

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL JAPONÉS Y ALGUNOS PROBLEMAS PARTICULARES*

Makoto TADAKI**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problemas particulares*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Penal japonesa fue promulgada el 24 de abril de 1907 y entró en vigor el 1° de octubre de 1908. Los artículos 1 a 76 comprenden la parte general; los artículos 77 a 264 corresponden a la parte especial. El derecho penal japonés se elaboró bajo la considerable influencia del derecho penal europeo, particularmente del francés y el alemán. Si bien la Ley Penal japonesa ya ha cumplido ciento diez años, no ha habido desde entonces modificaciones sustanciales. Una razón del fracaso de la reforma han sido los agudos conflictos entre la visión liberal y la conservadora.

Por lo que se refiere a los elementos característicos del derecho penal japonés, el tipo y el concepto del delito son muy abstractos y amplios. El marco penal, por tanto, se presenta también como de amplio alcance y, por ello mismo, lo es también el margen de interpretación de la ley y de la individualización de la pena por el juez.

En relación con los presupuestos del delito, se ha tomado el modelo de tres elementos, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Cuando el hecho cumple estos tres requisitos, entonces es punible. El derecho penal japonés regula, como formas de manifestación del delito, la tentativa, la participación y la concurrencia.

* Traducción del alemán de Héctor Fix-Fierro.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chuo, Japón.

En cuanto a las penas, el derecho penal japonés regula, como principales, las penas de muerte, privativa de la libertad, de arresto y detención, pecuniaria y multa, y como pena secundaria la confiscación. En la parte especial, que contiene los tipos penales particulares como los de homicidio, robo o incendio provocado, se determina si es punible o no la tentativa en estos delitos. En la parte especial, los delitos se distinguen dependiendo si el afectado es un bien jurídico individual, social o del Estado.

II. PROBLEMAS PARTICULARES

En lo que sigue examino algunos temas que ofrecen muy buenos ejemplos del derecho penal japonés y que son característicos del orden jurídico de Japón: el principio de legalidad y la eutanasia.

1. *El principio de legalidad*

A. *El caso Otsu y el caso del robo de electricidad*

El principio de legalidad constituye uno de los principios más importantes del derecho penal en cualquier país. Cómo se aplicó este principio en los primeros tiempos de la Ley Penal japonesa lo muestran dos ejemplos: el caso Otsu y el caso del robo de electricidad. Aquí veremos cuál ha sido la importancia de estos casos para la jurisprudencia posterior.

a. *El caso Otsu*

Debido a que el caso Otsu representa un caso especialmente interesante a la luz de la modernización de Japón, resulta conveniente presentar algunos de los hechos. Se trata de una tentativa de atentado, en la que el príncipe heredero de Rusia y futuro zar Nicolás II, fue atacado y lesionado por el policía japonés Sanzo Tsuda. A pesar de la intromisión del gobierno, que temía una represalia militar por parte de la gran potencia que era Rusia, la justicia pudo mantener su independencia y extender así la conciencia de la división de poderes.

En 1891, en ruta hacia Vladivostok, el príncipe Nicolás visitó Japón, acompañado de un escuadrón de la marina de guerra. El grupo tocó tierra en Kobe y siguió su camino hacia Kyoto, mientras que el gobierno y el pueblo de este pequeño país saludaban con entusiasmo la visita. En la

mañana del 11 de mayo, cuando Nicolás, después de concluir su estancia en Kyoto, atravesaba un lugar llamado Otsu, de pronto un policía llamado Sanzo Tsuda, encargado de la seguridad, desenvainó su sable y, antes de que pudiera ser sometido, le infirió en la cabeza al príncipe heredero una herida de nueve centímetros de largo que, sin embargo, no era mortal. Tsuda tenía antipatía personal contra Rusia, a causa de los obstinados intentos de este país por penetrar en las islas del norte de Japón, pero no tenía intención evidente de cometer homicidio.

Debido a que la situación amenazaba con convertirse en un grave problema de política exterior, el responsable japonés de la visita notificó de inmediato, mediante telegrama, al emperador *Meiji* en Tokyo, solicitándole su pronta presencia en Kyoto para mostrar a los rusos su rectitud. El emperador estuvo de acuerdo y tomó al día siguiente el ferrocarril a Kyoto, a donde llegó un día después, para encontrarse con Nicolás el 13 de mayo y acompañarlo de regreso a Kobe.

Aunque en aquel entonces no era una colonia occidental, Japón era todavía un país débil que temía las represalias rusas —indemnización, pretensiones territoriales o incluso un ataque militar—, hasta el punto de que se extendió una especie de pánico hacia Rusia. En señal de arrepentimiento se cerraron las escuelas, en los santuarios, templos e iglesias se pronunciaron oraciones por la recuperación del príncipe, en algunos lados se prohibieron los nombres Tsuda y Sanzo e incluso una mujer se quitó la vida con una navaja.

El gobierno sostenía la opinión de que, como Nicolás era miembro de la familia imperial rusa, el acusado debía ser ejecutado conforme al artículo 116 del antiguo Código Penal japonés, como alguien que había dañado, o intentado dañar, al emperador o a su familia; es decir, pretendía que se aplicara de manera analógica, en relación con la familia imperial rusa, el tipo de lesa majestad, que era el delito más grave en Japón. Conforme a la entonces predominante de que la justicia era asunto del Estado, se intentó inducir a los jueces competentes a dictar sentencia de muerte contra Tsuda. Diversas autoridades del país adoptaron el punto de vista de que debía emplearse cualquier medio, inclusive un atentado, para privar de la vida a Tsuda. Por otro lado, otros, como Hirobumi Ito, el primer jefe de gobierno que tuvo Japón, insistía en que no había que olvidar que el país era un Estado de derecho (Ito había estudiado derecho alemán, por encargo del emperador, con Rudolf Hermann Friedrich von Gneist, Albert Mosse y Lorenz von Stein, y fue el principal redactor de la Constitución del Imperio japonés).

Se suscitó así el difícil dilema de tener que decidir entre el Estado y el derecho. Iken Kojima, en aquel entonces presidente del Tribunal del Imperio japonés (y uno de los fundadores del *Kansai daigaku*), se opuso a la presión del gobierno; en su opinión, los poderes políticos del Estado debían obedecer la ley, porque el Código Penal japonés no se refería a ninguna familia imperial extranjera, y explicó a cada uno de los jueces competentes que, desde el punto de vista del principio de legalidad, el acto de Tsuda no se ajustaba al delito de lesa majestad.

Dieciséis días después de los hechos, el 27 de mayo, el tribunal falló en el sentido de una tentativa de homicidio contra un particular (artículo 292 del antiguo Código Penal), no del delito de lesa majestad, y Tsuda fue condenado a cadena perpetua. El embajador ruso, quien había intentado intimidar al ministro de relaciones exteriores Shuzo Aoki (quien había sido enviado durante muchos años a Alemania y había presentado a Ito con sus maestros Gneist y Stein) e imponer una sentencia de muerte contra Tsuda, reaccionó al fallo diciendo que habría consecuencias, y también el zar Alejandro III exigió indirectamente la pena de muerte, pero al final no hubo ninguna reclamación de daños ni represalia militar. Tampoco parece que Nicolás II haya mantenido una especial aversión al país a causa del atentado.

Debido a que gracias a la sentencia del caso Otsu se logró la independencia de la justicia, desde entonces se extendió la conciencia de la división de poderes dentro del Imperio japonés. Sin embargo, como durante el proceso se debatió sobre el ámbito de aplicación y contenido del delito de lesa majestad, el Tribunal Supremo atrajo, sin seguir el procedimiento legal, un asunto que correspondía en realidad al tribunal regional de Otsu. En segundo lugar, si bien había preservado la independencia de la justicia frente a los poderes políticos del legislativo y el gobierno, y a la intromisión externa, por el otro lado Kojima intervino en el asunto de diversas maneras, y aunque no tenía que ver directamente con el procedimiento, había tratado de influir en los jueces en lo individual, creando un problema debido a que ello lesionaba su independencia en el dictado del fallo.

Los intentos de Kojima para persuadir a los jueces provocaron opiniones encontradas, ya fuera que se les considerara como completamente lícitos y aceptables en el marco de una situación de emergencia, o como abuso del cargo. Un punto de vista influyente en ese sentido fue el de Keiichi Yamanaka, quien opinó que no estaban justificados los intentos de persuasión, pero debido a que no había exceso, tampoco había culpabilidad, y en el Japón de entonces la protección de la independencia del Poder Judicial tenía preeminencia frente a la independencia judicial interna.

En el extranjero se habló del caso como de un signo de la modernización de Japón; se incrementó la confianza internacional en que la justicia de Japón, como Estado soberano, aplicaba leyes modernas, y ello, a su vez, introdujo una dinámica positiva en la principal preocupación de política exterior del país, los llamados tratados inequitativos, pues la práctica en la época era que, debido a su debilidad, los convenios internacionales le imponían particulares cargas a Japón.

b. El caso del robo de electricidad

Otro caso importante en relación con el principio de legalidad en Japón es el llamado caso del robo de electricidad.

La cuestión de si la electricidad puede ser objeto de robo se discutió hace unos cien años en varios países. Así, por ejemplo, una sentencia de casación italiana del 13 de julio de 1898 declaró que, de conformidad con el artículo 420 del Código Penal italiano, se encontraba protegida la posesión de toda clase de bienes muebles, incluida la energía eléctrica. Todas las cosas tangibles, semovientes o transportables, debían considerarse como muebles, aún si se tratara de bienes inmateriales cuyo peso no pudiera medirse.

En Francia, un acusado de robo de electricidad de una central eléctrica a favor de su empresa alegó que no se satisfacían los requisitos básicos del robo, es decir, que alguien se apoderara de un bien ajeno contra la voluntad de su dueño. En 1912, la Corte de Casación declaró culpable al acusado, ya que la corriente eléctrica, con base en un transporte materialmente comprobable, pasa del productor a la posesión de la contraparte contractual y, por ello, es objeto de control fáctico (*appréhension*) conforme al artículo 379 del Código Penal; esta sentencia se sostiene hasta la fecha. Entre los doctrinarios también ejerce alguna influencia la opinión contraria, conforme a la cual la electricidad constituye una fuerza inmaterial que no es objeto de posesión, aunque en general se considera que los muebles son objeto de robo y que su movimiento de un lugar a otro, su aprehensión y retención pueden ser objeto de la acción de robo.

En sentido contrario, la jurisprudencia alemana negó que la electricidad fuera susceptible de apropiación. De acuerdo con el derecho civil común de la época (*allgemeines Landrecht*), el concepto de “cosa” se definía de tal modo que la movilidad y la corporeidad eran requisitos necesarios. En consecuencia, el Tribunal del Reich se pronunció, el 20 de octubre de 1896, en un caso en el que se había desviado y aprovechado la energía eléctrica

antes de que pasara por el medidor, en el sentido de que la palabra “cosa” (*Ding*), tal como se empleaba en la definición de robo del artículo 242 del Código Penal alemán, se refería únicamente a objetos corporales, por lo que los derechos, los pensamientos, la fuerza mecánica y otros bienes inmateriales no podían ser objeto de robo. Evidentemente, el Tribunal consideraba a la electricidad como una especie de energía pura. Una disposición en la ley del 9 de abril de 1900 hizo punible el robo de electricidad.

Siete años después del caso alemán, el Tribunal Supremo de Japón revocó, el 21 de mayo de 1903, la sentencia absolutoria de la instancia previa en un caso de robo de electricidad —puesto que en el derecho civil la propiedad era sinónimo de propiedad material, el concepto de propiedad en el artículo 366 del antiguo Código Penal se encontraba delimitado en consecuencia— y declaró culpable al acusado. El Tribunal había concluido que lo que es perceptible con los cinco sentidos, que puede guardarse en envases y, por ello, es susceptible de posesión, y que puede controlarse en su movimiento local, es mueble y administrable, puede ser objetivo de un robo. Poco después, en 1907, se dictó una disposición —el artículo 245— que considera a la electricidad como bien.

Esta sentencia suscita tanto aceptación como rechazo. Los profesores Yamanaka e Ida la rechazan, pues consideran que solamente los objetos corporales son cosas. Esta opinión negativa considera problemático que el Tribunal del Imperio, sin examinar directamente el concepto de bien y enfatizando únicamente la punibilidad del robo de electricidad, haya evadido el concepto de propiedad como objeto de robo y, para efectos de la interpretación, se haya concentrado en el concepto de desposesión como acción típica.

c. Valoración

En los dos casos expuestos se puede observar, primero, la resistencia contra la influencia gubernamental en el procedimiento penal y, luego, la satisfacción de la necesidad de sanción gracias a la interpretación flexible de la ley por los jueces penales. A consecuencia del primer caso se puede constatar que la presión externa sobre los tribunales prácticamente desapareció conforme se extendió la idea de Estado de derecho. Pero, ¿qué sucede con el segundo? ¿No está todavía presente la inclinación a complementar la ausencia de leyes mediante la interpretación, no obstante que el juez no puede apartarse del texto literal de la ley al aplicarla?

En la segunda parte de este apartado deseo examinar la cuestión de si no se legisla en los hechos a través de la interpretación judicial de la ley.

B. *Legislación de hecho en virtud de la “libre” interpretación judicial de las leyes penales en Japón*

En el proceso el juez debe ser imparcial en primer término; su sentencia está sujeta únicamente a la ley y su propia conciencia. Si el juez es absuelto de la sujeción a la ley y, en consecuencia, puede aplicarla a través de la libre interpretación de su significado, desprendido de su sentido original, estamos entonces frente a una especie de nueva legislación dictada por el juez, es decir, de un acto contrario a la división de los tres poderes. Lo que sigue, que pretende ilustrar la práctica del momento y su concepción respecto de la interpretación jurídica, se propone transmitir, mediante un examen detallado de la jurisprudencia de los últimos cincuenta años, una impresión de hasta qué punto se refleja en la jurisprudencia japonesa la problemática de la legislación que es producto de la libre interpretación de la ley por los jueces.

a. No hay culpabilidad ni castigo sin ley (previa)

El principio de legalidad, conocido bajo el apotegma “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, se remonta al ilustre penalista Paul Johann Anselm Feuerbach (1775-1833). Significa que no puede haber delito ni pena si esto no ha sido determinado así, de manera unívoca, antes de la realización del hecho, en una disposición legal. El fundamento de este principio se encuentra, primeramente, en la idea de Montesquieu sobre la división de la autoridad del Estado en tres poderes, y conforme a la cual los órganos judiciales deben sencillamente aplicar las leyes previamente establecidas por los órganos legislativos y, para evitar la arbitrariedad, sujetarse estrictamente a la ley, así como a la doctrina de Feuerbach sobre la coacción psicológica que ejercen las leyes penales y que pueden disuadir al delincuente.

Para la operacionalización jurídica práctica del espíritu del apotegma citado, se reconocen los siguientes mandatos y corolarios: I. prohibición de sanciones retroactivas; II. exclusión del derecho penal consuetudinario; III. prohibición de la interpretación analógica; IV. prohibición absoluta de penas irregulares; V. precisión de las leyes penales, y VI. razonabilidad del contenido de las leyes y reglamentos penales. Por lo que se refiere al principio mismo de legalidad, en 1880, el gobierno japonés, bajo el influjo del derecho penal europeo, lo incorporó en el artículo 2 del antiguo Código Penal. La Ley Penal vigente, de 1907, renuncia a la correspondiente norma, puesto que ya está consagrada en el artículo 31 de la Ley Constitucional de

1889. Esta supremacía normativa muestra que el principio cuenta con un peso importante en Japón, y no sólo en el plano doctrinal sino también en el práctico.

b. Prohibición de la analogía y “creación de la ley”
por la jurisprudencia

Uno de los principios que pueden derivarse del de legalidad es la prohibición de la aplicación analógica de las leyes penales. Esta prohibición significa que, al valorar la existencia y alcance de la punibilidad, está prohibida la aplicación analógica de la ley en perjuicio del acusado. *Analogía* quiere decir, en este contexto, permitir que los conceptos sobre el ámbito realmente previsto de la ley (el del posible significado literal) se extiendan a casos similares que no sean aquellos a los que se pretendía aplicar originalmente la ley. La aplicación analógica amplía el ámbito de validez de una norma jurídica a constelaciones de casos todavía no reguladas. En contraposición se encuentra la interpretación extensiva del ámbito previsto por la ley, solamente que entonces los conceptos se entienden de manera más comprehensiva que en el sentido tradicional.

Para ilustrar esta distinción se pueden aducir los siguientes ejemplos. Habría analogía en tanto se suponga que, de conformidad con su respectivo modo de vida, que hay que agregar la tortuga a los anfibios, la ballena a los peces, las enfermeras a los médicos como sujetos del secreto profesional, las informaciones a la propiedad como objeto de robo, los omnibuses a los vagones de ferrocarril como objeto de descarrilamiento. Sin embargo, el contenido y la extensión de los conceptos legales son variables y, por tanto, no es fácil distinguir la aplicación analógica (prohibida) de la aplicación extensiva (permitida). En el caso de que no sea fácilmente reconocible cuándo está presente una interpretación que excede indebidamente el “sentido literal posible”, entonces el límite entre analogía y aplicación extensiva será determinado por el juicio fáctico de valor en que se apoya la interpretación, o por la concepción sobre el fallo judicial que se esconde detrás de la misma.

La analogía y la interpretación extensiva son conceptos fundamentales que marcan al derecho penal. Por tanto, ya desde los tiempos del Tribunal Imperial se declaró 1) que la energía eléctrica era susceptible de apropiación y, por tanto, se reconoció como objeto adecuado del delito de robo; 2) que orinar en una sartén de *sukiyaki* debe considerarse como daño del recipiente; 3) que liberar una carpa de un criadero debe considerarse como lesión al animal; 4) que la volcadura de un vehículo de gasolina se reconoce como el

de un ferrocarril. Todos estos casos de interpretación del ámbito del “sentido literal posible” (conforme al entendimiento del Tribunal Imperial) son ejemplos de interpretación extensiva.

Ya en la época del Tribunal Supremo y especialmente desde mediados de los años cincuenta hasta mitad de los setenta, llama la atención la prudente interpretación de este tribunal. Esto queda de manifiesto, por ejemplo, en los siguientes fallos: 5) una navaja de alpinista con una hoja de aproximadamente 15 centímetros de largo no cae bajo el concepto de arma de fuego o de arma punzante; 6) un cóctel Molotov no es un objeto explosivo; 7) para sancionar a una persona jurídica se requiere atribuir al órgano o representante respectivo al menos culpa en el ejercicio de sus facultades o en la vigilancia; 8) no es constitucional castigar el homicidio calificado de un ascendiente de manera más severa que un homicidio calificado ordinario; 9) no constituye un daño al honor que el autor del delito haya actuado bajo supuestos falsos, aunque pudiera haberlos tomado de manera justificada. En conjunto, se trata de una larga serie de casos en los que el Tribunal Supremo rechazó, con base en una interpretación restrictiva de las leyes penales, la infracción de la ley que estaba en cuestión.

Más tarde, los fallos tienden hacia una interpretación menos estricta de la ley: 10) un tiro de arco para la caza de un ánade real debe calificarse como captura (consumada) aunque no se haya herido a ningún ánade; 11) cubrir la bandera nacional con un escudo de chapa de madera constituye su supresión; 12) la fotocopia de un documento escrito cae bajo el concepto de falsificación de documentos oficiales; 13) cuando, en el marco de una actividad profesional, el embrión sufre un daño que conduce a su muerte después del nacimiento, entonces debe aplicarse un criterio de culpa más estricto, a fin de poder fundamentar un homicidio culposo; 14) si varios edificios están vinculados entre sí, entre otros, por pasillos, se puede considerar que hubo incendio intencional aun cuando el lugar donde éste se inició y el espacio habitado se encuentran separados por más de doscientos metros de distancia; 15) aun cuando el tutor y el pupilo tengan parentesco, no se puede evadir la pena por “robo entre parientes” en el caso de defraudación; 16) fotografiar el trasero de una mujer cubierto por un pantalón cae bajo el concepto de “comportamiento grosero” conforme al Reglamento sobre Acoso.

Cuando es posible conocer de manera suficiente la intención del legislador, en virtud de que no ha transcurrido mucho tiempo desde la expedición de la ley y la realidad en que ésta se apoya tampoco se ha modificado, al interpretar la ley los tribunales deben orientarse por los propósitos del legislador. Por ello es posible considerar que la copia de archivos electrónicos con pornografía infantil cumple con el tipo de producción de pornografía

infantil. Por otro lado, 17) se determinó la no culpabilidad de funcionarios de vigilancia no acusados, ya que no era “procedente el reproche de abuso culpable de autoridad contra un acto de escucha de un funcionario de policía que simuló no ser tal”. En contrapartida, hay penalistas influyentes que, junto con la opinión pública, insisten en que el policía era culpable.

El debate sobre la interpretación de las leyes penales mediante analogía o sobre la presencia de una interpretación legal meramente extensiva deriva, quizá, del principio mencionado de “*nullum crimen...*”, así como de la idea que tenga el juez de cuáles sean los tipos permitidos de interpretación. Aquí se dan varias posibilidades: se puede permanecer leal al concepto estricto de “*nullum crimen...*” (interpretación formal) y considerar que el objetivo de la interpretación de la ley es únicamente la investigación del significado que el legislador parlamentario haya perseguido en su momento con el proyecto del texto de la ley. Esto implica una interpretación subjetiva que dirige la mirada a las normas de conducta jurídico-penales y que enfatiza la previsibilidad de los comportamientos punibles por parte del ciudadano (función de garantía de la libertad). Desde esta perspectiva, el controvertido caso de si constituye una exposición pública de obscenidad convertir los archivos de imágenes en el disco duro de un proveedor en un formato que es accesible a un número indeterminado de personas, debe resolverse en el sentido de que no se trata de la publicación de tales archivos, ya que para tener acceso a ellos por parte del receptor se requiere su descarga y otras medidas técnicas. Sobre el fallo que se dictó en el sentido de que no se había cometido el delito se pronunciaron algunas voces que exigían un debate en el poder legislativo y la intervención del legislador. Este es un ejemplo típico del llamado “pase del balón” entre la justicia y el legislador.

Por el contrario, el criterio de la interpretación objetiva, el cual promueve una perspectiva moderna del principio “*nullum crimen...*”, permite una interpretación dinámica de la ley (interpretación fáctica) y tiene el propósito de captar el sentido de una norma a través de la lectura “objetiva” del momento en que se produce la interpretación. Para este punto de vista es importante la normatividad de la sentencia, al tiempo que se promueve la función protectora de bienes jurídicos por el derecho penal. Si bien en este caso la ley constituye un límite para la interpretación, se permite la consideración de las transformaciones sociales después de la expedición de la ley penal como medio para determinar la sentencia.

De este modo, la “creación legislativa a través de la interpretación” por el tribunal resulta aceptable en cierta medida. Desde este punto de vista, en el caso arriba citado debía haberse tomado en cuenta la facilidad con la que podía tenerse acceso a las imágenes obscenas, por lo cual tendrían que

considerarse las conductas respectivas como actos de publicación de las fotografías. Esta perspectiva fundamenta la necesidad de una interpretación dinámica en las dificultades que enfrenta el legislador para reformar la ley. Contra esto aducen los representantes de la interpretación formal (subjetiva) que la interpretación dinámica reduciría precisamente la disposición a una nueva intervención legislativa.

Como se deduce de los casos citados, la jurisprudencia japonesa actual se inclina al modelo de la “justicia activa”. Sin embargo, debería perseguirse el modelo de una “justicia prudente”, la cual podría hacer uso de la interpretación objetiva. También para la dogmática penal es variable el contenido de las leyes expedidas y la interpretación objetiva relevante, ya que hay que ajustarse a las transformaciones sociales. Dado que es posible hacer justicia de manera flexible a los cambios sociales a través de una “creación legislativa” basada en decisiones jurídicas desvinculadas de la ley, resulta también lógica la opinión que apoya la interpretación dinámica de la ley. Sin embargo, es necesario señalar el peligro del abuso de autoridad por la justicia. Un requisito imperativo de tales interpretaciones consiste en no exceder el ámbito del “sentido literal posible”. Como señala Von Liszt, en las reflexiones sobre política criminal, es necesario recordar el sentido del principio “*nullum crimen...*”, cuya función es la de controlar el sentimiento penal. Además, hay que considerar también que en la actualidad, la que en Japón se ha denominado “era de la activación de la legislación penal”, la reforma o la expedición de nuevas disposiciones penales no es en realidad tan difícil. Por otra parte, la interpretación fáctica, aun cuando no se realice una interpretación subjetiva, debe circunscribirse a los casos en los que la intención legislativa sea imprecisa o haya sido superada en el tiempo, y la reglamentación anterior ya no se ajuste al presente o existan respecto de ella precedentes firmes.

c. Tareas pendientes

Irokawa Kotaro, al examinar las sentencias del Tribunal Supremo en las que se aborda la justificación del ejercicio del poder público, se ha mostrado comprensivo hacia la opinión conforme a la cual el Tribunal se inclina a legitimar con relativa facilidad las resoluciones y los actos del Estado. Hirano Ryuchi sostiene, ante el hecho de que la tasa de sentencias absolutorias en los procesos penales es apenas superior al 0.1 por ciento (lo que se atribuye a la precisión de la justicia), la opinión de que los tribunales no deciden sobre culpabilidad o inocencia, sino que solamente confirman la sentencia de culpabilidad, de modo que en Japón los procesos son asuntos sin esperanza.

Más arriba se ha mostrado de qué modo en Japón, si después de ejercerse una estricta interpretación y aplicación de la ley todavía se considera necesario castigar un determinado hecho, se actúa sobre el legislador para que intervenga mediante la expedición de nuevas normas legales. Esta había sido la práctica habitual de la justicia hasta los años cincuenta. Estaba surgiendo así un plano ideal de comunicación sobre el cual el poder legislativo intentaba resolver, a través de la legislación, las tareas que el Tribunal Supremo le encomendaba. Por el contrario, desde entonces se han producido casos en los que la solución debía en realidad provenir del legislador, pero que, por su inactividad o deficiente intervención, la justicia ha preferido apoyarse en la interpretación dinámica de la ley.

Haciendo notar que quizá aquí el péndulo se ha ido a un extremo, se ha discutido en numerosas ocasiones cómo debe entenderse esta característica del Tribunal Supremo y en dónde haya que buscar la causa de la misma. Con frecuencia se ha dicho que los fallos transitoriamente estrictos que se dictaron después de la guerra eran más bien una excepción y que solamente estaban motivados por la autocrítica frente a su actuación antes del conflicto bélico. Una razón más residiría en la incapacidad del legislador de reaccionar rápidamente frente a las transformaciones y los cambios en la sociedad, por lo cual surgió en primer término la interpretación dinámica a través de los fallos judiciales. Por último, también había indicios de tendencias conservadoras en los largos periodos de gobiernos estables, así como de la crisis de la justicia en los años setenta que impulsaron la tendencia a poner buena cara ante un mal juego.

En todo caso, la serie de ejemplos citados sobre la interpretación analógica, aunque se trataba de actos altamente punibles, suscitan la duda, en conjunto, de si la interpretación del Tribunal se encontraba todavía dentro del “sentido literal posible”. Esta característica típica del Japón se vuelve todavía más marcada en la comparación con Alemania, donde hay tanto una interpretación estricta como una legislación enérgica, así como con Francia, en donde a los grupos moderados se les opone una legislación penal audaz y hostil y donde la justicia pusilánime se considera típica.

Al respecto Mibuchi Tadahiko ha reiterado la tesis de Roscoe Pound: lo esencial para un tribunal es la realización de la justicia y la igualdad, y más esencial aún es que el pueblo se lo crea. En el momento actual, en el que un sistema de jueces legos está tomando carta de ciudadanía, debemos recordar nuevamente el sentido de la sujeción del juez a la ley: es objetivo de este sistema, a través de la participación de los ciudadanos, incorporar su sentir vital y su razón en el proceso, con lo cual se elevará su comprensión y su confianza en la justicia.

d. Conclusión

Hace cien años se consideró en Japón que la electricidad era una forma de propiedad y por ello se le reconoció como objeto susceptible de robo, de modo que los acusados podían ser sancionados mediante la aplicación del tipo correspondiente. Pero al mismo tiempo, el Tribunal del Imperio alemán se negó a castigar como delito la sustracción de energía eléctrica ajena, porque la corriente eléctrica no era una cosa susceptible de apropiación. En consecuencia, el legislador en Alemania creó subsecuentemente un nuevo tipo penal bajo el cual podían subsumirse en lo sucesivo los actos respectivos (*cf.* el artículo 248c del Código Penal alemán). La creación de esta norma puede verse como ejemplo de un exitoso diálogo entre la judicatura y el legislador. En última instancia se podría ver este proceso como consecuencia de la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal. Solamente en virtud de la fijación expresa del tipo se podía hacer justicia a este principio penal y solamente por esta vía se podía lograr que los ciudadanos pudieran estimar mejor las consecuencias de su conducta.

En principio considero esta suposición como razonable y correcta, pero, por otro lado, soy también de la opinión de que hay que reconocer el método objetivo de interpretación en Japón. Una razón de ello es, como ya lo he apuntado, que si bien la ley representa el límite de la interpretación, también está permitida la consideración de las transformaciones sociales después de la expedición de la ley penal como medio para la determinación de la sentencia. Naturalmente debemos tener cuidado de que la interpretación no se desborde. Muchos de los casos citados más arriba han sido objeto de crítica en relación con la prohibición de la analogía, pero igualmente podría sostenerse que las interpretaciones adoptadas se han mantenido dentro de los límites permitidos.

2. *Eutanasia e interrupción del tratamiento en Japón*

A. *Introducción*

Los progresos en el transporte y las comunicaciones han provocado la rápida reducción de las distancias entre los países, y el mundo se vuelve más homogéneo. No obstante: mientras que en Japón al final del año se celebra animadamente la Navidad y en el Año Nuevo el sonido de las campanas hace pensar en la paz que borra los deseos terrenales, en Europa se conmemora en silencio la Navidad y, en cambio, se festeja vivamente el comienzo

del año, con fuegos artificiales y petardos. Del mismo modo, y dependiendo de la religión y la cultura, son diversos el comportamiento y la mentalidad, pero también la conciencia jurídica. En todo caso, las distintas concepciones sobre el comienzo y el fin de la vida humana se reflejan fuertemente en la orientación de los sistemas jurídicos a ellas vinculados.

En Europa se considera ya la muerte cerebral como fin de la vida humana, es decir, como muerte de un ser humano. En Japón, sin que hubiera una definición previa sobre el fin de la vida, se aprobó en 1997 una Ley sobre Trasplante de Órganos (LTO), a través de la cual se reconoció, como supuesto firme, que tanto la muerte cerebral como el paro cardíaco constituyen la muerte de un ser humano. Esta decisión de compromiso tiene su origen en el carácter extremadamente emocional de las concepciones de los japoneses sobre la muerte, esto es, sobre el fin de la vida humana.

Por el otro lado, en Japón el interés y la conciencia frente al comienzo de una vida humana no son particularmente fuertes. El debate social sobre la protección de embriones en el diagnóstico preimplantacional (DPI) no progresa y los abortos prohibidos por el derecho penal japonés se realizan incluso, sin limitaciones, conforme a la Ley para la Protección Materna.

Al mismo tiempo avanza rápidamente en Japón el envejecimiento de la sociedad y se vuelven cada vez más urgentes los problemas del cuidado de las personas mayores junto con la atención médica paliativa a los enfermos terminales. Hasta el momento se han planteado ante un tribunal ocho casos de eutanasia y todos han sido sentenciados como homicidio o como homicidio a petición, pero todas las penas fueron suspendidas de manera condicional. La sentencia de Nagoya del 22 de diciembre de 1962 (*Nagoya-kôhan kôkeishû* 22.12.1962, p. 674) contiene decisiones sobre las condiciones bajo las cuales es admisible la eutanasia, y la sentencia sobre el caso de eutanasia de *Tôkai-Daigaku* de 1995 (*Yôkohama-chihan* 28.3.1995, *hanji* núm. 1530, p. 28) aporta cuatro lineamientos más. Ambos han servido en muchos lugares como guía sobre la admisibilidad de la eutanasia, pero debido a que las condiciones son muy estrictas, se ha hablado también de que en la terapia paliativa se oculta la eutanasia *de facto*.

Desde la sentencia de Nagoya, pasando por la sentencia del caso de *Tôkai-Daigaku*, hasta la sentencia en el caso del hospital *Kawasaki-kyôdô-byôin* del 7 de diciembre de 2009 (*Saiketsu* 7.12.2009, *keishû* vol. 63, núm. 11, p. 1899) se ha desplazado el problema central del debate japonés de la eutanasia al de la muerte digna.

En esta situación, el médico que aplica terapia paliativa a enfermos terminales o realiza primeros auxilios, lleva a cabo día a día sus acciones terapéuticas acompañado de la idea de un posible castigo penal y se siente

inseguro sobre las condiciones en que aquéllas están autorizadas. Por un lado, en nombre de la práctica se exige urgentemente el establecimiento de reglas y lineamientos legislativos, pero, por el otro, tanto los pacientes como sus familiares están muy preocupados de que tales reglas y lineamientos los sometan a una presión indebida.

Puesto que el tema de la eutanasia y la muerte con dignidad implica el importante bien jurídico de la vida humana, los juristas enfrentan la dificultad de encontrar respuesta a cuestiones fundamentales como el respeto al derecho de autodeterminación del individuo y sobre cómo asegurar la libertad de la voluntad, o de si no hay que incluir en dicho derecho de entrada la elección de la muerte propia. Esta es la situación actual.

B. *La situación jurídica en Japón*

En Japón no existe la regulación jurídica respecto de la eutanasia, así como tampoco la hay en Alemania. Por tanto, todos los tipos de eutanasia —eutanasia indirecta, pasiva y activa— son tratados conforme a la legislación penal general (Código Penal). Enseguida me ocuparé de las reglas respectivas. Lo característico es que en Japón, como en Alemania, no está penado el suicidio, pero a diferencia de Alemania, sí puede ser perseguida penalmente la participación en el suicidio.¹

Por lo que se refiere al tratamiento médico: si se le reconoce al enfermo el derecho de rechazar el tratamiento médico que prolongaría inútilmente su vida, entonces resulta necesario reconocer con más vigor la interrupción de dicho tratamiento de lo que ha ocurrido en la práctica médica hasta la fecha. Esto es lo que se constata, por ejemplo, en el informe del Comité Especial del Consejo Japonés de Investigación sobre la Muerte y el Tratamiento Médico del año de 1994. Frente a este trasfondo, tanto el “Informe sobre cómo de-

¹ Son normas relevantes las siguientes:

Artículo 35 del Código Penal japonés (CPJ) [actos legales o profesionales]: “No será sancionado el acto que corresponda a las leyes o las reglas de una profesión”.

Artículo 199 CPJ [homicidio simple o calificado]: “Quien priva de la vida a otro ser humano, será castigado con pena de muerte o privativa de libertad de tres años a cadena perpetua”.

Artículo 202 CPJ [participación en el suicidio de otro, homicidio consentido]: “Quien instigue a otro al suicidio o le auxilie en él, o quien priva de la vida a otro a petición suya o con su consentimiento, será castigado con pena privativa de libertad entre seis meses y siete años”.

Artículo 2918 CPJ [omisión de auxilio por garante]: “Cuando el responsable omite auxiliar conforme a su deber a una persona mayor, a un infante, a una persona con discapacidad o a un enfermo, ya sea que abandone a la persona o no intervenga cuando haya peligro de muerte, será castigado con pena privativa de libertad entre tres meses y cinco años”.

ben comportarse los médicos al otorgar auxilio a la hora del fallecimiento”, de 1992, así como en el “Informe sobre la muerte con dignidad”, de 1994, confirman que hay que respetar la autodeterminación del paciente, para lo cual es suficiente el consentimiento de la familia cuando el enfermo no puede ratificar su voluntad. En todo caso, ninguno de ambos informes reconoce la eutanasia activa. Esta posición es congruente con los principios de la Cámara Federal alemana de Médicos de 1998, conforme a la cual solamente se reconoce la eutanasia pasiva o indirecta, pero no la activa.

C. *Los fallos sobre la eutanasia en Japón*

Hasta la fecha ha habido en Japón ocho fallos sobre la eutanasia. En todos los casos se trata de eutanasia activa, los cuales fueron sancionados como homicidio culposo o como homicidio por petición, con suspensión condicional de la pena.

En el caso de 1962 en Nagoya, el hijo de un padre que se había colapsado y paralizado a consecuencia de un derrame cerebral, consintió en dejarlo morir a petición suya. En el fallo de entonces se fijaron los siguientes criterios respecto de la eutanasia activa:

- El paciente sufre de una enfermedad incurable y la muerte es inminente.
- Los dolores corporales del paciente deben ser de tal naturaleza que las demás personas no puedan tolerar contemplarlos.
- El acto debe tener el objetivo principal de aminorar el sufrimiento del enfermo.
- En tanto el enfermo pueda manifestar de manera clara su voluntad, el acto debe realizarse a petición o con consentimiento serio de aquél.
- La medida debe ser llevada a cabo en principio por un médico, y cuando esto no sea posible, debe haber circunstancias especiales de consideración.
- El método para consumir la muerte debe parecer adecuado conforme al sentimiento moral general.

En este caso se impuso una pena conforme al artículo 202 del Código Penal japonés, argumentando que los últimos dos criterios no se habían satisfecho.

En el caso de *Tôkai-Daigaku* de 1995, un médico que tenía bajo su cuidado a un paciente inconsciente con múltiples tumores en la médula de los huesos, apagó el aparato respirador ante las insistentes peticiones de la familia, le inyectó un medicamento, y cuando el estado del paciente no cambió, ante el fuerte apremio del hijo le administró varios medicamentos más (cloruro de potasio), causando de este modo la muerte. Este caso causó revuelo, porque por primera vez se discutió en Japón la intervención de un médico en la eutanasia.

La fiscalía acusó al médico de homicidio y el tribunal lo sentenció a una pena privativa de libertad de dos años, con suspensión condicional del mismo tiempo. El tribunal adujo las siguientes cuatro condiciones bajo las cuales son lícitos los actos de un médico como forma de eutanasia activa:

- El paciente debe sufrir dolores corporales fuertes e insoportables.
- La muerte es inevitable e inminente.
- Se han agotado todos los medios para suprimir o reducir los dolores del paciente y no existen medidas alternativas de tratamiento.
- El paciente ha expresado de manera clara su voluntad de que se apliquen medidas para abreviar su vida.

En este caso, el paciente ya había perdido la conciencia y no podía decir nada sobre los dolores corporales. Por tanto, se consideró que no se habían cumplido las dos últimas condiciones (inexistencia de medidas alternativas de tratamiento, manifestación clara de la voluntad del enfermo).

Por lo que se refiere a la primera condición, la presencia y la intensidad del sufrimiento psíquico solamente pueden determinarse a partir de quejas subjetivas y por ello se han excluido de las condiciones de la eutanasia activa.

La segunda condición exige que exista una situación mucho más crítica que la que demanda la eutanasia indirecta.

La tercera condición indica que la eutanasia exige, como fundamento, el principio de estado de necesidad y el derecho de autodeterminación del paciente.

Según la cuarta condición se considera como eutanasia pasiva la interrupción de las medidas de atención médica. La eutanasia indirecta corresponde al ámbito del tratamiento médico y requiere como fundamento el derecho de autodeterminación del paciente, y como forma parte de dicho tratamiento, es suficiente para tal efecto la voluntad presunta del paciente.

En el caso de Nagoya se exigió que las acciones para llevar a cabo la eutanasia activa sean realizadas fundamentalmente por un médico, pero en la sentencia de *Tôkai-Daigaku*, en cambio, esta condición fue sustituida por

la tercera. La tercera y la sexta condiciones del caso de Nagoya se juzgan como lógicas y superfluas, ya que el médico es el sujeto del acto. Como razones que justifican la eutanasia activa se consideran las siguientes: el principio legal del estado de necesidad, el cual, ya que no existe una alternativa de tratamiento para eliminar los dolores, hace lícito el sacrificio de la vida, así como la teoría de la autodeterminación del paciente, conforme a la cual se deja la decisión a la autonomía de este último.

En el caso del hospital de *Kawasaki*, que se trataba menos de eutanasia y más de la interrupción de un tratamiento terapéutico, el Tribunal Superior dictó en 2007 el siguiente fallo (*Tōkyō-kohan* 28.2.2007, *Hanrei Times* núm. 1237, p. 153). Aquí, un médico retiró a un paciente que se hallaba en coma la intubación traqueal, con el propósito de provocar la muerte natural, inyectándole luego un relajante muscular que causó la muerte. Que la legalidad de la interrupción del tratamiento se apoyara en cuáles límites sean los impuestos al derecho de autodeterminación del paciente y el deber terapéutico del médico, no podía llevar a una solución en este caso, porque, por un lado, el paciente no había expresado claramente su voluntad respecto de la interrupción del tratamiento, y por el otro no se había confirmado que la muerte fuera inminente, es decir, no era posible examinar también los límites de la obligación terapéutica. No era el caso, pues, que “la muerte fuera definitivamente inevitable” y por ello se tomó el marco de la sentencia de la instancia inferior, en el sentido de que no había una voluntad clara de que se interrumpiera el tratamiento. Esta primera instancia, es decir, la sentencia del tribunal regional de Yokohama de 2005 (*Yokohama chisai* 25.3.2005, *Han'yū* núm. 1185, p. 114) había quedado pendiente del fundamento teórico de la sentencia dictada por el mismo tribunal en el caso de *Tōkai-Daigaku*. En 2009, el Tribunal Supremo no se apoyó ni en la primera instancia, la cual había considerado como precondition de la licitud de la interrupción del tratamiento, precisamente como en el caso de *Tōkai-Daigaku*, el derecho de autodeterminación del paciente y los límites de la obligación terapéutica del médico, ni en lo resuelto en la instancia superior, la cual había juzgado que estos criterios no estaban reconocidos de manera general. Puesto que, sin un examen previo detenido, 1) al momento del retiro de la intubación no había sido posible un juicio suficiente sobre la capacidad de recuperación y el tiempo de vida que quedaba al paciente, y 2) la intubación se había retirado a petición de la familia, pero, por otro lado, esta petición no se había fundado —dadas las circunstancias— en la comunicación de informaciones adecuadas sobre el estado de salud de la víctima y, por tanto, el retiro no se había producido con base en la voluntad presunta de la misma, el acusado fue declarado culpable, como en la primera y la segunda instancias.

D. *Crítica y examen de los fallos*

a. Eutanasia

La sentencia en el caso de *Tōkai-Daigaku* trasladó el derecho de autodeterminación del paciente al centro de la cuestión de la eutanasia; en consecuencia, el problema de la muerte con dignidad y el de la eutanasia fueron examinados de manera profunda, se tomó en cuenta el punto de vista del paciente, de la familia y del médico, y se establecieron criterios conforme a los cuales es lícita la eutanasia. El tribunal llegó a la conclusión de que en el caso no se habían satisfecho esos criterios.

Primero: la sentencia considera, conforme a la cuarta condición, que el derecho de autodeterminación del paciente es una causa de justificación, pero en ello se aparta del caso de Nagoya, porque exige para la eutanasia una clara manifestación de voluntad. En Japón se considera que esta condición es indispensable, con el fin de proteger al individuo de actos que vulneren la intangibilidad de la vida, y para evitar el abuso y una aplicación irregular de la eutanasia, así como para preservar la confianza de los ciudadanos en la atención médica al final de la existencia. Sin ella, y solamente con un consentimiento presunto, no se configura el delito de homicidio conforme al artículo 2002 del Código Penal japonés, pero sí conforme al artículo 202, y la justificación se vuelve más difícil.

Segundo: conforme a la primera condición, esta sentencia excluye el sufrimiento psíquico de las condiciones para el reconocimiento de la eutanasia y lo restringe a los dolores corporales; esto parece incontestable. Si bien los sufrimientos psíquicos tampoco son fácilmente soportables para el paciente, si se permitiera que fueran suficientes se vulneraría la seguridad jurídica, como lo muestra la sentencia.

Tercero: esta sentencia introdujo correcciones a las condiciones quinta y sexta del fallo de Nagoya —realización de la eutanasia por un médico e idoneidad moral del método de muerte—, al sustituirlas con la condición de que no haya perspectivas de un tratamiento alternativo. Sin embargo, se suscita la cuestión de hasta dónde son lícitos los actos del médico y de sí es admisible cualquier método, o de si no es superflua la condición de que sea un médico quien lo lleve a cabo. En vista de los progresos de los tratamientos analgésicos, pronto podría haber “métodos alternativos de tratamiento”. En Japón ya se ha manifestado la crítica correspondiente.

Cuarto: la sentencia del caso de *Tōkai-Daigaku* examina primero el sentido y la condición de la muerte con dignidad y luego distingue y analiza

estas tres especies de eutanasia. Sin embargo, surge la cuestión de si es posible en absoluto separar los casos de eutanasia pasiva, es decir, la muerte del paciente por interrupción del tratamiento médico, de los casos en los que la dosis del medicamento para la supresión del dolor va aumentando paulatinamente y en algún momento supera el umbral de la dosis mortal, o de aquellos en los que el tratamiento analgésico provoca la pérdida irreparable de la conciencia del paciente y el fallecimiento se produce a los pocos días. Si aceptamos que entre estos casos no hay una diferencia esencial, entonces el reconocimiento de las declaraciones previas de voluntad del paciente tiene un papel mucho más importante, incluso en el caso de la eutanasia activa.

Por último, en cuanto a la fundamentación de la justificación de la eutanasia. Esta sentencia presenta como causas de licitud de la eutanasia activa, cuando “se han agotado todos los medios posibles para la supresión o reducción del dolor del paciente y no hay posibilidades alternativas de tratamiento”, el principio del estado de necesidad, conforme al cual es lícito escoger el sacrificio de la vida (decidirse a favor de la vida como bien jurídico protegido), y el derecho de autodeterminación, según el cual esta elección le corresponde a la autonomía del paciente. En Japón, (I) conforme al artículo 35 del Código Penal y las causas de justificación supralegales se remite mayoritariamente a las causas de justificación. En contra se manifiestan las opiniones de que (II) la eutanasia es antijurídica en todo caso, y cuando falta la exigibilidad de otra conducta, la eutanasia debe entenderse como causa de exclusión de la culpabilidad. Pero si, por el contrario, se reconoce el derecho de autodeterminación por encima de la vida, entonces (III) la eutanasia se justifica como ejercicio del derecho al suicidio, así como por la teoría del espacio no reglado jurídicamente, lo que implica dar importancia a la voluntad del paciente.

Frente a la opinión (III) se aduce la crítica de que la Constitución contiene un “derecho a la vida”, pero que el “derecho a morir” no existe y que el homicidio para evitar el dolor es una paradoja teórica. Tampoco la sentencia del caso de *Tōkai-Daigaku* va tan lejos como para reconocer un “derecho a morir”, sino a una “forma de salir al encuentro con la muerte”, un “derecho a escoger el curso que conduce a la muerte”. Además, se plantean dudas sobre la opinión (I), por ejemplo, a causa de la problemática de la elección libre en la autodeterminación, del peligro del abuso, de la frecuente mención de la “ruptura de las compuertas”, del “plano inclinado” o de la “espiral descendente”, del descuido en la atención médica en la etapa final de la vida, de la vulneración de la concepción que tienen de sí mismos los médicos, o porque el derecho de autodeterminación se ejerce desde la débil

posición del paciente (frente a la más fuerte del médico), y porque, a pesar de todas las razones, la interrupción de la vida es ilegal. Los actos que vulneran la vida, que constituye un valor absoluto, son ya en sí mismos inevitable y simbólicamente antijurídicos. Conforme a esta idea, solamente quedaría la exclusión de la culpabilidad como única posibilidad, pero en Japón el tribunal no reconoció esencialmente, por consideraciones de exigibilidad, dicha exclusión. Por consiguiente son inevitables las dudas de cómo pueda hacerse valer esa concepción en los hechos de un proceso.

b. Interrupción del tratamiento

En el caso de *Tókai-Daigaku*, la interrupción del tratamiento se apoyaba en la teoría del derecho de autodeterminación y en los límites de la obligación terapéutica del médico, siendo las condiciones previas las siguientes: 1) un estadio terminal en el que es inevitable el fallecimiento del afectado por una enfermedad incurable y sin perspectivas de recuperación; 2) en el momento de la interrupción del tratamiento existe la voluntad del afectado, quien solicita tal interrupción (siendo suficiente, a falta de una manifestación clara, la voluntad presunta, la cual puede deducirse de previas manifestaciones escritas o de la voluntad de la familia).

Como se señaló anteriormente, el Tribunal Supremo, en el caso *Kawasaki*, recurrió, por un lado, a ambas condiciones de la pérdida de la vida restante y de la posibilidad de recuperación, y por el otro, de la voluntad presunta del paciente, para justificar la interrupción del tratamiento. Sin embargo, no reconoció esta interrupción, puesto que no era claro que la muerte hubiera sido verdaderamente inminente y que efectivamente no había posibilidad de recuperación, concluyendo que tampoco debía reconocerse la voluntad presunta, ya que para ella se requería que las peticiones de la familia se apoyaran en explicaciones adecuadas sobre el estado de la enfermedad. En todo caso no resultaba claro en qué relación se encontraban ambas condiciones entre sí, es decir, si una ya era suficiente para la justificación y cuál de ellas lo era. En relación con la primera condición no estaba claro en cuál etapa podría decirse que no podía prolongarse la vida o que no había posibilidad de recuperación, o si era posible interrumpir las medidas terapéuticas cuando todavía había medidas posibles, y a final de cuentas, si debía regularse el artículo 202 del Código Penal japonés, conforme al cual es punible la participación aún en caso de ejercicio del derecho de autodeterminación. Respecto de la segunda, en los precedentes se había aceptado que la voluntad presunta no se apoyaba, sustitutivamente, en la voluntad de

la familia, sino en la voluntad presunta del afectado mismo, pero entonces era necesario aclarar sus contenidos concretos, excluir la voluntad arbitraria de la familia y fijar qué extensión debía darse al concepto mismo de familia.

E. *Perspectivas y tareas para el futuro*

En mi país, el Japón, se piensa mucho en la calidad de vida, se da importancia al cumplimiento del tratamiento médico al final de la vida, y una fuerte opinión pública demanda la eutanasia. En correspondencia con esta corriente fue que se pronunció la sentencia en el caso de *Tōkai-Daigaku*. Debido a que las condiciones para el reconocimiento de la eutanasia eran demasiado estrictas en el caso de Nagoya, podemos inferir que, en la práctica, la sentencia negó la solicitud de la eutanasia. ¿Qué pasa entonces con la sentencia del caso de *Tōkai-Daigaku*? También hay críticas a este fallo, como se ha dicho, debido a los problemas con el tratamiento del dolor, por lo que, si bien permite teóricamente la eutanasia activa e incluso la indirecta, las niega en la práctica. Se dice inclusive: “Esta sentencia desplaza al margen la eutanasia en los cuidados médicos al final de la vida. En última instancia se piensa solamente en la muerte con dignidad”. Por tanto, ¿son entonces inadecuadas estas dos sentencias que rechazan la eutanasia activa?

En últimos tiempos se ha manifestado visiblemente un movimiento que trata de justificar la eutanasia a partir del derecho de autodeterminación del paciente que se deduce del artículo 13 de la Constitución.² En el caso de *Tōkai-Daigaku* se estableció un fundamento jurídico para la suspensión del auxilio médico, que afecta el punto de la teoría de la autodeterminación del paciente y el límite de la obligación del tratamiento médico, a saber, la opinión de que no constituye un deber la prolongación, sin sentido, de un tratamiento. Obviamente la autonomía se toma como punto de partida de la discusión, sin ninguna labor de definición o aclaración. Aquí quisiera anunciar mis dudas y reservas, cuando se trata de la justificación de una determinada acción. Tengo la sensación de que no existe ningún campo ni ningún supuesto en que el derecho a la decisión propia sea posible en absoluto. Desafortunadamente, cuando de todos modos se permite el uso de la autonomía y el derecho, cuando esto se afirma sin más, entonces todas las acciones se convertirían en resultados causales de decisiones propias, de modo que los pacientes tendrían

² “Todos los ciudadanos son respetados como individuos. Su derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, en tanto no interfiera con el bienestar público, merecen la máxima consideración por la legislación y las otras administraciones del Estado”.

una posición todavía más débil ante los médicos. Los derechos del paciente en Japón son en todo caso más débiles que en comparación con Europa, y las posibles injusticias tienen que ser soportadas. En muchas situaciones insistir en que el paciente debe decidir significa, en último término, coaccionar groseramente la obligación de decidir. Esto sería una forma de la injusticia. En ocasiones se impone la obligación de la autodeterminación cuando se exige la autonomía del paciente.

En relación con la interrupción del tratamiento, el Tribunal Supremo determinó, en la sentencia *Kawasaki*, que era necesario hacer exámenes cuidadosos y evaluar con precisión la vida restante y las posibilidades de recuperación. Bajo estos supuestos había que informar a la familia, ésta tendría que consentir presuntamente y solamente entonces sería jurídicamente admisible la interrupción del tratamiento. Esto es muy significativo, pero no están claras sus bases teóricas.

Existen dos enfoques para solucionar el problema de la interrupción del tratamiento: 1. con base en el derecho de autodeterminación del afectado (o de la voluntad de la familia en virtud de la presunta voluntad del afectado) debe considerarse como legal la interrupción del tratamiento. La sentencia del caso *Kawasaki* del Tribunal se apoya también en este fundamento cuando reconoce que la interrupción del tratamiento con base en la voluntad presunta del enfermo, que quedara en evidencia conforme a las peticiones de la familia, podría ser lícito legalmente; 2. en el sentido de los límites de la obligación terapéutica, una interrupción del tratamiento que los excediera no sería contraria a derecho; sobre esta base se confirmaría la legalidad de la interrupción del tratamiento. Sin resolver quedan aquí, sin embargo, los problemas 1) de cómo captar la voluntad del paciente que ya no se encuentra plenamente consciente y de si la voluntad de la familia podría representar verdaderamente a aquélla, y 2) los casos que exceden los límites, y si declarar una terapia como inútil no conduciría a declarar como inútil una vida.

Secundariamente se pone atención a la cuestión de si se han ejecutado los procedimientos hasta la interrupción del tratamiento. Esto significa, para los procedimientos en las decisiones importantes de cuidado y acompañamiento de pacientes terminales, hacer depender la toma de las decisiones de la práctica, por ejemplo, de las reglas objetivadas que están contenidas en los lineamientos para el acompañamiento de pacientes terminales elaborados previamente por el Ministerio. Al seguir los lineamientos el médico estaría escapando a la persecución penal, lo que tiene muchos defensores. Debido a la preocupación de que los métodos basados en estos lineamientos no siempre conduzcan a la no punibilidad del médi-

co, se propone también una definición legal de la muerte con dignidad. Sin embargo, resulta difícil definir los supuestos detallados en vista del estado, muy variable en lo particular, de los enfermos. Más realista para la práctica médica parece ser, como en Inglaterra y Suiza, la adopción de lineamientos en los cuales se puede incorporar diversos conocimientos.

Mientras que por un lado es importante evitar, al menos, mediante la observancia de los lineamientos, la persecución jurídica de las acciones terapéuticas y tomar en consideración los dos supuestos mencionados —la autodeterminación del enfermo y la limitación de la obligación terapéutica como base para justificar la interrupción del tratamiento—, parece igualmente importante hacer de algún modo evidente en Japón, donde, a diferencia de Alemania, no hay una tradición fuerte de declaración de voluntad anticipada, la conveniencia de difundir ampliamente dicha declaración, de modo que ésta logre un respeto general en la práctica médica.

Puesto que la eutanasia indirecta —que puede justificarse suficientemente a través de la voluntad presunta— está reconocida de manera general en Japón y la mayoría de los problemas alrededor de la muerte consisten en la eutanasia pasiva por conducto del auxilio médico, se utiliza, respecto de la asistencia al suicidio, el tipo de “asistencia pasiva al suicidio”, lo que equivale a la omisión pasiva de auxilio, y en la valoración sobre su antijuridicidad se deja espacio a la justificación o se hace necesaria una ley que clarifique la asistencia permitida al suicidio por el médico. De acuerdo con esta última opinión, la omisión o la interrupción de la terapia encaminada a prolongar la vida debe considerarse en cierto modo como suicidio, al que presta asistencia el médico, cuando es juzgado como correspondiente a la acción independiente del afectado.

Existe todavía la opinión de que en Japón existe una tolerancia bastante amplia frente a la omisión de terapia encaminada a la prolongación de la vida, pero que se está demasiado dominado por el temor de que la interrupción del tratamiento o de la adopción de tales medidas, una vez iniciadas, pueda constituir un homicidio calificado. De este modo se deja al final en el abandono a los pacientes que podrían ser salvados. Esto podría resolverse si se presupone —sobre la base de la voluntad del paciente— que dentro de la autodeterminación existe una autodeterminación a la protección de uno mismo, no limitada por el artículo 202 del Código Penal. Esto significaría, concretamente, adoptar una construcción como la influyente “acción por omisión” en Alemania, y la omisión de acciones terapéuticas desde el comienzo (*withhold*) se pondría en un mismo nivel con la interrupción de la terapia iniciada (*withdraw*). De acuerdo con esta perspectiva, quedarían en un mismo plano jurídico el no conectar a un paciente al aparato respirador

como el desconectarlo una vez que se ha conectado. La desconexión de un órgano artificial de respiración es igual a la acción pasiva de retirar la terapia seguida hasta el momento y la renuncia a asegurar artificialmente la situación actual. Se trataría de una acción contraria a la norma que exige la continuación de la terapia y, por tanto, debe clasificarse como omisión. De acuerdo con esta opinión, sería imaginable la justificación de la acción positiva —la extubación en el caso *Kawasaki*—, pero si bien son numerosas las valoraciones positivas al respecto, sigue siendo una tarea inconclusa lograr una mayor concretización y precisión de esta teoría.

Para concluir, permítaseme citar algunas voces de la práctica. Aquí no se considera como fallecimiento la muerte cerebral de un ser humano, sino que no se considera muerto el cuerpo sino hasta la ausencia definitiva de pulso cardiaco mientras todavía se encuentra caliente. Cuando, por ejemplo, el retiro del aparato respirador de una persona con muerte cerebral que no puede respirar de manera independiente provoca un estrechamiento visible de las vías respiratorias y dificultades respiratorias, no se retira la intubación traqueal del enfermo. Aun cuando exista una declaración de voluntad anticipada y la familia está de acuerdo, y aún cuando a causa de la muerte cerebral ocurrida la ley y los lineamientos lo permitan, no se concluye inmediatamente con las medidas terapéuticas. En lo general se ponderan la apariencia y la constitución del enfermo, los desvelos de la familia, los daños para todos los interesados; se consulta con la familia y, por último, se decide por la interrupción de la terapia. Como se dice: la labor del médico consiste —siempre respetando la voluntad del paciente mismo— y a partir de la perspectiva de dejarlo a las fuerzas del enfermo mismo, crear un entorno en el cual se puede aguardar la muerte natural.

No está a la vista el final de este debate sobre muerte cerebral y estadio terminal. La obstinación frente al final de la vida es mucho más profunda, en comparación con Europa y los Estados Unidos, que en relación con su comienzo. En el problema de la interrupción de medidas terapéuticas y en la manera como se afronta la muerte se reflejan también, de manera especial, las circunstancias de Japón. No obstante, el debate busca el punto de coincidencia mutua entre este y oeste en relación con el acompañamiento de la muerte, incluso hasta la imitación de la situación europea. En Japón está penetrando también la mentalidad de la autodeterminación y la voluntad anticipada, y en ese sentido se reduce la distancia entre nosotros, y si en el futuro se lograra llegar a un consenso sobre la base de las convicciones jurídicas de nuestros pueblos, entonces quizá se pueda alguna vez reconocer al paciente en estadio terminal la opción del suicidio como un derecho.