

PROTECCION del DERECHO A LA VIDA.

Por: Dr. Felipe Villavicencio Terreros¹

Abstract

En el presente trabajo el autor expone sobre la protección del derecho a la vida. Sin embargo, aquello que genera problemática es en qué momento se origina o se da inicio a la vida humana y cuándo se pone fin a esta. Para el Derecho Penal la vida es un fenómeno bio-psico-social inseparablemente unido y de carácter dinámico. Asimismo, al ser dinámico, no es posible afirmar la existencia de un punto exacto de en qué momento empieza la vida. De este modo, el derecho a la vida goza de una naturaleza compleja siendo el fundamento de todos los demás bienes jurídicos, sin el que otros derechos no tendrían existencia alguna. Si bien los límites de la protección al derecho de la vida son muy discutidos, el autor considera adecuado en la actualidad el criterio de la anidación del óvulo fecundado en el útero como límite mínimo de este derecho. Por otro lado, se trata el tema de cuándo concluye la vida humana. El derecho penal mantiene la protección del derecho a la vida de la persona hasta que concluya con la muerte de la persona. Si bien el concepto muerte ha variado a lo largo de los tiempos, actualmente la consideración médico – jurídica está orientada por la Ley General de Salud que considera la ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, adoptando un sistema dual, ya que también se admite como muerte el cese irreversible de la actividad cardiorrespiratoria.

Titulo: Protección del derecho a la vida

Palabras clave: Derecho a la vida, fin de la persona, bien jurídico vida, aborto, integridad humana, vida humana dependiente e independiente.

Sumario:

- 1. Derecho a la vida.*
- 2. Fin de la persona humana.*

§1.

Derecho a la vida.

El artículo 2º, inciso 1º de la Constitución Política del Perú, declara que “toda persona tiene derecho a la vida”. A nivel global, la protección se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3º) y a nivel regional, en la Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José”, artículo 4º, primer párrafo), también el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art .6º) y la Convención Europea de Derechos

¹ Profesor de derecho penal y criminología. Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor en la Facultad de Derecho de la USMP. Miembro de Subcomité contra la Tortura de Naciones Unidas (SPT). Esta Contribución académica fue elaborada para el Libro Homenaje al profesor Dr. José Hurtado Pozo y también para la Revista Vox Juris de la Facultad de Derecho de la USMP.

Humanos (artículo 2º, primer párrafo). El derecho fundamental que tiene toda persona a la vida es indiscutible e incuestionable, con independencia de su *status*, pre- o postnatal, de su capacidad o incapacidad de vida o de la mayor o menor calidad de vida. Se trata de un derecho de todo ser humano desde su concepción hasta su muerte, haya adquirido la calidad de persona o se encuentre todavía en el vientre materno². Sin embargo, la intensidad de la protección de la vida fetal y de la del ya nacido es diferente en los distintos ordenamientos positivos, según se halle en el seno materno o fuera de él.

El bien jurídico en todos los delitos que integran el Capítulo I del Título I del Libro Segundo del Código Penal vigente es el **derecho a la vida**³. La problemática actual de la protección a este derecho debe tener en cuenta tres puntos fundamentales⁴: *alcance, extensión y límites del concepto vida humana*. Aspectos que deben ser redefinidos sobre la base de los avances obtenidos en las ciencias biológica y médica que han modificado los criterios clásicos sobre la vida humana entendida en sentido natural y han prolongado su existencia artificialmente o por medio de la técnica de trasplante de órganos.

En cuanto al límite temporal del inicio o conclusión de la vida humana, estos deben ser tratados teniendo en cuenta a los modernos procedimientos especiales como la fecundación, procreación asistida y el embrión humano no implantado en el seno materno⁵. Sin embargo, estas cuestiones aun serán tratadas en el futuro, pero deben ser analizadas teniendo en cuenta las problemáticas de la vida y de la muerte de la persona humana, la que ha adquirido y adquirirá nuevas dimensiones a través de los progresos de la ciencia. Esto se extenderá desde la protección de los embriones, pasando por la tecnología genética y el derecho de trasplante hasta las cuestiones de ayuda a morir, que se plantea y planteará de distintas maneras debido a la moderna medicina intensiva. Todos estos temas, al igual que la protección total de la vida, constituyen ámbitos centrales de trabajo no solamente de la medicina o de la bioética, sino también del derecho penal⁶.

² Requejo Conde, Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal. Editorial Comares, Granada, 2008, p 7. En el mismo sentido Félix Reinaldi quien señala: La vida inicia con la concepción, la que se equipara a la fecundación. En cuanto que el ciclo vital empieza en aquel momento en que dos realidades diversas (gametos) surge una realidad nueva y distinta (cigoto), con potencialidad y autonomía genética para presidir su propio desarrollo. Queda así configurada una vida que no es ni del padre, ni de la madre, sino de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo, con absoluta originalidad e irrepetibilidad (Félix Reinaldi, Víctor. “Delitos contra la vida humana independiente”. En: Derecho penal. Parte especial 1, Director: Fabian I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p 139).

³ Precisa Miguel Polaino-Orts (en Polaino Navarrete, Miguel et.al.: Lecciones de derecho penal. Parte especial, Tecnos, Madrid 2010, p.34) que “*el derecho penal no tutela la vida en si, como bien jurídico protegido, sino en todo caso el derecho a la vida. La distinción no es baladí: el primer concepto es meramente biológico, mientras que el segundo es netamente normativo. El bien jurídico –ningún bien jurídico, y menos en este ámbito de los delitos consistentes en privar a alguien de su vida- no puede definirse de manera ontológica, naturalística o biológica sino exclusivamente normativa*”.

⁴ Cf. Donna, Edgardo Alberto. Derecho penal. Parte especial. Tomo I, Tercera edición, Rubinzal-Culzoni Editorres, 2008, p 21 y 22

⁵ Fellini, Zulita. Homicidio simple. En: Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial. Vol 3. Director: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni. Hammurabi, 2007, p 5.

⁶ Roxin, Claus. La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro. La teoría del delito en la discusión actual. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley. 2007, p 11

El Derecho Penal contempla la vida como un fenómeno bio-psico-social inseparablemente unido y de carácter dinámico⁷. En este sentido, “por ser un proceso dinámico, no es posible afirmar la existencia de un punto exacto de cuándo comienza la vida humana”⁸. Además, su valoración es uniforme e igual, independiente de la valoración social que se haga de su titular⁹ o de la distinción de la capacidad física o mental¹⁰. La vida “es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona natural”¹¹. No obstante, la vida no se reduce a una realidad naturalística bio-fisiológica, sino aquella solo conforma su *sustrato natural* y complementada con criterios *valorativos* como la dignidad humana, considerársela como “una forma especial de vivir”¹², es decir, vivir adecuadamente en condiciones dignas, entender a la persona como un ser único e irrepetible, dotado de capacidad, de sensibilidad y orientarse conforme a valores. Estas exigencias deben tenerse en cuenta especialmente en el campo de la medicina moderna y la bioética, al momento de tratar temas como el genoma humano, la clonación humana y la manipulación genética humana.

Así, en el delito de homicidio no solo se protege de manera única el bien jurídico vida humana sino por su propia *naturaleza compleja* implica la protección de otros bienes jurídicos como la *integridad personal*¹³ y la *dignidad humana*¹⁴.

El derecho a la vida es el fundamento de todos los demás bienes jurídicos, sin el que otros derechos no tendrían existencia alguna (*naturaleza compleja*)¹⁵ y, es el primer y más importante de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana (*naturaleza valorativa*), y el derecho a que se respete su existencia le es inherente a toda persona humana como realidad psicofísica (*naturaleza ontológica*). Solo un concepto de vida humana que contenga su naturaleza compleja, valorativa y ontológica es compatible con los Derechos Humanos y los Estados Constitucionales de Derecho.

⁷ Vid. Castillo, 2000, p. 27.

⁸ Donna 1999, p. 17; Idem, 2008, p. 28

⁹ Muñoz Conde: 1995, 21. Para Vásquez Shimajuko (La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico-penal en Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 3, 2002, Grijley..p. 374) “la protección jurídico penal de la vida debe descansar sobre una base naturalística, como realidad físico-biológica, que permita, en algunos casos, la penetración de elementos valorativos en dicha protección, y en la que aquella sirva de límite a la valoración jurídica o social de la que puede ser objeto”.

¹⁰ Serrano Gómez Alfonso y Serrano Maillo, Alfonso. Derecho penal, Parte especial, Onceava edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 9

¹¹ Hurtado Pozo 1995, 2.

¹² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín, ob cit, p. 901

¹³ La protección a la vida e integridad personal es obvia. El bien jurídico de la integridad personal es parte del concepto vida, habida cuenta que como tal la complejidad del mismo cobija también a su presupuesto, puesto que, toda agresión a la integridad personal entraña un ataque al derecho de la vida, en tanto la plenitud de ésta lleva implícita aquella. v (vid Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín. Delitos contra la vida e integridad personal. En: Lecciones de derecho penal. Parte especial. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 871.

¹⁴ Donna, Edgardo Alberto. Derecho penal. Parte Especial. Tomo I, Tercera Edición, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 19. Así, la vida es el soporte de la dignidad de la persona (Peña Cabrera 1994, 71).

¹⁵ En el mismo sentido Félix Reinaldi, Víctor. “Delitos contra la vida humana independiente”. En: Derecho penal. Parte especial I, Director: Fabian I. Balcarce. Editorial Lerner, Córdoba, 2007, p. 139

Sin embargo, existen posiciones distintas que parten de presupuestos diferentes y llegan a las mismas conclusiones. La *primera*, parte de la reformulación de las relaciones entre la *vida* y la *libertad*, sustentando que todos los derechos fundamentales de la personas se deben considerar como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta postura analiza el problema desde la perspectiva del conflicto entre los bienes jurídicos de la vida y la libertad y considera que esta última es la piedra sobre la que se edifica el sistema social. La consecuencia a que se llega es que el consentimiento tendría total eficacia y además se aceptaría un derecho al suicidio que implicaría la destipificación de la inducción y ayuda al mismo (figura que el código penal peruano sanciona en el art. 113). La *segunda posición*, considera que la imputación penal debe reservarse para cuando se esté ante comportamientos que permitan la correlatividad entre derechos y deberes, esto es, cuando estén en juego derechos ajenos. En suma, la vida y la integridad personal se protegen penalmente solo respecto de las agresiones de terceros y no sobre uno mismo¹⁶.

Por otro lado, la tendencia mayoritaria se inclina por definir el bien jurídico protegido en el homicidio, tomando en cuenta tanto el derecho a la libertad y dignidad de la persona, proponiendo una consideración pluralizada del bien jurídico protegido. Así, el delito de homicidio no solo protege la *vida* sino, también la *dignidad* de la persona como un soporte de aquella, “el punto de partida de la reinterpretación se puede formular de la siguiente manera: el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento de orden político y de la paz social que no permite desconocer en la protección penal de los bienes jurídicos personales un cierto grado de determinación de la persona protegida, aunque cierto casos de conflictos, el reconocimiento de la misma no sea total”¹⁷.

El amparo de la protección Constitucional y la protección jurídico penal de la vida se proyecta a la época que precede al nacimiento de la persona. La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, pues el nacimiento da origen a la existencia legal de las personas. Por tal motivo, la protección jurídica a la vida no solo se dirige a la persona autónoma sino también se valora positivamente la protección del ser humano en *germen*¹⁸ o en su etapa *embrionaria* o en plena concepción^{19 20}.

En un sentido completamente diferente, los límites de la protección del derecho a la vida humana son muy discutidos. Es evidente, que la decisión del inicio de protección está

¹⁶ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín, ob cit, p 874-875

¹⁷ Bacigalupo, Enrique: El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física en Revista peruana de ciencias penales, N° 1, Año 1, Enero-julio, 1993, Cultural-Cuzco, Lima Perú, p. 18.

¹⁸ Habla de vida humana en *germen*: Bacigalupo, Enrique. Los delitos de homicidio, Bogotá, Temis, 1989, p 5 y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín, ob cit, p 876.

¹⁹ Así, la Segunda Parte del Numeral 1 del Artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰ Sin embargo, rechazamos aquellas explicaciones que pretendían fundamentar **licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida** (como la realizada por Karl Binding y Alfred Hoche: La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida, trad. Bautista Serigos, revisión e introducción de E.Raúl Zaffaroni, Ediar, Bs.As. 2009, pp. 49 ss.).

²⁰ Poliano Orts: ob.cit., p.36.

relacionada al desarrollo natural de la vida, pero se requiere de una decisión de carácter normativa²¹. El límite mínimo puede ser determinado desde el momento de la **fecundación** del óvulo por el espermatozoide o **anidación** del óvulo fecundado en el útero. En el derecho penal peruano es dominante el segundo criterio.

Por nuestra parte, consideramos adecuado el criterio de la **anidación** como límite mínimo de protección de la vida humana por las respectivas pruebas científicas de la biomedicina que acreditan que la vida humana comienza con la implementación del embrión en la pared del útero que se presenta a los catorce días de la fecundación, es cuando el embrión adquiere, la individualización, fenómeno de naturaleza genética²² y por cuestiones de política criminal. Según las consideraciones político-criminales, especialmente de acuerdo al principio de *subsidiariedad* penal, la vida humana del concebido se estima como bien jurídico digno de protección penal; no obstante, en un plano diferente, vinculado al principio de *fragmentariedad* resulta que: no todos los atentados contra éste antes de la *anidación* resultan adecuados de penalización, sino solo aquellos donde ya exista la unión del óvulo y el espermatozoide en el útero es ahí valorativamente donde existe “*en potencia un futuro ser humano*”²³. En definitiva, la política criminal no determina cuándo se inicia la vida humana dependiente sino trata de decidir a partir de cuándo o hasta qué momento corresponde la protección jurídica del derecho a la vida humana teniendo en cuenta el grado de certeza de su existencia²⁴. El carácter complejo de la vida humana, encarnada en un devenir donde paulatinamente se van produciendo avances cuantitativos y cualitativos que reclaman una protección más intensa, demanda del derecho penal y del principio de fragmentariedad la necesidad de establecer etapas o segmentos clasificatorios para obtener una adecuada respuesta punitiva a los diferentes grados de protección acorde con el principio de proporcionalidad²⁵.

Por lo tanto, no es aconsejable tomar como punto de partida de la vida dependiente el criterio de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, toda vez que, la relación orgánica entre el fruto y el cuerpo materno sólo se da a partir de la anidación, momento de la simbiosis entre ambos. De lo contrario ello implicaría graves inconvenientes prácticos, sociales y jurídicos²⁶, a saber: a) la técnica de fertilización *in vitro* implica la producción de una cantidad relativa de embriones de los que algunos se implantaran en el útero de la

²¹ Poliano Orts: ob.cit., p.36.

²² Romeo Casabona, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p 149. Para Gómez Pavajeau y Urbano Martínez, coincide o no la noción de concepción con la implementación del óvulo fecundado en el útero, debe darse por sentado que el concepto de anidación es el que mejor responde al ámbito de protección del bien jurídico” (ob cit, p. 883). En esta misma línea señala Gracia Martín, que lo que se protege es el bien jurídico vida como bien jurídico individual, y ello solo se consigue en el momento en que esa individualidad está plenamente constituida, esto es, con la anidación (Gracias Martín, Luís. Comentario al Código penal. Parte especial, vol I, Valencia, Tirant lo Blach, 1997, p 292)

²³ Roxin, Claus. La protección de la vida humana mediante el derecho penal. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002, p 1. Además agrega que debe participar hasta cierto punto de la protección y de la dignidad como la de un ser humano ya nacido, en orden a evitar la producción de embriones sólo con fines de investigación, como material de consumo, cosificando la vida humana.

²⁴ Romeo Casabona, Carlos María. El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p 138-139

²⁵ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín, ob cit, p 878

²⁶ Idem., p. 884-885

mujer, constituyendo aborto la primera acción y b) métodos anticonceptivos que impiden la anidación del óvulo fecundado en el útero materno tendrían que ser considerado como abortivos. Estas consideraciones resultan particularmente importante para el estudio del delito de aborto²⁷.

Se diferencia entre interrupción de la vida humana dependiente (aborto) de la vida humana independiente (homicidios) la que resulta de analizar el tema desde una óptica puramente biológica y no normativa. Pues, la mayoría en el campo doctrinario distingue entre vida humana independiente y vida humana dependiente, ya que convierte en decisivo, para la solución jurídica, un criterio puramente biológico, cuando lo que importa es la significación social²⁸. Socialmente, la vida posterior al nacimiento no puede considerarse en absoluto independiente, toda vez que la subsistencia de un recién nacido depende totalmente de la asistencia que se la brinde; en consecuencia, la independencia puramente biológica no señala un punto de vista significativo para la valoración jurídica²⁹.

Existen discrepancias sobre el *inicio de la vida humana independiente*. Así, en la doctrina penal se identifican principalmente aquellas que señalan que ésta se inicia con la *“separación del concebido del claustro materno”* con sus diferentes variables como: *el criterio de la percepción visual*³⁰, *la exteriorización*³¹, *la autonomía de vida*³², *la*

²⁷ En la doctrina internacional existen otras posiciones: Muñoz Conde, por ejemplo, opina a favor de la llamada *“solución del plazo”*, la que basándose en que durante los primeros meses de gestación los signos vitales del feto son aún muy ambiguos, por lo que existe incertidumbre del embarazo, propone como criterio jurídico penal de inicio de la vida dependiente un punto dentro del periodo de gestación en el cual no existan dudas respecto de la vida del nuevo ser. En Francia e Italia la solución del plazo se viene aplicado. En los mencionados países el inicio de la vida dependiente, para fines jurídico penal, es a partir de los tres meses de gestación, despenalizándose el aborto cometido hasta antes de dicho plazo. Para Muñoz Conde este criterio es tan arbitrario como el criterio de la fecundación o como el de la anidación (Muñoz Conde: 1995, 92).

²⁸ Donna, ob cit, p 35

²⁹ Bacigalupo, Enrique. El delito de homicidio. En: Estudio de la Parte especial del Derecho penal. Editorial AKAL, Madrid, 1991, p 18.

³⁰ Bramont-Arias Torres, Luís y García Cantizano, María del Carmen. (Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Lima, 1998, p. 40) quienes consideran que la vida humana empieza *“con la fase de expulsión del feto, una vez que comienza a salir del claustro materno”*; también Haro, 1993, p 48 quien señala: *“la protección de la vida se inicia con el nacimiento que se produce con la expulsión del feto”*; Vid. la crítica a ésta posición en Castillo Alva, (ob cit, p. 33) y Vásquez Shimajuko (ob cit, p. 378) quien sostiene que *“sus defensores no han explicado con claridad si la posibilidad de apreciar a la persona siendo expulsada del claustro materno es una posibilidad en el caso concreto (ejemplo: en un sujeto invidente o el hecho que se produzca en una habitación totalmente oscura. Estos casos serían calificados de aborto). En todo caso, se trataría de una posibilidad in abstracto, válido para todo los supuestos que se presenten”*. En derecho penal español, mantienen esta posición: Serrano Gómez, Alfonso (Derecho Penal, Parte Especial, T. I, Madrid 1996, p 31), Muñoz Conde, Francisco (Derecho Penal, Parte especial, Valencia, 1996, p 28), Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso (Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, 1994, p 22..) Felip i Saborit, David (El homicidio y sus formas, en: Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial. Dir. Silva Sánchez, Jesús Maria. Editorial ATELIER, 2006, p. 28: quien se refiere a *“la separación del claustro materno, que el cuerpo haya salido completamente al exterior”*).

³¹ Roy Freyre, Luís, Derecho Penal Peruano, Parte Especial, T.I, 1986, p.209. *“la frase *“durante el parto”* debe entenderse como *“durante el nacimiento”* el mismo comienza cuando un parte del infante se asoma al exterior”*.

³² Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, 1991, p. 18 *“en el momento de la autonomía funcional del sujeto”*; cfr. Diez Ripollés, José Luís y Gracia Martín, Luís. Comentarios al Código Penal, parte Especial, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 42 n. m. 36 (quien

viabilidad³³, la de los medios directos en su ejecución³⁴, la ejecución directa sobre el ser que está naciendo³⁵, la expulsión total³⁶ o de la respiración autónoma³⁷ y el “criterio de las contracciones”³⁸.

Para decidir, resulta adecuado el artículo 110° del Código Penal (infanticidio) que utiliza la expresión “*durante el parto*”, el misma que se inicia con los primeros dolores. El suceso del nacimiento es complejo, es todo un proceso que tiene comienzo, desarrollo y fin. Los estudios ginecológicos indican que el parto se compone de tres fases, periodo de dilatación, periodo de expulsión y periodo de alumbramiento, cuya duración varía de una mujer a otra, según la edad y número de partos que se haya tenido: el criterio decisivo que determina el comienzo del nacimiento es las contracciones de dilatación³⁹.

señala que no se requiere una acción sobre la madre (trabajo de parto o cesárea), sino una actuación directa sobre el feto (corte del cordón umbilical o excitar la respiración). Calderón Cerezo, Ángel y Choclan Montalvo, José Antonio, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, 2° edición, Bosch, 2001, p. 17 y 18 (“El nacimiento se produce cuando la criatura se independiza físicamente de la madre, lo que se manifiesta a través de la respiración pulmonar autónoma”), Morales Prats, Fermín. Del Homicidio y sus formas, en: Comentario a la Parte Especial de Derecho Penal, Dir Quinteros Olivares, Gonzalo, Editorial Aranzadi, Segunda Edición, 1999, p 31 (“se entiende por nacimiento la completa salida o separación del feto del claustro materno”); Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco y Bustos, Juan. Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p 46. (con “la autonomía de la vida, es decir, independencia biológica referidas en lo fundamental a la función circulatoria y respiratoria”).

³³ Queralt Jiménez, Joan. Derecho Penal Español, Barcelona, 1996, p. 6)

³⁴ González Rus, Juan José. en Cobo del Rosal –Dir–, Curso de Derecho Penal Español, T.I, Madrid, 1996, p 21

³⁵ Serrano Gómez, ob cit, p 10. Asimismo, expresa que: la solución más razonable es la de considerar homicidio la muerte ejecutada directamente sobre el ser que está naciendo, y a través de la parte del cuerpo desprendido del claustro materno, o incluso pendiente de desprenderse del mismo una vez iniciado el comienzo del nacimiento.

³⁶ Breglia Arias, Omar. Homicidio simple, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p 44. En contra Grisolia, Francisco; Bustos Ramírez, Juan y Politoff, Sergio. Derecho penal chileno. Editorial Jurídica de Chile, 1971, p 56.

³⁷ Blanco, 2005, 93, también Calderón Cerezo, Ángel. Comentario al Código penal. Director: Cándido Conde- Pumpido Tourón. Vol 2, Bosch, 2007, p 1014. En Argentina: Molinario, Alfredo. Los delitos. Primera Impresión. Actualizado por Aguirre Obarrio, TEA, Buenos Aires, 1996, Tomo I, p 67; en Colombia Ferreira Delgado, ob cit, p 17. La dificultad que presenta este criterio está referida a la complejidad de la prueba, para demostrar si ha tenido ocurrencia la función respiratoria, esto es cuando se ha abandonado la respiración placentaria dando lugar a la pulmonar.

³⁸ Criterio dominante en Alemania desde la Sentencia del BGH 32, 194, siendo este el mismo criterio seguido en España por la STS de 23 de octubre de 1996 y STS de 22 de enero 1999 (vide Polaino-Orts: ob.cit., p.38).

³⁹ Resquejo Conde, ob cit, p 20. Además señala que: 1.- Durante el periodo de la dilatación tiene lugar las contracciones preparto, las contracciones del parto y la expulsión (también denominadas contracciones pasivas o de latencia y contracciones activas). Este periodo surge con las contracciones uterinas, producidas cada veinte o treinta minutos y con una duración de quince a veinte segundos, proceso que se demora entre seis y ocho horas y que aumenta en intensidad y duración hasta conseguir el suficiente ensanchamiento del cuello uterino para conseguir que el bebé pueda salir por el canal del parto, momento en que se inicia el periodo de expulsión. 2.-En el periodo de expulsión la dilatación es total, el feto completa el descenso, rotación y amoldamiento de la cabeza al canal del parto y 3.- El parto concluye con el periodo de alumbramiento o expulsión de la placenta y anexos ovulares. (idem, p 20-21). También Luttger, sostiene desde un punto de vista médico, lo siguiente: “El proceso de parto normal comienza con las contracciones de dilatación que pone al feto en una posición de la que luego será expulsado por las contracciones de puje. Por ello las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del seno materno y, por ende, en ese momento debe hablarse de comienzo de parto” (Citado por Donna, ob cit, p 31).

Por lo tanto, el inicio se da con las contracciones uterinas, concretamente con las dilatantes y seguidas por las del parto en vía de expulsión⁴⁰. Las contracciones dilatantes son aquellas que permiten abrir el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto, este proceso involucra las siguientes secuencias: la dilatación del cuello primero y el borramiento después, continua con la ruptura de la bolsa de las aguas (saco amniótico), la progresión y rotación del feto y por fin la expulsión fetal. No debe confundirse entre la contracción dilatante y la contracción expulsiva⁴¹.

La diferencia entre vida humana dependiente y la independiente “debe ser vista no sólo como límite normativo entre homicidio y aborto, sino como el marco temporal donde comienza el bien jurídico protegido en el delito de homicidio”⁴². Así, creemos que el primer criterio es el más preciso. Sin embargo, existen críticas sobre la diferencia de penalidad entre el homicidio y el aborto que estaría basada en el hecho biológico que origina que el legislador conceda de manera incorrecta mayor valor a la vida adulta que a la vida en formación⁴³.

En los supuestos de *cesárea* se afirma que habría homicidio y no aborto, desde la primera incisión que se realice en el vientre de la madre⁴⁴. Otro criterio considera que siendo la cesárea una “operación destinada a extraer el feto del claustro materno e implica el corte de la pared abdominal, del útero, del saco amniótico, y la posterior extracción del infante. Sobre este último aspecto existe dos posiciones que se diferencian tímidamente, aquella que sostiene que la vida humana independiente se constituirá a partir del corte del *saco amniótico*, en tanto que dicha incisión soporte una interrupción irreversible del embarazo, interrupción que no se produce con el corte del vientre ni con la incisión del útero⁴⁵ y aquella que sostiene que el punto decisivo no se encuentra a partir del corte del saco amniótico sino antes, es decir, en la *apertura del útero*, siempre que, para la cesárea debe haber culminado el proceso de gestación, o al menos el término fisiológico se debe encontrar lo suficientemente avanzado para permitir una independencia de carácter orgánico⁴⁶. Consideramos, que el criterio adoptado de las dilataciones debe ser trasladado a

⁴⁰ Roxin, ob cit, p p 9 . también Pacheco Osorio, quien sostiene que “desde que se inicia el proceso de parto con los dolores uterinos es una vida cierta que comienza a reclamar su autonomía” (Pacheco Osorio, Pedro. Derecho penal especial. T III, Bogotá, Temis, 1978, p 190)

⁴¹ Así, Bacigalupo, sostiene que el nacimiento se inicia con las contracciones expulsivas. ob cit, p 16. En la misma línea Fellini, Zulita, ob cit, p 7, quien afirma que “el comienzo de la protección de la vida por el tipo de homicidio al comienzo del nacimiento, entendiéndose por tal las contracciones expulsivas del parto”

⁴² Castillo, 2000, p 23. Donna, 2008, p 28

⁴³ Polaino-Orts (ob. cit, p. 37) afirma que “precisamente porque el bien jurídico no es la vida natural es por lo que la pena del homicidio y del aborto son diferentes: porque lo que se protege es un derecho de disponibilidad en relación a un bien (en este caso, la vida del feto)”.

⁴⁴ Vid. Castillo Alva, El Homicidio, p 39. En contra: Vásquez Shimajuko, p. 381.

⁴⁵ Vásquez Shimajuko, p. 382. En sentido diferente Díez Ripollés, José Luís y Gracia Martín, Luís. (Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 45 n.m. 43: “Los casos de que el nacimiento se produzca sin parto, como sucede en los supuestos en que se practica la cesárea, debe regir el criterio de la total expulsión”.

⁴⁶ Por todos Roxín, ob cit, p 10 y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Joaquín, ob cit, p 892. Quien, además agrega: lo importante y definitivo es que la formación alcanzada por el feto, dada su “viabilidad cronológica”, tenga la indispensable “madurez embriológica” que le permita con los cuidados requeridos para el caso, sobrevivir “sin ulteriores dependencia fisiológicas de la madre. Esto no excluye los

casos especiales o situaciones irregulares como: rotura prematura de agua, parto a consecuencia de caídas, estimulación de las contracciones o al parto con cesárea⁴⁷. Asimismo, en los partos irregulares por cesárea habrá que establecer dos clases: caso en que la operación se realice tras el comienzo de las dilataciones de parto (cesárea secundaria) valdrá el criterio de las contracciones dilatorias y cuando hay que intervenir antes del inicio de las dilataciones de parto (cesárea primaria) el inicio del nacimiento lo determinará el corte del útero.

§2.

Fin de la persona humana.

El Derecho penal mantiene la protección del derecho a la vida de la persona hasta que deja de existir; por muy precario que sea su estado vital⁴⁸. La protección de la vida humana concluye con la muerte de la persona⁴⁹. El concepto *muerte* ha variado con el transcurso del tiempo⁵⁰. En un determinado momento se admitió de manera general, salvo para casos de trasplante de órganos el criterios de *muerte bio-fisiológico* consistente en el cese irreversible de las funciones vitales cardiorespiratoria, que por motivo de la medicina intensiva se han visto superadas, toda vez, que es posible la recuperación artificial de aquélla, pues la muerte no se produce de manera instantánea sino progresivamente⁵¹.

Diferente es el criterio *neurofisiológico* que considera muerta a una persona cuando se demuestre el cese irreversible de la actividad cerebral; por ende, la misma que se presenta

cuidados médicos y ayudas artificiales para la vida, obviamente mucho menos lo cuidado que todo niño que no se valga por sí mismo necesite.

⁴⁷ Requejo Conde, ob cit, p 21

⁴⁸ Cfr. Serrano Gómez, ob cit, p 11

⁴⁹ Cfr. Código Civil Peruano, art. 61° señala claramente que la muerte pone fin a la persona, y de lo que la doctrina dominante ha llegado a la conclusión que el cadáver restante pasa a convertirse en un objeto de derecho sui generis, que de acuerdo a la legislación vigente no contiene valor económico –patrimonial.

⁵⁰ En la actualidad, “las patologías de naturaleza mortal que afectan al hombre son múltiples. No obstante, pueden separarse en 2 grupos: El primero se caracteriza porque las diversas lesiones causantes dañan *directamente* el cerebro provocando la llamada muerte cerebral o muerte encefálica. Esta se caracteriza por el compromiso global de los hemisferios cerebrales, las zonas vecinas subcorticales, el cerebelo y el tronco encefálico; por tal motivo hay pérdida de las funciones del sistema nervioso, incluidas las relacionadas con el control de la respiración, la circulación de la sangre y la temperatura corporal. De otro modo, en el segundo grupo las igualmente incurables patologías causan *indirectamente* la muerte del cerebro y desde luego de la persona, debido a que deprimen o suprimen el aporte de oxígeno y nutrientes, que en cantidad y calidad crítica por unidad de tiempo necesita continuamente el tejido cerebral para funcionar. Si el transtorno no es revertido oportunamente, en cuestión de minutos empieza la irremediable necrosis de la masa encefálica y luego en secuencia temporal, el proceso deletéreo avanza progresivamente al resto de tejidos y órganos del cuerpo, cuyo tiempo de resistencia a la ausencia de sangre y nutrientes esenciales difiere en cada uno de ellos, aunque invariablemente es mayor que el del cerebro”. (Deza Bringas, Luís: Diagnostico de la muerte encefálica en la legislación peruana actual en Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 59, Lima 2007, p. 377). Ejemplos: del primer grupo.-hemorragia cerebral súbita de tipo subaracnoidea por ruptura espontánea de un aneurisma y como consecuencia, su cerebro es dañado directamente por el sangrado masivo dentro del cráneo. Del segundo grupo: persona con hipertensión arterial crónica y súbitamente le sobreviene un infarto cardíaco (ídem. p.378).

⁵¹ Vid Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Urbano Martínez, José Juaquín, ob cit, p. 893

en el momento en que se ha producido el cese irreversible de todas las funciones de los hemisferios cerebrales y del tronco del encéfalo, pero en el que se mantiene el funcionamiento de sus sistemas cardiovasculares y respiratorios con la ayuda de procedimientos artificiales⁵².

En definitiva, el proceso terminal de la vida presenta situaciones problemáticas⁵³ como el caso de incertidumbre de definir que el proceso de la muerte es irreversible y que, por lo tanto, los adelantos biológicos no serán considerados parcialmente como continuación de la vida o los otros supuestos en el que se plantea al médico decidir cuál debe ser su conducta conforme al ordenamiento legal en situaciones tales como la determinación de cesar el tratamiento médico de un paciente, o interrumpir o desconectar medios o aparatos de asistencia intensiva o de alimentación, o considerar si está ya en condiciones de donar sus órganos o tejidos para ser trasplantados a otras personas, o para ser utilizados en investigaciones, o en industria farmacéuticas.

En nuestro contexto, la influencia de la técnica de trasplantes de órganos y tejidos ha originado complejidad del concepto en el entendido que el cuerpo humano muere progresivamente en sus funciones u órganos.

El estado actual de esta consideración médico - jurídica (valorativa)⁵⁴, está orientada por la Ley General de Salud (Ley 26842 de 20 de julio de 1997) que en su título III “Del fin de la vida”, artículo 108° establece que *“la muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo. El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación del paro cardiorrespiratorio irreversible confirma la muerte”*. Así, se considera que a partir de esta norma, “la muerte cerebral fue por fin admitida en el Perú como muerte legal de la persona, para todos sus efectos y no solo para amparar judicialmente a los trasplantes de órganos cadavéricos”⁵⁵. Sin embargo, como se observa, esta ley adopta un sistema dual pues también admite –cuando no sea posible determinar la muerte cerebral- como muerte el cese irreversible de la actividad cardiorrespiratoria. La cuestión fue muy discutida en el derecho penal peruano⁵⁶.

⁵² Romeo Casabona, ob cit, p 162.

⁵³ Fellini, Zulita. ob cit, p 11.

⁵⁴ Bustos: 1986, 24.

⁵⁵ Deza 2007, p. 376.

⁵⁶ Hurtado considera insuficiente el criterio de muerte como paralización irreversible de los sistemas circulatorios, sanguíneo y respiratorio y admite la noción de muerte clínica: (1982, 40; en el sentido que el fin de la persona humana es la muerte clínica, vide 1995, p.13). Por su parte, Peña Cabrera (1994, p. 73) señala que la muerte es un fenómeno dinámico, en el que la vida se va extinguiendo poco a poco en los diversos órganos y funciones, por lo que, si consideramos al cerebro como el órgano más importante del cuerpo humano, tendremos que tener como criterio de muerte la cesación irreversible de las funciones del cerebro. En el mismo sentido: Salinas Siccha (1998, p. 33.), García del Río (2003, p113). Roy Freyre discrepante: sólo acepta la muerte biológica y precisa que si el resultado fuese la muerte cerebral el delito sería lesiones graves: (1989, 76).

Se considera *muerte encefálica* al cese irreversible de las funciones del tronco encefálico cuyo protocolo de diagnóstico se establece en el artículo 7° del Reglamento de la Ley 28189 Ley General de Donación y Transplante de Órganos y/o Tejidos Humanos de 18 de marzo de 2004 (D.S. 014-2005-SA de 27 de mayo de 2005). El acta de comprobación de la muerte encefálica es de responsabilidad del director del establecimiento o su representante, el neurólogo o neurocirujano y el médico tratante (art. 4°). Como se ha expresado, para la certificación de la muerte encefálica existe un protocolo específico⁵⁷, sin embargo, no existe en dicha norma un protocolo para el caso de la certificación de la muerte basada en la ausencia irreversible de la función cardiorrespiratoria, bastando para su aceptación diagnóstica la responsable verificación de un solo médico. Según Deza, “*esta segunda modalidad de certificación de muerte ha sido redactada, posiblemente pensando que su aplicación es y será solo para los casos de trasplantes de tejidos con exclusión de los trasplantes de órganos cadavéricos*”⁵⁸.

El derecho penal peruano contiene diferentes figuras penales de protección al derecho a la vida: los que son consecuencia del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (genocidio), ejecución extrajudicial – que aun no ha sido incorporada a la legislación penal interna-, y las del derecho penal común: homicidios (arts. 106 al 113 del CP), abortos (arts. 114 al 120 CP) y diferentes formas llamadas preterintencionales (estructuras compuestas dolosas e imprudentes, ej. Arts. 121 penúltimo párrafo del CP, etc.).

⁵⁷ El artículo 7° del Reglamento se refiere al protocolo de diagnóstico de muerte encefálica que se efectuara de acuerdo a las siguientes condiciones:

- a) Determinación de la causa básica.
- b) Coma arreactivo estructural e irreversible con asistencia respiratoria mecánica y estabilidad hemodinámica ya sea espontánea o con ayuda de drogas basoactivas, u otras sustancias, descartando la presencia de hipotermia, sustancias depresoras del sistema nervioso central, o paralizantes que puedan ser causantes de coma o contribuir al cuadro clínico.
- c) Ausencia de reflejos en el tronco encefálico.
 1. Pupilas midriáticas o en posición intermedia, sin respuesta a estimulación fotica intensa.
 2. Reflejo oculocefalico.
 3. Reflejo oculo-vestibular.
 4. Reflejo nauseoso.
 5. Reflejo tusígeno
 6. Reflejo corneal
- d) Ausencia de respiración espontánea
- e) prueba de apnea
- f) Prueba de atropina
- g) Opcional al diagnóstico clínico de muerte encefálica, es permisible los estudios de flujo sanguíneo cerebral, en aquellos centros que cuentan con dichos procedimientos.

⁵⁸ Deza 2007, p.380. El art. 5° del reglamento de la Ley 28189 expresa que “*la certificación de la muerte encefálica previa a los procedimientos destinados a la utilización de órganos o componentes anatómicos con fines de trasplante será indispensable sólo en el caso del trasplante del riñón, corazón, hígado, páncreas, intestino y pulmones. En caso de tejidos como piel, cornea, huesos, tendones o articulaciones será suficiente la certificación usual de muerte por parte de un médico*”.