot en septiembre de 1991, acompañó a una paciente cuya que sufría por experiencias personales muy dolorosas, entre ellas el suicidio de su hijo, una depresión muy fuerte, y le suministró medicamentos mortales para que cometa un suicidio asistido. Posteriormente informó como estipulaba la jurisprudencia precedente, a las autoridades correspondientes del hecho. Tanto el juzgado de Assen como el Tribunal de Apelación de Leeuwarden sentenciaron a favor de Chabot¹⁵². Sin embargo, el 21 de junio de 1994 mediante sentencia NJ. 1994/656 del Tribunal Supremo, se encontró culpable a Chabot, pero no se le dio pena alguna. Dicha culpabilidad se fundamentó de la siguiente manera:

La Corte Suprema decidió que en principio un médico puede apelar con éxito a fuerza mayor después de realizar eutanasia o suicidio asistido con pacientes que no están en una fase terminal y que tiene un sufrimiento psíquico en vez de somático. Para asegurar la petición libre del paciente un segundo psiquiatra tiene que haber investigado al paciente y confirmado que no existen otras posibilidades para aliviar el sufrimiento; cuando tales posibilidades existen la asistencia al suicidio no está permitida (una regla de subsidiaridad). Chabot no había pedido a un colega examinar al paciente y por esa razón era convicto pero no penado¹⁵³.

Chabot fue llamado a presentarse ante la Corte Médica de Amsterdam, en 1995, donde se reprobó su acto de haber asistido un suicidio, sin haber colmado todos los caminos posibles para tratar la depresión de su paciente, que incluso viciaba el consentimiento del mismo paciente. La Corte decidió que un médico solo puede asistir en un suicidio cuando no haya posibilidades médicas para aliviar el sufrimiento, sin embargo, sí se podrá realizar una eutanasia o suicidio asistido en caso de pacientes no terminales pero con sufrimiento somático y psíquico¹⁵⁴.

¹⁵² Juan Jesús Mora. *Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos...*”. *Óp., cit.*, p. 562

¹⁵³ Dr. H. Jochensem. *Eutanasia: La situación en Holanda y una evaluación crítica.*

<http://aebioetica.org/revistas/1996/3/27/297.pdf> (acceso: 17/02/2015)

¹⁵⁴ *Ibíd.*

D) Caso Groninger – Holanda 1995

Uno de los casos más discutidos hasta la actualidad es el de Groninger, donde los Tribunales aceptaron la apelación de fuerza mayor, en el caso específico de eutanasia de recién nacidos, que han nacido con malformaciones de carácter grave¹⁵⁵. El presente caso se trata de una niña que nació con un síndrome que ocasionaba varios trastornos graves en su desarrollo, y con una esperanza de vida corta (1 año aproximadamente), conocido como trisomía 13. A las dos semanas de salida del hospital, dado que sufría de dolores y el médico había consultado con colegas del caso específico y no veía posibilidades de ayudarla, decidieron junto a los padres que se debía practicar una eutanasia.¹⁵⁶

Los Tribunales aceptaron la apelación de fuerza mayor en este caso, ya que no había como tratar al bebé y dicha enfermedad que sufría la mataría, solo era incierto cuanto tiempo tomaría en que muera. Al mismo tiempo, estos Tribunales estuvieron aceptando tanto la eutanasia voluntaria como involuntaria en Holanda, es decir en la que se toman las decisiones por una persona que no puede expresarse por sí misma. Años más tarde y como fundamento en esta jurisprudencia, se creó en Holanda el “Protocolo de Groningen”, avalado por la Asociación Holandesa de Pediatría, mediante el cual se regula la eutanasia involuntaria respecto de los recién nacidos, cuando: vayan a morir poco después del nacimiento; cuando requieran de cuidados intensivos para sobrevivir pero que su recuperación y calidad de vida es casi nula (bebés con daños cerebrales profundos y afectaciones importantes en sus órganos); y, cuando existan pronósticos sin esperanza y sufrimiento intratable (espina bífida grave)¹⁵⁷.

E) Corte Constitucional Colombia - 1997

A continuación analizaremos el fallo de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se despenalizó a la eutanasia. En Colombia su Código Penal, claramente sanciona el acto de dar la muerte a otra persona, incluso si esa persona sufre de dolores intensos o

¹⁵⁵ Javier Vega. *La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia,...*”. *Óp. cit.*, p. 108

¹⁵⁶ *Id.*, pp. 108-109

¹⁵⁷ Elisa García. *Protocolo de Groningen*. <http://www.aceb.org/tvh06/gron.htm> (acceso: 17/02/2015).

enfermedad incurable, este tipo penal es conocido como homicidio por piedad. “Art. 106. *Homicidio por Piedad*. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”¹⁵⁸.

Sin embargo, la Corte constitucional de Colombia, en 1997, mediante Sentencia C-239/97, determinó que si bien el Código Penal tipificaba acertadamente el homicidio piadoso (Art. 326 en ese entonces, actualmente Art. 106), no es delito si concurre en dicho acto la existencia de ciertas condiciones como son: la existencia de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, que el sujeto pasivo consciente en que se le quite la vida y que quién la practique sea un médico titulado¹⁵⁹. La Corte Constitucional, resolvió de la siguiente manera:

Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada.

Segundo: Exhortar al Congreso para que en el tiempo más breve posible, y conforme a los principios constitucionales y a elementales consideraciones de humanidad, regule el tema de la muerte digna

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quien corresponda, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente¹⁶⁰.

Con esta sentencia, Colombia pasó a ser el primer país en Latino América en legalizar la eutanasia. Si se analiza el espíritu de los Magistrados en esta sentencia, uno puede apreciar claramente que ellos legalizaron en primer lugar una eutanasia activa y segundo, que el tratamiento de la misma se da sin eliminar el tipo penal de homicidio por piedad, sino como un justificante de responsabilidad penal, respecto de dicho artículo contemplado en el Código Penal, bajo la exhortación de que el Congreso regule con prontitud la muerte digna.

El gran problema es que hasta la actualidad en Colombia no se ha reglamentado la eutanasia o muerte asistida, mediante ninguna legislación. Lo que crea una confusión,

¹⁵⁸ Código Penal (Colombia). Artículo 126. 24 de julio de 2000.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Colombia. Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1997.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

dado que se puede claramente observar que actualmente el Código Penal sigue sancionando dicha acción (Art. 106), pero que existe una jurisprudencia de la Corte Constitucional por otro lado, que legalizó la eutanasia, hace casi 18 años.

Colombia es el único país del mundo que tiene una legislación ambigua, que prohíbe y sanciona con prisión, pero que a la vez despenaliza la eutanasia. Quiénes despenalizaron la eutanasia vía sentencia de la Corte Constitucional, utilizaron un medio jurídico poco idóneo para implantarla en todo un país...¹⁶¹

3.5 Tipos de eutanasia a ser incluidos en el COIP

Una vez que he procedido a realizar un análisis tanto de legislaciones y jurisprudencia respecto la eutanasia, de tal forma que se pueda apreciar las similitudes y contrastes existentes entre las mismas. Utilizaré lo más importante de cada una de ellas, de tal forma que se pueda ir delimitando qué eutanasia se reconocerá en el Ecuador, como justificante de responsabilidad penal, respecto del delito de homicidio y homicidio por mala práctica profesional.

Iniciaré estipulando que nuestra legislación no debe optar por tipificar el homicidio piadoso, dado que no es menester de esta tesis lograr que la eutanasia sea considerada un atenuante de la pena, sino específicamente como una causal de inimputabilidad penal, al ser tratado como justificante de responsabilidad penal, cuando se cumplan ciertas condiciones obligatorias. De la misma forma, no es procedente tampoco, reconocer el suicidio asistido, dado que no nos compete el estudio de la muerte ocasionada por el mismo sujeto pasivo, ya que dicho acto no se configuraría en homicidio u homicidio por negligencia profesional sino en un delito de instigación al suicidio.

El Código Orgánico Integral penal deberá reconocer como justificante de responsabilidad tanto a la eutanasia activa como pasiva, pero únicamente con carácter de voluntaria. Esto es ya que la singularidad que acarrea que sea solicitada de manera voluntaria por parte del sujeto pasivo, responde al derecho del mismo, de renunciar al bien protegido vida, consintiendo su renuncia como titular del mismo. Como hemos mencionado, actualmente al matar a una persona, realizando una eutanasia activa, nuestro

¹⁶¹ Yolanda Guerra. “Ley, jurisprudencia y eutanasia”. *Revista Latino Americana de Bioética* (2013), p. 77.

ordenamiento lo calificaría como un homicidio. Por otro lado, si se dejara morir a una persona, mediante actos omisivos, dado que existe un deber objetivo de cuidado por el profesional de la salud, es decir una eutanasia pasiva, se calificaría tal acto como un homicidio por negligencia profesional. En el siguiente apartado revisaremos las exigencias o condiciones que deberán cumplir tanto la eutanasia activa como pasiva para ser consideradas justificante de responsabilidad dentro del COIP.

3.6 Fundamentos y reglas de cuando y donde procedería la eutanasia

Como pudimos observar a lo largo de la presente tesis, las diferentes legislaciones han determinado en su marco legal, las condiciones mínimas para que el acto de quitar la vida a otra persona, sea considerado un acto que por más que sea condenado, no tenga imputabilidad o sanción penal, para quien la realiza. Dichos requisitos, son de vital importancia, dado que determinarán exclusivamente cuando procede el justificante penal y cuando se tendrá que juzgar de manera normal.

Debe quedar claro que tanto la eutanasia activa y pasiva serán considerados justificante de responsabilidad penal, siempre y cuando se configure lo siguiente: A) Que la persona solicite de manera clara y voluntaria, a un tercero para que le quiten la vida. B) Que la persona solicite de manera clara y voluntaria, que no se continúe con ningún procedimiento médico que pueda prolongar su vida y que se deje que la enfermedad siga su curso natural. C) Que el solicitante padezca de una enfermedad terminal e incurable con un pronóstico de vida de no más de 1 año o que sufra de dolores crónicos derivados ya sea de una enfermedad terminal o por un accidente. D) Que la persona que practique la eutanasia sea un profesional de la salud.

Si bien los requisitos serán los que configuren la existencia de un justificante de responsabilidad penal, de igual forma se debe determinar el proceso mediante el cual se tendría que realizar la eutanasia: A) Podrán solicitar la eutanasia todas las personas mayores de 18 años que sufren de enfermedades terminales o dolores crónicos. B) El profesional de la salud que va a practicar la eutanasia tendrá que al menos consultar con otro médico más, sobre el caso e historial clínico del sujeto pasivo, de tal forma que se determine que existe una necesidad justificada de practicar la eutanasia. C) El profesional

de la salud deberá dejar como constancia en el acta de defunción, que la muerte no fue natural sino mediante una eutanasia. D) Para la eutanasia activa, el profesional de la salud suministrará barbitúricos que quiten la vida del paciente, procurando una muerte digna y sin dolor. E) Para la eutanasia pasiva, el profesional de la salud podrá suministrar medicina paliativa, de tal forma que se controle el dolor del paciente, pero que no se prolongue ni acorte su vida. F) Antes de realizar cualquier eutanasia, el profesional de la salud tiene que haber informado al paciente de su estado actual y de las consecuencias de su decisión. G) La eutanasia activa y pasiva se tendrá que realizar en hospitales públicos o privados, de tal forma que se garantice que el sujeto pasivo cuente con todas las medidas necesarias para que se le realice una eutanasia de la mejor forma posible. Estos últimos requisitos que determinan el proceso mediante el cual se realizaría la eutanasia, no deben necesariamente incorporarse dentro del COIP, los estipulo a manera ejemplificativa. Se entendería que creado el justificante de responsabilidad penal, los legisladores deberían trabajar en una Ley que determine todo lo concerniente a la eutanasia y muerte digna, motivo por el cual el articulado de justificante de responsabilidad penal en casos de eutanasia activa o pasiva deberá remitir a dicha ley.

3.7 Posibles sanciones legales al incumplimiento de las reglas sobre la eutanasia

Dado que el justificante penal, para la práctica de eutanasia activa y pasiva, que debería ser tipificado dentro del COIP, servirá para que dicho acto, no pueda ser imputable a la persona que lo cometió, siempre y cuando se adecue a todos los requisitos mínimos exigidos. Es necesario determinar cuál será la sanción para la persona que realice una eutanasia, pero que falte uno de los elementos esenciales y mínimos, para que dicho acto configure un justificante penal.

Considero que, de ser el caso que el médico haya realizado una eutanasia activa, pero sin cumplir con todos los requisitos mínimos, tendrá que ser sancionado con prisión de 10 a 13 años, es decir el equivalente al otorgado en el art. 144 del COIP, al Homicidio. Siguiendo la misma analogía, el médico que realice una eutanasia pasiva, sin cumplir con todos los requisitos mínimos, tendrá que ser sancionado con prisión de 1 a 3 años, es decir el equivalente al otorgado en el art. 146 del COIP, al Homicidio Culposo por mala práctica profesional. El incumplimiento de uno de los requisitos mínimos de la eutanasia, para ser

considerado justificante penal en el COIP, nunca podrá otorgar un atenuante de la pena, dado que se busca garantizar que se utilice dicha acción únicamente cuando el caso amerite, caso contrario se utilizaría de manera errada el acto eutanásico, con fines diferentes al de la piedad, dignidad, y muerte digna.

Conclusiones

Como hemos podido observar a lo largo de la presente tesis, la eutanasia denota claramente un avance dentro de la sociedad, al reconocer el derecho del individuo que no goza de una calidad de vida digna, de poder decidir sobre como terminar con la misma, y poner de esta forma fin a su sufrimiento. Siempre se debe observar a la eutanasia como el medio para poder procurar el fin último de la misma, que es una muerte digna del paciente que sufre de una enfermedad terminal o dolores crónicos. Es parte inherente del ser humano, el procurar la mejor calidad de vida para el prójimo, sin embargo, cuando existen límites que no se pueden sobrellevar o superar, es cuando la misericordia y piedad deben entrar en juego, de tal forma que prima la muerte digna sobre el bien jurídico vida. La dignidad no es un derecho que se le otorgue al ser humano, sino es un derecho inherente como tal, motivo por el cual al no existir dignidad en la calidad de vida de un individuo, su decisión de terminar con la misma, debe ser respetada, aceptada y brindar toda la ayuda necesaria para el fin idóneo de la eutanasia.

El entender a la eutanasia y plasmarla dentro de cuerpos legales, denota un claro avance por parte de la sociedad y el Estado, respecto la implacable realidad que sufren miles de personas, que deben sufrir enfermedades terminales y dolores crónicos, a sabiendas que no existe una cura para su mal, pues son irreversibles e incurables y ponderar equitativamente el poder terminar con la vida de dichas personas en beneficio de ellas mismas. El Estado al aceptar la eutanasia, y entender los límites de la medicina, se vuelve un Estado más humanitario, dado que deja de tener como objetivo únicamente el prolongar la vida del paciente y mitigar sus dolores, sino en aceptar que la realidad de dichas personas representan claramente una vida indigna y tormentosa.

La eutanasia tanto activa como pasiva, al ser legalizada o normada dentro de la Ley, garantiza un proceso claro y transparente, donde se practique la misma de una manera humana, sin dolor, con normas establecidas y bajo el consentimiento del individuo. Al existir un vacío legal en la actualidad, la eutanasia se practica de manera ilegal, sin certeza de dónde y cómo se la realiza y bajo el claro entendimiento de que dicho acto actualmente está tipificado en el COIP como un homicidio simple u homicidio culposo por Negligencia Profesional.

El Ecuador para dar un avance histórico en la materia, debe necesariamente incluir a la eutanasia dentro del COIP como un justificante penal, de tal forma que dicho acto no sea sancionado erróneamente. Creo que es claro que existe un gran debate sobre la eutanasia en todo el mundo, sin embargo, también es claro que la medicina tiene sus límites de efectividad para determinados casos clínicos. Es así, que la eutanasia activa y pasiva deben ser consideradas justificantes penales dentro del COIP, cuando claramente converjan los requisitos establecidos en la presente tesis para la configuración de la eutanasia como justificante penal. Esto es, que la eutanasia sea practicada por un profesional(es) de la salud (sujeto activo), en un Hospital Público o Privado, a un paciente que exprese de manera clara y consciente su voluntad de terminar con su vida dado que padece de una enfermedad terminal o dolores crónicos incurables.

Al ser el Ecuador un Estado garantista de derechos, como es el derecho a la vida digna y derecho a una muerte digna, se debe de manera obligatoria entender el motivo social y humano, que conlleva la eutanasia como justificante penal. Si bien el tipificar a la eutanasia dentro del COIP como justificante penal, solucionará el gran problema que actualmente existe, al asimilarla erróneamente con el homicidio simple o un homicidio culposo por mala práctica profesional, necesariamente el Estado deberá generar una Ley que regule la práctica de la eutanasia como tal, o incluirla dentro de la Ley Orgánica de la Salud y su respectivo reglamento. Dentro de dicha Ley, se deberá normar todo lo concerniente a como se realizará la eutanasia activa y pasiva, lugar donde se la puede realizar, quién lo puede realizar, bajo qué procedimiento se realizará, historia clínica del paciente, apoyo psicológico al paciente, así como sanciones al incumplimiento de lo establecido en dicha Ley. Todo esto con la finalidad de que si bien el COIP no sancione a la eutanasia por ser un justificante penal, otra norma o ley la regule en su totalidad, para un cabal cumplimiento de la misma.

Bibliografía

- Albán, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- Angell, Marcia. *Euthanasia*. Holanda: N Engl J Med, 1988.
- Asúa, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II.* . Buenos Aires: Losada S.A., 1962.
- Azzollini, Alicia. *Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?* s.f. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/172/5.pdf> . 19 de enero de 2015.
- Bonanno, Antonio. *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Losada, 2005.
- Briceño, Leopoldo. *THANATOS*. s.f. 06 de 12 de 2014.
<<http://biosalud.saber.ula.ve/sociedades/academia/Thanatos.htm>>.
- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 2011.
- Cousino, Luis. *Breve Curso de Medicina*. Chile: Talleres del Politécnico de Menores, 1942.
- Dagnino, Jorge. *Definiciones y Clasificaciones del Dolor*. s.f. 07 de 12 de 2014.
<http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/boletin/html/dolor/3_2.html>.
- Division, Oregon Public Health. *Oregon's Death With Dignity Act-2014*. s.f.
<http://public.health.oregon.gov/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Documents/year17.pdf>. 15 de febrero de 2015.
- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial* . Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.
- El Comercio. *El drama de Brittany Maynard reabre debate sobre la eutanasia*. s.f.
<http://elcomercio.pe/mundo/eeuu/drama-brittany-maynard-reabre-debate-sobre-eutanasia-noticia-1767619> . 16 de febrero de 2015.
- Farfán, Francisco. *Eutanasia, Derechos Humanos y la Ley Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez, 1996.
- García, Elisa. *Protocolo de Groningen*. s.f. <http://www.aceb.org/tvh06/gron.htm> . 17 de febrero de 2015.
- García, Nicolás. *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*. . Bogotá: Estudios en Derecho y Gobierno, 2008.
- Garrido, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Gascon, Marina. *¿De qué estamos hablando cuando hablamos de Eutanasia?. Revista Humanitas Humanidades Médicas*. Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2003.

- GER . *Gran Enciclopedia RIALP*. Madrid: Rialp S.A., 1993.
- Gimbernat, Enrique. *Eutanasia y Derecho Penal*. Madrid: Tecnos, 1990.
- Giráldez, María. *Estatuto antropológico de la enfermedad y el dolor en el enfermo terminal. Vida y Ética*. Argentina: Instituto de Bioética/UCA, 2012.
- Giráldez, Maria. *Fuente Academica Premier*. s.f. 10 de Noviembre de 2014.
- Gómez-Lobo, Alfonso. *Bienes Humanos y Eutanasia, frente a frente*. Chile: Humanitas, 2008.
- González, Olga Islas de. *Eutanasia*. s.f. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/22.pdf>. 15 de febrero de 2015.
- Guerra, Yolanda. «Ley, jurisprudencia y eutanasia.» *Revista Latino Americanca de Bioética* (2013): 77.
- Hendin, Herbert. *Suicidio, Suicidio Asistido y Eutanasia. Lecciones de la experiencia holandesa*. España: Instituto de Ciencias para la familia, 2009.
- Hörman, Karl. *Diccionario de Moral Cristiana*. Barcelona: Ed Herder, 1985.
- Hume, David. *Sobre el Suicidio y Otros Ensayos*. Madrid: Alianza, 1988.
- Iracheta, Francisco. *Sobre Dignidad y Eutanasia Voluntaria: Tres aproximaciones morales*. Mexico: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2012.
- Jiménez de Asúa, Luis. *Libertad de Amar y Derecho a Morir*. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- Jochensem, Dr. H. *Eutanasia: La situación en Holanda y una evaluación crítica*. s.f. <http://aebioetica.org/revistas/1996/3/27/297.pdf>. 17 de febrero de 2015.
- Kant, Immanuel. *La Metafísica de las costumbres. (Traducción y notas de Adela Cortina)*. Madrid: Alianza, 1989.
- Lozano, Germán. *Eutanasia: Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos. La Eutanasia Activa en Colombia: Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Maestre, María Clara. *Eutanasia: Un asunto de cuidado intensivo. Tesis de grado*. Bogotá: Pontifica Universidad Javeriana, 2001.
- Mainetti, José. *La Muerte y la Medicina*. La Plata: Quirón, 1998.
- Mateu, Joan. *Eutanasia; una batalla por ganar*. España: LibrosEnRed, 2008.
- Mendoza, Julio. *Concurso entre el delito de prevaricato por acción y homicidio culposo desde la perspectiva de la teoría de la imputación objetiva*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2005.

- Molina, Fernando. «La legítima defensa del derecho penal.» *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (2012): 20.
- Mora, Juan Jesús. «Despenalización de la eutanasia en los Países Bajos. El Proyecto de ley Korthals/Borst.» *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* (2002): 554-556.
- Moro, Tomás. *Utopía*. Barcelona: Biblioteca Mundial, 1987.
- Moscoso, Javier. «El Dolor Crónico en la Historia.» *Revista de Estudios Sociales* (2013): 170-176.
- Murillo, Carlos Tirso. *Estudio sobre la Eutanasia*. Medellín: Tesis de Grado, Universidad CES, 2010.
- Núñez, Miguel Ángel. *La Buena Muerte - El derecho a Morir con Dignidad*. Madrid: Tecnos, 2006.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 2011.
- Price, Jorge Merchán. *La eutanasia no es un acto médico*. Colombia: Persona y Bioética, 2008.
- Río, Asunción Alvares del. *Algunos avances en la regulación sobre la eutanasia en América Latina: el caso de Colombia y México*. s.f.
<http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=08765eef-a3ca-483c-b7dd-a48642493c47%40sessionmgr115&vid=32&hid=101>. 19 de enero de 2015.
- Ríos, Jaime. *El consentimiento en materia penal*. Chile: Universidad de TALCA, 2006.
- Rivera, César. *Aspectos Éticos de la Eutanasia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Rodríguez, Alicia. *La eutanasia activa en la legislación holandesa*. Madrid: UNED, 1994.
- Schnitzer, Vivianne. *El escuadrón de la muerte del Hospital Lainz*. s.f. 07 de 12 de 2014.
<http://elpais.com/diario/1989/04/16/internacional/608680807_850215.html>.
- Serrano, José Miguel. *Sobre la injusticia de la Eutanasia*. s.f.
<http://web.b.ebscohost.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=13&sid=08765eef-a3ca-483c-b7dd-a48642493c47%40sessionmgr115&hid=101>. 25 de enero de 2015.
- Spagnolo, Antonio. *Decisiones en Medicina Crítica: Entre el Encarnizamiento Terapéutico y la Eutanasia*. Buenos Aires: Instituto de Bioética-Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2004.
- State, Oregon. *The Oregon Death With Dignity Act*. s.f.
http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/dwda_revised_statute.pdf. 15 de febrero de 2015.
- Suetonio, Cayo. *Vida de los doce Césares*. Madrid: Sarpe, 1985.

- Tak, Peter. *La Nueva Ley sobre Eutanasia en Holanda, y sus precedentes*. s.f. <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/179/174>. 16 de febrero de 2015.
- Trejo, Elma del Carmen. *Legislación Internacional y Estudio del Derecho Comparado de la Eutanasia*. México: Centro de Documentación, Información y Análisis, Cámara de Diputados, 2007.
- Uruguay, Sindicato Médico del. *Juramento Hipocrático*. s.f. <http://www.smu.org.uy/publicaciones/libros/laetica/nor-hipocr.htm>. 6 de diciembre de 2014.
- Vega, Javier. *La Pendiente Resbaladiza en la Eutanasia, una Valoración Moral*. Roma: Universidad Pontificia de la Santa Cruz, 2005.
- . *La Práctica de la Eutanasia en Bélgica y la "Pendiente Resbaladiza"*. España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2007.
- . *La Práctica del Suicidio Asistido en Oregón y la "Pendiente Resbaladiza"*. España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2007.
- Villalobos, Daniela. *Muerte Asistida: ¿ Delito o Derecho?* Maracaibo: Tesis de Grado Universidad Rafael Urdaneta, 2007.
- Wessels, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de Derecho Penal. Parte General IV*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- Zamora, Rodrigo. *El consentimiento del Ofendido en la Eutanasia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Plexo Normativo:
- Código Orgánico Integral Penal, Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Código Penal, Colombia. 24 de julio de 2000.
- Corte Suprema de Colombia. Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1997.
- Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal de 07 de enero de 2008.
- Nuevo Código penal para el Distrito Federal. Gaceta Oficial del Distrito Federal última actualización de 03 de abril de 2012.
- Oregon State. *The Oregon Death With Dignity Act*.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.
Diario Oficial de la Federación última actualización de 24 de marzo de 2014.