

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TÍTULO DE TESIS

LA POSIBILIDAD DE LEGALIZAR LA EUTANASIA EN EL PERÚ

Tesis presentada para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho

Presentada por:

Mg. SANCHEZ CHUQUICUSMA, Robert Carlos

ASESOR:

Dr. Víctor Raúl Rodríguez Monteza.

LAMBAYEQUE – PERU

2018.

LA POSIBILIDAD DE LEGALIZAR LA EUTANASIA EN EL PERÚ

AUTOR.

Mg. Sánchez Chuquicusma, Robert Carlos.

ASESOR.

Dr. Víctor Raúl Rodríguez Monteza.

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: **Doctor en Derecho.**

APROBADO POR:

Presidente del Jurado.

Dr. José María Balcazar Zelada.

Secretario del Jurado.

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero.

Vocal del Jurado

Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo

Abril, 2018

DEDICATORIA.

Para mis padres Eduardo Sánchez Mendoza, y Pastora Chuquicusma García y mis hermanos cuyo apoyo condicional me permitió dar el primer paso en mi vida profesional; que con entusiasmo y alegría del mundo libramos batallas juntos por la dignidad de los combates de la vida... y aquellas personas que me permitieron ser mejor como persona y como profesional. **A Hrithik Robert Sharukh** cuyos argumentos entrecortados, y cada sonrisa al llegar a casa, hizo decidirme a escribir “La Eutanasia” por la sencilla razón de aquella interrogante *¿hemos venido aquí para reír o para llorar? ¿Estamos muriendo, o estamos naciendo?* que en algún momento de mi vida bohemia ya había leído dichas interrogantes en “Terra nostra”.

“Tú debes ser el cambio que quieres ver en el mundo”

Mahandas K. Gandhi

AGRADECIMIENTO.

A los distinguidos docentes de la Escuela de Postgrado de la Universidad Pedro Ruiz Gallo, por la enseñanza recibida en los claustros universitarios, en la formación académica, y en especial al Dr. Víctor Raúl Rodríguez Monteza, quien no sólo ha nutrido de enseñanza al intelecto, sino que acompañó en sus clases, enseñanzas como: *“que cuando se encuentre en conflicto el Derecho y la Justicia se debe optar por la justicia, y que la administración de justicia exige buenos hombres, porque el conocimiento, en el siglo XXI lo obtienes con tan solo hacer un clic...”*

“Nada prueba tan contundentemente la habilidad de un hombre para dirigir personas como la habilidad que tiene para dirigirse a sí mismo”

Thomas Watson

INDICE

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
INDICE.....	v
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN.....	xii
SECCIÓN I.....	16
ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	16
I. Aspectos de la problemática.....	16
1.1. Realidad problemática.....	16
i. Pronóstico	18
ii. Control del pronóstico	20
1.2. Planteamiento del problema.....	20
1.3. Formulación del problema.....	22
1.4. Justificación.....	22
1.5. Objetivos.....	23
1.5.1. General	23
1.5.2. Específicos	23
1.6. Hipótesis.....	24
1.6.1. Formulación de Hipótesis	24
1.7. Identificación de Variables.....	24
1.7.1. Variables Independientes	24
1.7.2. Variables Dependientes	24
1.7.3. Variables Interviniente	25
1.8. Operacionalización de las Variables.....	25
1.9. Tipo y Diseño de la investigación.....	26
1.9.1. Tipo de Investigación	26
1.9.2. Diseños de la Investigación	26
1.10. Población y Muestra.....	27
1.10.1. Población	27
1.10.2. Muestra	29

1.11. Métodos y procedimientos para la recolección de datos	32
1.11.1. Métodos	32
1.11.2. Procedimiento.	33
1.12. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	33
1.12.1. Materiales	33
1.12.2. Técnica	34
1.12.3. Procesamiento de datos y análisis estadísticos.	34
SECCIÓN II. MARCO TEÓRICO	35
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	35
1.1. Desde el Ámbito Internacional	35
1.2. Desde el Ámbito Nacional.....	37
1.3. Local	38
CAPÍTULO II: ASPECTOS GENERALES Y BASES TEÓRICAS SOBRE LA EUTANASIA	39
2.1. La Eutanasia	39
2.2. Formas de aplicación.	44
2.3. Datos sociales significativos relativos a la Eutanasia.....	62
2.4. Valoración ética de la Eutanasia.....	64
2.5. Acepciones de la Eutanasia	67
2.6. Puntos a favor y en contra de la Eutanasia	81
2.7. Aspectos a tomar en cuenta para su posible aceptación	90
2.8. Propuesta para la realización de la eutanasia solicitada	97
CAPÍTULO III: LA EUTANASIA DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO.....	101
3.1. Regulación Jurídica en nuestro Sistema Penal vigente	101
3.2. La disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico	105
3.3. Una propuesta de interpretación de lege lata.....	109
3.4. Una propuesta de regulación de lege ferenda.....	111
3.5. La disponibilidad del fenómeno de la vida desde el derecho y la doctrina nacional .	112
3.6. Eutanasia y objeción de conciencia	114
CAPÍTULO IV: DERECHOS FUNDAMENTALES Y NATURALES DE LA PERSONA EN EL EJERCICIO DE SU DIGNIDAD HUMANA.....	125
4.1. Concepto de Derechos Fundamentales	125
4.2. Naturaleza de los Derechos Fundamentales	127

4.3. Características de los Derechos Fundamentales	128
4.4. Función de los Derechos Fundamentales al interior del Sistema Jurídico	131
4.5. Protección y vigencia de los Derechos Fundamentales.....	132
4.6. Los Derechos Fundamentales en el Orden Constitucional.....	136
4.7. Iusnaturalismo	137
4.8. Derecho a la vida	142
4.9. Derecho a la Libertad y Eutanasia.....	149
4.10. Dignidad Humana.....	154
4.11. El Derecho a morir con dignidad.....	186
4.12. Neoconstitucionalismo	193
4.13. Test de Ponderación de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	201
4.14. Test de Ponderación para el caso de eutanasia	215
4.14.1. Caso Eutanasia	216
4.14.2. Presupuestos del test de ponderación	217
CAPÍTULO V: LA EUTANASIA DESDE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.....	222
5.1. Colombia	222
5.2. Estados Unidos	227
5.3. Canadá	230
5.4. Holanda.....	232
5.5. Bélgica.....	236
5.6. Luxemburgo	240
5.7. Suiza	240
SECCIÓN III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	243
CONCLUSIONES.....	257
RECOMENDACIONES	259
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	260

RESUMEN

Todo derecho fundamental de la persona tiene que verse de manera muy directa con la dignidad de la persona; asimismo, garantizando otros derechos que deriven de este; entendiéndose que la muerte digna, es un derecho fundamental, precisamente porque ampara y preserva la dignidad de la persona en un momento postrero; esto se desprende el artículo 1° de la Constitución, que no se inicia con el derecho a la vida; sino, con la defensa de la persona, haciendo énfasis en su dignidad; siendo esta justamente la clave para desarrollar y aplicar todo el ordenamiento legal en la defensa de la dignidad de la persona.

La constitución Política del Perú, es garantista de la vida humana; es decir, afirma que nadie puede atentar contra la vida de la persona humana; pero es importante, precisar que el derecho a la vida, tiene que desenvolverse en un contexto compatible con la dignidad; quedando claro que la dignidad es fundamental en todos los derechos, incluyendo en este contexto el derecho a la vida.

Hoy en día, la Eutanasia está muy lejos de equipararse al suicidio, en la eutanasia es el propio enfermo quien dispone de su vida, pero cada vez son más los casos de Eutanasia no voluntaria en los que otra persona, médico o familiar, dispone de la vida del que sufre, muchas veces sin consultarle al respecto. En este caso, no puede argumentarse el derecho a disponer libremente de su vida que pudiera reconocérsele al enfermo. Solo puede emplearse este argumento en caso de suicidio, no de Eutanasia.

La eutanasia tiene, por tanto, características propias que la tipifican, como son el ser ejecutada por un personal médico, paramédico o por un familiar o amigo cercano; poder ser conformada de forma activa o pasiva; y que la finalidad confesa sea evitar sufrimientos a alguien que es portador de una enfermedad incurable y anteriormente se planteaba que debía

encontrarse en etapa terminal de una enfermedad mortal, pero que los defensores actuales de la Eutanasia aceptan que la enfermedad sea incurable y conlleve sufrimientos “insoportables” para aceptar la aplicación de la acción u omisión.

Finalmente, morir con dignidad, significa morir con la atención médica requerida, con los recursos necesarios para aliviar los síntomas, morir en condiciones que permitan hacerlo en forma privada, no donde la curiosidad pública convierta la muerte en un acto de feria y morir rodeado de los que nos quieren y a los que queremos. Eso es morir con dignidad, no acelerar el proceso normal de la muerte.

ABSTRACT

Every fundamental right of the person has to be seen in a very direct way with the dignity of the person; likewise, guaranteeing other rights that derive from it; understanding, that dignified death is a fundamental right, precisely because it protects and preserves the dignity of the person at a later time; This follows article 1 of the Constitution, which does not begin with the right to life; rather, with the defense of the person emphasizing their dignity; This is precisely the key to developing and applying the entire legal system in defense of the dignity of the person.

The Political Constitution of Peru is a guarantee of human life; that is, he affirms that no one can attempt against the life of the human person; but it is important to specify that the right to life has to unfold in a context compatible with dignity. It is clear that dignity is fundamental in all rights, including in this context the right to life.

Nowadays, euthanasia is far from being equated with suicide, in euthanasia it is the patient himself who disposes of his life, but there are more and more cases of non-voluntary euthanasia in which another person, doctor or relative, has the life of the one who suffers, many times without consulting him about it. In this case, the right to freely dispose of his life that could be recognized by the patient can not be argued. This argument can only be used in case of suicide, not Euthanasia.

Euthanasia has, therefore, its own characteristics that typify it, such as being executed by medical personnel, paramedics or by a family member or close friend; can be formed actively or passively; and that the confessed purpose is to avoid suffering someone who is a carrier of an incurable disease and previously thought that he should be in the terminal stage of a deadly disease, but that current advocates of Euthanasia accept that the disease is

incurable and leads to suffering " unbearable "to accept the application of the action or omission.

Finally, dying with dignity means dying with the medical attention required, with the necessary resources to alleviate symptoms, dying in conditions that allow it to be done privately, not where public curiosity turns death into a fair act and dying surrounded by those who love us and those we love. That is to die with dignity, not to accelerate the normal process of death.

INTRODUCCIÓN

Sánchez Chuquicusma Robert C., en su tesis “Factores que determinan la conducta de los violadores de menores de edad”, cita al maestro TORRES VÁSQUEZ Aníbal, quien define *“que el Derecho no es un conglomerado de preceptos dispersos, amontonados, colocados unos del lado de otros sin ninguna conexión no están yuxtapuestas o simplemente alienadas en serie, todos en el mismo nivel sino como un sistema orgánico, coherente, integrado, todos interconectados por una relación de fundamentación”*. A éste conjunto organizado de normas se llama Ordenamiento Jurídico, cuya eficacia está garantizada por medio de la fuerza que monopoliza el Estado, el problema surge cuando la norma está lejos de la realidad.

“Adiós a todos mis queridos amigos y familiares que me aman hoy es el día que he elegido para morir con dignidad en vista de mi enfermedad terminal, este tipo de cáncer cerebral terrible que ha tomado mucho en mí (...) pero que habría tomado mucho más”

- Britany Maynard en su cuenta de Facebook el 01 de noviembre de 2014- (Jaime Cordero, Mayo 2015. La Ley).

El caso estadounidense que se presenta, no es ajeno a la realidad social de nuestro país, por ello surge la necesidad pública y de interés nacional la implementación y desarrollo de la Eutanasia como un Derecho¹.

¹ Nadie duda que la idea de “tener un derecho” o las expresiones del tipo “A tiene derechos a X” y similares encuentran su encaje adecuado dentro de un lenguaje normativo. Cual sea la posición que ocupen, o la postura que adopten. La pretensión de Hobbes y, en general y de la tradición Seldeniana del siglo XVII inglés, de que se dan ciertos derechos antes de que existan normas, simplemente porque “tener derecho a X” parece servir, en ciertos casos, sinónimo de libertad en el sentido de ausencia de normas respecto de X, es un notorio error conceptual. Tal error consiste en que la ausencia de normas por sí solas no atribuye un derecho sino cuando va acompañada de un deber para otros de abstenerse de inferir en las acciones emprendidas dentro del ámbito no regulado, es decir, cuando va acompañada de una presencia de normas. Como quiera que esta presencia de algún deber u obligación parece acompañar siempre a la exigencia de un derecho, ello supone que la noción de derecho ha de avecindarse, en efecto, en el mundo de los lenguajes normativos o en torno a ellos. **CAMPOS**

En el siglo XXI la sociedad y los políticos peruanos tendrán la necesidad de resolver el tema de la eutanasia, como un derecho, al cual se le podría denominar muerte digna, dicha afirmación a razón que de acuerdo a una encuesta elaborada por Ipsos y publicada por el diario El Comercio, el 52% de los limeños está a favor de la eutanasia, mientras que el 40% la rechaza. El porcentaje de aprobación sube hasta el 63% cuando se pone el supuesto de enfermos terminales en estado vegetativo, pese a que estos, dada su condición, no podrían expresar su deseo².

En el Perú y en el mundo la eutanasia no es un tema médico, sino un tema jurídico que puede tener relevancia penal por el hecho de existir un tipo penal, previsto en el artículo 112° del Código Penal conocido como Homicidio Piadoso, y relevancia civil por existir una norma, prevista en el artículo 6° del Código Civil que prohíbe actos de disposición del propio cuerpo, y **sobre todo relevancia constitucional por entenderse que la Eutanasia sería un derecho teniendo como base el artículo 1° de la Constitución del Perú.**

La investigación, incide en buscar la posibilidad de legalizar la eutanasia³, pocos temas suscitan controversia en diferentes países del mundo e involucran de una manera tan clara el derecho a la vida, así como los límites que puede imponer la legislación al deseo de una persona para darle fin a su existencia, sobre todo cuando padece de una enfermedad mortal o degenerativa de carácter irreversible. Prueba de ello tenemos lo dispuesto en el artículo 112° del Código Penal, **Homicidio Piadoso** - *“El que por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”*, y lo dispuesto

BARRANZUELA, Edhín y HERNÁNDEZ RENGIFO, Freddy, *Curso desarrollado de Derechos Humanos*, Gráfica Espinal E.I.R.L, Lima, 2008, p. 14-15

² CORDERO, Jaime, *La Ley – Yo decido morir-*, Numero 11/año 1/Mayo 2015.p. 18

³ Eutanasia Activa.

en el artículo 6° del Código Civil, **Prohibición de actos de disposición del propio cuerpo** – *“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.*

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”

La presente investigación busca estudiar la eutanasia, desde la legislación y jurisprudencia comparada, y realizar un análisis, si el optar por la Eutanasia es el ejercicio al derecho a la dignidad, y como consecuencia de ello, sería la descriminalización de la conducta del homicidio piadoso en nuestra legislación penal.⁴ Así también busca analizar, desde un punto de vista constitucional el derecho a la dignidad de la persona humana como fin supremo de la Sociedad y del Estado.

En el presente trabajo se tratara de dar aportes para la solución de una problemática que día a día se suscita en instituciones sanitarias en las que enfermos cuyas posibilidades de restablecimiento o mejoría ya no existen, son sometidos a tratamientos médicos a través de respiradores artificiales y, a una serie de aparatos y mecanismos que tan sólo prolongan el sufrimiento, afectando de esta forma, no sólo físicamente al enfermo sino también a sus familiares.

⁴ “No es el primer intento legislativo en el Perú para despenalizar el homicidio piadoso. Ya en el 2009, una comisión especial revisora del

Estamos convencidos que el tema trasciende los confines clásicos de la construcción del consentimiento, por un lado y, por el otro, en una sociedad plural se hace muy difícil no atender las requisitorias de amplias capas sociales en demanda de la legalización de la eutanasia, sobre todo cuando es a petición del enfermo. La cuestión más espinosa reside en salvar una serie de respetables y acendrados prejuicios morales⁵, cosa que únicamente puede plantearse si median unas garantías muy estrictas, ya que en nuestra cultura existe, a este respecto, un tema tabú: la existencia de una vida humana no es susceptible de ser puesta en duda por el hecho de la poca utilidad de la misma, ni siquiera si tal vida supone una carga personal, social o económica.

No obstante, en una cultura donde la libertad personal parece ser la piedra sobre la que se edifica el sistema social no puede desconocerse, sin pecar de incongruente, el que, en caso de conflicto entre la vida y la libertad de vivir, el titular de ambos bienes pueda optar por la libertad de no vivir. Tal es así que debe entenderse en la aplicación de la Eutanasia que cuando *“muere un paciente desahuciado la verdadera vocación del médico se realiza cuando hace lo debido, cuando el paciente le pide una muerte rápida, humanitaria y sin dolor”*

A los objetivos mencionados intentaremos dar respuesta en la presente, dado que estos puntos fueron los que dieron origen a la presente investigación.

***“No todos los asuntos morales tiene el mismo peso moral
que el aborto y la eutanasia” - Benedicto XVI.***

⁵ Crítica del autor Robert Carlos Sánchez Chuquicusma *“la historia nos hace recordar que cuando empezaron a realizarse los trasplantes del corazón hubo el mismo sentimiento de miedo e incluso entre los mismo médicos que creían contravenir los deseos de Dios, de la naturaleza, o incluso en las operaciones quirúrgicas de colocación de baipás, de igual forma la historia nos demuestra que el éter recién fue usado en el año de 1846 cuando había sido descubierto en 1540, y antes de eso se operaba estando despierto el paciente, se prohibía el uso de éter por un dogma religioso, por la idea que Dios deseaba que suframos, a fin de limpiarnos del pecado ”*

SECCIÓN I

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

I. Aspectos de la problemática

1.1. Realidad problemática

Actualmente el mundo ha cambiado, en el siglo XXI han aparecido endemias y epidemias que han llevado a pueblos y etnias enteras a la desaparición. Recordando la historia de la humanidad en el siglo pasado se dio una de las primeras guerras nucleares, conocida como la Segunda Guerra Mundial, en la que se dio uso al armamento nuclear que hoy conocemos como la Bomba Atómica, que destruyó las ciudades de Hiroshima y Nagasaki; así mismo se dieron hechos como la destrucción de la Planta Nuclear de Berchovis- Rusia, así como en China en el presente siglo; estos acontecimientos han generado efectos negativos en el habitat humano que han sido devastadores, toda vez que han traído como consecuencias diversas enfermedades incurables, que disminuyen la calidad de vida de las personas, poniendo a espaldas la dignidad de la persona, cuando se encuentran en fases terminales.

Nuestra población no es ajena a esta realidad, más aún cuando es un país en vías de desarrollo, con un servicio de salud pública deficiente, que no hace frente a situaciones de salud que ponen en riesgo la vida o disminuyen la calidad de vida, desapareciendo la dignidad de la persona humana, como un sujeto de derecho. Entonces nos preguntamos: ¿Cómo el Estado tutela la dignidad de la persona?, el mismo que se encuentra establecido en el artículo 1° de nuestra Carta Magna.

La norma fundamental de acuerdo a la teoría Kelseniana, sería la Constitución Política del Estado, por tanto la Constitución del Estado Peruano como norma fundamental nos

refiere en su Art. 1 *“Que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

A criterio del investigador es importante remarcar que gran parte de la población que sufre de enfermedades incurables, acompañadas de dolores intensos o personas que producto de un accidente resultan mutiladas con pocas posibilidades de vida o a un desarrollo de vida limitada, no se puede vulnerar su dignidad como persona humana y el libre desarrollo de su personalidad, así como la autonomía de la voluntad -como manifestación del derecho fundamental de la libertad; negándoseles la aplicación legal de la eutanasia, en casos que ellos soliciten se dé termino a su existencia. Es en este contexto, donde el derecho a una muerte digna adquiere su sentido.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en las Constituciones de los Estados miembros de las Naciones Unidas, incluida nuestra Constitución Política de 1993 (art 1º, y 2º numeral 24 literal “a”), son el fundamento jurídico del derecho a morir dignamente estando estrechamente vinculado al reconocimiento jurídico de la dignidad y la autonomía de la persona humana. De lo cual inferimos que la dignidad y libertad están reconocidas en una norma supranacional. Dentro de este contexto, la no legalización de la eutanasia, respetaría la libre voluntad y la dignidad de aquellos enfermos que se encuentran en una situación terminal irreversible y que el uso de medios artificiales para alargar inútilmente sus vidas. Es aquí donde la eutanasia adquiere relevante importancia, pues el derecho a la vida no implica una defensa de la vida (entendida como simple existencia biológica) sino el derecho a la vida se entiende como el derecho a una vida en condiciones adecuadas para ser disfrutada, es decir; el derecho a una vida digna.

Es entonces la falta de regulación en el Derecho peruano sobre la aplicación de la eutanasia, así como la falta de presupuestos o condiciones sin la cual no sería posible la aplicación de la eutanasia, no puede justificar que la situación de personas con limitaciones del desarrollo de calidad de vida (pacientes con enfermedades terminales o pendientes de un respirador) quede sometida a la incertidumbre.

i. Pronóstico

Los recientes debates sobre la eutanasia en el Perú han causado que se genere diversas opiniones sobre el tema. Existiendo un punto de conflicto entre dos derechos fundamentales como es *i. el derecho a la vida*, que va en contra de la eutanasia, por cuanto esta interrumpe el ciclo existencial natural de todo ser humano, es decir el ser humano nace, crece y muere; siendo el otro extremo *ii. el derecho a la dignidad de la persona humana*, siendo para éste el sentido más justo y humano, aplicar la eutanasia evitando la prolongación artificial de la agonía en ciertas condiciones mínimas de existencia, postulando a esta posición una autorización judicial.

Las legislaciones abordan el problema de la muerte buena, en el capítulo referente al Homicidio. El Código Penal Uruguayo contiene una previsión expresa en su Art. 37 “*Los jueces tiene la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante suplicas reiteradas de la víctima*”.

En éste tipo de legislaciones así como la nuestra se disciplina la eutanasia como una causa de impunidad (en el cual existe el delito y el delincuente, pero se suprime la pena), y su fundamento se basa en la ausencia de peligrosidad del agente. La eutanasia que contempla la disposición legal, se integra necesariamente con el consentimiento de la víctima, ya que

la piedad por sí sola no basta para configurarla como eximente. Esta posición se basa en el aforismo romano *volenti et consentiende non fit injuria*.

Sin embargo, a nuestro criterio no existe impunidad al momento de hacer uso de la eutanasia (muerte sin sufrimiento físico), debiéndose entender que el fin supremo de la sociedad y del Estado Peruano es el respeto y la dignidad de la persona humana, siendo un derecho fundamental. Actualmente la dignidad es entendida como *un mandato de no instrumentalización del ser humano*, el ser humano es un fin en sí mismo significa que éste tiene valor per se y no puede ser abusado o eliminado por el interés, el beneficio o el capricho de otros seres humanos. El valor de todo ser humano no radica en un precio, intercambiable, sino en una dignidad única.

Así también tenemos a *la dignidad como todo atributo de todo ser humano* por tanto la dignidad aparece como una condición inherente a la naturaleza humana, y *la dignidad como capacidad para ser sujeto racional y moral* el respeto a la dignidad de la persona implica respetar a los individuos en lo que deciden, reconociendo así su responsabilidad y atribuyéndole las consecuencias de las relaciones normativas en las que participan conscientemente.

Tomando estos lineamientos de la dignidad se puede pronosticar que al sancionar a una persona que termina con la existencia de un congénere a pedido de éste, en casos donde el congénere se encuentra en estado denigrable (enfermedad que lo ha postrado a una cama y dependa de respiradores) y no se siente digno de seguir viviendo en ese estado. En casos como éste donde existan personas con ninguna posibilidad de continuación de vida, con dolores intensos, infrahumanos producto de accidentes o enfermedades, y no se le permita a éste a decidir si continúa o terminar con su estado de agonía sin que la persona que ayude a

dicha voluntad termine responsable de un injusto penal, es ir contra el derecho a vivir dignamente, ya que como se ha manifestado la dignidad es inherente a todo ser humano, y no se trata de prologar la vida⁶ con sufrimiento, sino de dar calidad de vida.

ii. Control del pronóstico

Frente a la realidad social existente en nuestra comunidad, y problemas de salud, así como el riesgo existente permitido propio del tráfico en el desenvolvimiento de la sociedad en su quehacer diario, se dan situaciones que postran a personas en camillas de hospitales con aparatos que dan una vida artificial y que no se sienten dignos de continuar sobreviviendo e imploran que se les quite los respiradores, decidiendo de ésta manera dar por terminado su sufrimiento.

Nuestra propuesta es: “*que la Eutanasia es el ejercicio al derecho a la dignidad*”. Por tanto, la eutanasia debe ser aplicada. Debiendo legislarse, previamente.

1.2. Planteamiento del problema

La Eutanasia como derecho a la dignidad de la persona humana es una rama jurídica que ha sido expuesta ante nuestra sociedad como un hecho piadoso pero que conlleva a una responsabilidad penal, y sobre todo en las últimas décadas debido al incremento de situaciones sociales de salud como enfermedades incurables y terminales, como por ejemplo pacientes que sufren de cáncer y otras enfermedades en estado terminal, acabando con la dignidad de las personas que las padecen y surge la interrogante ¿si quién padece de dicha

⁶ Distanasia: encarnizamiento, obstinación o ensañamiento terapéutico es el empleo de todos los medios posibles, sean proporcionados o no, para prolongar artificialmente la vida y por tanto retrasar el advenimiento de la muerte en pacientes en el estado final de la vida, a pesar de que no haya esperanza alguna de curación.

enfermedad debe seguir sufriendo o se puede optar con acabar con su sufrimiento de una forma digna?.

El derecho a la vida es un derecho natural y debe ser reprochable todo intento de extinguirla desde todo punto de vista; sin embargo, no podemos hablar de “vida” cuando esta adolece de todo goce o placer de vivirla, por lo que debe hablarse del derecho de elegir la mejor forma de morir sin sufrimiento, es decir, la aplicación de la eutanasia como un derecho, por cuanto la vida no debe afectar los fines de la misma es decir la dignidad.

Si bien es cierto, aun estando un paciente con una enfermedad terminal y con dolores insoportables, su decisión en absoluto no es acabar con su vida de manera digna, entonces existe una alternativa que sería un tratamiento paliativo, el mismo que de alguna manera podría calmar el sufrimiento que viene padeciendo el paciente.

Pero, así como existen pacientes que se aferran a la vida, en cualquier condición, también existen casos, en donde no existe otra alternativa donde el paciente tenga el derecho a una muerte digna; en consecuencia, considero que el derecho a una muerte digna es consecuencia lógica del derecho a la vida. En efecto, tener derecho a la vida no debe entenderse como tener derecho a la simple existencia, sino como el derecho a existir con una calidad de vida mínimamente digna. El proceso de morir es parte de la vida y que las personas tienen el derecho a intentar que los eventos que forman parte de su vida sean tan buenos y placenteros como sea posible. Las personas, consecuentemente, tienen derecho a hacer del proceso de morir algo tan bueno y placentero como sea posible.

Por otro lado, una persona con una enfermedad terminal, ve sus condiciones de vida disminuidas permanentemente y es su decisión o su derecho no seguir viviendo, aunque la muerte no sea algo inminente, no hay razón alguna para impedirle que realice su deseo. No

podría obligársele a llevar una existencia que él mismo paciente o enfermo no considera digna.

Pese a ello, nuestro ordenamiento jurídico vigente, no reconoce la libre disposición de la vida en estas situaciones o, en su defecto, la aplicación de la eutanasia; al contrario, el Código Penal de 1994 penaliza el homicidio piadoso. De este modo, la negativa de regular la eutanasia en nuestra legislación, afecta manifiestamente derechos fundamentales de la persona humana; máxime si el derecho a la vida se debe entender como el derecho a una vida en condiciones adecuadas para ser disfrutada, es decir; el derecho a una vida digna⁷, en ejercicio a la dignidad humana, reconocida en el Título I “De la Persona y de la Sociedad”, Capítulo I “Derechos Fundamentales de la Persona”, artículo 1º de la Constitución del Estado que dice: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*” así mismo en el artículo 2º numeral 1 del mismo cuerpo normativo dice: “Toda persona tiene derecho: *A la vida (...) y a su libre desarrollo y bienestar*”, por ende la elección de aplicación de la eutanasia debe ser legislado.

1.3. Formulación del problema

La negativa de aceptar la eutanasia y su desconocimiento, genera la afectación de derechos iusnaturales y fundamentales, limitando el ejercicio de la dignidad humana.

1.4. Justificación

En un país como el nuestro es necesario invocar el estudio de una problemática que se viene arrastrando años atrás, como es la aplicación de la Eutanasia como derecho de la

⁷ La dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de partida, fundamento y horizonte de nuestro sistema jurídico, pues se considera que constituye a la vez un umbral mínimo sobre lo que debe contener un ordenamiento justo y que su realización es la aspiración máxima para los Estados Constitucionales

persona que adolece de dolores intolerables, y como consecuencia la supresión del tipo penal del “Homicidio Piadoso” establecido en el artículo 112° del Código Penal. Por cuanto toda persona tiene la facultad de decidir la forma de dar término a su existencia en el supuesto de sufrir dolores intolerables, en uso de su derecho a la dignidad inherente a toda persona humana.

La solución de dichos hechos con relevancia jurídica sería la aplicación de la Eutanasia, y la no responsabilidad penal – persecución del Estado – frente a la ausencia de la peligrosidad del agente. Toda vez que al no permitirse la Eutanasia podría estarse vulnerando el derecho a la dignidad⁸ inherente a toda persona humana.

1.5. Objetivos

1.5.1. General

- **Analizar**, la posibilidad de legalizar la eutanasia en el Perú, para el reconocimiento de un derecho fundamental y natural de la persona, en el ejercicio de su dignidad humana.

1.5.2. Específicos

Del Marco Teórico:

- **Estudiar**, la eutanasia desde un concepto jurídico.

⁸ La dignidad humana como valor superior en nuestro ordenamiento jurídico – constitucional; “*El constituyente, al establecer en el artículo 1 de la Constitución Política, que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado ”*, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano”: y **de manera complementaria que: “ El principio de dignidad (...) en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada (...)”**.

- **Estudiar y analizar**, los derechos fundamentales y naturales de la persona en el ejercicio de su dignidad humana, para la aplicación de la eutanasia.
- **Analizar**, la Eutanasia desde la legislación y jurisprudencia comparada.

Del Trabajo de Campo:

- **Analizar**, el conocimiento de magistrados, médicos y sacerdotes sobre la Eutanasia desde el punto de vista jurídico, moral y religioso, para la aplicación de la eutanasia.

1.6. Hipótesis

1.6.1. Formulación de Hipótesis

La legalización de la eutanasia en el Perú, reconoce un derecho fundamental y natural de la persona, en el ejercicio de su dignidad humana.

1.7. Identificación de Variables

1.7.1. Variables Independientes

Variable 1: El conocimiento jurídico de la Eutanasia.

Indicadores:

D1.-Legislación Peruana.

D2.- La disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico.

1.7.2. Variables Dependientes

Variable 1: El reconocimiento de derechos fundamentales y naturales de la persona, en el ejercicio de su dignidad humana.

Indicadores:

X1.- Los derechos fundamentales en el Orden Constitucional.

X2.- El iusnaturalismo.

1.7.3. Variables Interviniente

Variable 1: Las distintas acepciones sobre la Eutanasia y Dignidad Humana.

Indicadores:

Q1.- Desarrollo dogmático de la eutanasia y dignidad humana desde las aristas de la religión, moral, médico y sobre todo jurídico.

Variable 2: El derecho a la vida, libertad y dignidad humana como derechos fundamentales y naturales.

Indicadores:

Q2.- Desarrollo dogmático del derecho a la vida, libertad y dignidad humana.

1.8. Operacionalización de las Variables

Tabla 01: Operacionalización de variables.

VARIABLES	INDICADOR	INSTRUMENTALES
<u>V.I.</u> El conocimiento jurídico de la Eutanasia.	L1.-Legislación Peruana. L2.- La disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico.	Guía de Información de lectura de material bibliográfico.

<u>V.D.</u> El reconocimiento de derechos fundamentales y naturales de la persona, en el ejercicio de su dignidad humana.	X1.- Los derechos fundamentales en el Orden Constitucional. X2.- El iusnaturalismo.	Fichas bibliográficas.
<u>V.Int.</u> Las distintas acepciones sobre la Eutanasia y Dignidad Humana.	Q1.-Desarrollo dogmático de la eutanasia y dignidad humana desde las aristas de la religión, moral, médico y sobre todo jurídico.	Fichas bibliográficas.
<u>V.Int.</u> El derecho a la vida, libertad y dignidad humana como derechos fundamentales y naturales.	Q2.-Desarrollo dogmático del derecho a la vida, libertad y dignidad humana.	Fichas bibliográficas.

1.9. Tipo y Diseño de la investigación

1.9.1. Tipo de Investigación

El Trabajo de investigación es de tipo Pura, según Caballero (2014) este tipo de investigación se lleva a cabo para aumentar el conocimiento. Por lo tanto, está recogiendo conocimiento por causa del conocimiento.

1.9.2. Diseños de la Investigación

El Diseño del presente proceso de investigación es Cuantitativa y Cualitativa denominada Mixta.

1.10. Población y Muestra

1.10.1. Población

La población de estudio seleccionada para poder analizar el conocimiento jurídico de la eutanasia para el reconocimiento de derechos fundamentales y naturales de la persona, en el ejercicio de su dignidad humana, está constituida por 169 ciudadanos; entre ellos, magistrados penales y civiles, médicos intensivistas y sacerdotes de la región Lambayeque.

Describa las características de su población (indicando las variables estadísticas)

Según Salkind (1998), expresa que “una población es un grupo de posibles participantes al cual usted desea generalizar los resultados de estudio”. Sin embargo, Arriola (2012) expresa diferencias entre población y población de estudio. El autor considera que la población es el universo de las unidades de estudio, es decir el universo de individuos, animales u objetos con propiedades comunes observables. Mientras que la población de estudio es el conjunto de las unidades de estudio que cumplen con los criterios de selección de inclusión y exclusión que ha previsto el investigador en un trabajo científico.

Estas afirmaciones son respaldadas por Tamayo (1997) al considerar que la población (población de estudio), es la totalidad del fenómeno a estudiar donde las unidades de población poseen una característica común la cual se estudia y da origen a los datos de la investigación.

Teniendo en cuenta estas concepciones, nuestra población de estudio está constituida por 169 personas, entre magistrados, médicos y sacerdotes.

Esta Población presenta las siguientes características:

a) Las unidades de estudio son: magistrados, médicos y sacerdotes de la región Lambayeque.

- Magistrados (jueces), en materia penal y civil, que como operadores de justicia pueden brindar una opinión basada en el ejercicio de la dignidad humana.

- Médicos intensivistas, que ven a diario pacientes en estado terminal en el área de cuidados intensivos.

- Sacerdotes, que protegen los principios del catolicismo, prevaleciendo el derecho a la vida.

b) Variables estadísticas

Variable estadística cualitativa	Modalidades
Tipo	
Magistrados	Jueces Penales Jueces Civiles
Médicos	Médicos Intensivistas
Sacerdotes	Sacerdotes de parroquias

c) Los resultados de una investigación tienen que ser generalizables para toda la población y para ello es necesario tener en cuenta la estimación del tamaño muestral, el tipo de muestreo y el alto grado de confianza de la muestra en estudio.

d) Por ejemplo, para nuestra población de estudio: 169 ciudadanos, entre ellos, magistrados, médicos y sacerdotes; para que nuestra muestra sea representativa, obtenemos nuestro cálculo del tamaño muestral y tipo de muestreo: muestreo probalístico estratificado.

1.10.2. Muestra⁹

El tipo de muestreo que se utilizará para esta investigación es el muestreo probabilístico de tipo estratificado, ya que de acuerdo a Salkind (1998) manifiesta que, al seleccionar un muestreo probabilístico, nos permite tener la probabilidad de que cada miembro de un estrato tenga la posibilidad de salir seleccionado

Se ha elegido el muestreo probalístico estratificado ya que nuestra población es de naturaleza heterogénea y tiene varios grupos distintos. En nuestro caso se considera como población de estudio a pobladores de los caseríos La Calera, San Cristobal y Ancol Grande del distrito de Olmos.

El muestreo probalístico estratificado asegura un alto grado de representatividad de todos los estratos de la población de estudio

Estimación del tamaño muestral

a.- Cálculo del tamaño muestral para estimar una población finita:

⁹ La muestra es sólo referencial. Se tomó del Colegio Médico, Operadores de Justicia, Iglesia Católica.

Se empleará la siguiente fórmula

$$n = \frac{Z^2 \cdot pq \cdot N}{NE^2 + Z^2 \cdot pq}$$

Donde:

n = Tamaño de muestra

Z = Desviación estándar según el nivel de confianza (95%); por lo tanto, Z = 1,96.

E= error máximo permitido: 5% = 0,05

p = Probabilidad de ocurrencia de los casos: (p= 0,10) Nivel de significancia

q= Probabilidad de ocurrencia de los casos (q= 0.90)

Tamaño del Universo: N= 169

Entonces:

Reemplazando datos, se obtendría:

$$n = \frac{Z^2 \times (p \times q \times N)}{E^2 \times N + (Z^2 \times p \times q)}$$

$$n = \frac{(1,96)^2 (0,10) (0,90) (169)}{(0,05)^2 (169) + (1,96^2 \times 0,10 \times 0,90)}$$

$$n = \frac{58.40}{0.77}$$

$$n = 75.84 = 76$$

HALLANDO EL FACTOR DE CORRECCIÓN POR FINITUD

$$\frac{fh = n}{N}$$

Donde:

fh: factor corrección por finitud

n: tamaño de la muestra inicial

N: tamaño del universo (N = 169)

na: tamaño corregido o ajustado de la muestra

$$\frac{fh = 76}{169}$$

FH= 0,44

FINALMENTE, EL TAMAÑO CORREGIDO O AJUSTADO DE LA MUESTRA ES:

$$\frac{Na = n0}{\frac{1 + (n0)}{N}}$$

$$\frac{na = 76}{1 + 76} = \frac{76}{169}$$

$$na = 76 / 1,44$$

$$na = 52.77 = 53$$

Obtención de estratos

$$\frac{n_i = n \times N_i}{N}$$

n_i : muestra del estrato

n : muestra ajustada o corregida = 52

N_i : población del estrato

N : población de pobladores = 169

POBLACIÓN	MUESTRA			TOTAL MUESTRA
169 ENCUESTADOS	MAGISTRADOS	MÉDICOS	SACERDOTES	
	N= 38	N= 41	N= 90	
	53 (38/169) =12	53 (41/169) = 13	53 (90/169) =28	53

1.11. Métodos y procedimientos para la recolección de datos

1.11.1. Métodos

Inductivo: El que nos va a permitir pasar de enunciados de hechos particulares a los enunciados generales de nuestra investigación previo análisis y selección de la información relevante respecto a las condiciones necesarias para la aplicación de la eutanasia en nuestro país.

Deductivo: Aquella orientación que va de lo general a lo específico; es decir, que parte de un enunciado general del que se van desentrañando partes o elementos

específicos; es decir, el que nos va permitir sacar las conclusiones, recomendaciones, procedimientos y resultados del tema de investigación.

1.11.2. Procedimiento.

El procedimiento es como corresponde:

- Claridad en los objetivos de la investigación.
- Selección de la población y muestra.
- Elección de técnicas e instrumentos.
- Diseño de instrumentos de recolección de datos.
- Recopilación de información.
- Verificación y tabulación de la información.
- Procesamiento de la información.
- Análisis de la información.
- Interpretación de la información.

La información fue recolectada mediante la técnica del fichaje, se procesó la información. Posteriormente se presentarán los resultados y su interpretación respectiva. Se elabora un plan detallado de procedimientos que nos conduzcan a reunir datos con un propósito específico de legislar la aplicabilidad de la Eutanasia en el Perú.

1.12. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.12.1. Materiales

Legislación Comparada.

1.12.2. Técnica

a. Gabinete.

- Técnica de fichaje

Utilizada para recolectar la información base del presente estudio utilizándose como instrumento la ficha de investigación de tipo bibliográfico, revistas de publicaciones especializadas en temas de la Eutanasia.

b. Campo.

- Técnica de Encuesta.

Utilizada con la finalidad de obtener información acerca de los objetivos planteados, cuyo instrumento es el cuestionario, el mismo que se aplicará a la muestra objeto de la presente investigación.

1.12.3. Procesamiento de datos y análisis estadísticos.

La presentación de los resultados se hará por medio de cuadros estadísticos y gráficos en barra trabajados en Excel.

SECCIÓN II. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Desde el Ámbito Internacional

El tema de la eutanasia ha sido desarrollado o estudiado, teniendo antecedentes de estudio por **Guairacaja** (2011). *Proyecto de legalización de la eutanasia, por la protección al derecho a la vida digna, en la legislación ecuatoriana*. [Tesis]. Universidad Técnica de Cotopaxi – Ecuador; cuyas conclusiones fueron las siguientes:

La legalización de la eutanasia debe ser entendida como la legalidad de la muerte piadosa a pacientes que mantiene un sufrimiento físico insoportables, se debe entender que es una muerte pedida y exigida voluntariamente por quien padece una enfermedad o lesión sin cura, en otras palabras, la aplicación de la Eutanasia es dar la muerte voluntaria a un paciente que sufre de una enfermedad catastrófica.

Los principales problemas de la aplicabilidad de la eutanasia son: la oposición de criterios de los jueces de Garantías Penales de Cotopaxi, los abogados en libre ejercicio, y los médicos quienes fueron encuestados, sin dejar de lado las creencias religiosas, los valores morales, la tolerancia a la evolución del pensamiento, entre otras.

El tradicionalismo de pensar que si Dios da la vida solo Dios la puede quitar, no permite una correcta visualización de la eutanasia como alternativa a dejar de vivir cuando la vida ya no es vida, y morir se convierte en un derecho.

Con las encuestas realizadas se observa que los profesionales involucrados en el tema están de acuerdo en que nuestro Código Penal debe ser reformado a fin de que la eutanasia quede tipificada dentro de nuestro Código Penal y así tener la coyuntura necesaria para entender de mejor manera el estilo de vida al cual tiene derecho todo ser humano, y a la vez el respeto al derecho a llevar una vida digna.

La idea de una reforma al Código Penal para la despenalización de la eutanasia es bien vista por los encuestados, ya que su inserción en nuestra legislación otorga a las personas que se encuentra totalmente limitadas, por tener una enfermedad catastrófica o lesión permanente, la posibilidad de decidir el momento de su deceso.

Asimismo, **Ortega** (2008). Derecho a morir tratamiento jurídico penal de la eutanasia en la legislación chilena y comparada. [Tesis]. Universidad de Chile; cuyas conclusiones fueron:

Lo conveniente es destacar que en Chile no se hace necesaria ninguna regulación de los fenómenos de la eutanasia pasiva ni la eutanasia indirecta y comenzar a discutir sobre estas figuras probablemente sólo afectaría la relativa paz que existe en la doctrina y en el sistema médico sobre su procedencia como una garantía a favor de los pacientes. Pero, por ahora, una regulación adecuada a la que se aspira por los jueces; médicos y pacientes no puede en nuestro país ser esperada con prontitud, ni por su complejidad, podrá dar conformidad a todos los sectores; no obstante, reitero mi convicción de que la figura merece ser regulada, pero siempre para casos justificados, esto es, la puerta debe permanecer cerrada para personas o grupos de presión, cuya motivación en acceder a la muerte a ruego sea poco seria, y no levanto esta contención o limitante por razones de moralidad o basados en el sentimiento ético social o preponderancia de la función garantista del Estado; (por cuanto a estas alturas sabemos que disponer de la propia vida es un acto íntimo en que el cuerpo social no debe intervenir) sino porque siempre subsiste el deber de proteger al débil frente a móviles banales o argumentaciones de ligereza o razones fundamentalmente precarias y revocables.

Un principio fundamental que se debe considerar en esta materia es la búsqueda y el respeto de la voluntad real y seria (basada en antecedentes irrefutables) desechando la demanda del insustancial, del depresivo o psicológicamente inestable.

Es por ello que considero que al huelguista de hambre bajo convicción absoluta o al Testigo de Jehová se les debe permitir morir si tales convicciones (bajo la mirada exhaustiva del tribunal, en su caso) son profundas y dicen relación con las creencias arraigadas del ciudadano, pues tal conducta y su consecuencia no daña al cuerpo social ni puede horadar el sistema jurídico ni democrático y, sin embargo, para otros debe usarse el parámetro propio de análisis de todo acto jurídico; es decir, analizar si la voluntad del interesado atraviesa el cedazo de los requisitos de existencia y validez a la luz de los vicios generales del consentimiento.

1.2. Desde el Ámbito Nacional

El tratamiento o estudio de la eutanasia no ha sido ajeno a nuestro país, dicho estudio se ha dado por **Mendoza** (2014). “Eutanasia: un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización”. [Tesis]. Pontificia Universidad Católica del Perú; cuyas conclusiones fueron:

Sociedad moderna y contexto de la eutanasia: la problemática de la eutanasia debe analizarse en el contexto de las transformaciones culturales y tecnológicas operadas en la sociedad contemporánea. En este marco caracterizado por el rechazo al dolor, la búsqueda de calidad de vida y la pérdida del significado trascendente de la vida, cobra sentido la posibilidad de la despenalización de la eutanasia como reivindicación del dominio sobre la propia vida por parte de enfermos terminales.

Eutanasia pasiva y rechazo del tratamiento: la distinción entre “eutanasia activa” y “eutanasia pasiva” en función a la dicotomía “acción/omisión” carece de utilidad práctica ya que, en el contexto de la eutanasia, muchas veces el límite entre “matar” y “dejar morir” resulta cuando menos difuso. Más allá de la discusión teórica, la diferencia

parece “artificial” como para justificar moralmente el diferente tratamiento frente a los requerimientos del enfermo terminal. Además, los casos de eutanasia pasiva son en realidad casos de “rechazo del tratamiento médico” o “limitación del esfuerzo terapéutico” cuya justificación se halla reconocida en el derecho fundamental a la integridad. Por estas razones la “eutanasia pasiva” no se considera contenida en el concepto de eutanasia.

Cláusula general de libertad: la prioridad de la libertad liberal significa el reconocimiento por la mayoría de sistemas constitucionales de una “cláusula general de libertad” entendida como fundamental respecto de los demás derechos. Este estatuto le corresponde al derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2º, inciso 1, de la Constitución) por el cual se garantiza una libertad general de actuación del ser humano cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, por lo cual todo lo que no está prohibido le está en principio permitido.

1.3. Local

No existen investigaciones que se han realizado a nivel local.

CAPÍTULO II: ASPECTOS GENERALES Y BASES TEÓRICAS SOBRE LA EUTANASIA

2.1. La Eutanasia

2.1.1. Definición

Para Gómez (2008) “eutanasia, voz griega que está compuesta por dos términos: “*eu*”, que significa bueno o bien, y “*thanatos*”, que indica muerte. Desde el punto de vista etimológico, la eutanasia comprendería “*el bien morir*”, “*la muerte feliz*”, “*la agonía buena y dulce*”, “*la muerte suave o dulce*”, en fin “*una muerte sin dolor ni padecimiento*” (p.19).

El vocablo fue creado en el siglo XVII por el famoso canciller inglés Francisco Bacon al estudiar el tratamiento de las enfermedades incurables. Citado por Gómez Hinostroza Violeta Cristina, en su libro Eutanasia entre la vida y la muerte, quien cita a JIMÉNEZ DE ASUA (1984, p.19)

Por eutanasia se entiende como “la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones” (Roxín, Mantovani, Barquín, Olmedo, & Mendes de Carvalho, 2008, pág. 15).

Según (Roxín et al., 2008) podemos diferenciar la eutanacia en **sentido amplio**, cuando alguien colabora a la muerte de una persona, que en realidad, podría vivir todavía por mas tiempo, pero que quiere poner fin, real o presuntamente, a una vida que le resulta insoportable por causa de una enfermedad, y eutanasia en **sentido**

estricto, cuando la ayuda es suministrada despues de que el suceso mortal haya comenzado, por lo que la muerte esta proxima con o sin tal ayuda.

- **Definición de Términos**

Eutanasia: según el diccionario Larousse– en su primera acepción, significa muerte natural sin sufrimiento físico. Según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas el vocablo eutanasia se refiere a: muerte natural, suave, indolora, sin agonía; o muerte criminal provocada sin sufrimiento, por agentes adecuados.

Eutanasia Activa, Positiva o Directa: aquella que, mediante una acción o intervención positiva se provoca la muerte de la persona. Se distinguen dos variantes.

Eutanasia Voluntaria: la que se lleva a cabo con consentimiento de la persona, y

Eutanasia Involuntaria o Cacotanasia: se práctica sin el consentimiento de la persona.

Eutanasia Pasiva, Negativa o Indirecta: procura aliviar al enfermo de sus dolores aunque se corra el riesgo de acortar su vida. Esta expresión se presta a equívocos y es preferible no usarla cuando tiene ese sentido, es decir, que no hay intención de provocar o acelerar la muerte de la persona. También se usa para significar la interrupción deliberada de la curación, con lo que si hay intencionalidad de causar la muerte.

Suicidio Asistido o Voluntario (Eutanasia Suicida): consiste en facilitar, proporcionar o ayudar a una persona a terminar con su vida. Por lo general se trata de enfermos en etapa terminal o que tienen **un** grado tal de invalidez que no pueden desempeñar una “vida útil”.

Ortotanasia: también denominada Eutanasia Pasiva; equivale a no retrasar el fallecimiento de la persona, permitiendo que éste ocurra sin intervención o ayuda. Algunos consideran que la ortotanasia contempla interrumpir tratamientos que sostienen la vida.

Distanasia: suele llamársele “Ensañamiento Terapéutico”; consiste en la aplicación consciente de tratamientos desproporcionados al enfermo que se encuentra en etapa terminal.

Adistanasia o antidistanasia: cesación de la prolongación artificial de la vida dejando que el proceso patológico termine con la existencia del enfermo.

Sufrimiento: sensación penosa, padecimiento. Tener o padecer un daño o dolor físico o moral. Padecer habitualmente una enfermedad o un trastorno físico. En el Diccionario español de sinónimos y antónimos aparecen 22 sinónimos entre los que se encuentra el dolor. Es el límite de la praxis. Es algo distinto al dolor físico. El dolor físico, el malestar, la **sensación** de desagrado, no son desde el principio idénticos al sufrimiento.

Muerte Digna: preconiza una serie de intereses en virtud del cual el enfermo o el médico pueden elegir la realización de procederes o no ejecución de otros que le lleven al desenlace fatal de su enfermedad con el consiguiente fin de la vida.

Medicina Paliativa (Cuidados Paliativos): reafirma la importancia de la vida y considera a la muerte como la etapa final de un proceso normal. La atención que brinda no acelera ni pospone la muerte, proporciona alivio del dolor y de otros síntomas angustiosos e integra los aspectos psicológicos y espirituales del tratamiento del

enfermo. Le ofrece apoyo de modo que pueda llevar una vida lo más activa posible hasta la muerte, y a la familia para que pueda hacer frente a la enfermedad de su ser querido y al duelo.

Discapacidad. Nadie debe ser definido o presentado por una de sus cualidades o carencias. Debemos informar sobre las discapacidades importantes de una persona sólo si afecta de modo directo o indirecto al hecho o problema del que informamos. La discapacidad sólo debe aparecer en el título o el arranque de una información cuando sea la razón de su gravedad. Debe evitarse difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir.

A. La Eutanasia en la historia

Hoy en día se dificulta la aplicación de la eutanasia por factores como la moral, ética, religioso y jurídico, no habiendo cambiado el panorama con el transcurrir del tiempo toda vez que la eutanasia dependía de factores como las creencias religiosas imperantes, la concepción misma del hombre.

En las sociedades primitivas

Gómez (2008) afirma “La práctica extendida entre algunas tribus antiguas y grupos salvajes, que aún se conserva , impone como obligación sagrada al hijo administrar la muerte buena al padre viejo y enfermo” (p. 24).

Gomez cita Op. Cit. Pág. 25 a JIMÉNEZ DE ASÚA “En la India antigua, los incurables eran conducidos por sus allegados al borde del ganges; se les asfixiaba más o menos completamente, llenándole las narices y la boca de barro, y se les arrojaba en el río sagrado ” (p.25).

Grecia. Se menciona que los primeros pensadores de la eutanasia serían Platón que en su obra La República, argumenta “Se dejará morir a quienes no sean sanos de cuerpo”, Epicuro cuyo pensamiento fue “debemos hacer lo posible , porque la vida no nos fuera odiosa, pero una vez que se nos hiciera insoportable, debíamos terminarla”, y Plinio, expresa que “Los físicos podía dar la muerte”.

Roma. Se conoce que Cicerón definió la palabra eutanasia como “muerte digna, honesta y gloriosa”. Por tanto para el pueblo romano, la eutanasia significaba morir bien, sin dolor. Asimismo Gómez cita Op. Cit. Pág. 26 a JIMÉNEZ DE ASÚA quien cita a Del Vecchio quien explica como eutanasia, el “Pollice verso”¹⁰ de los Césares en los combates que se efectuaban en el Circo Romano, era decretado para aquellos combatientes que, heridos de muerte, tardaban en sucumbir tras la aonía cruel.

Edad Media

La eutanasia se evidenció en acción nefasta de la Santa Inquisición, a razón que muchos eran condenados a morir en la hoguera, y que en ocasiones eran privilegiadas en el cambio de la forma a morir más benéfica, y no tortuosa.

Epoca del Incanato en el Perú

Gómez (2008) quien cita al antropólogo Juan Ossio dice:”en la tradiciones andinas se contemplaba dar muerte a los illapac churin (hijos dd el rayo), es decir los niños nacidos con labio leporino, a los chacpas (los que nacían de pie), los opas (locos) o cualquier persona deforme, desquiciada o moribunda”.

¹⁰ **Pollice verso** o **verso pollice** es una expresión latina, que significa "con el pulgar hacia abajo", empleada en los combates entre gladiadores. Hace referencia al gesto utilizado por las multitudes en la Antigua Roma para sentenciar a un gladiador derrotado.

2.2. Formas de aplicación.¹¹

En el presente trabajo académico se desarrollará dos formas de eutanasia; la pasiva y activa. Según Roxin et al. (2008) la eutanasia tiene dos formas de aplicación: Pasiva y activa.

2.2.1. La eutanasia pasiva¹²

Se habla de eutanasia pasiva cuando una persona - **normalmente el médico o sus ayudantes, aunque también algún pariente** - que se encuentra al cuidado de otra, omite alargar una vida que está tocando a su fin. Se renuncia a una operación o a un tratamiento intensivo que habría posibilitado al paciente una vida algo más larga.

De acuerdo a la doctrina alemana para efectos de su tratamiento jurídico deben diferenciarse tres posibilidades: La omisión de medidas que alargan la vida puede suceder: i) de acuerdo con el deseo del paciente o ii) en contra de su voluntad; o iii) en

¹¹ Desde un estudio académico hablaremos resumidamente de:

La Eutanasia Pura: en caso en que a un moribundo se le administran medios paliativos del dolor que no tiene por efecto un acortamiento de la vida, esta conducta será impune cuando se le practica por deseo o con aprobación del paciente. Es igualmente impune cuando el moribundo ya no puede realizar ninguna declaración de voluntad o cuando no puede formularla responsablemente, pero donde el alivio del dolor es por regla general admisible al corresponderse con su voluntad presunta. En caso se le administre medios paliativos en contra de la voluntad del paciente sería punible, y en el caso donde se omite el tratamiento analgésico o éste es aplicado de modo insuficiente, a pesar que el paciente lo pide expresamente, siendo punible dicha conducta por su condición de posición de garante del médico, en el particulares por Omisión de socorro. (Roxin, 2008, pág. 17).

La Eutanasia Indirecta: Se da cuando en un enfermo terminal se aplican medidas paliativas del dolor, a pesar que estas pueden acelerar el acaecimiento de la muerte. La administración de la eutanasia indirecta es conocida tanto por la doctrina y la praxis médica. De conformidad a la sentencia emitida por el Tribunal Supremo Fiscal *“una medicación destinada a aliviar el dolor expedida por un facultativo en correspondencia con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta inadmisibles en un moribundo aunque de modo inintencionado aquélla suponga como consecuencia inevitable la conformidad con la aceleración del proceso mortal”*. Aquí existe la exclusión del tipo de Homicidio a Petición por ser socialmente adecuada. Entonces se dice que éste tipo de eutanasia es impune a razón que una vida más corta sin graves dolores puede ser más valiosa que otra no mucha más larga acompañada de un sufrimiento apenas soportable, siendo decisivo que el paciente pueda expresar todavía su voluntad. Se debe precisar que conforme la Doctrina Alemana se precisa que la eutanasia indirecta tiene como presupuesto el dolor y graves situaciones de sufrimiento. . (Roxin, 2008, pág. 20-22).

La Eutanasia Precoz: se entiende como el dejar morir a los recién nacidos con graves malformaciones, precisando la doctrina Alemana que no se trata de un auténtico caso de eutanasia individual, porque el recién nacido no tiene voluntad y tampoco es averiguable una voluntad presunta. . (Roxin, 2008, pág. 46).

¹² Es no punible en la Legislación Alemana.

el caso en la que el paciente se encuentra ya en una situación en la que no puede expresarse. (Roxin et al. 2008, p.23).

i. La no adopción o cese de medidas que alargan la vida por deseo del paciente¹³

El principio básico: sólo decide el paciente. -“El hecho queda impune, pues resulta inadmisibile tratar a un paciente en contra de su voluntad. Por tanto, si alguien con motivo de un proceso canceroso rehúsa una operación que le alarga la vida (como, por ejemplo, en el caso ampliamente discutido y doctrinalmente muy documentado del profesor de Derecho Penal, Peter, ésta no debe llevarse a efecto” (García Arán, 1999). Siempre sucede que personas ancianas y enfermas que están al borde de la muerte, rechazan un tratamiento en la unidad de cuidados intensivos en el que aquélla no tardaría en llegar. Esta circunstancia debe ser respetada. **La voluntad del paciente es decisiva** incluso cuando desde un juicio objetivo y desde el punto de vista de muchos observadores aquél es irresponsable.

Existe una excepción para los pacientes suicidas¹⁴.- De acuerdo a la doctrina alemana, la única excepción la ha hecho el Tribunal Supremo Federal con los pacientes suicidas. En el conocido **caso “Wittig”** fallado en el año 1984, una mujer de 76 años gravemente enferma y cansada de la vida tras la muerte de su marido quiso poner fin a la suya mediante una sobredosis de morfina y somníferos. Dejó, junto con otros textos de similar contenido, un texto manuscrito donde rezaba lo siguiente: "en pleno uso de mis facultades le pido a mi médico que no me ingrese en un hospital, residencia

¹³ La voluntad del paciente es decisiva.

¹⁴ A interpretación nuestra, en el caso de los suicidas que muestran una falla en la siquis no importa la voluntad del paciente, la conducta que debe adoptar el médico es socorrer al paciente.

o en una unidad de cuidados intensivos, así como que no emplee medicamentos que alarguen la vida. Quiero tener una muerte digna. El médico de cabecera llegó cuando ella estaba ya inconsciente pero todavía vivía. Omitió cualquier internamiento en un hospital y esperó en la casa hasta que sobrevino la muerte a la anciana. En cuanto al resultado, el Tribunal Supremo Federal absolvió al médico (Wittig); pero lo hizo únicamente porque en la hipótesis de que la paciente hubiera sido rescatada habría quedado grave e irreversiblemente dañada, y en tal caso habría sido defendible con una decisión médica adoptada en conciencia no ordenar su ingreso en la unidad de cuidados intensivos. **Pero, por regla general, para el médico sería "básicamente inadmisibile" plegarse al "deseo mortal del suicida".**

La fundamentación de la sentencia ha encontrado, con razón, un amplio rechazo de la doctrina. Cuando el Tribunal Supremo Federal advierte que a menudo los suicidas no son responsables y que en el caso de que se les salve en buen estado rara vez se arrepienten de ello, sencillamente debe afirmarse, cuando sea reconocible una anomalía psíquica, es un deber de tratar y socorrer al paciente. Pero éste no es el supuesto o, por lo menos, debe ser descartada con seguridad su similitud con el nuestro, dado que no hay motivo racional alguno que impida respetar la decisión autónoma del paciente también para el caso de suicidio. La desaprobación moral, la mayoría de las veces deducida por motivos religiosos, de una muerte libre que condujo inicialmente al Tribunal Supremo Federal al rechazo de toda decisión de suicidio, no puede asumirse en un ordenamiento jurídico que no conoce en modo alguno de obligaciones morales o religiosas.

Por lo demás, naturalmente que un paciente puede arrepentirse, independientemente de la resolución al suicidio, de rehusar un tratamiento en un

momento en el que ya es demasiado tarde para salvarlo. Pero ello no afecta en nada a la impunidad de la eutanasia pasiva, por lo que un argumento acerca del suicidio no puede conducir razonablemente a un resultado contrario.

La interrupción técnica del tratamiento como omisión. - Gómez (2008) afirma que: “Debe admitirse que toda voluntad responsable del paciente se corresponde con la eutanasia pasiva. Un caso de esta naturaleza también existe, y con ello entro en un problema amplio y extensamente discutido, cuando un comportamiento dirigido a la omisión de la continuidad de un tratamiento está conectado con un hacer positivo.

El supuesto clásico *es aquel en el que por deseo del paciente es desconectado un aparato de respiración artificial, donde la presión sobre el interruptor es un hacer.* “A pesar de ello, **no se trata de una eutanasia activa** punible generalmente como homicidio a petición. Y es que de acuerdo con su significado social el suceso se muestra como la interrupción del tratamiento y, por tanto, como la omisión de una actividad adicional” (Jimenez de Asúa, 1987). La frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe extraerse del criterio naturalístico consistente en el desarrollo o no de movimientos corporales. Más bien depende de si normativamente es interpretable como un cese del tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico que, al apoyarse en la voluntad del paciente, resulta ser impune” (pág. 25).

La opinión de enjuiciar como una omisión la denominada interrupción técnica del tratamiento, es en la actualidad dominante. Pero también los autores que ven aquí un comportamiento comisivo llegan generalmente a la impunidad como resultado, pues con distintas fundamentaciones aceptan que una conducta de esta naturaleza no entra

dentro del sentido de protección de la norma presente en los tipos de homicidio. Con razón dice Eser citado por (Roxin et al. 2008) **“que no puede haber ninguna duda de "que allí donde sea admisible la interrupción de un tratamiento con medicamentos terapéuticos, también debe serlo el cese del tratamiento técnico".** (pág. 26).

La interrupción técnica del tratamiento por una persona que no es médico¹⁵. -“La interrupción del tratamiento del modo recién descrito es normalmente competencia del médico. Pero en el caso concreto también puede ser realizado por un particular” (Gómez, 2008). Un ejemplo vivo lo suministra la sentencia del Tribunal de Ravensburg del año 1987. En este supuesto, un hombre cuidaba a su mujer enferma que padecía una parálisis progresiva. Finalmente, fue ingresada moribunda en un hospital donde fue conectada a un aparato de respiración artificial. Ella experimentó esta circunstancia como un "tormento insoportable" y en "pleno uso de sus facultades mentales", tal y como dijo, con ayuda de una máquina de escribir eléctrica especial con la que únicamente podía hacerse entender, hizo la siguiente declaración: "Quiero morir porque mi situación es ya insoportable. Cuanto más rápido mejor. Lo deseo de todo corazón". De acuerdo con ello el marido, que permanecía en la habitación del hospital, desconectó el aparato aprovechando un momento de despiste, y cuidó de la mujer hasta que en una hora le sobrevino la muerte a causa de un paro cardíaco.

De haberse enjuiciado este caso como homicidio cometido a través de un comportamiento activo, habría existido un homicidio a petición punible?. Por el

¹⁵ NO ES APLICABLE la norma § 216. Homicidio a petición.- Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible

contrario, **considerada la "interrupción técnica del tratamiento" como una eutanasia pasiva aplicada con la aprobación del paciente**, el marido queda impune.

No hay duda de que esta última solución, en cuanto al resultado coincidente con la del Tribunal de Ravensburg, es la correcta. Además, se corresponde con lo que expresamente había formulado el Proyecto Alternativo sobre eutanasia en la propuesta de redacción del: "No actúa antijurídicamente quien omite o interrumpe medidas que alargan la vida, siempre que el interesado así lo haya solicitado expresamente". (Roxin, 2008. Pág. 27)

ii. La omisión de medidas que mantienen la vida en contra del deseo del paciente¹⁶.

El deber básico de alargar la vida.- El caso es contrario, donde el tratamiento, o la continuación del mismo, no tiene lugar a pesar de que el paciente lo desea, existe un homicidio omisivo, puesto que la inactividad ha conducido al paciente a la muerte o a una muerte temprana y el omitente ocupa una posición de garante, como por lo general es el caso de los médicos o los parientes. **"En ausencia de la posición de garante siempre puede entrar en juego la punibilidad por una omisión del deber de socorro"** (Roxin. et al, 2008. Pág. 27). Es punible.

En este caso la doctrina nos dice que el paciente debe ser llevado a la unidad de cuidados intensivos cuando así lo desee, siempre que con la misma pueda conseguirse alargar la vida. No puede resultar decisivo que el médico, en interés del paciente, lo

¹⁶ Aquí podría presentarse el homicidio omisivo, cuando se tiene la posición de garante o en particulares omisión de deber de socorro. Salvo cuando **los deseos cuyo cumplimiento no contribuya a una prolongación de la vida y también cuando no pueda mejorarse la evolución del paciente, en esos casos se encuentra exceptuado de socorrerla o ingresarla a un hospital.**

encuentre razonable o no razonable. **En cambio, puede hacer caso omiso a los deseos cuyo cumplimiento no contribuya a una prolongación de la vida y también cuando no pueda mejorarse la evolución del paciente – mediante una atenuación del dolor. No puede exigirse una actividad profesional del médico carente de sentido, que más bien le apartaría de sus verdaderas funciones.**

El límite del deber de tratamiento médico.- Jimenez de Asúa (1987) afirma que “debe existir en algún momento un límite para la prolongación artificial de la vida, más allá del cual ya no sea decisiva la voluntad del paciente, sobre todo si esta última se expresa en un estadio temprano de la enfermedad”. De un lado, porque los recursos técnicos y también financieros de la sanidad pública no son inagotables. Pero, sobre todo, porque no se corresponde con nuestra idea de una muerte digna el retraso continuo del incontenible proceso mortal con ayuda de modernos instrumentos médicos.

El Tribunal Supremo Federal dice **“No existe una obligación jurídica de mantener a cualquier precio una vida que se extingue. Las medidas que alargan la vida no son imprescindibles por el hecho de ser tecnológicamente posibles. En vista que la tecnología médica ha sobrepasado los límites actuales, la frontera del deber de tratamiento médico en la decisión del caso concreto no se determina con la eficacia de los artificios, sino con el respeto a la vida y a la dignidad de la persona”**. Entendiendo lo esbozado por el Tribunal diríamos que no tendría lógica que se prolongue la agonía del paciente, sino siendo objetivos se tendría la eutanasia pasiva.

iii. La omisión de medidas que mantienen la vida en el momento decisivo en el que el paciente es incapaz de declarar.

La renuncia a medidas que alargan la vida durante el proceso mortal¹⁷.- Los casos en los que los pacientes son incapaces para adoptar una decisión constituyen la zona más difícil y discutida en el marco de la eutanasia pasiva. Desde luego que el problema no reside en el ámbito de la eutanasia en sentido estricto, donde el proceso mortal ya se ha iniciado y el fallecimiento se encuentra próximo. (Roxin et al. 2008)

La doctrina alemana, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo Federal, en casos donde el paciente se encuentra en una situación prolongada de incapacidad permite la renuncia a medidas que prolonguen la vida como la respiración asistida, transfusiones de sangre o alimentación artificial, esta decisión es concordante con el caso en el que se interrumpe el tratamiento en contra de la voluntad previa del paciente durante el acaecimiento mismo de la muerte.

La interrupción del tratamiento antes del proceso mortal, sobre todo en los casos del denominado síndrome "pálico".- Muchas cuestiones penales irresueltas se derivan, ante todo, cuando el tratamiento es interrumpido a pesar que el paciente gravemente enfermo todavía no está moribundo, sino que podría vivir aún meses e incluso años, pero donde ya no es capaz de emitir declaración de ningún tipo. El caso clásico es aquél en el que el paciente aquejado de una enfermedad grave ha perdido irreversiblemente la conciencia. En estos supuestos se habla de un síndrome "pálico"

¹⁷ Aquí el umbral es al estar ya en el proceso mortal se puede interrumpir el tratamiento en contra de la voluntad previa del paciente durante el acaecimiento mismo de la muerte. CASO WITTII. Antes del proceso mortal se debe tener presente la autodeterminación del paciente.

(o también de coma profundo) en el que la corteza cerebral, el palio, paraliza definitivamente la función vital del tronco cerebral. (Roxin et al. 2008)

Caso: *Una anciana con graves daños cerebrales que desde finales de los años 1990 era incapaz de hablar, caminar o ponerse de pie, debía ser alimentada artificialmente, y que sólo reaccionaba a estímulos ópticos, acústicos y táctiles, a través de contracciones faciales y gruñidos; en cambio, no existían signos de que experimentara dolor. A comienzos del año de 1993, el médico que la trataba y el hijo encargado de la atención personal de la anciana, decidieron cambiar por té el suministro de alimentación artificial a partir del 15 de marzo de 1993, lo habría conducido a una muerte rápida de la paciente por falta del suministro de alimentación.* Aquí se origina el problema jurídico que aquí nos interesa es si ambos hombres de atrás (medico e hijo) son responsables por homicidio en grado de tentativa con motivo de su comportamiento.

El Tribunal Supremo Federal expresa que **antes de dar marcha al proceso mortal debe atenderse también el derecho a la autodeterminación del paciente.** Por tanto, una interrupción del tratamiento únicamente sería admisible si se corresponde con la voluntad presunta del paciente incapacitado para adoptar una decisión. Sin embargo, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal resuelve: “En los casos de enfermedad avanzada también en pacientes en coma profundo **podría tenerse en cuenta un cambio del objetivo de la terapia y la omisión de medidas que mantiene la vida**” Merkel citado por Roxin defiende “la tesis de que en las personas que sufren el síndrome “pálico” el tratamiento podría ser interrumpido, incluso aunque falte cualquier indicio sobre el que fundamentar su paralización anticipada. Y es que no sólo puede hablarse de una poderosa presunción

de que el paciente estaría de acuerdo, sino que también nuestra imagen como persona sugiere no imponer con la extensión forzada de los párrafos relativos al homicidio, una concesión puramente biológica de la protección de la vida y la conservación de un cuerpo complementemente irreversible y carente de sensaciones, cuya anterior individualidad ha dejado de existir.”

2.2.1. La eutanasia activa

Aquella caracterizada porque la provocación de la muerte se obtiene mediante acciones dirigidas a acortar o suprimir el curso vital. Acto medico orientado explicitamente a pónérle fin a la vida de un paciente víctima de una enfermedad incurable y ya en fase terminal. (Gómez, 2008) nos dice que “de acuerdo con la opinión *tanto de lege lata como de lege ferenda*, la eutanasia activa, en el sentido de dar muerte a un moribundo o persona gravemente enferma, es inadmisibile y punible de conformidad con el Derecho vigente alemán”. Ello se deduce el que castiga con una pena atenuada el homicidio a petición, previsto en el artículo 216.del Código Penal Alemán. - “Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible”. Debe quedar claro desde un primer momento que este principio rige con sólo tres limitaciones, dos de las cuales ya han sido objeto de discusión.

La primera de ellas reside en la **eutanasia indirecta**¹⁸ que supone una muerte activa en el marco de una terapia contra el dolor.

¹⁸ Se da cuando en un enfermo terminal se aplican medidas paliativas del dolor, a pesar que estas pueden acelerar el acaecimiento de la muerte. La administración de la eutanasia indirecta es conocida tanto por la doctrina y la praxis médica.

La segunda consiste en la interrupción técnica del tratamiento cuando presupone un comportamiento activo determinado, que debe ser valorado desde el punto de vista del acontecimiento completo como una omisión.

La tercera y trascendental limitación reside en la **impunidad de la eutanasia activa**, cuándo ésta consiste en una complicidad en el suicidio. Tenemos:

i. *La impunidad de la complicidad en el suicidio*

De conformidad con el Derecho alemán -a diferencia de lo que sucede en muchos otros ordenamientos jurídicos- la complicidad en el suicidio es impune. Para (Gómez, 2008) “toda complicidad presupone un hecho principal antijurídico del autor. Dado que el suicidio no resulta abarcado por el tipo de los delitos de homicidio, por presuponer siempre la muerte de otro, tampoco hay complicidad en un delito inexistente¹⁹”. De este modo, no puede ser responsabilizado penalmente quien posibilita la muerte libre de otra persona que padece graves sufrimientos y que quiere acabar con su vida, poniéndole a su disposición veneno o una pistola.

Naturalmente, aquí se plantean innumerables cuestiones relativas a la distinción entre la participación impune en el suicidio y el homicidio punible, de las cuales en este lugar sólo pueden ser tratadas muy brevemente las tres más importantes.

¹⁹ **Legislación Peruana:** se acepta la instigación (artículo 24° del Código Penal) La instigación en el homicidio se presenta cuando dolosamente se hace surgir en el sujeto la decisión (resolución) de realizar un homicidio. Si el sujeto ya estaba decidido (omnímodo factorus) sólo se presentará un supuesto de complicidad psíquica o intelectual. La complicidad se dispone en el artículo 25 del Código Penal, se presenta cuando se colabora dolosamente con otro para la realización del homicidio. El aporte puede ser material o psicológico (complicidad intelectual) y el momento en que se presenta puede ser en la preparación como en la ejecución, pero no después de la consumación del homicidio. Se acepta la complicidad primaria y secundaria, dependiendo de la naturaleza de la colaboración.

1°. La limitación de la impunidad al suicidio responsable. La impunidad del extraño únicamente tiene lugar en un suicidio "responsable". “De este modo, quien proporciona ayuda a una persona aquejada de una psicosis con peligrosas tendencias suicidas, es siempre castigado como autor de un homicidio o, incluso en su caso, de asesinato” (Roxin et al. 2008).

Discutido es, sin embargo, bajo qué presupuestos se puede hablar de un suicidio responsable. Por un lado, unos se remiten a las reglas jurídico-penales sobre inculpabilidad mientras que, por otro, hay quienes lo hacen a los principios que rigen la eficacia del consentimiento o la petición seria. Consideran, pues, al suicidio como irresponsable cuando éste es ejecutado de modo precipitado, irreflexivo o a causa de una aflicción momentánea. Esta tesis conduce a una punibilidad demasiado amplia del colaborador (Mesía, 2004).

2°. La delimitación entre la participación en el suicidio y el homicidio a petición.- Tampoco resulta fácil la delimitación entre la participación en el suicidio y el homicidio a petición. De acuerdo con la opinión mayoritaria, **aquella se concreta en la decisión de quién es titular del dominio del último acto que, irremediamente, conduce a la muerte.** Residiendo éste en el suicida, la cooperación de un extraño puede ser únicamente participación impune; si, en cambio, reside en el extraño se trata de un homicidio a petición punible. Ejemplo Impune quedaría, de este modo, quien mezcla el veneno o presta el revólver con el que la víctima acaba con su vida. Por el contrario, se castiga a quien por petición suya mata a una persona gravemente enferma que desea morir a través de una inyección o de un disparo (Feldman, 2003).

A menudo se duda de que esta delimitación sea factible en la práctica. La respuesta debe ser, en principio, afirmativa, aun cuando, como en todos los ámbitos del Derecho, existen casos fronterizos que pueden crear dificultades. Su justificación fáctica se encuentra en la aceptación de que, para el legislador, la autonomía del acto suicida únicamente aparece asegurada frente posibles influencias extrañas, cuando quien desea morir comete personalísimamente el suicidio, esto es, cuando conserva en su mano el "dominio sobre el momento que le conduce a la muerte". Quien se dispara con su propia mano se ha mantenido firme en su última decisión y, por ello, debe responsabilizarse por su muerte. Quien, por el contrario, se deja disparar, abandona a otro la decisión irremediable del acto ante cuya ejecución, quizás, él mismo todavía podría haberse amedrentado. En este caso, el extraño soporta la responsabilidad última por la muerte de la víctima y, por ello, su comportamiento es punible.

El problema surgiría en caso: **cuando el acto mortal llevado a cabo de propia mano por el suicida, le sigue inmediatamente en el tiempo el de un extraño.** Ejemplo: Un médico anciano, enfermo y postrado en cama, había decidido, en pleno uso de sus facultades mentales, acabar con su vida a través de una inyección de "Scophedal" (un analgésico con efectos narcóticos). Como temían que pudieran fallarle las fuerzas, le pidió a su sobrino ayuda en caso de que fuera necesario. Días después puso en práctica el plan, cayendo enseguida en sueño profundo. Al llegar el sobrino, y por temor a que la tentativa de suicidio quedara probablemente fracasada, le suministró una inyección adicional. El médico murió una hora más tarde. Lo que es seguro que sin la intervención del sobrino habría fallecido, como mínimo, una hora más tarde.

El Tribunal Supremo Federal condenó al sobrino por Homicidio a Petición. A nuestra opinión teniendo presente que en la legislación Alemana no es punible la complicidad en el suicidio, contrario a la legislación peruana, se debió aceptar una complicidad impune en el suicidio. Dado que el médico, de propia mano, había puesto en marcha su muerte de modo irreversible, en relación a la ayuda posterior suministrada por el sobrino ésta aparece únicamente como una promoción insignificante de la marcha del acontecimiento constitutiva de complicidad.

3° ¿Punibilidad a causa de la omisión de socorro al suicida? .-Jimenez de Asúa, 1987 afirma que: La impunidad de la participación en el suicidio es reducida de nuevo por la jurisprudencia a través del castigo al extraño por un homicidio omisivo, siempre que concurran sobre el autor los presupuestos propios de una posición de garante o, en su caso, a través de una simple omisión del deber de socorro, por no salvar al suicida inimputable trasladándolo a un hospital o adoptando cualesquiera otras medidas idóneas para ello.

ii.. El homicidio a petición

La opinión dominante: su punibilidad sin excepción alguna

El homicidio a petición es punible bajo cualquier circunstancia, en tanto que se dirija a un acortamiento de la vida consistente en un hecho comisivo, en el que se posee el dominio del acto que inmediatamente conduce a la muerte. El paciente puede estar padeciendo todavía graves sufrimientos, encontrarse la muerte próxima y estar suplicando la inyección letal: en cualquier caso, a quien se la inyecta se le castiga (Jimenez de Asúa, 1987).

La doctrina italiana argumenta acerca del fundamento de la impunidad del suicidio intentado o fallido, con: ***La Tesis del acto de libertad (de libre elección del momento en que se abandona la vida)***, que el respeto por el ser humano obliga a garantizar, de donde una genérica prohibición legislativa del suicidio sería inconstitucional por violar el artículo 2° de la Constitución Italiana “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad, política, económica y social”, que garantiza los derechos inviolables del hombre.

La Tesis del derecho al suicidio; deducible del hecho de que la Constitución tutela la vida humana como un derecho y no como un deber. La legislación italiana en su artículo 143° del Código Penal dispone: 1. “**El que induzca al suicidio** de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años **al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.** 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años **si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.** 4. **El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa,** seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este Artículo. Dando entender que el suicidio no es punible, pero los actos de inducir y cooperar, son punibles.

El suicidio²⁰ como un “derecho” en la doctrina italiana

En la doctrina italiana se tiene que el suicidio es jurídicamente desvalioso desde un punto constitucional, y por tanto, tan sólo tolerado, lo que implica la punibilidad de toda actividad de instigación y favorecimiento. Sin embargo el suicidio de iure condendo (modificación legislativa) un derecho, en coherencia con el cual se impone la aceptación de todas las consecuencias jurídicas que se derivarían de la licitud del suicidio, tales como:

- La licitud de todas las actividades de inducción, de facilitación, de auxilio, puestas en práctica por terceras personas.
- La licitud del suicidio por mano ajena, es decir el homicidio consentido.
- Lícito la acción consistente en homicidio a petición, por médico o particular.

2.2.3. La Eutanasia Pura²¹

Una de las modalidades de este tipo de eutanasia es el alivio deseado del dolor sin acortamiento de la vida, esto es, cuando a un moribundo se le administran medios paliativos del dolor que no tiene por efecto un acortamiento de la vida, esta conducta será impune ya sea cuando se practique por deseo o por aprobación del paciente. Es igualmente impune cuando el moribundo ya no puede realizar ninguna declaración de

²⁰ De manera restrictiva el concepto suicidio, pues se tomará como la decisión de morir de un paciente con dolor y/o graves situaciones de sufrimiento que no pueden desaparecer de otro modo.

²¹ Dentro de este planteamiento, está la nueva especialidad de *Cuidados Paliativos*, definidos como el tratamiento de enfermos irreversibles a través de empleo de medicinas, que no pueden curar la enfermedad, pero controlan los síntomas, sin empeorar la significativamente la calidad de vida. Se trata de mejorar la calidad de vida del enfermo en su etapa final, y hacerlo en sentido íntegro, abarcando la dimensión física y también la psíquica y espiritual.

voluntad o cuando no puede formularla responsablemente, pero donde el alivio del dolor es por regla general admisible al corresponderse con su voluntad presunta. Asimismo, será punible en caso se le administre al paciente, los medios paliativos en contra de su voluntad, es decir, cuando en el enfermo impide que se le suministre la inyección que cesa o calma su dolor, o cualquier otro calmante, buscando experimentar su propia muerte plenamente consciente, y pese a ello, se le suministra la inyección, constituyendo un ataque no permitido por parte del médico, respecto a la integridad corporal del paciente.

En este sentido, otra modalidad que constituye una eutanasia pura, es la referida a la omisión del alivio del dolor en contra de la voluntad del paciente, en donde se omite el tratamiento analgésico o éste es aplicado de modo insuficiente, a pesar que el paciente lo pide expresamente, siendo punible dicha conducta por la condición de posición de garante del médico, en el particular por Omisión de Socorro. (Roxin, et al. 2008, pág. 17).

2.2.4. La Eutanasia Indirecta

Se produce cuando en un enfermo terminal se aplican medidas paliativas del dolor, a pesar que estas pueden acelerar el acaecimiento de la muerte. La administración de la eutanasia indirecta es conocida tanto por la doctrina y la praxis médica. De conformidad a la sentencia emitida por el Tribunal Supremo Fiscal en el año 1996 *“una medicación destinada a aliviar el dolor expedida por un facultativo en correspondencia con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta inadmisibles en un moribundo, aunque de modo inintencionado aquélla suponga como consecuencia inevitable la conformidad con la aceleración del proceso mortal”*. Aquí

existe la exclusión del tipo de Homicidio a Petición por ser socialmente adecuada. Entonces se dice que éste tipo de eutanasia es impune, toda vez que una vida más corta sin graves dolores puede ser más valiosa que otra no mucho más larga acompañada de un sufrimiento apenas soportable, siendo decisivo que el paciente pueda expresar todavía su voluntad²². Se debe precisar que conforme la Doctrina Alemana se precisa que la eutanasia indirecta tiene como presupuesto el dolor y graves situaciones de sufrimiento, ello en razón a que, por ejemplo, el miedo a la asfixia generador de procesos asmáticos y situaciones parecidas, pueden devenir en insoportables, haciendo necesaria la intervención médica que no sea peligrosa. (Roxin, et al, 2008, pág. 20-22).

Por último, diversas son las posturas respecto al dolo que se requiere en la eutanasia directa, lo cierto es que ésta resultará punible cuando es llevada a cabo con la intención y objetivo de abreviar la vida al paciente, es decir, cuando el motivo es la muerte y no la disminución del sufrimiento. En estos casos, de llegar a existir la voluntad manifiesta del moribundo, existiría también un homicidio a petición.

2.2.5. La Eutanasia Precoz²³

Se entiende este tipo de eutanasia, como el dejar morir a los recién nacidos con graves malformaciones, precisando la doctrina alemana que no se trata de un auténtico

²²Cuando las condiciones de salud se deterioran de modo irreversible y letal, el hombre entra en la fase terminal de la existencia terrena. Para él, el vivir se hace particular y progresivamente precario y penoso, Al mal y al sufrimiento físico, sobreviene el drama psicológico y espiritual del despojo que significa morir.

²³El médico norteamericano Leo Alexander escribía en 1949, haciendo referencia a la práctica eutanásica realizada durante el Tercer Reich: “Comenzaron con la idea, que es fundamental en el movimiento a favor de la eutanasia, de que existen estados que no son dignos de ser vividos. En su primera fase esa actitud se refería sólo a enfermos graves y crónicos. Paulatinamente se fue ampliando el campo, y hoy en la actualidad se ha extendido a los niños nacidos deformes, incluso se practica una eutanasia prenatal.

caso de eutanasia individual, porque el recién nacido no tiene voluntad y tampoco es averiguable una voluntad presunta. (Roxin, et al, 2008, pág. 46).

Sin embargo, distinto sería el caso, si el recién nacido presenta serias afectaciones por los daños o bien no vaya a alcanzar nunca el sentido de conciencia, en cuya situación queda la posibilidad de admitir una interrupción del tratamiento, basado en una situación de estado de necesidad justificante. Es entonces que, en este caso se debe buscar el interés del recién nacido, en base a la conciencia y saber.

2.3. Datos sociales significativos relativos a la Eutanasia

A lo largo de la historia, se han elegido datos que muestran significativamente lo que conlleva a realizar una práctica eutanásica, y que tiene una relación directa con el encuentro médico paciente. Esta relación ha ido evolucionando, desde inicios del siglo XX, toda vez que, en este entonces, el médico no podía hacer mucho cuando su paciente se enfrentaba con una probable muerte. (Tomás, 2011)

A diario muchas personas experimentan tanto la vida como la muerte, pero no todas de la misma manera. Algunas pueden ser naturales, por causa de un accidente o una enfermedad; lo cierto es que esta muerte no suele ser de forma brusca o repentina, sino que, con normalidad la persona muere en la cama de un hospital o de su propio domicilio, siendo atendida por personal médico.

Hoy en la actualidad, son las enfermedades crónicas, degenerativas y tumorales, las que constituyen causas de muerte, en su mayoría. En estos casos, el personal médico juega un papel crucial, al poder ejercer un control más eficaz en situaciones límites, sin embargo, cabría preguntarse ¿qué parámetros definen esta eficacia? Esta interrogante encuentra

respuesta en la dignidad y confianza del paciente respecto del médico, toda vez que, el propósito de la Medicina ha sido y debe ser, prestar asistencia siempre, más allá de si logra curar o no.

Una evolución producida a favor de la eutanasia, es el movimiento pro-eutanasia, iniciado por el psiquiatra Hocke físico y mental, y se consideró una solución para los enfermos incurables, atormentados de dolor. Ergo, los parámetros han tenido una variación a lo largo del tiempo, en Alemania, por ejemplo, en menos de veinte años la eutanasia originó la desaparición de 275. 000 personas a razón de bastante menor peso, en estricto, por deformidad física, por enuresis, e incluso por dificultades de asimilación educativa. (Tomás, G. 2011).

La diferencia entre dejar morir y matar es de relevante significado; y sobre el derecho a morir existen varios casos y testimonios importantes²⁴, que plasman la realidad por la que atraviesan aquellas personas que toman dicha decisión. Son estos testimonios, los que deben servir como aliciente para proclamar y reivindicar la autonomía absoluta del individuo, para decidir de esta manera, su propia existencia.

Para Tomás, G. (2011), una persona adulta posee el derecho de decidir qué se puede hacer con su cuerpo, afirmación que está basada en una concepción filosófica de cuño liberal – radical, que entiende la libertad como pura capacidad de ejercicio, ignorando la verdad

²⁴El primero es el de Madeleine Z., de 69 años, quien sufría una grave enfermedad progresivamente paralizante, Esclerosis Lateral Amiotrófica. Se quitó la vida, durmiéndose, en su casa de Alicante. Militaba por el derecho a una muerte digna.

El segundo caso, es el de Maryannick Pavagean, una mujer de 56 años, afectada por el síndrome de enclaustramiento. Está enferma desde los 26 años; después de haber estado en coma, al despertar comprobó que sólo podía mover los párpados. En vez de preguntarse ¿Por qué a mí? Se dijo ¿qué es lo que sigue? Convencida que su vida no es lo que podría haber sido, pero es su vida. Afirma que los que piden eutanasia están buscando ser amados.

última del ser humano, ya que se piensa que no son los valores éticos los que legitiman el ejercicio de la libertad y su capacidad de elección, sino que es la elección personal la que da validez a los valores éticos.

2.4. Valoración ética de la Eutanasia

La controversia que siempre aparece en la fase final de la vida, es referente a la actitud que se debe adoptar frente al dolor, sufrimiento físico, psicológico o moral. Las posiciones que se adoptan sufren diversos cambios de unas culturas a otras, pero es la religión y sus creencias, las que juegan un rol imprescindible, pudiendo constituir una gran ayuda o un verdadero obstáculo. En ese sentido, suponen una ayuda, cuando no enfocan la muerte como un final definitivo, sino como un cambio hacia algo mejor; y, por otro lado, constituye un obstáculo cuando plantean la muerte como un castigo divino.

Dentro de este punto es menester mencionar que, dentro de toda la situación agobiante y tormentosa que vive el paciente desahuciado a morir, se debe favorecer la voluntad de éste, en la toma de cualquier decisión que defina irreversiblemente su existencia²⁵. De igual forma, debe resaltar el verdadero humanismo de las personas, quienes deberían brindar una muestra de amor y participación solidaria al enfermo, siendo una actitud significativa para el enfermo terminal²⁶.

²⁵La información es siempre un proceso, no un momento; se exige una preparación y un entrenamiento tanto a nivel profesional como humano para “entender” cuando el paciente desea establecer esa comunicación y aprender habilidades y técnicas de comunicación para desarrollar esta actividad con eficacia y delicadeza. Además, la comunicación debe establecerse entre el equipo terapéutico y el paciente, y fundamentalmente entre el paciente y sus seres queridos.

²⁶Lo que se da a alguien debe de estar muy relacionado con las necesidades de ese alguien, debiendo alabarse a quien entrega más altruistamente pues las pequeñas victorias del débil, muestran las virtudes más excelsas del que ha enseñado y ayudado.

Autores como Tomás, G. (2011), manifiestan desde el punto de vista legislativo y en toda su dimensión político social, que la eutanasia debería estar siempre penalizada, ya que ese hecho manifiesta la protección del derecho a la vida, derecho nuclear a través del cual giran muchos derechos personales. Su legalización no es un problema puntual, es un cambio de valoración social del valor de la persona y de su, de ahí su peligro.

Sin embargo, frente a ello, cabría preguntarse ¿el derecho a la vida, no debería desenvolverse en un contexto compatible con el derecho a la dignidad? La respuesta a opinión del autor es afirmativa, toda vez que el concepto de una vida digna es consecuencia de una interpretación extensiva de la Constitución. Y si bien la Constitución tiene una idea garantista de la vida (nadie puede ir en contra de la vida de una persona), no es menos cierto que el derecho a la vida, como cualquier otro derecho, debe desenvolverse en un contexto compatible con la dignidad. Queda claro que la dignidad es fundamento primordial y contenido esencial de todos los derechos, incluyendo, el derecho a la vida; siendo absolutamente discutible, pensar que la vida se reduce únicamente a la existencia, ya que este derecho a vivir, debe ir acompañado de una serie de condiciones que realmente reconozcan a un ser humano como tal²⁷.

En ese sentido, piénsese en la figura del encarnizamiento terapéutico²⁸, entendido este como la dilatación del advenimiento de la muerte por todos los medios, proporcionados o no, aunque no haya esperanza alguna de curación, y aunque esto suponga infligir al

²⁷¿Qué se debe evitar en una persona a la que se le avecina la muerte? Aquellas terapias intensivas que despojan al enfermo de la necesaria tranquilidad, lo aíslan de cualquier contacto humano con los familiares y amigos, y acaban por impedirle que se prepare interiormente a morir en un clima y en un contexto humano. Hay una obligación moral de curarse y hacerse curar, pero tal obligación tiene que medirse con las situaciones concretas; debe valorarse si los medios terapéuticos a disposición, son proporcionados respecto de las perspectivas de mejoría.

²⁸El encarnizamiento terapéutico no es frecuente, de ahí que parezca oportuno juzgarlo desde la perspectiva de la limitación del esfuerzo terapéutico. Está guiado por la lógica de la vida a cualquier precio.

moribundo unos sufrimientos añadidos; dentro de las características de este tratamiento, se encuentran: la inutilidad bajo el perfil de la terapia, los posteriores sufrimientos y humillaciones que se le imponen al enfermo y la desproporción de los medios con respecto al resultado²⁹; por lo que siendo ello así, es menester preguntarse, ¿es digno esto para el enfermo terminal? ¿es justo que se condene artificialmente al enfermo a una agonía prolongada? Sin duda, resulta innecesario el uso de terapias inútiles e ineficaces aplicadas a un paciente que posee una enfermedad incurable, ya que aumentan las penalidades de la enfermedad, configurándose como desproporcionadas en la relación entre riesgo y beneficio, ya que llegan a atormentar al paciente, resultando ofensivos para su dignidad.

Así también, existe la figura del testamento vital³⁰, que surge dentro del contexto de autonomía y libertad absoluta, cuando la persona es invitada a decidir sobre el tratamiento que ha de recibir en caso de enfermedad. Sin embargo, tal decisión no siempre es posible. Los accidentes de tránsito, accidentes laborales, la incapacidad mental sobrevenida, entre otros, hacen imposible apelar a la voluntad del paciente. En esos casos, las alternativas que se presentan son tres: la consulta a los familiares o tutores del paciente, la apelación a un comité profesional, y la apelación de la voluntad del paciente, manifestada previamente. En esta tercera posibilidad se sitúan las directrices anticipadas, voluntades anticipadas o testamentos vitales.

Desde el punto de vista ético, según la finalidad que persigan o la interpretación última que reciban pueden resultar ambivalentes. Podrían ser aceptables en la medida que expongan

²⁹LUCAS, R., *Explicame la bioética*, Palabra, 2005, 179.

³⁰Está planeado como una seguridad para el enfermo, un acto de garantía de la mentalidad de la modernidad por parte del legislador, y prácticamente es nefasto para los sanitarios, pues lleva implícito una desconfianza en la institución médica, algo muy contrario al principio de beneficencia, origen de toda actuación asistencial.

la voluntad de las personas sobre el uso de medios proporcionados y desproporcionados que ha de recibir y que suponen alargarle artificial o mecánicamente la agonía, cuando ya no sea posible salvarle la vida.

2.5. Acepciones de la Eutanasia

2.5.1. Aceptación Religiosa

Desde el punto de vista religioso, la eutanasia es un acto repulsivo e intolerable ante los ojos de Dios, ya que Él es el único creador de la vida humana, y desde la perspectiva de la Iglesia, solo Él puede dar y quitar la vida a los seres humanos; es decir, la vida está revestida de un valor de carácter inviolable impuesto por Dios. Así también, “la eutanasia y el suicidio asistido, ya sea aceptado por el paciente o no, constituirían crímenes abominables contra la humanidad”. (Vida Humana Internacional, 2000, párr. 5).

La Iglesia Católica en la Encíclica *Humane Vitae* establece como dogma que: “la vida una vez concebida debe ser protegida absolutamente”. Sólo Dios es señor de la vida desde el comienzo hasta el final. Nadie, en ninguna circunstancia, puede adjudicarse el derecho de destruir directamente un ser humano. En el campo religioso se invoca el valor del precepto “no matarás”, mandato inflexible que obliga a todos. La eutanasia infringiría abiertamente este divino mandato, vulnera la santidad de la vida, de la cual sólo Dios, creador y señor del universo, puede disponer.

Su Santidad PIO XII, dirigiéndose a un grupo de médicos de las tropas aliadas, el 13 de febrero de 1945, decía: “*por eso el médico digno de su profesión (...) rechazará cualquier sugestión recibida en el sentido de destruir la vida, aunque pueda parecer*

frágil o humanamente inútil. Él sabe que un hombre, mientras no sea reo de algún delito de los que merecen la pena de muerte, tiene una vida de la que puede disponer solamente Dios y ningún poder terreno”; manifestando además en septiembre de 1956, que jamás se debe permitir que el médico practique la Eutanasia directa, ya que la doctrina tradicional de la Iglesia católica establece: " que la razón natural y moral cristiana dicen que el hombre y todo el que esté encargado de cuidar a un semejante tiene el derecho y el deber en caso de enfermedad grave de tomar medidas necesarias para conservar la vida y la salud, pero esto, nos obliga más que al empleo de medidas ordinarias, cargas que no impongan para el mismo ni para otro”.

En este sentido, San Agustín, representante connotado de la iglesia cristiana condenó enérgicamente el hecho de que a un ser humano se le privara de la vida, por sí mismo o con ayuda de otra persona, considerando que se violaría el sexto mandamiento "no mataras", señalando además que el hombre siempre debe tolerar el sufrimiento que la vida implica y de lo contrario se trataría de un acto de cobardía. Santo Tomás de Aquino, teólogo y filósofo de la iglesia católica apostólica y romana, también reprobó la privación de la vida, comentando que se usurparía el poder de Dios sobre la creación y la muerte. "Somos propiedad de dios" -decía-, y sólo él puede decidir el momento de la muerte.

La doctrina eutanásica tiene íntimo sentido anticristiano, y sólo ha prosperado en tiempos y en países donde el cristianismo ha dejado de ser mentor y guía (Cuello, 2000).

Para Lozano, (2011), la mayor parte de las religiones, entre ellas la cristiana, establecen el dogma "no mataras" dentro de sus principios y tomando esto como

determinante, no se admite excusas y por lo tanto no se le da ningún valor positivo por parte de estas religiones a la Eutanasia.

Se debe tener en cuenta que la Iglesia Católica afirma que el hombre no tiene ningún derecho de disponer de la vida de otro, puesto que dentro de la religión cristiana el hombre siempre debe actuar conforme a su moral cristiana ya que para él es un estado normal considerar que el sufrir y recibir todo lo que la vida le mande es lo mejor para poder estar en paz con Dios en el momento de su muerte y con él mismo, ya que solo a Dios le corresponde decidir sobre la vida y la muerte. Asimismo, el todopoderoso será el que decidirá, también, si su vida después de la vida es digna de merecer lo que todo hombre cree que existe después de la muerte.

Para la iglesia, la eutanasia es una grave violación de la Ley de Dios, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana, porque comportaría el rechazo del amor a sí mismo y la renuncia a los deberes de justicia y de caridad para con el prójimo.

No es discutible que, la vida humana es creación de Dios y un maravilloso don que debe ser protegido. Sin embargo, se debe recordar que Dios nos da el don de la vida eterna; y si se tiene la esperanza de una vida eterna, los cristianos no necesitan aferrarse a los últimos vestigios de la vida en este mundo u ofrecer tratamientos médicos para prolongar inútilmente el proceso de la muerte; extender la vida innecesariamente se conoce como distanasia, y no tiene sentido practicarla cuando se tiene la esperanza de la vida eterna. Por tanto, el poder de la medicina debe usarse en forma compasiva; en caso de un paciente terminal, el sufrimiento debe reducirse al mínimo. Así pues, la biblia presenta claramente la vida como algo sagrado, es un don

de Dios y, por lo tanto, a la vida se le debe dar un lugar prioritario cuando se toma alguna decisión respecto a ella, debiendo ser desarrollada teniendo como cimiento el derecho a la dignidad.

Por otro lado, para la iglesia católica, la voluntad de Dios es que el hombre haga siempre lo bueno. Ahora bien, ¿Cómo sabe el hombre qué es lo bueno, si lo que uno juzga que es bueno, el otro dice que es malo, lo que en un pueblo y cultura es vicio, en otro en virtud? ¿Cómo se puede distinguir objetivamente lo bueno y lo malo?, o ¿Acaso no hay diferencia objetiva y todo depende de las personas que juzgan conforme a sus costumbres, educación, conveniencias o imposiciones?

Antes de responder a estas interrogantes, es menester traer a acotación la libertad de conciencia y la libertad religiosa, así como la relación que existe entre ellas. Para el Tribunal Constitucional, la libertad de conciencia es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve.

Con relación a la libertad religiosa, esta supone la capacidad de toda persona para auto determinarse de acuerdo a sus convicciones o creencias en el plano de la fe religiosa, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su

enseñanza, culto, observancia y cambio de religión tal y como lo dispone el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³¹.

Ahora bien, ¿Qué relación existe entre ambas libertades? Si bien ambas libertades aparecen reconocidas en nuestra Constitución como en tratados o convenios internacionales, dicho reconocimiento, como bien apunta el Tribunal Constitucional, no nos puede hacer caer en equivocación llevándonos a pensar que se trata de derechos que poseen contenido propio, autónomo e independiente y mucho menos que se trata de derechos desligados el uno del otro. Para Rodríguez, R. (2013), la relación entre ambos es una relación de género a especie, ya que la libertad de conciencia alberga dentro de su contenido a la denominada “libertad religiosa”; esta última lo que hará es especificar la naturaleza de las convicciones que en el caso particular pretende ejercer o profesar un individuo (evidentemente cuando se haga referencia a la libertad religiosa, lo que se buscará es hacer mención a la relación existente entre el individuo y su fe).

En ese sentido, más allá de un criterio correcto para juzgar el bien o el mal, se debe tener en cuenta, en base a un axioma jurídico fundamental, que todo acto o conducta le está permitido al ser humano, siempre que no se atente contra la moral social, el orden constitucional, y no dañen a terceros. En el caso en concreto de la eutanasia, se puede decir que ésta no afecta el comportamiento de la sociedad; no va contra el ordenamiento constitucional, ya que si bien es cierto se protege el derecho a la vida, también es cierto que este derecho debe desenvolverse en un contexto

³¹STC Exp. N° 06111-2009-PA/TC, ff. Jj. 10-11. Esta misma lógica ha sido recogida por el Tribunal en la STC Exp. N° 05680-2009-PA/TC, ff. Jj. 16-17.

compatible con el derecho de la dignidad; y, por último, no se afecta a terceras personas, toda vez que está en juego el derecho a morir con dignidad del propio enfermo terminal.

2.5.2. Aceptación Moral

Para Abellán, J. (2008), hablamos del “valor de la vida humana” pero, como personas y como sujetos sociales, nos importa cada vez más señalar en qué consiste y a qué nos obliga si queremos poner en práctica esa valoración. El conocimiento actual de la vida humana, desde el punto de vista biológico, alcanza un detalle y una profundidad que nos permite formular con más y mejor precisión una idea esencial: que cada ser humano es único e irrepetible, valioso por el hecho de serlo y de vivir. La Ciencia positiva nos muestra cómo es el inicio de la vida del hombre y cuándo llega su final natural. También propicia mejores intervenciones para mantener la salud a lo largo de nuestro ciclo vital. Pero, el salto a ese ámbito de los valores sigue siendo fruto de una actitud de compromiso. Como lo ha sido en tantas ocasiones que a lo largo de la Historia nos llevaron a construir un sistema de valores basado en el ser humano como fin, no como medio. Y, sobre todo, cuando se asentó el mensaje de que la trascendencia de la vida humana está precisamente en la aceptación de nuestra pertenencia a una misma especie, con unos derechos que alcanzan a todos.

Según Román, T. (2010), eutanasia no es asesinato, porque éste no atiende a los intereses del sujeto que la práctica, ni se caracteriza por una razón humanitaria; en tanto que la eutanasia tiene por objeto disminuir el sufrimiento en el marco de un proceso que sigue su curso. Tampoco eutanasia es suicidio, porque exige la participación de un tercero.

La eutanasia ha sido manejada por dos corrientes filosóficas, integradas por hombres de ciencia y religión basándose en las creencias y conocimientos que hasta ese momento sus semejantes, como seres sociales, han desarrollado invocando la dignidad humana, tanto para defenderla como para rechazarla. Para sus defensores, la dignidad humana del enfermo consiste en el derecho a elegir libremente el momento de la muerte. Para sus detractores, la dignidad humana es oponerse a este derecho por considerarlo una arbitrariedad humana frente a un asunto exclusivamente divino para algunos y exclusivamente científico-legal para otros.

En relación con este tema, y de los muchos dilemas morales de cuya resolución depende la caracterización moral de la eutanasia, uno de ellos consiste en el cambio de paradigma de santidad de la vida, es decir, frente a la consideración de la vida como algo santo, tenemos la consideración de que la vida vale en función del valor que tenga para cada persona. Se debe partir de la base de que detrás de la eutanasia existen diferentes concepciones sobre la vida y la capacidad de decisión o determinación que al sujeto se le debe reconocer.

La primera posición afirma que el carácter sagrado de la vida es la concepción clásica y religiosa, donde lo más sagrado es la vida sin importar la voluntad del sujeto, y nadie tiene legitimidad moral para discutir esa santidad. Esta concepción tiene una directa relevancia en este tema, porque sienta las bases para un reproche moral severo en relación con cualquier atentado a la existencia, ya que considera que la vida es innegociable.

La segunda concepción es la de la calidad de vida. Hay circunstancias que contribuyen a que la calidad de ésta sea mayor o menor, y por lo tanto puede ser

sometida a ponderación con otros fines, valores o intereses. De manera gráfica se puede entender pensando en la diferencia entre estar vivo (cuestión biológica) y tener una vida (cuestión biográfica). Aquí, si admitimos que la vida en sentido biográfico puede perder sentido, las conductas eutanásicas no tienen un enjuiciamiento moral tan severo como en la primera posición³². Estas situaciones pueden ser los casos de "vegetales humanos", de niños o neo natos con graves deformaciones a los que les niegan cualquier tipo de autonomía y ejercicio de su derecho a la dignidad.

Dentro de esta segunda concepción, uno de los problemas morales de fondo es saber cuándo la vida se ha tornado en un mal que en un bien. Los valores sobre los que esto gira son la dignidad y la autonomía; la autonomía moral tiene que ver con la autorrealización, es la decisión subjetiva del individuo la que sirve para calificar su vida de valiosa o no, él es quien tiene la última palabra sobre qué vale la pena vivir y qué no, y sobre si su derecho a la vida ya se ha convertido más bien en una obligación.

Sin embargo, vemos que, en la inmensa mayoría de los Estados, la eutanasia sigue estando prohibida, con lo cual pareciera que siguen inmersos en esa primera concepción de santidad de la vida. Pero a la vez, aun cuando parece evidente que no siempre el valor autonomía y el derecho dignidad son los que más prevalecen, tampoco podemos decir que, para el orden jurídico, la vida sea un valor absoluto, innegociable, *prima facie*, y el ejemplo más claro de ello es la legítima defensa.

Ahora bien, piénsese, por ejemplo, cuando se diagnostica a un paciente una muerte cerebral ¿No sería acertado considerar el hecho de auxiliar a morir a este paciente a

³²Román, T. (2010). *El dilema moral de la Eutanasia*. pp.28.

quien se le ha diagnosticado muerte cerebral?, ya que así puede evitar sufrimiento a los familiares, al personal médico y paramédico, evitaría gastos de recursos materiales y humanos, dando la posibilidad de brindar atención especializada a pacientes cuya expectativa de vida puede ser mejor. Una ayuda ideal sería, valerse del consentimiento científico, para reconocer que esta práctica da la posibilidad de disponer de los órganos y tejidos para el trasplante con tiempo suficiente para mantener su perfusión, extracción y conservación una vez certificada la muerte cerebral y con el consentimiento familiar realizar ablaciones de estos órganos.

Por último, determinar si un hombre debe morir o no, encontrará siempre oponentes y proponentes y de esta investigación se deriva, que el hombre debe mirar a su alrededor, escuchar y preguntar el porqué de una decisión como esta, buscar la mejor manera de aliviar al ser humano de sufrimientos y preocupaciones, ubicarse en su sistema, cultura y religión, entender que el lenguaje de la ética ha sido adoptado no solo por pacientes, familias, médicos, economistas, ministros, jueces y administrativos de la salud, independientemente de su corriente filosófica y su sistema social y entender que lo único verdaderamente importante es que el hombre, como ser racional, capaz de revolucionar constantemente la ciencia y la técnica, y de transformar la naturaleza en beneficio de la especie, debe también, morir con dignidad.

2.5.3. Aceptación Bioética

Para Montoya (2004), la medicina por ser una ciencia relacionada con la salud, implica el manejo de valores y virtudes por el profesional de la salud, quien se rige por una serie de principios médicos y éticos. La bioética hace específica y operativa la práctica la práctica de la ética tradicional, estableciendo un mejor balance entre beneficio y daño que implica necesariamente una decisión diagnóstica y terapéutica.

Por lo tanto, la bioética es una forma del pensamiento basada en la razón, estudia la conducta humana, involucra la ética médica y al contenido social, y a la vida en el planeta, se orienta al respeto de la dignidad humana frente al avance tecnológico reduccionista e injusto.

Ahora bien, dentro de los aspectos médico-legales es de gran importancia destacar que a pesar de la evolución que ha tenido la medicina en los últimos años, no se ha podido dar una seguridad sobre si algunas enfermedades pueden ser totalmente curadas, sobre todo aquellas en las que el paciente se encuentra en una fase terminal y, el médico por más que trate de ayudarlo no tiene resultados positivos, ofreciéndole solo una agonía dolorosa que a fin de cuentas lo llevara irremediablemente a la muerte.

Según Lozano (2011), la finalidad de la medicina es procurar que el paciente tenga una buena calidad de vida, pero el hecho de poderse la proporcionar, le acerca a otorgarle una buena muerte, esto es ayudarlo a bien morir, para que durante el tiempo que este padeciendo lo haga tranquilo y sin sufrimientos.

Actualmente durante las enfermedades de fase terminal, los enfermos se mantienen con medios artificiales, los cuales no les garantizan que vayan a seguir viviendo si a esto se le puede llamar de esa forma; asimismo existen diversas técnicas de resucitación y sostenimiento las cuales han suscitado controversias en el campo médico y legal por lo que se refiere a la Eutanasia. En cuanto a las bases médicas surgen varias interrogantes, estableciendo si es sagrada una vida que se encuentra en coma irreversible, aquí el médico tiene una obligación que es la de ayudar al enfermo hasta donde sea posible sin que se convierta en una obligación moral, ya que esto lo ataría a seguir luchando por algo que no tiene solución.

En términos médicos la Eutanasia podría interpretarse como el morir sin agonías prolongadas, evitando prolongar funciones vitales por medio de soportes mecánicos o morfológicos, lo que a la larga ocasionaría un daño definitivo para la vida de relación y en la productividad del paciente quien no puede llevar una vida social igual que cualquier persona por las limitantes adquiridas durante su enfermedad. Con todo esto se infiere que solo el médico es quien puede establecer un criterio para determinar la muerte humana, por ello es que Eser, A. (2001), en relación al tratamiento médico, sostiene que: "...el deber del tratamiento médico está condicionado a que sea posible. Por ello, su deber general de ayudar...así como el deber de garantía, fundado en la aceptación del tratamiento, terminará en todo caso allí donde la prolongación de la vida es prácticamente imposible³³.

Por otro lado, aquél a quien le parezca que una autorregulación tan amplia de la propia muerte sería exagerada -y por cierto, no solamente pueden elevarse objeciones éticas, sino también constitucionales contra un "derecho" a morir -tendrá que admitir que el auxilio a morir y la eutanasia actualmente se encuentran en un punto de intersección de intereses del paciente aparentemente contrapuestos:

- Por un lado, el interés del paciente de permanecer con vida lo máximo posible. En tal medida, allí se expresa el temor de que el médico pueda abusar de su discrecionalidad táctica en el tratamiento de una manera que con ello la vida humana sea acortada. En esta dirección de protección, que era prácticamente la única determinante hasta muy entrado nuestro siglo. Al Derecho penal le importa proteger al

³³Ver: ESER, Albin: Derecho penal, medicina...pp. 184.

paciente ante una interrupción apresurada del tratamiento y que contradiga la real o presunta voluntad del gravemente enfermo.

- Por otro lado, se encuentra la voluntad del paciente que no está dirigida a la prolongación de la vida, sino a que se le deje morir, y con ello a la interrupción del tratamiento. En tal medida, al Derecho penal se le plantea la cuestión de en qué medida el paciente debe ser protegido frente a un médico que -sea cual fuera el motivo, sea por convicción ética o por interés científico en la investigación- cree que le está permitido o incluso es su deber intentar retrasar el momento de la muerte “a cualquier precio”.

Esta paradójica contraposición de intereses que, por un lado prolongan la vida, y por otro lado, desean una interrupción que acabe con la vida, tiene seguramente uno de sus variados motivos en que en el actual quehacer de los hospitales el paciente parece constituir solamente el objeto de una maquinaria de tratamientos, pero ya no el sujeto de una colaboración personal médico-paciente, donde el bienestar general personal del enfermo amenaza ser desplazado por un principio de éxito cuyo objetivo primario debe ser visto en la eficiencia del procedimiento médico, en la obtención o la confirmación de nuevos conocimientos objetivos.

Ahora bien, cabría preguntarse en este momento ¿Qué significado médico tiene la petición eutanásica y cómo afrontarla? Para Requena, (2013), el deseo de morir, la petición de anticipar la muerte y el intento de suicidio, son fenómenos con los que la medicina se ha encontrado desde sus orígenes. Generalmente se han considerado como síntomas de alguna patología, en la mayor parte de los casos de tipo depresivo. Ante estas señales, el médico se pregunta por la causa que lleva al paciente a la petición o intento de un gesto tan extremo, con la convicción de que se trata de una petición de

ayuda, y no de un “verdadero” deseo de morir. Una vez identificados los problemas de base, se aborda globalmente la situación del paciente obteniendo, en la mayoría de los casos, una mejora de los síntomas descritos. Los metanálisis³⁴ más recientes muestran cómo el deseo de anticipar la muerte responde a una compleja constelación de factores que producen un estado emocional negativo, entre los que destacan el sufrimiento físico-psíquico-espiritual, la sensación de pérdida de sí y el miedo a la muerte.

Además de lo anterior, en no pocos pacientes que se aproximan al momento de su muerte se encuentra una fase depresiva, según la clásica sucesión de estados psicológicos descritos por la doctora suiza Kübler-Ross. En esos momentos se percibe una falta de deseo de vivir y de seguir luchando, que el personal sanitario conoce y sabe afrontar para ayudar al enfermo y su familia en esa difícil situación.

Otra interrogante que resulta necesaria plantearla, es ¿Qué supone para la relación médico-paciente la posibilidad de la eutanasia? Siendo esta una problemática mayor, ya que supone la posibilidad de conceder al médico, entre sus opciones terapéuticas, la de acabar con la vida de algunos pacientes. Esta posibilidad, se quiera o no, cambia al médico y cambia la relación médico-paciente. El médico es un ser humano, sometido como el resto, a las presiones psicológicas que suponen los éxitos y fracasos. En la medicina actual, a diferencia de épocas pasadas, la situación de no tener nada más que ofrecer a un paciente para curarlo se percibe en no pocos casos como un fracaso. Teniendo esto en cuenta, no es difícil concluir que es grande la tentación de

³⁴Conjunto de herramientas estadísticas, que son útiles para sintetizar los datos de una colección de estudios. El meta-análisis se inicia recopilando estimaciones de un cierto efecto (expresado en un índice de tamaño del efecto, como la diferencia de medias tipificada, la razón de riesgo, o la correlación) de cada estudio. El metaanálisis permite valorar estos efectos en contexto: si el tamaño del efecto es consistente, el efecto del tratamiento puede ser considerado como fuerte y el tamaño del efecto se estima con mayor precisión que con un solo estudio. Si el tamaño del efecto varía, esa variación puede ser descrita y, potencialmente, explicada.

anticipar la muerte de pacientes con los que no se puede obtener un buen resultado. Ciertamente los que proponen la eutanasia piensan siempre en una eutanasia voluntaria, donde este último problema no debería darse, pero la experiencia holandesa ha puesto de manifiesto que no es posible escindir la apertura a la eutanasia en ámbito sanitario con el cambio de mentalidad del médico. El modo en el que se manifiesta este cambio es muy variado, y va desde la abierta propuesta eutanásica al paciente, a un descuido más o menos consciente de su atención, pasando por un modo de asistencia que subraya el peso económico y social que ciertos pacientes suponen para la familia y la colectividad.

Para el enfermo, saber que el médico estará siempre de su parte da una gran seguridad psicológica. Las situaciones clínicas pueden ser muy variadas e imposibles de prever en un documento de directivas anticipadas. Para el paciente el hecho de que su médico pudiera anticipar su muerte, aunque en principio sea con su consentimiento, hace que su percepción del personal sanitario sea diversa, pues en los lugares en los que la eutanasia no se permite, se podrá tratar mejor o peor a los enfermos terminales, pero el paciente sabe que su médico y las enfermeras estarán siempre de su parte por muy mal que se pongan las cosas.

A todo lo anterior hay que sumar el desarrollo extraordinario de la medicina en los últimos decenios, que ha proporcionado al médico posibilidades paliativas de las que carecía hace sólo pocos años y que le permiten, para la mayoría de los casos, un control adecuado de los síntomas, comenzando por el dolor. No cabe duda que en la fase final de la vida siempre encontraremos enfermos con más o menos molestias, y que la medicina paliativa no es capaz de resolver todos los problemas y dificultades que aparecen en esos momentos, pero es también claro que la actuación profesional de

los cuidados paliativos consigue crear las condiciones adecuadas para afrontar este penoso tránsito de un modo razonablemente sereno.

De este modo, no se puede dejar de lado, la propia voluntad de morir del paciente, y es que también aquí se trata, en última instancia, de la “santidad” y de la “calidad” de la vida. Mientras que, en la pura consideración de la santidad, la vida representa un bien merecedor de protección, sin considerar la voluntad o la apreciación del particular.

Por otro lado, bajo la consideración de la calidad, según Eser (2001), al particular le puede parecer que, en caso de una pérdida de determinados órganos, capacidades o funciones, su vida ya no es valiosa, y por eso puede querer el suicidio o la eutanasia. En tal medida, en la pretensión de la autodeterminación sobre vida y muerte, se encuentra un postulado radical sobre el entendimiento de una “calidad” de vida.

2.6. Puntos a favor y en contra de la Eutanasia

Para Jiménez de Asúa (1987) “es claro que el Derecho vigente puede poner al médico en un conflicto con sus propias convicciones: ello ocurre sobre todo allí donde el paciente desea la muerte, y quizás no puede matarse a sí mismo” (p. ej. en caso de una parálisis), pero donde tampoco resulta adecuado un simple dejar morir, pues según las circunstancias sería un sufrimiento quitarle al paciente todo lo que todavía necesita. ¿Acaso no debería darse al médico (y de manera similar quizás también al pariente) de alguna manera, la posibilidad de causar la muerte en caso necesario y ante un pedido expreso? Sobre ello, se revisará a continuación algunos argumentos a favor y en contra respecto de este tema.

2.6.1. Argumentos a favor de una eutanasia activa

A primera vista parece que la dureza del actual Derecho habla a favor de una nueva regulación y con ello una cierta permisión de la eutanasia activa, que es la que se encuentra penalizada actualmente en nuestro país. Para una permisión también podría argüirse que las diferenciaciones que tenemos actualmente en nuestro Derecho de alguna manera no resultan convincentes, pues tienen la apariencia de la arbitrariedad (Rubio, 2004).

Esto puede mostrarse ya con ayuda de la delimitación entre la complicidad (impune) en un suicidio, por un lado, y la (punible) muerte a petición, por el otro: si el médico deja una sobredosis de somníferos en la mesa de noche para posibilitar el suicidio del paciente, podría quedar impune por una simple complicidad en un suicidio. Pero si, por el contrario, el médico inyecta la misma sobredosis, debe esperarle una pena mínima según que podemos suponer sería impuesta condicionalmente; pero esto tampoco serviría de mucho consuelo para el médico. Aquí se abre paso la cuestión de si el contenido ético de injusto de ambas conductas es realmente tan diferente como para justificar esas diferentes consecuencias.

La diferenciación entre la mitigación de dolores (justificada) bajo el riesgo de muerte, por un lado, y la búsqueda de la muerte (prohibida) como medio para mitigar el dolor, por otro lado, puede conducir al médico fácilmente a la hipocresía. Éste solamente tiene que no pensar más sobre el riesgo de muerte de su inyección o, en caso necesario, fingir la esperanza de un buen resultado final, y ya podría invocar la causa de justificación del riesgo permitido.

Tampoco el tratamiento diferente que se da a la ayuda a morir pasiva y a la activa parece estar libre de arbitrariedad. ¿Verdaderamente debería depender la impunidad de la acción de desconectar el aparato respirador de si esto deba ser comprendido dogmáticamente como una simple omisión o un hacer activo? ¿Sería entonces, en lo fundamental, ética y jurídicamente más reprochable, una inyección de acción rápida que una privación de alimentos que prolonga el sufrimiento de la muerte?

Las consecuencias negativas social-sicológicas son apenas menos graves que la regulación de la ayuda a morir concebida como demasiado dura; pues cuando cediendo a la presión de la opinión pública, como p. ej. en Holanda, se expiden penas de una semana, entonces, mediante tal discrepancia entre la voluntad de la ley y el fallo del juez se desobedece en los hechos al Derecho.

Por cierto, Badoui (1995) nos dice que “la exigencia de exonerar a la eutanasia tendría pies de barro si se esgrimieran para ello solamente las insuficiencias del Derecho vigente”. Mucho más importante es la exigencia positiva: el derecho a morir con dignidad. Si se piensa en la proscripción del suicidio durante más de mil años y su posterior y gradual tolerancia como acto de desesperación de la debilidad humana, en la exigencia de un “derecho a la propia muerte” radica -diría yo- casi un cambio copernicano en la actitud hacia la vida. Y también la muerte es conceptuada todavía como parte de la realización de la personalidad y con ello de la vida.

En ello interviene la comprensión de que también en la vida no solamente interesa su cantidad, es decir su dimensión y duración temporal, sino también su calidad, es decir aquello que todavía le queda a la persona como posibilidades de desarrollo y que le parecen tener sentido. Desde estas reflexiones es casi obligatorio plantearse la

cuestión de si deberían tomarse en cuenta este interés en la autodeterminación y la autorrealización del paciente, exonerando a la eutanasia a petición.

En los EE. UU. esto ha encontrado ya desde hace varios decenios una correspondiente consagración en la exigencia de las sociedades sobre eutanasia, y entretanto también ha encontrado apoyo en la Sociedad alemana para la muerte humana. Sí, más aún en Japón como recientemente se ha apoyado, también en los Países Bajos ya existen sentencias de los Tribunales en las cuales se considera justificada la ayuda activa a morir bajo determinados requisitos. Así, p. ej. el Tribunal Superior de Nagoya, en un caso en el cual el hijo mató de un disparo a su padre enfermo de cáncer para liberarlo de sus dolores, habría considerado conforme al Derecho esta muerte si se hubieran cumplido las siguientes seis condiciones:

- Carácter incurable del mal y cercanía de la muerte del paciente,
- Carácter intolerable de los dolores,
- Liberación de dolores como única intención,
- Capacidad de decisión del paciente,
- Ejecución de este acto por un médico,
- Aceptabilidad médica del procedimiento empleado.

Solamente porque faltaron las dos últimas condiciones, es decir había matado quien no era médico (el hijo), y no se vio al disparo como médicamente aceptable (pues evidentemente se había pensado en una inyección o en algo parecido), el hijo fue condenado a una privación de la libertad de un año suspendida condicionalmente.

Por otro lado, respecto a una posición médica, se puede decir que, desde siempre los médicos han participado en la toma de decisiones sobre el fin de la vida y actualmente es común suspender o no instaurar tratamientos en determinados casos, aunque ello conlleve a la muerte del paciente. Es lo que se conoce como limitación del esfuerzo terapéutico, limitación de tratamientos o, simplemente, eutanasia pasiva. Ésta se lleva a cabo con el conocimiento y anuencia de los familiares y/o curadores del paciente.

En medicina, el respeto a la autonomía de la persona y los derechos de los pacientes, como el de una vida digna, son cada vez más ponderados en la toma de decisiones médicas.

En sintonía con lo anterior, la introducción del consentimiento informado en la relación médico-paciente, y para éstas situaciones, la elaboración de un documento de voluntades anticipadas sería una buena manera de regular las actuaciones médicas frente a situaciones hipotéticas donde la persona pierda total -o parcialmente- su autonomía para decidir, en el momento, sobre las actuaciones médicas pertinentes a su estado de salud.

Ahora, para Lozano (2011), la despenalización de la eutanasia no significa obligatoriedad absoluta. No se puede imponer el criterio de un conglomerado al ordenamiento jurídico de todo un territorio, por lo que el derecho debiera asegurar los mecanismos para regular el acceso a la eutanasia de los pacientes interesados que cumplan unos requisitos especificados legalmente; así como de la legalidad y transparencia de los procedimientos.

La sociedad moderna basa su ordenamiento jurídico en la protección de los derechos humanos. En este sentido, cada enfermo tiene derecho a decidir, previa información, sobre los asuntos que pertenecen a una esfera tan privada como su cuerpo; y en virtud de esto, decidir cómo quiere seguir -o no seguir- viviendo, en base a su derecho de una vida digna.

Lo cierto es que, toda persona es autónoma y tiene derecho a decidir sobre su existencia, a tomar decisiones médicas que a ella se refieran. Nuestra sociedad está fundamentada en la protección de los derechos humanos; sin embargo, la vida, en determinadas condiciones, puede llegar a ser indigna; condición que quebrantaría el derecho de la dignidad humana. Por lo que, bajo esta concepción, se debe respetar el derecho a la vida, pero teniendo como fundamento el derecho a la dignidad, toda vez que no es justo el someter al hombre a dolorosas situaciones, cuando se tiene el poder de evitarlo.

2.6.2. Objeciones contra la legalización de la eutanasia activa

Los argumentos en contra inciden en la inviolabilidad de la vida humana, la defensa de su dignidad independientemente de las condiciones de vida o la voluntad del individuo implicado, y las repercusiones sociales de desconfianza que podría conllevar la eutanasia. Se afirma también en contra de la eutanasia, que esta empeora la relación médico-paciente e incluso la relación paciente-familiares, ya que no es solicitada por personas libres, sino casi siempre por personas deprimidas, mental o emocionalmente trastornadas. El hombre tiene derecho a ser tratado como una persona hasta el último momento, teniendo como base que Dios da vida y él es el único que puede quitarla (Lozano, 2011).

En este sentido, es menester preguntarse ahora qué objeciones podrían hacerse contra esta y otras recomendaciones. Se debe iniciar con el punto central: el derecho a la muerte. Es ya problemático que siquiera exista tal derecho, pues, como opinan muchos constitucionalistas, nuestra Constitución que reconoce un derecho a la vida (art. 2) no da con ello sin más, un derecho sobre la vida. Esto no tiene que excluir que pueda producirse un respeto del Estado hacia el suicidio. Pero con tal "libertad a morir" todavía no se ha ganado la base para la muerte a petición, toda vez que tenemos que tener en claro que allí donde se quiere declarar a la muerte conforme a Derecho, se está haciendo del derecho a morir, un derecho a ser matado. Pero quien haga esto pasa por alto que en un derecho a ser matado necesariamente tiene que incluirse en la muerte aún a otra persona.

Apenas podrá tomarse a mal que el médico se resista contra tal papel. Por ello, en todo caso queda una vía intermedia, a saber, la renuncia del Estado a penar a aquél que quiere ser de ayuda, mediante una participación activa, para aquél cansado de la vida para que muera realizando por sí mismo su libertad de morir.

Es comprensible que, por lo demás, también aquellos criterios limitadores (dolores insoportables, cercanía de la muerte) naturalmente estén al alcance de todos para posibles abusos, y el médico tenga temor de decir de manera definitiva por ejemplo esta persona solamente tiene una semana, un mes o un año; y esto refuerza lo problemático de todas estas soluciones. Pero según mi parecer lo más difícil es probar una verdadera libre voluntad de la exigencia de morir; pues, ¿acaso precisamente en la expresión de tal deseo no se esconde un último grito de esperanza de que todavía pueda evitarse lo ineludible? ¿No tiene que suponerse precisamente en quien está gravemente enfermo una fuerte ambivalencia entre esperanza y resignación? ¿Es

todavía posible una libre decisión bajo dolores? ¿Cómo puede defenderse uno de la presión exterior? Pues bien, algunos creen poder evitar tales falseamientos haciendo que sea obligatorio que el consentimiento sea dado por escrito por lo menos treinta días antes del acto decisivo, y ello firmando una carta en presencia de testigos. Otros quieren incluso hacer intervenir una comisión. Pero por más que sea saludable este intento de dar seguridad, habría que preguntarse si precisamente con ello no se introduciría en el lecho de muerte una atmósfera a través de la cual la “muerte digna” y la muerte como última realización del propio ser se transformen en lo contrario.

Según Lozano (2011), más allá de estos problemas de practicabilidad se debería pensar también en importantes consecuencias socio-políticas: así primeramente el posible efecto de rotura de dique cuando se hacen ciertas excepciones al tabú de la muerte. Seguramente no se debería atribuir rotundamente a nadie que al permitir la eutanasia voluntaria al mismo tiempo querría dar el primer paso hacia la eutanasia involuntaria.

No debe dejarse de lado la sospecha de que la admisión de la eutanasia podría convertirse fácilmente en una coartada para profundos descuidos sociales. Si se piensa que la medicina, en el campo de la mitigación de los dolores nunca en su historia ha alcanzado tales avances como en nuestra época, entonces resulta paradójico que precisamente ahora resuene con fuerza especial la llamada para liberar la eutanasia.

Una de las explicaciones de ello podría radicar en que la persona, por un lado, se vuelve cada vez más vieja, pero, por otro lado, pierde mucho más rápido sus funciones en la sociedad. Con ello la muerte sicológica frecuentemente a menudo se adelanta mucho a la “muerte social”. Y con ello la continuación de la vida ha perdido

aparentemente todo sentido. La persona solamente espera su final, a menudo lo hace fuera de la comunidad, de manera impersonal en un asilo de ancianos o en un hospital. La persona intenta resistirse en soledad a esta “extinción”, en el sentido literal de la palabra, haciendo a la muerte nuevamente como algo personal -así sea que quiere decidir conjuntamente en su producción, eso resulta comprensible.

Por otro lado, la Asociación Médica Mundial considera contrarios a la ética, y condena tanto el suicidio con ayuda médica como la eutanasia. Para ello recomienda en cambio, los cuidados paliativos. "La eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad." ³⁵

La postura de las iglesias cristianas en tanto, a nivel mundial, es mayoritariamente contraria a la eutanasia y al suicidio asistido: es el caso de la Iglesia Católica Romana y de las Iglesias evangélicas y pentecostales. Por su parte, las Iglesias luteranas y metodistas en cambio, se oponen en principio, pero dan espacio para la decisión individual caso a caso. Varias iglesias han optado por no pronunciarse a este respecto y enfatizar el valor de la conciencia individual en cuestiones éticas, es el caso de las iglesias católicas afiliadas a la Unión de Utrecht, y algunas Iglesias presbiterianas, entre otras.

³⁵Declaración sobre la Eutanasia adoptada por la 38ª Asamblea Médica Mundial. Madrid, España, octubre de 1987

En realidad, no todos los asuntos morales tienen el mismo peso moral que el aborto y la eutanasia. Por ejemplo, si un católico discrepara con el Santo Padre sobre la aplicación de la pena de muerte o en la decisión de hacer la guerra, éste no sería considerado por esta razón, indigno de presentarse a recibir la Sagrada Comunión. Aunque la Iglesia exhorta a las autoridades civiles a buscar la paz, y no la guerra, y a ejercer discreción y misericordia al castigar a criminales, aún sería lícito tomar las armas para repeler a un agresor o recurrir a la pena capital. Puede haber una legítima diversidad de opinión entre católicos respecto de ir a la guerra y aplicar la pena de muerte, pero no, sin embargo, respecto del aborto y la eutanasia.

Sin embargo, cabría preguntarse ¿es cruel e inhumano negar a alguien morir cuando está sufriendo de modo intolerable? La muerte no es algo malo o que nunca va a pasar, de modo que adelantarla no es malo. Debe permitirse cuando está en juego el mejor interés de todos los involucrados ya que, si de todos modos ocurre en la práctica, es preferible que esté regulada, a fin de que su aplicación se dé bajo determinados parámetros.

2.7. Aspectos a tomar en cuenta para su posible aceptación

En muchos países se oyen voces que favorecen la aceptación de la eutanasia. Los análisis sociológicos revelan que un elemento característico de su cultura actual es el relativo al hecho de la muerte. El hombre es el único ser que tiene conciencia de su muerte, y esto es hasta tal punto esencial, que el marginar o velar la reflexión en torno a ella es "no reconocerse

como un ser para la muerte junto con el resto de las posibilidades del existir humano, lo que hará que el hombre no viva una existencia auténticamente humana".³⁶

Es a través del reconocimiento jurídico de la capacidad del hombre de poder determinar su propio destino (dignidad) que la persona puede decidirse “legítimamente por el fin de su existencia” (Aguilera, 2012). Pues si se reconoce por el Estado que el ser humano tiene una dignidad por la cual puede determinar todos los aspectos de su vida y destino, entonces también se la debe reconocer y respetar cuando aquel elige su propia muerte, debido a que la dignidad del hombre no desaparece en ninguna circunstancia en la que se desenvuelva su existencia, así se encuentre en la agonía de una enfermedad incurable, como ocurre en la eutanasia.

Parte de la doctrina que se opone a la legitimidad de la disposición de la propia vida, argumenta que el hombre no puede disponer de su vida debido a que la vida es un derecho humano fundamental y por lo tanto tiene carácter de indisponible e inviolable; pero esta calidad, como ya tuvimos la oportunidad de detallar, no es absoluta sino relativa; por tanto, la elección de la propia muerte no podría estar quebrando la inviolabilidad de este derecho.

El derecho a la vida y el derecho a la libertad no se pueden valorar en forma aislada, ya que se encuentran íntimamente relacionados. Un concepto del derecho a la vida, coherente con la dignidad de la persona, considera un derecho a vivir y, dado que para vivir es indispensable ejercitar la libertad, esa la libertad se encontraría profundamente involucrada

³⁶Kohlwes RJ, Koepsell TD, Rhodes LA, Pearlman RA. Physicians' responses to patients' requests for physician-assisted suicide. Arch Intern Med. 2001;161:657-63

con el derecho a la vida; de esta manera, estos derechos no podrían oponerse sustancialmente en la elección de la propia muerte (Espinoza, 2001).

Teniendo en cuenta un concepto restringido del derecho a la vida -pura protección al ser biológico- Espinosa (2001) nos dice que “no podría abandonarse el derecho a la libertad por el derecho a la vida en la valoración jurídica de la determinación de la propia muerte, debido a que ambos derechos pertenecen al mismo momento histórico, son derechos de primera generación, fundamentales y personalísimos, y por ende con la misma jerarquía legal”. La única manera posible jurídicamente de valorar y proteger el derecho a la vida como el derecho a la libertad es a la luz de la dignidad humana.

La razón de ser de los bienes jurídicamente protegidos por el Estado se encuentra en el principio supremo de respeto a la dignidad de la persona, debido a que la existencia de estos tiene como objetivo fundamental asegurar el libre desarrollo de la personalidad. Consecuentemente, no puede existir legítimamente lesión a un bien jurídico, si esta a su vez no afecta la dignidad de la persona; en el caso de la determinación de la propia muerte, no podrá haber lesión del bien jurídico vida si es que este acto a su vez no vulnera la dignidad de su titular.

Por tales razones, es que hoy en día se habla con frecuencia del "derecho a morir"³⁷. Al afrontar un problema tan fundamental como este, es necesario, primero, mantener firme un punto: que todo hombre tiene derecho a una muerte humana. La muerte es el acontecimiento final de la vida, y nadie puede privar de este al hombre, sino más bien debe ayudarlo en dicho

³⁷Esta expresión apareció por vez primera en una "Declaración de los derechos del enfermo" de la Asociación de los Hospitales Americanos (1973).

momento. Así pues, el derecho del hombre a morir dignamente comporta una serie de exigencias que han de ser realizadas, sobre todo, por parte de la sociedad.

“La elección de la propia muerte se realiza específicamente a través de un derecho de la persona: la libertad” (García, 1999). Negarle esta posibilidad al hombre vulnera explícitamente su derecho a ella en cuanto se desconoce una de las características más valiosas del ser humano, que es la capacidad de determinar su vida de acuerdo a su razón y voluntad.

Según García (1999) “la determinación y realización de la muerte por propia mano (suicidio) no representa ningún problema legal, pues este acto, o su intento en todo caso, no tiene sanción de ninguna clase”. Claro que la doctrina no es conforme en cuanto a las causas de su impunidad, algunos autores señalan que no se castiga el suicidio por estar amparado en los derechos fundamentales de la persona, que el derecho a la vida no implica el deber de vivir, y otros señalan que se debe a razones de política criminal ya que la pena no tendría ningún fin en su aplicación. Cabe resaltar que este último argumento tiene un importante número de seguidores en la doctrina nacional y al parecer es el adoptado por nuestro legislador, al penalizar el no impedimento del suicidio ajeno y la eutanasia, lo cual nos lleva a entender que nuestro ordenamiento penal no reconoce un derecho a morir.

A pesar de la aparente posición del legislador y la falta de uniformidad de la doctrina sobre la legitimidad de la elección de la propia muerte, se estima, de acuerdo con los derechos estudiados, que la determinación de la propia muerte es conforme con la dignidad de la persona cuando la decisión sea producto de la valoración razonada del propio destino, de los propios fines e intereses. Ello debido a que es la dignidad la que lleva intrínsecamente,

el respeto de la autodeterminación de cada hombre. Determinación que, al ser conforme con la dignidad, sería conforme con nuestro ordenamiento jurídico.

La determinación de la propia muerte, al ser conforme con la dignidad, también lo sería con los derechos fundamentales de la persona, en virtud a que es en este principio donde se originan y realizan, plenamente. De este modo, la vida ha de entenderse no como deber, sino como un derecho al cual se puede renunciar (Badoui, 1995).

Es en este sentido que entendemos que existe un derecho a morir, de acuerdo a las propias aspiraciones, fines y determinaciones. A pesar de que nuestra Constitución Política no enuncie textualmente este derecho en la sección de los derechos de la persona, este existe dado que, de acuerdo a lo que establece el propio artículo 3 de este mismo cuerpo legal: “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que (...) se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

“Al ser la eutanasia en sí misma una determinación por la propia muerte, esta se encontraría ubicada dentro de un derecho a morir; pero un derecho a morir no significa un derecho a que los demás intervengan en la propia muerte” (Bernal, 2005). La intervención de otra persona en el acto de disposición de la propia vida tendría que tener una justificación jurídica para ser aceptada como legítima.

En la eutanasia, el elemento jurídico que le otorga legitimidad a la intervención del sujeto activo es la solidaridad, la cual surge ante la desgracia y la libertad bloqueada del enfermo incurable, producidas por su deteriorado estado de salud o la inmovilidad en la que se encuentra, que le impiden ejecutar de manera humana su determinación, ante lo cual otra persona interviene auxiliando al que no puede ejercitar sus derechos por sí mismo (Mesía, 2004).

De acuerdo con lo que ya hemos tenido la oportunidad de desarrollar, podemos concluir que la penalización de la eutanasia prevista por el artículo 112 del Código Penal no se ampara en el respeto de la dignidad del enfermo incurable, ni en el respeto de sus derechos fundamentales, así como tampoco toma en cuenta el valor jurídico de la solidaridad. Ahora, si la intervención estatal sancionadora no se basa en el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales del enfermo, ¿en qué se podría justificar válidamente para sancionar el denominado homicidio piadoso?

El único supuesto en el cual el Estado podría tratar de justificarse de acuerdo con la envergadura del principio y los derechos fundamentales ya tratados es en el principio de “la defensa de la persona humana”, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, artículo que también consagra el respeto de la dignidad, en cuanto ambos principios tienen la misma jerarquía jurídica.

Ahora bien, a estas alturas es necesario tocar el tema de las voluntades anticipadas³⁸. Al respecto Juan Carlos Siurana (2013), manifiesta que estas voluntades no se escriben para desafiar al médico o a los familiares, sino para ayudarles a comprender mejor los deseos del paciente, que es, a fin de cuentas, quien tiene el derecho de asumir las decisiones sobre las cuestiones que le afectan. Estos documentos permiten conocer esos deseos. En ese sentido, Casabona (2009) ha señalado la importancia de las voluntades anticipadas diciendo que “no debe desconocerse su valor indicativo sobre las preferencias del paciente”³⁹.

³⁸Las voluntades anticipadas son declaraciones orales o, preferiblemente, escritas, dirigidas al personal sanitario y a otras personas significativas, realizadas por una persona -llamada el “otorgante”-, capacitada para tomar decisiones sobre los cuidados de su salud, con la intención de que entren en vigor cuando pierda dicha capacidad.

Ahora, mientras el paciente está inconsciente alguien debe tomar las decisiones. Cuando no existen voluntades anticipadas, son los familiares o el médico los que deciden de acuerdo a sus propios valores, pero Diego Gracia nos recuerda que “en una sociedad secular y plural resulta difícilmente discutible que, en principio, quien primariamente debe decidir sobre su vida y su muerte es la propia persona. Ningún otro ser humano, incluido el médico, tiene en principio derecho a tomar ese tipo de decisiones en vez del propio sujeto”. Las voluntades anticipadas posibilitan que el paciente pueda jugar un papel más activo en los cuidados de su salud.

Sobre ello Pedro Silva-Ruiz⁴⁰, defiende la libre voluntad del paciente para tomar decisiones, considera que han de respetarse las decisiones del paciente formuladas en sus voluntades anticipadas, porque sólo desde el respeto a la autonomía es concebible una muerte digna. Y otros autores, como Arnd T. May, destacan la importancia de que se produzca una verdadera reflexión por parte del otorgante sobre sus deseos y valores, en el momento de elaborar estos documentos, para que realmente hablemos de defensa de la autonomía del paciente. De este modo, “las voluntades anticipadas extienden la autonomía de pacientes capacitados a situaciones futuras en las que el paciente es incapaz”⁴¹.

Además de ello, estas voluntades anticipadas permiten que el paciente defina su noción de “calidad de vida”, toda vez que tiene un marcado carácter valorativo. Tal y como nos recuerdan Kielstein y Sass, las voluntades anticipadas son un mecanismo para “la

⁴⁰Cf. Silva-Ruiz, Pedro F., “El derecho a morir con dignidad y el testamento vital”, Boletín de Información. Ministerio de Justicia, vol. 46, nº 1651, 1992, pp. 129-141.

⁴¹Peter A. Singer, “Advance Directives in Palliative Care”, Journal of Palliative Care, vol. 10, nº 3, otoño, 1994, p. 111.

formulación de criterios individuales y personales de la calidad de vida y el proyecto de la propia historia de vida”.

Por lo que, de acuerdo a lo antes señalado, sería ideal que el paciente pueda expresar su voluntad y decidir previamente sobre su propia situación o existencia, respetando así su derecho de libertad a elegir, teniendo como basamento, claro está, el derecho a la dignidad humana.

De este modo, se debe tener en cuenta que uno de los grandes retos de la cultura contemporánea en el mundo es humanizar la situación del enfermo terminal. La opción por la eutanasia, más allá de los debates éticos que suscita, preocupa tanto a la comunidad médica como a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por el hecho de que su despenalización podría ocasionar abusos graves en contra del más débil, de aquél que tiene menos recursos o menos representación, convirtiendo la muerte en rutina. Sin embargo, el problema quedaría obviado si tanto los profesionales como los familiares asumieran la responsabilidad humana y ética de "ayudar a morir" con libertad y con sentido. ¿No es acaso esta la posición que dignifica la lucha por la vida? El principio de justicia, en el sentido más general y avalado por los más profundos sentimientos éticos, está relacionado con la concepción de la salud como un derecho humano fundamental junto con la vida y la dignidad, que deben ser garantizados tanto por la sociedad como por el Estado.

2.8. Propuesta para la realización de la eutanasia solicitada

Según Gómez (2008), el derecho del paciente a controlar el fin de su vida, hace posible que todo enfermo afectado por un mal incurable que le cause sufrimiento (físico o psicológico), en virtud del cual se encuentre imposibilitado de llevar a cabo por sí mismo su determinación, pueda solicitar la eutanasia.

La admisión del pedido de la eutanasia se concederá por un Tribunal médico en el plazo máximo de 48 horas desde la presentación de la solicitud, la cual contendrá, además de la firma del solicitante certificado por su médico tratante, la firma de los testigos, los cuales no podrán ser sus herederos. Estos requisitos serán revisados al momento de admitirse la solicitud.

Con la admisión de la solicitud, el Tribunal médico dispondrá el examen del enfermo por el médico tratante y un especialista solicitado por el paciente, esto para acreditar la existencia de un mal incurable y sufrimiento; asimismo, se ordenará la revisión por un psiquiatra y un psicólogo, los cuales acreditarán la conciencia y la libertad con la que obra el enfermo al realizar su solicitud. La revisión se hará en el plazo máximo de 72 horas de admitida la solicitud; en el caso de haber discordancia entre los profesionales de la salud sobre la incurabilidad del mal, la conciencia y/o la libertad de la solicitud, se llamará a otro médico de la especialidad para dirimir la diferencia. (Gómez, 2008)

El acta de reconocimiento deberá expresar el convencimiento de la comisión médica sobre: la incurabilidad de la enfermedad, la existencia de sufrimientos y la plena conciencia y libertad del enfermo que formula el pedido. El acta tiene que estar firmada por los cuatro profesionales del área de salud que realizaron el examen, señalando el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización del procedimiento. En este caso, el Tribunal médico, dentro del plazo de 24 horas desde la presentación del acta de reconocimiento, dictará la resolución que declara procedente el pedido de eutanasia.

El procedimiento se llevará a cabo el día y la hora indicada por el enfermo, después de por lo menos siete días de la notificación de la Resolución del Tribunal que declara procedente el pedido (este tiempo es para asegurarse de la persistencia de la solicitud). El

procedimiento se realizará en un lugar especialmente acondicionado dentro del hospital o clínica donde se encuentre el paciente, ante lo cual se suscribirá un acta en la que conste el lugar, la fecha, el procedimiento empleado y el personal que interviene, entre los cuales tiene que estar presente el médico que atendió al enfermo, el responsable del centro de salud y un fiscal civil que se encargue de revisar el cumplimiento de todos los requisitos. El paciente puede cambiar de opinión en cualquier momento desde la realización de la solicitud, para lo cual será suficiente sus palabras; sin embargo, tendrá que regularizar posteriormente su renuncia a través de un escrito ante el Tribunal médico.

De la solicitud, dictámenes médicos, resolución, escrito que señala día y hora, y acta de ejecución de la eutanasia, se formará un expediente al cual se le adjuntará el historial médico del paciente, todo lo cual deberá ser debidamente archivado y conservado bajo responsabilidad del Tribunal médico. El procedimiento eutanásico será completamente gratuito en los centros de salud públicos del país. El médico tendrá derecho, en todo momento, a formular objeción de conciencia para no llevar a cabo la práctica eutanásica, ante esta situación el centro de salud deberá llamar a otro médico para que supla su lugar. (Gómez, 2008).

Si alguna persona o personal médico observara que no se cumplió con alguno de estos requisitos, deberá denunciar el hecho ante el Ministerio Público, el cual deberá proceder conforme a sus atribuciones.

De acuerdo a lo expresado, se podría decir entonces que, un proyecto orientado a legalizar la eutanasia no colisionaría en lo absoluto, con la Constitución. El debate no sería tan jurídico, sino más bien moral, ético y como suele ocurrir en el Perú, también religioso.

En este sentido, Alexandro Sacco, director de FocoSalud, expresa que, en principio se está de acuerdo con que exista un instrumento legal que garantice las condiciones de una muerte digna, porque es un derecho individual y civil que le pertenece a cada persona y familia. Afirma, que en el Perú existe la Ley N° 29414, ley de los derechos en usuarios de salud, que establece que las personas tienen derecho a no recibir o no aceptar un tratamiento médico determinado siempre y cuando eso se deje constancia frente al médico. Las personas por ende, tienen derecho a que se respete su derecho natural de muerte; es algo que tiene que ver en la posición del individuo frente a diversos tratamientos y eso ya la ley peruana lo reconoce.

CAPÍTULO III: LA EUTANASIA DESDE UN PUNTO DE VISTA JURÍDICO

3.1. Regulación Jurídica en nuestro Sistema Penal vigente

Nuestro Código Penal, en el título referido a los Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, tipifica el delito de "Homicidio piadoso", en el artículo 112 del citado cuerpo normativo; no utilizándose el término eutanasia.

El artículo 112 del Código Penal⁴² proscribe lo siguiente: "El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años".

De ello se puede colegir que, en nuestro ordenamiento jurídico, aún no se evalúa el derecho a la vida, teniendo como cimiento el derecho a la dignidad, esto es, no se le atribuye la libertad al enfermo terminal de decidir sobre su existencia, aun cuando los dolores son intolerables. Y tal como lo sostiene Rubio (2004), la legalidad de la eutanasia es muy cuestionada no solo por el respeto a la vida sino también por el respeto a morir con dignidad.

Bramont-Arias (2005) especialista en Derecho Penal nos dice que nuestra legislación ha tipificado en el homicidio piadoso a la eutanasia activa, mas no a la pasiva (no prolongar artificialmente la vida de quienes indefectiblemente están destinados a la muerte, en la medida en que tal alargamiento sólo traiga efectos de sufrimientos), ni la indirecta (que supone el adelantamiento de la muerte -que se conoce como cierta- mediante el suministro de medicamentos que sirven para mitigar el dolor físico del enfermo). Por lo siendo ello así,

⁴²También se regula en el artículo 113º del mismo cuerpo de leyes, lo siguiente: "El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta".

se evidencia claramente que la controversia que existe en el Perú respecto a la eutanasia, sería únicamente por la despenalización de la eutanasia activa.

Sin embargo, el legislador al tipificar este delito de homicidio piadoso, lo atenúa, disponiendo una pena máxima de 3 años, ya que brinda vital importancia al consentimiento expreso y voluntario del enfermo, colocando al que realiza la eutanasia como un mero colaborador, por lo que es este acto de colaboración lo que se castiga.

Así, se puede decir que existen tres aspectos fundamentales para concluir que estamos legalmente, frente a la figura de la eutanasia activa u homicidio por piedad: el móvil de piedad que es el que impulsa al autor del hecho, la petición expresa y consciente de la víctima y la existencia de dolores intolerables que hacen difícil la vida del paciente.

Por otro lado, según Lozano (2011) la eutanasia, ha sido tratada como un crimen caritativo, pero las soluciones que proponen los juristas al llamado "homicidio-suicidio" son diversas. Algunos pretenden que la punibilidad sea idéntica a la del homicidio, otros se inclinan hacia la atenuación y algunos por la absoluta impunidad.

Para este autor, el derecho penal puede ofrecer varias soluciones: admitir la concurrencia de un estado de necesidad, bien sea como causa de justificación o de exculpación; conceder primacía a la libertad de la persona, y como consecuencia, dar relevancia al consentimiento de la persona que padece; o bien, tipificar expresamente este comportamiento.

¿Es lícito disponer de la vida de un enfermo sin esperanza de salvación para poner fin a sus angustiosos sufrimientos? Sí su muerte es lícita, responden muchos; es un acto de piedad. El que por compasión y accediendo al deseo del paciente desahuciado o de su familia le libera con la muerte de una vida atormentada y dolorosa, realiza un hecho de acuerdo con

la moral y con el derecho. ¿Es posible, condenar a vivir a aquellos para quienes la vida es un suplicio mayor que la misma muerte? Ayudar a otro a morir sin sufrimiento es una prueba de amor y de caridad mucho mayor que dejar a la naturaleza que opere su obra destructora.

Karl Binding, el más grande penalista de su época, y Lazare Hoche, un psiquiatra de gran renombre, dieron a luz una publicación que causó profundo estupor. En ella, Binding formulaba esta pregunta: “¿existen vidas humanas que hayan perdido de tal modo su condición de bien jurídico que su prolongación carezca de valor para los que viven como para la sociedad?”, contestaba afirmativamente y declaraba que “desde el punto de vista jurídico, social, moral y religioso” consideraba no punible la muerte de los que sin esperanza de salvación la demandan con urgencia, y la de los locos, la de aquellos hombres “que son la terrible contrafigura de los hombres verdaderos y causan pavor en casi todos los que se les aproximan”. Los hombres cuya muerte reviste para Binding carácter de licitud son: los enfermos o los heridos sin salvación que con conciencia de su situación soliciten se ponga fin a su existencia (como los cancerosos incurables, los tísicos sin esperanza, los heridos de muerte)⁴³.

Por su parte Peter Singer habla expresamente del principio de autonomía, y del respeto de libertad individual y las preferencias. Defiende además que la racionalidad siempre está presente en la propia decisión de dar fin a la propia vida cuando el sujeto tiene motivos. Como paradigma de este planteamiento, acude al principio de daño de Mill, J.44, según el

⁴³Ver: CUELLO C.: tres temas, p. 167.

⁴⁴La obra Sobre la libertad de Mill se dirige a la naturaleza y límites del poder que puede ser ejercido legítimamente por la sociedad sobre el individuo. Uno de los argumentos que mantenía Mill es el «principio del daño» o «principio del perjuicio» (harm principle). Este mantiene «que cada individuo tiene el derecho a actuar de acuerdo a su propia voluntad en tanto que tales acciones no perjudiquen o dañen a otros». Si la realización de la acción solo abarca la propia persona, esto es, si solo afecta directamente al individuo ejecutor; la sociedad no tiene derecho alguno a intervenir, incluso si cree que el ejecutor se está perjudicando a sí mismo. Sostiene, sin embargo, que los individuos no tienen derecho a llevar a cabo acciones que puedan causar daños perdurables y graves sobre su persona o propiedades según postula el harm principle. En tanto que nadie existe en absoluto ostracismo, el daño que recibe uno mismo también perjudica a otros y el destruir propiedades,

cual “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección”.

Dworkin, R. centra su tratamiento del tema en la noción de intereses para concluir a partir del principio de autonomía, que no puede imponerse norma alguna sobre dichos intereses. De la misma forma, sitúa su posición como contraria a lo que denomina paternalismo. En ese mismo sentido, Hoerster, N., sostiene que la muerte de un enfermo incurable, ya sea activa, pasiva o indirecta, será siempre admisible cuando responda al interés del afectado, se base en su aprobación real o presumible y sea provocada por un médico.

Lo cierto es que, en la actualidad muchos países valiéndose del concepto de muerte digna, han logrado incluir en sus ordenamientos jurídicos las prácticas permitidas de la Ortotanasia, como en Argentina con la promulgación de la Ley de 09 de mayo de 2012 y en algunos países como Holanda y Bélgica que han realizado la eutanasia en el 2000, señalando que debe cumplirse antes con requisitos previos para poder practicarla, ya que la Eutanasia descontrolada podría llevar a problemas más serios, como las prácticas homicidas indiscriminadas, el tráfico de órganos, etc. En nuestro país existe actualmente un debate sobre la eutanasia, este tema está basada en la propuesta que se realizó en el parlamento para revisar el Código Penal Peruano respecto a la despenalización del homicidio piadoso.

En realidad, es el paciente quien tiene derecho a que no se le coaccione para seguir viviendo y, el médico tiene la obligación de preservar la vida del individuo siempre y cuando

afecta a la comunidad tanto como a uno mismo. Mill excluye a aquellos que son «incapaces de autogobierno» de tal principio, tales como niños en edad temprana o aquellos que viven en «estados socialmente atrasados»

esta sea razonablemente aceptable para la persona y sea también una vida útil para el paciente, lo que quiere decir que el médico debe prolongar una vida humana y no biológica.

Para Lozano (2011), en una sociedad moderna en la que existe diversidad de pareceres sobre cuestiones morales, las leyes no deberían impedir a los habitantes de un determinado país el decidir cuándo consideran que su vida carece ya de sentido y, por tanto, la posibilidad de elegir el momento de ponerle fin. No se trata de imponer nada a nadie, sino de permitir que cada uno pueda escoger según su conciencia; y por tanto, que aquellos que llegados a un estado precario de salud (o incluso por otras razones) quieran acabar con sus vidas, tengan el derecho de hacerlo.

3.2. La disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico

Se debe iniciar por preguntarnos en qué medida nuestro ordenamiento jurídico atribuye relevancia a la decisión de disponer de la propia vida. Sólo entonces podremos concretar en cada una de sus modalidades el grado en que, a partir de la diversa intensidad con que puede y debe expresarse la voluntad o interés del afectado, cabe considerar legítimas las intervenciones de terceros.

a. En primer lugar nos ocuparemos de qué conclusiones pueden obtenerse de un análisis constitucional.

El reconocimiento por el art. 2º inciso 1 de la Constitución de 1993 del derecho fundamental a la vida de todos los ciudadanos, implica el surgimiento de dos tipos de obligaciones, fundamentalmente referidas al Estado, pero también al resto de los ciudadanos: Una de no hacer, consistente en abstenerse de toda actuación que pueda menoscabar tal derecho, y otra de hacer, consistente en proteger y promover su ejercicio. Este derecho ha

sido adicionalmente objeto de una interpretación restrictiva que se ha dado en llamar «garantista», en virtud de la cual, y a partir de la asunción implícita de la incompatibilidad de los conceptos de vida y muerte, se ha llegado a la conclusión de que nuestra Constitución se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho en su vertiente positiva, la de vivir y no en la negativa, la de morir. Ello trae como lógica consecuencia que el derecho a prescindir de la propia vida no forme parte, al menos en un primer análisis, del contenido del derecho fundamental recogido en el artículo antes mencionado.

Para Díez (2007), tal actitud interpretativa del precepto constitucional tiene buenas razones en que fundamentarse: La primordial importancia del bien jurídico implicado, la vida, que es el presupuesto material del ejercicio de cualesquiera otros derechos, la irreparabilidad de su lesión y, en especial, las socialmente inaceptables consecuencias que se derivarían del contenido de las obligaciones positivas correlativas al derecho fundamental a morir, aconsejan excluir inequívocamente del ámbito de protección constitucional de su ejercicio la pretensión de destruirlo. Por lo demás, el que un derecho fundamental no incluya dentro de sí la vertiente negativa de su ejercicio no es algo insólito.

Podría suceder, sin embargo, que a través de otras normas constitucionales nos viéramos impedidos de mantener hasta el final la interpretación citada.

En efecto, importantes sectores doctrinales abogan por una mayor integración del art. 2 inciso 2, en el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que es la libertad o en los fundamentos del orden político y de la paz social constituidos por la dignidad de la persona o el libre desarrollo de la personalidad, a la luz de los cuales deben interpretarse los derechos fundamentales.

Para Díez (2010), una especial vía de argumentación cree ver un derecho general a la libertad en el artículo 3° de la Constitución Política de 1993. Su directa consideración como derecho fundamental, que permitiría acudir en amparo frente a sus restricciones no debidamente justificadas, obligaría a practicar un estricto examen de constitucionalidad de toda norma que afectara a aspectos esenciales de la autónoma configuración de la propia vida, o introdujera graves limitaciones a la autonomía personal, lo cual sólo sería asumible en caso de necesidades perentorias. De este modo se insinúa que las limitaciones al ejercicio del derecho a prescindir de la propia vida podrían ser en determinadas circunstancias inconstitucionales por violación del art. 3°. Tanto esta tesis, como la que acude a una interpretación amplia del artículo antes mencionado para obtener un argumento más a favor de incluir en el art. 2° inciso 2 la vertiente negativa del ejercicio del derecho fundamental a la vida, tropiezan sin embargo con la objeción de que nuestra Constitución no aspira en ningún momento a establecer un derecho fundamental general a la libertad, algo por otra parte de imposible aseguramiento, sino que se ha conformado con seleccionar y otorgar la especial protección propia de los derechos fundamentales a concretas manifestaciones de la libertad personal que se han sentido especialmente dignas de tutela.

Para este autor, una mayor atención merece una referencia del propio art. 2° inciso 2 que cabe calificar, dada su localización sistemática, como elemento esencial del derecho fundamental a la vida, a saber, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Su integración en el propio núcleo del derecho fundamental hace que las obligaciones de no hacer y hacer ya mencionadas deban ser moduladas en el sentido de que en ningún caso su cumplimiento conlleve mantener la vida humana con procedimientos o en condiciones inhumanas o degradantes.

b. Pero la configuración del derecho fundamental a la vida en los términos acabados de expresar no priva al legislador ordinario de tomar decisiones adicionales que, sin contradecir los contenidos anteriores, profundizan en nuestra problemática⁴⁵.

La primera decisión importante que toma el legislador penal es la de considerar impune el comportamiento del suicida, decisión que muestra toda su transcendencia cuando, como es frecuente, el suicidio no tiene éxito y queda en grado de tentativa o frustración: Frente a las opiniones tradicionales que vinculan tal decisión a meras razones de oportunidad, que no impedirían seguir considerando antijurídico el suicidio, comparto la tesis cada vez más generalizada según la cual la impunidad del suicidio es la más directa expresión del limitado reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de un derecho, aunque no fundamental, a la disponibilidad de la propia vida.

Ahora bien, en la medida en que nuestro Código penal considera delito el homicidio consentido y la mayor parte de las conductas de participación en el suicidio, tal derecho a prescindir de la propia vida es objeto de unos límites, los cuales no se aplican al derecho fundamental a la vida, y que tienen que ver con los comportamientos que en el ejercicio de aquel derecho se puede exigir a terceros.

Tales límites responden aproximadamente a las razones que ya hemos visto que habían motivado a nuestra Constitución a abstenerse de integrar la vertiente negativa del ejercicio del derecho a la vida en el contenido del derecho fundamental; pero ahora interpretadas de un modo menos estricto, en coherencia con el ámbito jurídico en el que nos movemos. La

⁴⁵ Véanse a favor de esta opinión diversos pasajes de las Ss. del TC 120/90 y 137/90 Cit. FFJJ 6,7 y 4, 5, respectivamente, que han sido debidamente resaltados y asumidos por la doctrina. Así DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. Op. cit., p. 208; RUIZ MIGUEL. Op. cit., pp. 140-143; JUANATEY DORADO. cit., p. 361; ROMEO CASABONA. op. cit., pp. 101, 437-438; MUÑAGORRI LAGUIA. op. cit., p. 50-52, 55, 103, 107, 1 IO, 114; BAJO FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 719.

consecuencia es que la legitimidad del ejercicio del derecho a disponer de la propia vida queda condicionada, en términos generales, a la exclusiva intervención del suicida en la consecución de su propósito.

3.3. Una propuesta de interpretación de lege lata

a. Una perspectiva como la que enuncia el subepígrafe es necesariamente limitada: La ausencia de una regulación específica de los supuestos eutanásicos en nuestro ordenamiento, que atienda debidamente a sus peculiaridades, hace que todas las propuestas de solución, básicamente centradas en evitar la aplicación de determinados preceptos del Código penal, exijan un esfuerzo interpretativo que en algunas ocasiones, sin dejar de ser convincente, puede parecer excesivo.

Para Díez (2010) se debe enumerar en primer lugar, las diferentes expresiones de la voluntad o interés del afectado que vamos a considerar relevantes, sin perjuicio de su diferenciada consideración según las hipótesis concernidas: La voluntad del afectado capaz podrá concretarse, según los supuestos, en una solicitud, consentimiento o no oposición.

Si, por el contrario, el afectado es incapaz o siendo habitualmente capaz no puede manifestar su voluntad válidamente, habrá situaciones en que podrá ser suficiente con el consentimiento prestado por sus representantes legales, familiares o allegados, formulado con la pretensión de expresar el interés del paciente incapaz o la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz; incluso a veces bastará con la no formulación de oposición por parte de ellos en las mismas condiciones.

b. En los supuestos de eutanasia terminal las conductas eutanásicas consideradas de un modo global serán por lo general de naturaleza omisiva, en cuanto que consistirán en la interrupción o no iniciación de un tratamiento médico o quirúrgico.

Mientras no concurra la oposición del afectado capaz, o la de los representantes del incapaz, el personal sanitario que las lleve a cabo no incurrirá en ninguno de los tipos omisivos: La incapacidad de la medicina para garantizar una vida en condiciones mínimas de calidad, pudiendo sólo retrasar la muerte, hace que los deberes de garante del personal médico, decaigan sin que deba esperarse a ulteriores argumentos específicos para excluir ya la tipicidad.

Según Díez (2010), en tales condiciones, en realidad, el deber de velar por la vida se transforma en el de asegurar una muerte digna. Ello es coherente con la protección constitucional del derecho fundamental a la vida delimitada por la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Se puede afirmar que si ni siquiera se puede asegurar una mínima calidad de vida, las obligaciones de no hacer y hacer vinculadas al mantenimiento de la vida se transforman en sus correlativas de asegurar una muerte digna.

c. En las hipótesis de eutanasia paliativa nos encontraremos habitualmente ante comportamientos activos, consistentes en la aplicación de tratamientos que eliminan o mitigan los graves sufrimientos padecidos dando lugar simultáneamente a una anticipación del momento de la muerte, si bien tampoco cabe excluir los omisivos.

Si se sigue tratando de las tres situaciones clínicas constitutivas de la eutanasia terminal continuamos dentro de la obligación de asegurar una muerte digna. En consecuencia, el ya aludido criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados basado en el ámbito de protección de la norma permitirá que no se impute el resultado de muerte a la conducta

activa del médico no sólo cuando aquella no se aplaze sino cuando, en ese mismo contexto agónico, se acelere para evitar sufrimientos. Por lo que se refiere a las conductas omisivas, estarán ausentes los deberes de actuar en el sentido antes indicado. En ambos casos los comportamientos serán, por consiguiente, atípicos.

3.4. Una propuesta de regulación de lege ferenda

Sin embargo, más allá de las soluciones que se puedan encontrar de lege lata, resulta indudable la necesidad de reformar nuestro ordenamiento jurídico para lograr su acomodación precisa y sin tensiones a las necesidades de legitimación que plantean los eutanásicos. Díez (2010) comenta brevemente la «Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida», elaborada por el Grupo de estudios de política criminal en España que, constituye a juicio de autor, el intento más elaborado de regulación.

Por lo que se refiere a la delimitación de las situaciones eutanásicas, la Propuesta alternativa elude expresamente la terminología y clasificaciones al uso y, a partir de los criterios materiales consistentes en la situación clínica y la secuencia temporal de producción de la muerte, identifica y diferencia las diversas hipótesis eutanásicas.

Deja fuera desde un principio los supuestos en que ya se ha producido la muerte clínica cerebral, por cuanto ya estamos jurídicamente ante un cadáver, y aquellos en que no se precisa afectar en ningún sentido la secuencia temporal que conduce a la muerte.

En suma, se precisan las ineludibles condiciones de capacidad y validez que deberá reunir todo consentimiento relevante, acomodadas en todo caso a las diversas situaciones susceptibles de producirse, se consolida la intervención subsidiaria de los representantes del

paciente con requisitos equivalentes a los formulados para el consentimiento del afectado, y sólo excepcionalmente se permite intervenir médicamente a falta de la conformidad del paciente o sus representantes (Diez, 2010).

Resuelto lo anterior de modo general para todo tratamiento médico, se considera que todas las intervenciones eutanásicas que no impliquen la producción intencionada y directa de la muerte son susceptibles de inclusión en el marco de la *lex artis* en el ejercicio de la medicina, por lo que su eventual regulación debe hacerse dentro de la legislación sanitaria y más precisamente en las normas que regulan el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento.

En consecuencia, para Diez (2010), en todas las hipótesis que ha denominado de eutanasia terminal y paliativa el paciente o sus representantes tienen el derecho, siempre que realicen una solicitud en condiciones equivalentes a las del consentimiento para todo tratamiento médico antes aludido, a que se practiquen al afectado las intervenciones eutanásicas propias de cada situación clínica. Es más, en los supuestos propios de la eutanasia terminal el médico podrá proceder a la interrupción o no iniciación del tratamiento mientras no concurra la oposición del paciente o sus representantes, formulada del mismo modo que el consentimiento propio de todo tratamiento médico.

3.5. La disponibilidad del fenómeno de la vida desde el derecho y la doctrina nacional

Nuestra legislación trata en el Código Penal, los delitos contra la vida de modo desperdigado o asistemático, en él se tipifican figuras relativas al “dar muerte a otro”, con ocasión de la penalización de delitos variados (contenidos en títulos diversos), tales como el secuestro o la violación con resultado de muerte.

Para Ortega (2008), lo concreto en este caso, es que la doctrina tradicional chilena ha sostenido de modo prácticamente absoluto, al bien jurídico vida, como un valor indisponible; considerando en el concepto de “el que mate a otro” la vida del ajeno sin importar “que su titular sea hombre o mujer; niño o anciano, de cualquier color o raza, viable o no viable con o sin capacidad de sobrevivir después de haber nacido”. Apreciándolo de tal modo que la punibilidad es notoria y severa, aun tratándose de fases primarias de un iter criminis y de toda participación posible en sus atentados.

La protección del bien en cuestión incide por otra parte, en la problemática abordada por los autores peruanos sobre la definición del fenómeno vital y la consecuente definición de muerte; necesidad que surge en situaciones como la de donación y trasplantes de órganos. Es menester, por ende, establecer el término o clausura del fenómeno de la vida, fijándose enseguida con argumentos algo complejos, el punto hasta dónde y cuándo debe considerarse una vida humana como un bien existente y digno de resguardo jurídico.

Asimismo, el criterio absoluto de la indisponibilidad del bien jurídico vida, y su tratamiento como supremo bien intransable e inviolable ha tenido desde siempre voces críticas; más allá del caso emblemático de la legítima defensa; en el cual la situación de protección al bien jurídico es un argumento razonable. La existencia de otras situaciones como la pena de muerte; la guerra o agresión armada, especialmente aquella que emana en los parámetros de autorización internacional; hacen del presupuesto deontológico una verdad con pies de barro, sobre todo, desde la perspectiva del ciudadano que pide autonomía y del Estado que la niega basándose en esta extraña y frágil santidad. (Ortega, 2008)

Es por ello que algunas legislaciones europeas han decidido; reconocer que el principio absoluto cede frente a la realidad y fundados en las razones de humanidad; dignidad y

libertad o autonomía personal resuelven despenalizar acciones en que se dispone o afecta la vida de un tercero ya que como reconoce Angela Vivanco (2006), el atentado contra la vida no estaría motivado por el deseo de acabar con ella en beneficio propio, o para satisfacer un capricho, un deseo de venganza o cualquier clase de motivación egoísta, sino precisamente por fines altruistas, lo que significarían estimarla como una conducta impune o atenuada respecto del homicidio”. Pero, en general tratándose del bien jurídico vida se predica, por la doctrina nacional – como se viene adelantando- su total indisponibilidad, al decir de Etcheberry; “Son entonces bienes jurídicos sobre los cuales no cabe consentimiento o acuerdo la seguridad exterior e interior del Estado, la administración pública, la administración de justicia, la fe pública, la tranquilidad y seguridad públicas, el orden de las familias –con ciertas excepciones-, la moralidad pública, la vida, y la salud”. Por lo cual el acuerdo de voluntades o la petición expresa del sujeto pasivo no juegan a favor de la impunidad a quien dé muerte o a quien lo auxilie para suicidarse. (Ortega, 2008)

3.6. Eutanasia y objeción de conciencia

3.6.1. Generalidades

Serrano (2008), sostiene que, la objeción de conciencia consiste en el incumplimiento de una obligación de naturaleza legal (regla o principio), cuya realización produciría en la persona una grave lesión en la propia conciencia. Es importante tener en cuenta que lo que el objetor persigue -su intención-, no es obstruir u obstaculizar la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia.

Es más recurrente conocer la objeción de conciencia en el área biosanitaria, en cuanto precisaremos que la dimensión externa de la libertad ideológica y de conciencia, es un pilar esencial en toda sociedad democrática y de los Estados modernos –

neoconstitucionales -. Además, en esta área posee especial relevancia en el debate bioético, al tratarse de una vía muy adecuada para solucionar los conflictos ético-legales (Serrano, 2008).

3.6. 2. Concepto

Para Serrano (2008), la objeción de conciencia es una forma de resistencia hacia una norma, siempre que dicha reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones morales o religiosas de la persona (a) y el cumplimiento de un precepto legal (a).

Entonces, es un enfrentamiento entre un deber moral y un deber legal. El contraste de ambas normas "induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas, a decantarse por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana".

Desde una ética racional que considera que el individuo debe responder en primer lugar al tribunal de la propia conciencia, la objeción de conciencia se define como un derecho subjetivo a resistir los mandatos de la autoridad cuando contradicen los propios principios morales.

Asimismo, se dirá que la objeción de conciencia es la negativa del individuo, por razones de conciencia, al cumplimiento de una obligación que, en principio, le resulta jurídicamente exigible. Con ella no se pretende justificar el incumplimiento de los mandatos legales por la satisfacción de un capricho o un interés egoísta, sino se busca la protección del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión, que nuestra Constitución reconoce en su artículo 2 inciso 3.

Son conocidas la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio y la objeción a los tratamientos médicos. En esta última, la objeción más frecuente es a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová.

Citando casos frecuentes en los Estados Unidos —país donde los tribunales han dado gran protección a la objeción de conciencia a tratamientos médicos—, se ha llegado a sostener que cuando el objetor es un adulto sin hijos o personas dependientes de él, debería respetarse su decisión de no autorizar el tratamiento médico, aunque ello le conduzca a la muerte.

La razón es que si la libertad religiosa sólo afecta a quien la ejercita, en caso de que se trate de una persona capaz y de una decisión libre, el principio general es que esta decisión sea respetada, pues de otro modo estaríamos frente a un desconocimiento de la dignidad de la persona. Por el contrario, la libertad religiosa puede limitarse, no admitiéndose la objeción de conciencia, cuando su ejercicio perjudica derechos de terceros, como sería el caso en que unos padres objeten un tratamiento médico vital para su hijo menor de edad.

3.6.3. En el Perú

El Tribunal Constitucional (2001) en la sentencia del expediente N° 0895-2001-AA/TC, acogió una objeción de conciencia en el ámbito laboral. Un médico de Essalud, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, interpuso una demanda de amparo a fin de que no se le obligue a prestar servicios los sábados, por ser para él día de descanso religioso. Alegó que desde que ingresó a laborar, en 1988, y hasta enero de 2001, no se le incluyó en la programación de los sábados, puesto que sus jefes conocían

su religión. Essalud respondió que la programación de los sábados se justificaba por necesidad institucional.

El Tribunal Constitucional, considerando no probada dicha necesidad de servicio, da la razón al demandante, en protección de su libertad religiosa, ordenando a Essalud no incluirlo en las jornadas laborales de los sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar su inasistencia.

Características de la objeción de conciencia

Según Soriano (2007), la objeción de conciencia se caracteriza por las siguientes notas:

a) Presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido. Por ello, el objetor puede manifestar su oposición a tal precepto legal incompatible con sus convicciones morales, pero solo en la medida en que esa norma se traduzca en deberes dirigidos directamente a él.

b) Implica un comportamiento omisivo. Al estar referido a exigencias consideradas menores, no encuentra, en general, obstáculo a la obtención de la exención. Por ello, el Derecho no suele activar mecanismos represivos contra él. No obstante, también puede existir la amenaza de una sanción.

c) Se apoya en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Este es el núcleo de la cuestión, teniendo un carácter secundario el hecho de que se incumpla la norma.

d) Se considera que la objeción de conciencia es un derecho fundamental subjetivo, por lo que solo puede ser limitada constitucionalmente por razones de orden público, seguridad jurídica e igualdad. Se requiere, en cada caso, una labor de ponderación de

los distintos valores en juego. La objeción de conciencia puede ser legal o ilegal, según el ordenamiento jurídico la reconozca como derecho o no lo haga. En aquellos casos en los que el incumplimiento de un deber general por motivos de conciencia esté permitido, la objeción de conciencia deja de consistir en una desobediencia a la ley y pasa a convertirse en el legítimo ejercicio de un derecho.

e) La objeción de conciencia puede estar reconocida condicional o incondicionalmente por el Estado. Se produce un reconocimiento incondicionado cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la simple declaración objetora, con independencia de las razones en que se funde, y en base, exclusivamente, a la convicción individual expresada en la manifestación externa de la objeción. Por su parte, el reconocimiento será condicionado cuando legalmente se articule un proceso para comprobar la admisibilidad y sinceridad de las razones alegadas por el objetor.

f) Con la objeción de conciencia no se aspira, en principio, a modificar ninguna norma. No se pretende obligar a la mayoría a revisar su decisión, obtener publicidad ni anular una norma. Por lo tanto, hay una ausencia de fin político. Sin embargo, es posible que, en un determinado momento, la actitud de un objetor trascienda a la opinión pública. El reconocimiento social de esta postura no cambia la naturaleza de la objeción, al tratarse de un hecho no buscado por el sujeto, ni dependiente de su voluntad.

g) La objeción de conciencia es un mecanismo que permite resolver, por vía de excepción, los conflictos entre mayorías y minorías existentes en toda sociedad contemporánea.

3.6.4. Casos conocidos por objeción de conciencia

- En 1935 Billy y Lilian Gobitas, dos niños testigos de Jehová, fueron expulsados de su escuela en Minersville (Pensilvania) debido a negarse a saludar a la bandera de su país, ya que de acuerdo a sus creencias aquello constituía un acto de idolatría (Casiodoro de Reina; Cipriano de Valera (1909). «Éxodo». Biblia versión Reina-Valera (Wikisource).). Después de una serie de juicios, en los cuales se falló a favor y luego en contra, finalmente la Suprema Corte de los Estados Unidos reconsideró dichos estudiantes estaban en su derecho de ejercer su libre expresión y libertad de culto amparados por la Primera Enmienda de la Constitución de su país al expresar sus convicciones religiosas, las cuales incluirían el negarse a cualquier forma de veneración a algún símbolo de unidad nacional. Las declaraciones de los hermanos Gobitas se encuentran registradas en la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos.

- En 1964 el famoso boxeador Muhammad Ali se unió a Nación del Islam y en 1967, 3 años después de haber sido uno de los Campeones del Mundo de Boxeo peso pesado se vio envuelto en problemas por no querer alistarse en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos basándose en sus creencias religiosas y su rechazo a la Guerra de Vietnam.⁴ Aunque en 1964 no calificó para enrolarse en el ejército por deficiente lectura y escritura una nueva revisión de las pruebas lo reclasificó como apto para el servicio por lo que se declaró objetor de conciencia⁵ lo que ocasionó que fuera arrestado después de tres llamados. Por su evasión fue acusado de traición y condenado a pasar cinco años en prisión y a pagar una multa de \$ 10,000.00; también se le despojó del título de boxeo y su licencia para boxear fue suspendida. Después de ser hallado culpable y pasar por un Tribunal de apelación, Alí apeló su caso a la Corte Suprema de los Estados Unidos y finalmente ganó. Su caso fue conocido como *Clay v. United States*.

3.6.5. La objeción de conciencia en la constitución

Oscar Diaz Muñoz (2013) en su trabajo de investigación “Tribunal Constitucional y Objeción de Conciencia en las relaciones laborales” menciona que:

La objeción de conciencia no está expresamente reconocida en nuestra ley suprema, el Tribunal aborda el problema de su fundamento constitucional, para lo cual se pregunta, en primer término, si esta ausencia puede ser suplida planteando su cobertura por medio de la «cláusula de los derechos no enumerados» del artículo 3 de nuestra Constitución. A juicio del Tribunal, no será necesario acudir a esta cláusula, porque el derecho a la libertad de conciencia, reconocido en el artículo 2, inciso 3, de la Constitución, alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia. (p. 12)

3.6.6. Características de la Objeción de Conciencia conforme criterio del Tribunal Constitucional

Para Díaz (2014), las características de la objeción de conciencia, son conforme se detallan.

-Su naturaleza excepcional: [...] la objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos.

Esa excepción de la que habla el Tribunal, por la evidente gravedad de eximir a un individuo de los mandatos legales, viene justificada por la protección de la libertad religiosa o las convicciones que, sin ser religiosas, poseen una intensidad axiológica equiparable o, si se prefiere, desempeñan en la vida de una persona una función semejante a la religión, en cuanto conjunto -más o menos coherente y profundo- de ideas sobre el mundo y sobre el hombre, de las cuales se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento del individuo.

- La objeción de conciencia debe ser declarada en cada caso concreto: [...] la procedencia de la eximencia solicitada por el objetor debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia garantiza ipso jacto al objetor el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber. Y por ello, también, la comprobación de la alegada causa de exención debe ser fehaciente.

El Tribunal Constitucional (2008) se decanta por una objeción de conciencia que no requiere de una previa interpositio legislatoris, es decir, de una ley que la acepte expresamente en determinados supuestos. El Tribunal la entendería operativa en todos los casos -como una expresión del reconocimiento de la libertad de conciencia y de religión-, pero sujeta, en definitiva, a la declaración del juez en cada caso, a quien corresponderá, naturalmente, señalar sus límites por razones de orden público o protección de derechos de terceros. Es lo que se conoce como objeción contra legem, considerada la objeción de conciencia por antonomasia. Compartimos la posición del Tribunal Constitucional, ya que la cuestión no es tanto admitir en la ley un teórico derecho a la objeción de conciencia, cuanto precisar sus límites, tarea que la jurisprudencia está en mejores condiciones de asumir, antes que la inevitable rigidez normativa, pues resolver en justicia los conflictos de objeción de conciencia supone,

en última instancia, un proceso de equilibrio de intereses en cada caso (el balancing process de la jurisprudencia norteamericana), que determine cuándo debe prevalecer la opción asumida en conciencia y cuándo han de primar otros intereses sociales que resulten legislativa, pues en tales escenarios son escasas las respuestas definitivas que pueden darse. afectados en esa concreta situación. Tal vez por ello la objeción de conciencia sea poco susceptible de una regulación predominantemente legislativa, pues en tales escenarios son escasas las respuestas definitivas que pueden darse.

3.6.7. Libertad de conciencia

Para Prieto (2006), la objeción de conciencia es una parte de la libertad de conciencia. Esta implica la garantía, por parte de los poderes públicos y los ciudadanos, de que el juicio personal y la actuación que del mismo se deriva, se va a realizar sin interferencias o impedimentos de cualquier tipo. Dado que la conciencia solo se predica de la persona singular, la libertad de conciencia tiene por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas, y no a las comunidades o grupos.

La libertad de conciencia no se ejerce en abstracto, implica por parte del propio individuo, la aplicación de un principio objetivo general a las circunstancias particulares en las que el mismo se encuentra.

Así, por ejemplo, entender que el aborto es un homicidio, y defender este punto de vista, implica un determinado razonamiento (que puede apoyarse en razones biológicas, filosóficas, religiosas, o en todas ellas conjuntamente). No obstante, este enjuiciamiento remite, tan solo, a la dimensión interna de la libertad de conciencia. La necesaria (y complementaria) dimensión externa operaría cuando, por ejemplo, la norma legal obligara al médico a llevar a cabo un aborto.

La conciencia sitúa a la persona en relación, no ya con la verdad o el bien en cuanto conocidos, sino con la verdad o el bien que exigen de él, como deber ético, una conducta determinada.

Como es fácil de comprender, los problemas que se generan con respecto a la libertad de conciencia surgen, no cuando esta efectúa su razonamiento práctico, sino cuando la persona pretende comportarse de acuerdo con la opción escogida. Y ello, porque tal decisión puede entrar en conflicto con las disposiciones legales vigentes, los derechos ajenos, la seguridad pública, la paz o la moral social. (Prieto, 2006)

3.6.8. La objeción de conciencia a tratamientos sanitarios

Par Talavera (2010), es importante distinguir entre la objeción de conciencia al tratamiento en sentido estricto y la petición de eutanasia “por una razón de conciencia”. En general, la pretensión de eutanasia se fundamenta en un deseo de morir, por razones diversas, pero generalmente relacionadas con el sufrimiento.

El objetor de conciencia médico, por el contrario, se opone al propio tratamiento, no en una determinada circunstancia sino generalmente. Su amparo ha seguido en países como España una jurisprudencia titubeante, lo que no es muy razonable. En sentido estricto, al objetor a la eutanasia no se le obliga a nada, a pesar de que suele argumentar que se lo obliga a vivir. Más bien el Estado se niega a autorizar un acto ilícito de un tercero sobre él, por razones que ya hemos desarrollado “in extenso”. Por ello, más que una objeción de conciencia, nos encontramos ante una pretensión que la ley no puede facilitar, cosa que como es obvio sucede con un buen número de pretensiones.

Dicho de otra forma, su opción de vida no les lleva a objetar una acción determinada, por ejemplo prestar el servicio militar, sino que les lleva a una modificación legislativa que permita ciertos actos que el ordenamiento considera ilícitos, por ejemplo -y me parece que la comparación no es inadecuada arrojarse a la pira funeraria del ser querido. Aún sin considerar las posibles coacciones, que son muy relevantes en ese caso como en el de la eutanasia, no cabe duda de que el hecho de que la conciencia de algunos les lleve a ese acto no puede llevar a que el ordenamiento lo acepte, lo permita y mucho menos lo garantice (Talavera, 2010).

CAPÍTULO IV: DERECHOS FUNDAMENTALES Y NATURALES DE LA PERSONA EN EL EJERCICIO DE SU DIGNIDAD HUMANA

4.1. Concepto de Derechos Fundamentales

Cuando se habla de los derechos fundamentales, se hace referencia a aquéllos que son inherentes a la persona, en razón a su dignidad humana. Esto implica considerarla como un fin en sí misma, nunca como un medio. A su vez, no basta con conocer tal elenco de derechos, su reconocimiento y formalización en el derecho positivo es indispensable para su protección eficaz.

Según Campos y Hernández (2008) empieza a detectarse en la literatura especializada una cierta alarma ante la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los *derechos fundamentales*. No sólo se han multiplicado y diversificado hasta grados de concreción sorprendentes los venerables derechos del hombre y del ciudadano, sino que se dan por sentados derechos de contenido social y económico cada vez más minucioso y se anuncia todavía el nacimiento de una nueva generación de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural.

Al mismo tiempo los teóricos más influyentes tienden a conferir a la idea de derechos fundamentales una particular fuerza justificadora o motivacional, como si se tratara de los escalones últimos y más poderosos de los sistemas morales y jurídicos, expresión de exigencias éticas y políticas tan fundamentales que no son susceptibles de negociación o trueque.

Es menester hablar también sobre derechos fundamentales, y al respecto Gonzáles Mantilla, citando a John RAWLS los define como una determinada estructura de

instituciones y sistema de reglas públicas que definen los derechos y deberes, cuya garantía es necesaria para satisfacer el valor de las personas y para realizar igualdad. Se trata de aquellas atribuciones jurídicas a las que se asigna la función de actuar como mecanismos de defensa de unos intereses (exigencias o aspiraciones) cuya importancia es sustantiva para las personas y para el funcionamiento del sistema jurídico-político en su conjunto.

El mismo autor concluye que los derechos fundamentales son el principio de todos los demás derechos y su espacio de desarrollo, como tal, es de interés público. Ese es el sentido reconocido expresamente por la Constitución Política en el artículo 1º, al definir que el fin supremo de la sociedad y el Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como premisa o núcleo sistemático para la actividad interpretativa de todo el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional peruano lo ha definido de la siguiente manera:

“Los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico-objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica. En ese orden de ideas, permiten la consagración práctica del postulado previsto en el artículo 1º del referido texto que concibe a la persona humana como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”. De este modo, la garantía de su vigencia dentro de nuestra comunidad política no puede limitarse solamente a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los diversos individuos, sino que también debe ser asumido por el estado como una responsabilidad teleológica”.

Es así que, una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad que no puede arrebatárle lícitamente. Estos derechos no

dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra. La expresión más notoria de esta gran conquista es el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Fundamentales

Entonces, de manera general se puede decir que los derechos fundamentales son aquellos que el hombre tiene por el sólo hecho de ser humano y no porque el estado los otorgue. Y esta postura más bien se refiere a los derechos naturales, definidos por Javier Hervada como “(...) aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre.”⁴⁶ Es decir, un orden jurídico meta positivo.

4.2. Naturaleza de los Derechos Fundamentales

Para Campos y Hernández (2008), la caracterización de los derechos fundamentales es de por sí cuestionada y complicada, y cada día más complicada y cuestionada.

Los planteamientos y soluciones a las cuestiones planteadas son muy variados, pues mientras algunos de los derechos son simplemente derechos subjetivos, para otros son derechos públicos subjetivos. Otros consideran los derechos fundamentales como valores; algunos como principios generales del derecho, mientras que para muchos son facultades o poderes nacidos de las normas subjetivas existentes.

Y no es fácil ponerse de acuerdo porque muchos autores construyen una teoría de los derechos fundamentales con fines y desde posiciones predeterminadas, bien de carácter

⁴⁶HERVADA, J., Historia de la Ciencia del Derecho Natural, EUNSA, Pamplona 1996,31

político, o económico, o ideológico, o religión. El tema tiene una relevancia especial y de primer orden en la filosofía jurídica actual y al parecer es conveniente examinar críticamente las principales doctrinas elaboradas al efecto.

4.3. Características de los Derechos Fundamentales

Tradicionalmente, se afirma que los derechos fundamentales se caracterizan por ser universales, inalienables, irrenunciables y absolutos. Sobre la significación de cada uno de estos rasgos las opiniones divergen tanto respecto a sus contenidos como a sus alcances. Respecto a la universalidad y al carácter absoluto, se puede decir que se ha llegado a un cierto consenso.

4.3.1. La universalidad

Todos los derechos calificables de “fundamentales” son poseídos por todos los seres fundamentales de todos los tiempos, de todas las etnias y de todas las latitudes, por la razón de que todos los seres fundamentales son iguales por naturaleza. Uno es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza, por tanto, tienen carácter universal y en tres ámbitos diferentes:

En primer lugar, desde el punto de vista racional (todos los seres humanos).

En segundo lugar, desde el ámbito temporal.

En tercer lugar, desde el ámbito espacial.

No se debe olvidar que los derechos fundamentales son de todos sin excepción. Se podría afirmar en consecuencia, que todos los seres humanos poseen una igualdad

jurídica básica, en cuanto que todos son poseedores de los derechos naturales, como fundamento de cualquier otro derecho sobrevenido.

Es así que, la universalidad significa que los derechos fundamentales se adscriben a todos los seres humanos sin tener en cuenta criterio alguno de discriminación negativa fundado en razones de sexo, raza, religión, político, nacional, económico, social etc. De donde se desprende tanto el deber del Estado y de los particulares de no violar esos derechos como el deber, igualmente del Estado y de los particulares, de actuar positivamente a favor de la realización y protección de los mismos. En la medida en que el respeto de los derechos fundamentales tiende a favorecer la disminución de la injusticia a su mínima expresión y a la satisfacción de las necesidades básicas vitales de los seres humanos, constituyen la base mínima para la constitución de sociedades pluralistas respetuosas de los derechos fundamentales. El derecho a la integridad física, por ejemplo, es un derecho humano universal respecto a la especie de los seres humanos.

4.3.2. Carácter absoluto

El carácter absoluto de los derechos fundamentales significa que constituyen requerimientos morales que, en caso de encontrarse en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan. En estos casos, los derechos fundamentales son la exigencia moral que debe ser satisfecha en detrimento de las demás en conflicto.

4.3.3. Los derechos fundamentales como derechos inalienables

Al ser inalienable, los derechos fundamentales no pueden ser transferidos a otro titular, y no pueden ser enajenados. Su titular no puede ejercitar sobre ellos ningún

acto de disposición que puede impedir en el futuro el ejercicio del derecho. Por tanto, a los titulares de este derecho no les está permitido privarse de ellos ni siquiera por su propia voluntad. Esta afirmación es lógica si pensamos que los derechos fundamentales son inherentes a la persona y acompañan a todo ser humano dotándolo de una especial dignidad, pues la dignidad humana se identifica con la condición de la persona. Kant utilizaba los términos de dignidad y personalidad como sinónimos.

Los individuos son titulares de los derechos básicos al margen y a pesar de su consentimiento, al margen de su propia voluntad. Porque los derechos fundamentales son bienes de la persona que ella misma está obligada a respetar, además de estar facultada para exigir el respeto de los demás.

En este sentido, la inalienabilidad lleva incorporada, además de la imposibilidad de transferencia o disposición del propio derecho, una buena dosis de obligatoriedad respecto al propio derecho.

4.3.4. Los derechos fundamentales como derechos irrenunciables e imprescriptibles

Los derechos fundamentales son irrenunciables. Esto significa que quien posee estos derechos no puede desprenderse de ello, no puede renunciar a su titularidad sin renunciar al mismo tiempo de su propia condición de persona. Ello sucede porque son derechos inherentes a la propia naturaleza humana.

Pero la irrenunciabilidad se refiere a la posesión o titularidad del Derecho. El titular no puede renunciar a su derecho, pero puede no ejercitarlo, puede renunciar a su ejercicio en atención a un fin moral prevalente o trascendente, o para cumplir un deber superior, o por un acto heroico a favor de alguna persona o de toda la sociedad.

Significa que los derechos fundamentales no les afecta la prescripción jurídica, es decir, son derechos que no se adquieren ni desaparecen o se pierden por el transcurso del tiempo.

4.4. Función de los Derechos Fundamentales al interior del Sistema Jurídico

Los Derechos Fundamentales responden a las necesidades de las personas, grupos y sociedades, por lo que garantizarlos promueve el ejercicio del derecho de dignidad.

Si bien el concepto de Derechos Humanos es integral, ya que son interdependientes, es decir que no hay un derecho más importante que otro, lo que implica que la violación a uno solo de ellos, repercute en múltiples violaciones, además que la realización de un derecho posibilita la realización de otros.

Una de las funciones principales para los derechos fundamentales, es hacer que todas las personas tengan el mismo valor sobre la ley, buscando que todo ser humano tenga una vida digna durante su existencia.

Para Lozano (2011), si el lenguaje de los derechos fundamentales es un vehículo para lograr el reconocimiento e institucionalización de los valores, las demandas y las pretensiones de los actores sociales, una vez logrado esto, tales derechos deben cumplir con la importante función crítica de mantener abierto el orden jurídico, traduciendo e incorporando en él nuevas demandas que se acepten como legítimas; orientando sus cambios internos y controlando la legitimidad de sus normas. Los derechos fundamentales desempeñan entonces un papel similar al que antiguamente se asignaba al derecho natural.

Sin embargo con independencia del reconocimiento o no de su origen iusnaturalista u otro meta jurídico, lo cierto es que los derechos fundamentales han encontrado una

aceptación generalizada, especialmente en la cultura occidental, aun partiendo de presupuestos ideológicos y morales opuestos (eso sí, teniendo como punto común de encuentro la conciencia del respeto que merece el ser humano en cuanto tal y por el mero hecho de serlo), sobre todo a partir del momento en que fue posible catalogar los que se han ido asumiendo como tales. Por ello es necesario que el sistema jurídico establezca vías de "traducción" y de comunicación con su entorno social, por ejemplo, otorgando a la población acceso a los tribunales y a otros órganos de defensa de los derechos de individuos y grupos.

4.5. Protección y vigencia de los Derechos Fundamentales

Para velar por la protección de los derechos fundamentales, en el Estado de derecho se debe contar con mecanismos constitucionales, cuyo propósito principal sea el de defender al individuo de los abusos del poder; sin embargo, cuando el Estado no cuenta con dichos mecanismos, o contando con ellos estos son ineficientes, las organizaciones internacionales, y en algunos casos los propios instrumentos internacionales de derechos fundamentales, han establecido mecanismos de protección para, entre otras muchas funciones, vigilar el adecuado cumplimiento de los instrumentos ratificados. Estos mecanismos internacionales derivan principalmente en instituciones, órganos especializados y/o en procedimientos, y dependerán de la vertiente del sistema al que pertenezcan.

Para Nikken (2013), el Estado de Derecho y la sociedad democrática son indisociables de un marco jurídico y político signado por la supremacía de los derechos fundamentales. No tan sólo porque el ejercicio del poder no debe menoscabar de manera arbitraria el efectivo goce de los derechos fundamentales, sino porque, dentro del constitucionalismo democrático, el norte de la actividad gubernativa debe estar enderezado hacia la preservación

de los derechos fundamentales de todos. El Estado es el garante de los derechos fundamentales, tanto en la esfera nacional como frente al derecho internacional.

La función del Estado como garante de los derechos fundamentales es cardinal en el concepto de Estado de Derecho. Ciertas instituciones constitucionales fundamentales, como la separación de poderes del Estado y la reserva legal, son otras tantas garantías genéricas para los derechos fundamentales, pero distan de expresar el alcance del papel del Estado a este respecto en el constitucionalismo democrático.

Los centros de poder distintos del Estado tienen fijados límites a su actuación en virtud de los derechos fundamentales porque deben sujetar su conducta al orden jurídico del Estado, el cual debe asegurar el respeto y la protección de la dignidad de todas las personas que están bajo su jurisdicción. Compete entonces al Estado marcar los límites de cualquier centro de poder que pueda ofender la dignidad humana, e incluso imponer obligaciones destinadas a satisfacer ciertos derechos fundamentales.

Por otro lado, los derechos fundamentales como derechos constitucionales, gozan, de la protección de la justicia constitucional. Las modalidades de esa protección pueden variar según el modelo de justicia constitucional adoptado por cada Estado, de modo que la consideración particular de cada modelo desborda los límites de esta presentación.

De manera general, puede afirmarse que los actos del poder público, sean de efectos generales o de efectos particulares, que violen los derechos fundamentales protegidos por la Constitución están viciados de nulidad por inconstitucionalidad. Frente a ellos podrá hacerse valer el sistema de control de constitucionalidad que el orden jurídico interno establece, sea por vía de acción de inconstitucionalidad, sea por vía de defensa o excepción, enervando, en

un caso concreto, la aplicación del dispositivo inconstitucional, particularmente en aquellos Estados donde existe el llamado control difuso de constitucionalidad.

Según Lozano (2011), la preocupación más intensa en los últimos decenios se ha dirigido a establecer todos los mecanismos jurídicos y políticos posibles para garantizar el respeto de esos derechos fundamentales y ha llevado a constitucionalizarlos, a convertirlos en preceptos del máximo rango normativo, esto es, en derecho positivo y, por este camino, en lo que en las más recientes leyes fundamentales o constitucionales de los distintos países se denominan derechos fundamentales, como fuente de límites al poder estatal y garantía contra las injerencias de éste, pero también de las de los propios individuos.

Este mismo autor sostiene que, se puede convenir en la plena vigencia de los derechos fundamentales, entendidos, como lo hace CASABONA, como un "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional" y que en cierto número de Estados forman parte también de los derechos fundamentales, que serían "aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada."

Todos estamos obligados a respetar los Derechos Fundamentales de las demás personas. Sin embargo, según el mandato constitucional, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido son las autoridades gubernamentales, es decir, los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos.

La tarea de proteger los Derechos Humanos representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicias,

paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos. El bienestar común supone que el poder público debe hacer todo lo necesario para que, de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación.

Por otro lado, se puede observar que el tema de la protección efectiva de los Derechos Fundamentales se encuentra en franco retroceso en los últimos años, donde si bien por un lado existe una profusa legislación en el orden internacional a través de los diferentes Tratados Internacionales no sólo bilaterales sino, regionales y mundiales, que tienden a establecer un sistema universal de protección de Derechos Fundamentales; por el otro, todo este plexo normativo no alcanza una dimensión sociológica de importancia en lo que hace a su efectiva realización⁴⁷.

Un reciente ejemplo de lo expuesto es la creación durante el año 2002 de la Corte Penal Internacional,⁴⁸ donde sus alcances son muy amplios y aparecen como una esperanza cierta que se vio positivizada en la normativa que diera creación a la Corte, e inmediatamente una vez puesta en marcha, surgen reacciones políticas de los países, en especial Estados Unidos, manifestando su expresa intención de no someterse a su jurisdicción.

Lo expuesto evidentemente repercute en forma más aguda en los países periféricos donde ya los derechos económicos, sociales y culturales, en algunos casos no sólo han retrocedido, sino que directamente nunca han tenido vigencia o han sido erosionados progresivamente hasta su total vaciamiento.

⁴⁷Lozano, J. (2011). *“La eutanasia: tema de siempre”*. Perú. Pp. 33-34.

⁴⁸De acuerdo al art. 126 del Estatuto de Roma el mismo entró en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir del depósito del sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, habiendo alcanzado dicho número durante el mes de abril del año 2002.

Continuando con la consagración normativa de estas políticas, se encuentra en franco desarrollo un tipo de legislación penal especial, denominada el Derecho penal del enemigo, o lo que llaman algunos doctrinarios “tercera vía”, entre otros.⁴⁹

4.6. Los Derechos Fundamentales en el Orden Constitucional

Landa (como se citó en Navarro, 2010) manifiesta que, existe un vínculo indisoluble entre “dignidad de la persona humana” y los derechos fundamentales, pues estos derechos en calidad de esenciales son inherentes a la dignidad, es decir cada uno de los derechos fundamentales manifiesta un núcleo de existencia humana que se deriva de la dignidad que tiene insita la persona, por ello la dignidad se convierte en una fuente de todos los derechos de la cual dimanar todos y cada uno de los derechos de la persona. Por ende los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad humana de la persona.

4.6.1. El valor positivo y axiológico de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional, ha establecido lo siguiente:

“(...) el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas

⁴⁹Ver, SILVA SÁNCHEZ; *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2001, pp. 166, citado por PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO; *El Derecho penal y procesal del “enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos -externos*, apunte aportado por el catedrático en el marco del Master de Derecho Penal organizado por la Universidad de Salamanca, Mar del Plata, 2000-2002.

del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1 de la Constitución”⁵⁰.

En este sentido, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en el Orden Constitucional comprenden dos aspectos: la primera, a) El valor positivo de los derechos fundamentales: Consiste en el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales de la persona por la Constitución, tales derechos son presupuestos de exigibilidad que van a limitar la actuación del Estado y de los particulares; mientras la segunda, b) El valor ético y axiológico de los derechos fundamentales: Parte por reconocer “la dignidad de la persona humana”, como valor material central de la norma fundamental del cual derivan un amplísimo reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y una multiplicidad de garantías, dignidad humana que es preexistente al orden estatal y se proyecta como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución de 1993). Por tanto, la dignidad de la persona humana, es la fuente directa de la que la dimanen todos y cada uno de los derechos de la persona, además no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

4.7. Iusnaturalismo

4.7.1. Concepciones Generales

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1417-2005-PA /TC, FJ 2.

Genéricamente, iusnaturalismo hace referencia a una teoría del Derecho, no sólo jurídica sino también ética y filosófica que postula la existencia de derechos en el hombre, determinados por la naturaleza humana y previos a todo ordenamiento jurídico (Derecho natural). Es así que, deslegitima la ley que no se acoge a esos derechos previos, de hecho, no la considera ley y justifica la posibilidad de desobedecerla.

Es de mencionar que tiene como denominador común la creencia que el Derecho positivo debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios de se denominan precisamente Derecho natural.

Para Moller (2007), sin duda alguna, el elemento de referencia de una teoría que pretenda llamarse iusnaturalista está en el hecho de tener como punto de referencia de su teoría, el derecho natural. Este “derecho natural” (ius naturale), es definido por FASSÓ como “un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo)”, y que “tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo”⁵¹. La existencia de esta ley superior que limita la posibilidad de creación del derecho por los hombres y que se confunde con criterios éticos y de valor, constituye la antítesis a su doctrina opuesta, llamada “positivismo jurídico”, según la cual el único Derecho es el que establece el Estado y cuya validez es independiente de cualquiera de sus referencias a valores éticos.

Si consideramos tanto las características atribuidas al pensamiento iusnaturalista como a los conceptos de iusnaturalismo como ciencia del derecho o de derecho natural, resulta

⁵¹FASSÓ. G. “Iusnaturalismo”, en *Diccionario de Política*, N. Bobbio, N. Mateucci y G. Pasquino (editores), 7ª ed., Madrid: Siglo XXI editores, 1991, p. 836-7.

claro que esta teoría sobre el derecho no se ha limitado a identificar el derecho, sino también a escalonarlo y, principalmente, a definir algunos contenidos que siempre deben estar presentes en el mismo. De esta forma, resulta muy claro que no es el hecho de ser revelado por Dios, por la razón, por la justicia o, por una moral, es decir, el origen del derecho natural; el elemento que unifica la tesis iusnaturalista; lo que se destaca en la idea de un derecho natural son dos puntos principales sin cuya comprensión oscurecería la posibilidad de una visión clara de la idea iusnaturalista: el primer punto consiste en el hecho de que, con el derecho natural, el iusnaturalismo siempre ha defendido una idea de ley superior (*higher law*); el segundo, consiste en el hecho de que esta ley superior se ocupa de contenidos materiales, los cuales no pueden ser confrontados por el derecho común (*lower law*).

Estas dos características fundamentales del derecho natural actúan de forma combinada, pudiéndose afirmar que sólo es posible la existencia de contenidos materiales esenciales si estos son garantizados por una *higher law*⁵². El hecho de que estos planteamientos necesarios que debe contener el derecho, son jerárquicamente superiores a las normas comunes, formuladas mediante el acuerdo social, por el poder político, está presente en todo el pensamiento iusnaturalista, y consiste en la atribución de una finalidad al derecho. La función del derecho natural, de esta forma, será la de determinar qué normas pueden convertirse en derecho, actuando sus mandamientos como un criterio de validez para toda la norma positiva. Por otro lado, sus determinaciones son fuente de derecho para las personas,

⁵²Nos parece que la traducción en este caso para *higher law* debe ser la de ley superior y no derecho superior, dado que no lo haciendo la definición no sirve para explicar una teoría que pretende definir el derecho (y no los derechos). Siempre ha estado claro en la concepción iusnaturalista la coexistencia entre el derecho natural y el derecho positivo, por lo que se puede hablar de ley natural y leyes positivas como integrantes de un mismo concepto de derecho, aunque posean fuentes diversas y jerarquías diferentes.

que podrían exigir su cumplimiento, no siendo posible la apropiación de sus contenidos por parte del poder político.

Con el neo constitucionalismo, que propone la afirmación del carácter normativo de la constitución, la existencia en los ordenamientos jurídicos de Tribunales Constitucionales capaces de hacer juicios de adecuación material de las leyes y principalmente por la presencia de un catálogo de derechos fundamentales, normalmente previstos en forma de principios; las críticas a la doctrina iuspositivista han sido cada vez más frecuentes, proporcionando un redescubrimiento de algunas de las ideas iusnaturalistas, tales como el concepto de ley superior y de adecuación material de las normas. Esto puede comprobarse por la frecuente incertidumbre a la hora de clasificar a algunos miembros de la doctrina como iusnaturalistas o positivistas⁵³.

A fin de perfilar una doctrina adecuada para la construcción de los derechos fundamentales, lo que parece importante en un primer abordaje sobre la doctrina iusnaturalista, consiste en el hecho de que la gran objeción que ha sufrido esta tesis después de la crítica iuspositivista está en el hecho de que los contenidos que “debería contener el derecho” no serían posibles de determinar, por lo que tal doctrina no proporcionaría una seguridad jurídica ni una forma de identificar si un determinado contenido es o no es derecho (o, todavía, si es o no derecho válido). En esta línea, es esencial para comprender la oposición real o aparente entre iusnaturalismo e iuspositivismo como teorías del derecho, la consideración que una teoría del derecho que tiene como objeto sólo la forma de identificar

⁵³En España tomemos por ejemplo los casos de Luis PRIETO SANCHÍS y G. PECES-BARBA. El primero, ciertamente entre los más brillantes y coherentes defensores del positivismo jurídico toma posiciones más próximas de una concepción defendida por neoconstitucionalista. Ya Peces-Barba, si se analiza su tesis sobre legitimidad en el desarrollo de los derechos fundamentales y principios constitucionales está mucho más próximo a una teoría iuspositivista.

el derecho sin preocuparse con su contenido, sólo existe a partir de la doctrina iuspositivista, la cual transforma su objeto en la determinación de “cómo identificar el derecho”, eliminando de forma ideológica el cuestionamiento sobre cuál debería ser el contenido de este derecho.

Así, si tenemos en cuenta que la pregunta que se propone el iuspositivismo es solamente responder a la afirmación a la pregunta “que es el derecho”, resulta fácil comprender las críticas que esta teoría viene sufriendo de los neoconstitucionalistas, que cuestionan severamente la compatibilidad de la explicación iuspositivista con la incorporación de contenidos abiertos y morales a las normas fundamentales. Lo que hace falta en una concepción iuspositivista ideológica es exactamente la respuesta a la cuestión “¿cuál es el contenido del derecho?”, además de la tradicional pregunta “¿cómo se identifica el derecho?”.

Actualmente, se asiste al desarrollo gradual del concepto y sentido de constitución como norma básica, inaugural y suprema de un Estado. Con la presencia cada vez más frecuente de contenidos morales en sus partes más importantes como los derechos fundamentales, se puede considerar, incluso en una concepción iuspositivista, que hay ordenamientos que positivizan en sus normas supremas cuáles deben ser los contenidos materiales fundamentales del derecho, vinculando al poder político y reconociendo derechos incluso sin la estructura normativa iuspositivista tradicional. De esta forma, en las constituciones modernas se establece no sólo sobre el proceso de producción de las normas jurídicas, sino sobre “*what the law requires*” (lo que la ley requiere). De ahí que resulte evidente que no se puede, al analizar este nuevo panorama jurídico, no tomar en consideración una tradición milenaria a la hora de tratar el tema, como es la teoría iusnaturalista.

4.8. Derecho a la vida

4.8.1 Definición

Según Mesía (2004) “el derecho a la vida es la facultad de conservar y defender la existencia; pero la vida no es solo la existencia, sino también la manifestación y la actividad del ser”.

El derecho a la vida no solo protege el conjunto de funciones vitales del ser humano, sino también el derecho a vivir de la persona, identificando el vivir como el realizar un proyecto de vida de acuerdo con las propias valoraciones, razones y decisiones.

Para vivir es necesario ejercer la libertad, ya que es a través de esta que el ser humano se va a decidir por un proyecto de vida. Por lo tanto, es la acción de decidir en un vivir, lo que hace valiosa y plenamente digna, encontrando lo expresado su referencia en el inc. 1 del Art. 2 de la Constitución, que reconociendo el derecho a la vida también reconoce y lo asocia con el derecho al libre desarrollo (Chaname, 2008).

El derecho a la vida, se configura entonces como el primer de los derechos fundamentales de nuestro sistema jurídico. En realidad, este derecho es el que prima sobre los demás derechos, por ser el fundamental de todo ser humano. Desde la concepción somos sujetos de derecho, que implica adquirir el valor indispensable de la vida, ya que sin este ningún otro derecho tendría sentido alguno. Sin embargo, es menester aclarar que este derecho debe ser compatible con el derecho de dignidad.

Según Barbosa, N. (2013), la vida es el conjunto de vivencias, proyectos, búsquedas y sentidos que cada uno le ofrece a sus días, por ello cada persona es dueña

de su destino. El derecho a la vida es un derecho obligatorio irrenunciable, que nadie nos lo puede quitar, pero también es un derecho discrecional lo que implica que, si hay derecho a la vida, también hay derecho a la muerte.

4.8.2. El Derecho a la Vida en el Perú

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 materno.

Nuestra vida republicana consta con doce constituciones de las cuales algunas son de mayor vigencia, otras no. Lo cierto es que, la constitución actual reconoce en el artículo 2º, inciso 1º que " toda persona tiene derecho a la vida", pues nuestro país forma parte de convenios y tratados internacionales, que tienen como fin el reconocimiento de la dignidad de cada persona.

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. La problemática actual de la protección a este derecho debe tener en cuenta tres puntos fundamentales: 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 (Chaname, 2008).

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) 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 Estado Constitucionales de Derecho.

Markman, M (2013 afirma que la garantía y protección de éste derecho primordial son muy importantes, lo que ha generado una serie de diversos instrumentos jurídicos quienes los tutelan con gran recelo; por ello consagran este principio como fundamento último de los derechos humanos.

En ese sentido, tanto el Código Civil como Penal regulan el derecho a la vida en sus siguientes artículos:

- Código Civil de 1984, artículo 5°: “El derecho a la vida (...) y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión”.
- Código Penal de 1991, artículo 106°: “El que mata a otro será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de veinte”.

4.8.3. El Derecho a la Vida en los Tratados Internacionales

A nivel global, la protección se establece en diversos mecanismos que tutelan y defienden este derecho, entre ellos encontramos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3°) y a nivel regional, en la Convención Americana de Derechos

Humanos ("Pacto de San José", artículo 4º, primer párrafo), y también la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. (Bernal, 2005).

Declaración Universal de los Derechos Humanos

En su artículo 3º, nos dice que "todo individuo tiene derecho a la vida". Esta Declaración fue promulgada al finalizarse la guerra europea, al haber dejado a millones de personas sin vida, razón por la cual la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 decide elaborarla.

Convención Americana sobre los derechos humanos

También es llamada Pacto de San José, por haberse realizado en Costa Rica. En su artículo 4 afirma que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho se declara protegido por la ley, en general, a partir del momento de concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Teniendo como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual la justifican, en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre

Fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En su artículo 1 menciona que "todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona".

4.8.4. Límites del derecho a la vida

Según Gómez Hinostroza, el derecho a la vida encuentra excepciones en el propio texto constitucional, al establecer la pena de muerte en el artículo 140º y el derecho a la legítima defensa en el artículo 2º, inciso 23. También es posible legalmente la restricción de este derecho por razones de interés público, si la seguridad del país está en peligro (defensa nacional), la vida de sus ciudadanos se pone en juego con resignación del derecho.

Además de la Constitución, también en el Código Penal y Código de Justicia Militar⁵⁴, se señalan excepciones respecto al derecho de la vida. Por ello cabría preguntarse ¿tiene realmente el derecho a la vida un carácter inviolable?; en realidad este derecho encuentra excepciones en nuestra legislación (manifestándose la contradicción existente entre los caracteres asignados a los derechos fundamentales), por lo que se podría afirmar que la inviolabilidad del derecho a la vida es relativa, mas no absoluta.

Existe un importante número de autores, que consideran que la eutanasia no puede ser legítima ya que el derecho a la vida es inviolable inclusive para su titular, muy a pesar de que este acto sea conforme a los deseos y sentimientos del enfermo incurable que sufra terriblemente por su situación. Pero, como se acaba de ver, la eutanasia o el homicidio piadoso no va a quebrar el carácter de inviolabilidad del derecho a la vida, toda vez que este carácter con las múltiples excepciones legalmente establecidas, ya

⁵⁴El Código Penal regula en su artículo 20º las causas eximentes de la responsabilidad penal, en las cuales, además de la causal de la legítima defensa regulada en el inciso 3, se encuentra el estado de necesidad expulsante en el inciso 5. Desprendiéndose la legalidad del intento de suicidio al no establecerse pena alguna. Además, se establece la impunidad del aborto terapéutico previsto en el artículo 119º. Por otro lado, el Código de Justicia Militar establece múltiples excepciones al derecho vida, entre ellas la establecida por el artículo 261º (delito de cobardía): “(...) Si requeridos por el jefe o superior que los comanda para que permanezcan en sus puestos, continuasen huyendo, podrán ser muertos en el acto mismo para ejemplo de los demás”.

se quebró hace muchísimo tiempo (si es que alguna vez este derecho fue realmente inviolable); o en todo caso debe entenderse que el carácter de inviolabilidad del derecho a la vida no es absoluto, sino relativo; por tanto, la puerta está abierta para que ingrese también la eutanasia⁵⁵.

Ahora, si bien el derecho a la vida tiene carácter de irrenunciable; sin embargo, la interpretación válida de este derecho, va unida siempre al principio del respeto de la dignidad de la persona, ya que este derecho es fuente de donde emanan los demás derechos. Entonces, si el derecho vida, cede por propia disposición del Estado-como ya se ha descrito anteriormente- ¿por qué no podría ceder cuando la renuncia no vulnere el principio de respeto de la dignidad (en cuanto este principio es la razón de ser de todos los derechos de la persona)?

4.8.5. Disponibilidad de la vida – Determinación de la propia muerte

Gómez Hinostroza, al respecto señala que las posturas frente a la disponibilidad de la propia vida (entiéndase como elección del fin de la existencia), en la doctrina, no son uniformes. Un número considerable de autores, sostienen que la vida es un derecho renunciable o disponible, entre ellos: Romero Casanoba, quien afirma que el derecho a la vida no implica el derecho de vivir porque “el destinatario de la norma jurídico-constitucional, no es el titular del bien jurídico protegido por aquella; son en realidad terceros (los particulares y el Estado)”, a su juicio, de tal derecho se desprende la posibilidad de disponer de la propia vida, y por tanto, la obligación de terceros de no interferir en tal decisión⁵⁶. A su vez, Díez Ripollés manifiesta que la impunidad del suicidio es la más directa expresión del limitado reconocimiento por parte del

⁵⁵Gómez Hinostroza, V. (2008). *Eutanasia: entre la vida y la muerte*. Editorial San Marcos. pp. 101-102.

⁵⁶MARCOS DEL CANO, Ana María. *Op. Cit.*, págs. 143-144, citando a Romero Casanoba.

ordenamiento jurídico de un derecho, aunque no fundamental, a la disponibilidad de la propia vida⁵⁷.

Lo cierto es que, ni los documentos internacionales sobre derechos fundamentales, ni la propia Constitución Política del Perú, describen al derecho a la vida como irrenunciable; al contrario, se lo relaciona con un derecho al cual se debe proteger frente a terceros⁵⁸, dejando así, la puerta abierta a múltiples interpretaciones.

Finalmente, se puede decir que un concepto amplio del derecho a la vida, considera un derecho a vivir (a actuar conforme a un proyecto de vida) y dado que para vivir es indispensable ejercitar la libertad; este derecho se encontraría íntimamente relacionado con el derecho a la vida; por lo tanto, ambos derechos no podrían oponerse sustancialmente entre sí, en la determinación de la propia muerte. En ese sentido, Fernández Sessarego señala: “el derecho a la libertad está radicalmente ligado al derecho a la vida. Este derecho supone la posibilidad de todo ser humano a decidirse por un proyecto de vida”⁵⁹.

Asimismo, el derecho a la vida no es un valor absoluto, toda vez que la vida debe ligarse con una calidad de vida y que, cuando esta calidad se degrada más allá de

⁵⁷MARCOS DEL CANO, Ana María. *Op. Cit.*, pág. 148, citando a Diez Ripollés. Sin embargo, para el autor la legitimidad del ejercicio del derecho a disponer de la propia vida, queda condicionada, en términos generales, a la exclusiva intervención del suicida en la consecución de su propósito; no obstante, afirma que la voluntad de prescindir de la propia vida, debe tener una relevancia especial en contextos problemáticos como son todos los eutanásicos en el campo de juego de las causas de justificación legalmente existentes.

⁵⁸En ese sentido, algunas declaraciones sobre derechos humanos, manifiestan que nadie debe ser privado de la vida arbitrariamente.

⁵⁹FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las Personas*. Editores Librería Studium. Lima-Perú, 1986, pág. 41.

ciertos límites, uno debe tener el derecho a dimitir. Este derecho a dimitir, es el derecho a una muerte digna, a una muerte sin dolor y sin angustia.

Aun existiendo conceptos restringidos del derecho a la vida, no podría abandonarse el derecho a la vida por el derecho a la libertad, y viceversa, toda vez que ambos pertenecen al mismo momento histórico, son derechos de primera generación, fundamentales y personalísimos; por ende, con la misma jerarquía legal. Siendo la única manera posible jurídicamente de valorar y proteger estos derechos, a la luz de la dignidad humana.

4.9. Derecho a la Libertad y Eutanasia

4.9.1. Generalidades

En breve término diremos que la vida humana es un bien limitado y al prolongarla, debe ofrecerse un beneficio y una esperanza razonables, como una calidad de vida. En el otro extremo la responsabilidad de fijar un límite a las acciones médicas que son correlativas al para postergar el fin de la vida.

Como la muerte resulta ser necesaria, es más que necesario pensar sobre ella. La muerte repentina limita el ejercicio de la vida. El ejercicio de la eutanasia es donde se depositan estas reflexiones, emociones, sentimientos, pero sobre todo dudas. Luego de desarrollar las distintas acepciones, hemos de entender por eutanasia como el acto o método que aplica un médico para producir la muerte, sin dolor a un paciente, a petición de éste, para terminar con su sufrimiento. La eutanasia activa implica finalizar la vida por medio de una terapia encaminada a procurar la muerte” (Alvarez del Rio y Kraus, 2008, pg. 164).

Las condiciones esenciales para llevar a cabo el acto de la eutanasia activa son la petición explícita y reiterada de un paciente con enfermedad terminal, consciente y competente, lo cual supone un ejercicio pleno de libertad, autonomía y dignidad de la persona que la elige.

Cuando se habla de eutanasia es imposible desligarla de correlatos como: la política y la ética. La ética es un ejercicio de autonomía y libertad; se distingue de la moral, pues es uno mismo y no la sociedad, quien se da y acepta leyes en tanto se tienen convicciones firmes para hacerlo (ethos o carácter). Es un proceso dialéctico, una heurística del vivir: “[...] podemos decir que el carácter moral se adquiere, sin darse cuenta a veces, por medio de las costumbres, y el carácter ético se conquista, con muchos esfuerzos, por medio de las costumbres” (Rivero, 2004, p.48). No es ociosa tal distinción como algunos creen, pues de hecho sucede que en la práctica médica –y no sólo en ella– a diario se presentan dilemas en donde las decisiones y las acciones unas veces siguen la moral y otras la ética. Por esta razón es de suma importancia que tanto médicos como pacientes y sociedad, tomen en cuenta estas distinciones, aunque de hecho intuitivamente lo hacemos todo el tiempo en diversos campos de la vida. En el caso de la práctica médica, los códigos de ética.

Mencioné que un correlato de la ética es la política, entendida esta última en su noción más esencial, tal como lo hizo Aristóteles. Él comprendió que los seres humanos somos animales políticos, pues tendemos a vivir en sociedad (polis). De esta forma, la ética se ejecuta políticamente y viceversa. La práctica de la eutanasia y su posible legalización dependen de la relación entre ética y política, ya que tal paralelismo encierra un ejercicio personal de libertad y autonomía.

Actualmente es casi una obligación reflexionar sobre el final de nuestras vidas y tomar sus riendas nosotros mismos, si no deseamos vivir una muerte indigna. Como bien señala el Doctor Kraus (2009): “Tenemos que tener en cuenta, también, que mientras que la ciencia y la tecnología nunca dejan de preguntarse si tiene sentido seguir investigando y conociendo, la ética sí lo hace” (p. 43). Mantener una postura crítica frente a los logros tecno científicos de la modernidad, evita que tanto médicos como pacientes y en general nuestras sociedades se entreguen a las “maravillas de la ciencia y tecnología”, que en medicina podrían, como sucede con frecuencia, caer en lo que se denomina ‘encarnizamiento terapéutico’, esto es: medidas terapéuticas desproporcionadas, que en la mayoría de los casos sólo prolongan la vida de un enfermo terminal. La prolongación de la vida es precisamente una razón de peso para aquellas personas que eligen morir dignamente, pues no sólo se trata de prolongar la vida. La vida es ser siendo; si esta condición se pierde, automáticamente la vida pierde su sentido.

4.9.2. Libertad y autonomía

En primera instancia, en el tema de la eutanasia no se puede tomar una postura parcial; hay que preguntarse primero bajo qué términos se puede legitimar la eutanasia. La posibilidad de legitimar la práctica de la eutanasia se da bajo los conceptos de libertad y autonomía. Es en la libertad donde se encuentra la posibilidad de actuar, pero ¿qué significa libertad? Berlin (2008) la define de la siguiente manera:

“El sentido ‘positivo’ de la palabra ‘libertad’ se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio amo. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el

instrumento de mis propios actos voluntarios y no de los de otros hombres. Quiero ser un sujeto y no un objeto” (p. 45).

Entender así la libertad es comprenderla éticamente. La persona que elige la eutanasia, ejerce su derecho a morir con dignidad; tiene toda la libertad para elegir poner fin a su vida; es preciso señalar que la libertad implica la noción de autonomía y responsabilidad.

Para Tamayo (2010), la autonomía es un factor importante en la decisión de quienes eligen la eutanasia. Entiendo por autonomía la facultad mediante la cual una persona no depende de nadie; en ese sentido, tiene voluntad para efectuar sus actos. Se relaciona con la libertad, pero tiene un matiz sustancial, pues la autonomía se ejecuta con la mayoría de edad. Esta interpretación es de Kant (2005), y el autor comparte su postura. Él propone que la libertad se da bajo la condición de poseer razón, al ser agentes racionales se abre la puerta hacia la autonomía, con lo cual accedemos a la libertad y en ese sentido tenemos libertad y al mismo tiempo dignidad. De tal modo, podemos concebir una dimensión moral, esto es, actuar de ‘x’ o ‘y’ manera. Para Kant es importante la dimensión ética, debemos tratar a las personas siempre como fines y nunca como medios. La interpretación de Kant sobre la Libertad es un argumento más en favor de la eutanasia.

Sin embargo, existe la posibilidad de que la persona no elija libre, ni autónomamente. En este sentido, un argumento más en contra de la eutanasia es precisamente la falta de libertad y autonomía que la persona con una enfermedad terminal experimenta, pues su misma condición le lleva a pensar que su vida ya no merece ser vivida, y aunque sabe que va a morir, decide adelantar su muerte por las razones equivocadas. No obstante, hay parámetros para regular la práctica de la

eutanasia; la experiencia legal en Holanda es un ejemplo. Es muy importante asegurarse de que la persona no actúe bajo ningún motivo por desesperación, depresión, etc. Por esto la relación médico-paciente debe ser eficiente y óptima (el médico, además de atender la enfermedad, tiene la obligación moral y ética de atender el padecimiento del enfermo). Mientras sea ilegal la eutanasia, aunque de hecho su práctica existe en todo el mundo, el solo hecho de prohibirla aumenta las dificultades al ya espinoso tema. En países como el nuestro la ilegalidad es un motivo que complica enormemente pedir y brindar ayuda, para quien así lo elige. Por eso es de vital importancia que se debata sobre este tema públicamente y pueda entonces pensarse en la legalización de su práctica médica (Tamayo, 2010).

Elegir una buena muerte en medida de lo posible implica no sólo un ejercicio ético de libertad y autonomía, también requiere de un correlato esencial: la responsabilidad. No se trata de concebir a la responsabilidad simple y llanamente como la imputación de un acto, se trata de ir más allá: anticiparse, prevenir, tomar precauciones.

Antes de finalizar me gustaría traer a cuenta una novela relevante para el tema. En un tono literario pero no por ello menos filosófico, Tolstói, en la Muerte de Iván Ilich, nos enfrenta al tema de la experiencia del horror hacia la muerte, en un relato bastante realista. Iván se convierte en pensador de su vida y lentamente sobre el proceso de muerte que experimenta. Situado en la desgracia de una vida estéril, producto de la vanidad con la que fue vivida, la muerte de Iván no dista mucho de lo que fue su vida. El relato de Tolstoi revela de manera trágica, entre otras cosas, la experiencia de la muerte. Lo valioso de esta novela es el contexto figurativo, casi mimético, con la realidad. Las sensaciones del moribundo Iván Ilich en sus últimos días transcurren en terrible soledad, acompañada de un intenso dolor físico y emocional. Su muerte se

encuentra atravesada por una relación familiar paupérrima y, ¡qué decir de la infame relación médico-paciente!; el acontecer de su lenta muerte le hace pensador, le hace contemplar por ciertos momentos la posibilidad de que era mejor morir que vivir así.

La práctica de la eutanasia es una práctica legítima tanto para quien decide libre, autónoma y responsablemente poner fin a una vida que considera indigna, como para el médico que decide brindar esta ayuda. Es una expresión totalmente ética, puesto que se trata de re-conocer y pensar lo valiosa que es la vida, asumiendo la muerte. Es así que la muerte del moribundo y su acompañamiento nos humaniza al hacernos pensadores de la vida y la muerte.

Debemos reconocer que la práctica de la eutanasia es un acto humanizante, ya que la experiencia de la muerte nos revela la condición más humana, la mortalidad. Continuar mirando a la muerte como un hecho ajeno sólo confirma lo siguiente: el hecho de poseer razón no implica un actuar razonable. ¿Debemos seguir oponiéndonos a la práctica de la eutanasia, o debemos comenzar a percibirla como un derecho?

4.10. Dignidad Humana

4.10.1. Concepto

Javier Hervada señala lo siguiente: “(...) la dignidad estará en la naturaleza humana porque hace a todo hombre, no sólo por sus cualidades o condiciones individuales, sino en tanto hombre mismo, distinto a toda criatura no espiritual. La dignidad es propia de la naturaleza y de ella hay que predicarle. La persona humana tiene dignidad precisamente por su naturaleza, por ser relación existencial de esa naturaleza humana. Es por ello que la expresión “dignidad inherente a la persona

humana” tiene pleno sentido y rigor: las cosas que son inseparables, propias, inherentes a los individuos, lo son por naturaleza (...) ⁶⁰”

En tal sentido, es menester destacar que la dignidad inherente del hombre, se muestra sobre todo cuando no hay nada más en él, que su humanidad. Cuando ya no le queda belleza, poder, inteligencia, riqueza o cualquier otra de esas características por las cuales una persona puede dispensarnos un favor, sernos agradable. Cuando a una persona, no le queda nada, sino su condición de persona en el sufrimiento, en ese momento se pone de relieve con mayor elocuencia su dignidad inherente e inalienable.

Según Santa María⁶¹, la dignidad es el tipo de valor que posee la persona por ser fin, gracias a este valor absoluto es posible prohibir absolutamente la instrumentalización de la persona como medio. Es decir: del valor “dignidad” surge un deber de parte de los otros y los derechos de parte de uno mismo.

La dignidad consiste entonces, en que la persona como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, auto determinarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea.

Alegre Martínez tratando de aproximarse a un concepto jurídico de dignidad humana, la define como “(...) la característica propia e inseparable de toda persona, en virtud de su racionalidad -independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida- que se materializa en la realización,

⁶⁰HERVADA, Javier. *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, en: Escritos de Derecho Natural. EUNSA. Segunda Edición Pamplona 1993.

⁶¹SANTA MARÍA, R (2012). *Dignidad Humana y nuevos derechos: una confrontación en el derecho peruano*. Palestra Editores. pp. 84-85.

desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes”⁶².

Por lo que, de acuerdo a las concepciones antes señaladas, se podría definir la dignidad como aquella capacidad propia del ser humano que le permitirá determinar su vida y sus fines, esto es, el señalar su propio destino de acuerdo a sus intereses y necesidades. En este sentido, reconocido el hombre por su razón, conciencia, libertad, valores, etc., nunca podrá ser considerado como un medio para los fines de otro, sino por el contrario, un fin en sí mismo.

4.10.2. Dignidad de la persona como principio general del derecho

La dignidad, tal como se encuentra reconocida por el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, se convierte en un principio general del derecho, en un principio fundamental, el de mayor jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estando la dignidad consagrada como en fin supremo de la sociedad y del Estado, esta fundamenta, sostiene e informa todo nuestro ordenamiento jurídico, el cual sólo será legítimo en la medida en que sea fiel a la misma. En este sentido, la dignidad por tener esta calidad, es un medio de interpretación sistemática para el conjunto del texto constitucional, de las normas de menor jerarquía; sirve, asimismo para la integración de soluciones hermenéuticas⁶³.

⁶²ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *Óp. Cit.*, págs..29-30.

⁶³En ese sentido, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. ICS Editores, pág. 107.

Gómez Hinostraza⁶⁴ citando a Giménez Cortes, sostiene que a la vista que el derecho a la dignidad goza de un carácter de norma vinculante, por ser principio general, las funciones que este precepto viene a desempeñar en el ordenamiento jurídico pueden resumirse en las siguientes: a) en primer lugar, una función legitimadora del orden político⁶⁵ en sí mismo, y del ejercicio por los poderes públicos de todas sus funciones (incluida la sancionadora): el orden político solo podrá considerarse legítimo en la medida en que respete y tutele la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad; b) en segundo lugar, una función promocional, en el sentido de que la dignidad lleva consigo la exigencia del libre desarrollo de la personalidad; y, c) en tercer lugar, como la conjunción de estas dos funciones, permite hablar de otra, también de gran importancia. La función hermenéutica, como pauta interpretativa de todo el ordenamiento jurídico, tanto en el orden internacional como en el supranacional⁶⁶.

4.10.3. Carácter del derecho a la dignidad

La dignidad para Gómez Hinostraza⁶⁷ es, en primer lugar, la base y la razón de ser de los derechos fundamentales inherentes a la persona. Todos los derechos humanos emanan de este principio, debido a que estos derechos, por decirlo de alguna manera, son requisitos indispensables, medios necesarios para que el ser humano pueda desarrollarse plenamente en sociedad, para que puedan materializar sus determinaciones de vida, realizar su propio destino.

⁶⁴GÓMEZ HINOSTROZA, V (2008). *Eutanasia: entre la vida y la muerte*. Editorial San Marcos. pp. 92.

⁶⁵El orden político, engloba tanto el orden social como el orden jurídico.

⁶⁶En este sentido, ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *Op. Cit.*, págs. 71-72, citando a J. Ruiz Giménez Cortés.

⁶⁷GÓMEZ HINOSTROZA, V (2008). *Eutanasia: entre la vida y la muerte*. Editorial San Marcos. pp. 92-93.

Por lo que, de acuerdo a ello, se podría decir que la dignidad se articula en derechos para exista cabalmente. Siendo que, este derecho se configura como el cimiento de la existencia y desarrollo de los demás derechos existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la dignidad funciona como un fin, tanto para el reconocimiento de los derechos fundamentales, como para la previsión de garantías para la protección del ejercicio de los mismos. El reconocimiento constitucional de determinados derechos y libertades, va encaminado a posibilitar el desarrollo integral de la persona⁶⁸. Así, todos los derechos de la persona y las garantías dadas para protegerlos vienen a constituirse en medios para alcanzar un fin el respeto de la dignidad.

Por último, la dignidad se convierte en un límite. Así, ni el actuar del Estado a través de la dación, interpretación o aplicación de normas legales o bajo cualquier otra forma de actuación, ni la del ciudadano común, puede violentar este principio, por ser él mismo el control jurídico supremo y por excelencia de toda intervención externa en libre desarrollo de la personalidad⁶⁹.

Se tiene entonces, que el derecho a la dignidad goza de un triple carácter (base y razón – fin – límite), que se desprende lógicamente del propio texto constitucional, al hacer referencia en su primer artículo que “la defensa de la persona humana y el *respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*”.

⁶⁸Ídem.

⁶⁹GÓMEZ HINOSTROZA, V (2008). *Eutanasia: entre la vida y la muerte*. Editorial San Marcos. pp. 93.

4.10.4. Valoración del derecho a la dignidad

Para Gómez Hinostroza, la dignidad tal como se encuentra reconocida en nuestra Carta Magna es el principio fundamental del Estado, el de mayor jerarquía, sobre el cual se orienta y se construye toda la organización social y jurídica de la Nación. De esta manera, la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas tienen que realizarse conforme a este principio, de no ser así devendrían en ilegítimas y contrarias a derecho.

En ese sentido, los derechos humanos se constituyen como expresión de la dignidad de la persona, toda vez que en esta se originan, se nutren y se realizan plenamente. El hombre, debido a que tiene dignidad, necesita del reconocimiento y el respeto de sus derechos fundamentales, para que a través de estos pueda desarrollar libremente su personalidad, materializar efectivamente sus determinaciones de vida y buscar su bienestar. Por expresarlo de alguna manera, entre los derechos humanos y la dignidad se da una relación de medios a fin, siendo los derechos de la persona los medios indispensables para alcanzar un fin, el respeto de la dignidad.

Es sobre la base de este principio fundamental que estimamos que el hombre podría legítimamente valorar y determinar el momento y las circunstancias de su propia muerte, ya que la muerte forma parte de la vida del hombre y, por lo tanto, es susceptible de ser proyectada y determinada por el de acuerdo con sus intereses y sentimientos más intensos. En este sentido, Rosal Blasco refiere que es en virtud del reconocimiento jurídico de la dignidad humana que el hombre tiene derecho a disponer de su propia vida.

De esta forma, negarle legalmente al hombre la posibilidad legítima de elegir el momento del fin de su existencia, es recortar y menoscabar su capacidad de valorar su propia vida, lo que devendría en un atentado contra su dignidad. Tal como lo expresa Valle Muñiz, “la inexistencia de un derecho a disponer de la propia vida, implicaría una interpretación del derecho a la vida incompatible con la dignidad, que prohíbe radicalmente la instrumentalización del hombre”.

Levando lo antes comentado al ámbito de la eutanasia, se puede señalar que el Estado, a través del artículo 112 del Código Penal que penaliza la eutanasia, deja de lado por completo la decisión del enfermo incurable ya que no quiere seguir viviendo, reduciéndolo al papel del menor de edad que no puede tomar y asumir sus decisiones más íntimas y personales o, peor aún, al status de las cosas y, en este sentido, afecta la dignidad del enfermo sin esperanza de cura.

De lo antes mencionado, se podría decir entonces que, la dignidad propia del hombre es un valor singular que fácilmente puede reconocerse. Lo podemos descubrir en nosotros o podemos verlo en los demás. Pero ni se puede otorgar ni está en manos de nadie retirarla. Es algo que nos viene dado. Es anterior a nuestra voluntad y reclama por parte de nosotros una actitud proporcionada, adecuada: reconocerlo y aceptarlo como un valor supremo (actitud de respeto).

Este valor singular que es la dignidad humana se presenta como una llamada al respeto incondicionado y absoluto. Un respeto que, como se ha dicho, debe extenderse a todos los que lo poseen: a todos los seres humanos.

4.10.5. Aceptaciones de Dignidad Humana

- **Acepción Religiosa**

Para la iglesia católica, la dignidad de la persona humana está enraizada en su creación a imagen y semejanza de Dios. En ese sentido, el Papa Benedicto XVI afirmó hace unos años que “la dignidad humana es el único capital que merece la pena salvar”⁷⁰.

Según Thomas Williams, es bien conocida la importancia que la doctrina social de la Iglesia da a la persona humana y a su dignidad como fuente de los derechos del hombre. Entre todos los temas tratados por el Concilio Vaticano II, la dignidad de la persona humana ocupó un puesto de singular relieve.

Para el autor en mención, desde el tiempo del Concilio hasta el presente la centralidad de la dignidad del hombre en el pensamiento social de la Iglesia ciertamente no ha disminuido. Más bien se ha hecho aún más patente en los escritos y pronunciamientos del Magisterio y ha quedado plasmada en el Catecismo de la Iglesia Católica como punto de referencia para la ética social y el principio rector del bien común.

Pero la dignidad de la persona no sólo forma el eje de la doctrina social de la Iglesia, sino que también sirve como punto de convergencia entre corrientes de pensamiento muy variadas y así se ofrece como fundamento de la sociedad civil. El concepto de la dignidad de la persona está presente en el preámbulo de las constituciones de varias naciones como presupuesto antropológico del derecho,

⁷⁰La dignidad es el único capital que merece la pena salvar (2010, JUN 12). EFE News Service Retrieved from: <http://search.proquest.com/docview/366935855?accountid=11643>

también en los diversos decretos acerca de los derechos del hombre, y notablemente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

Ahora bien, la pregunta que cabría realizar es ¿de qué se deriva esta excelencia propia del hombre (dignidad) con respecto a las demás criaturas? La respuesta que nos ofrece la teología es que el hombre es la única criatura hecha a imagen y semejanza de Dios. Como Dios, el hombre es inteligente, posee una naturaleza espiritual, es libre y capaz de amar.

Pero esta excelencia por la que el hombre se destaca entre las demás criaturas, aunque se apoya en bases teológicas, también está al alcance de la razón humana. La inteligencia y libertad del hombre le distinguen de los demás seres, y lo elevan a un rango superior. Por esto, la dignidad de la persona no es fruto de cualidades accidentales, sino de la misma naturaleza del hombre como ser racional, capaz de pensar y de amar.

Pese a lo mencionado hasta el momento, estos fundamentos no tienen una relevancia práctica, porque dan por sentado la dignidad de todos los hombres a pesar de que las situaciones actuales degradan la dignidad a algunos seres humanos. Por ello, una mejor definición de dignidad sería la relación entre el ser y el deber ser.

- **Acepción Moral**

Para Michelini, el concepto de dignidad humana es una expresión eminentemente ética. En diversas constituciones latinoamericanas, este concepto aparece expresamente en relación con el respeto absoluto que se le debe a la persona humana.

En el Artículo 1 del "Preámbulo" de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) se afirma que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". En general, el concepto de dignidad humana remite al valor único, insustituible e intransferible de toda persona humana, con independencia de su situación económica y social, de la edad, del sexo, de la religión, etcétera, y al respeto absoluto que ella merece.

Algunos pensadores sostienen que el término dignidad que se trata de un criterio ético fundamental (Reiter, J. 2001; Spaemann, R. 2001), otros se muestran escépticos respecto de los aportes y del alcance ético y jurídico que pueda tener el criterio de la dignidad humana (Irrgang, B. 1995: 90ss.; Neumann, U. 2001). Estas divergencias muestran que cuando se aborda la cuestión de la "dignidad humana", los problemas claves a resolver no son diferentes de los que presentan otros principios y normas éticos.

Por su parte, Kant ha hecho un aporte clave a la conceptualización de la dignidad humana: ha definido, en un sentido negativo, lo que debe ser omitido siempre que se haga referencia al instrumentalizar y ser instrumentalizado, el tratar a los otros seres humanos sólo como medio u objetivarlos hasta convertirlos en una cosa o en una mercancía. La exigencia de tratar a los demás siempre al mismo tiempo como fin y nunca sólo como medio, que es la clave de la comprensión kantiana de la dignidad humana, es una idea que sigue teniendo relevancia filosófica y práctica hasta nuestros días.

Sin embargo, hay diversas cuestiones de las que surgen interpretaciones que exigen hacer también consideraciones positivas respecto del concepto de dignidad

humana, las cuales quedan ejemplificadas cuando se habla, por ejemplo, de exigencias relacionadas con una "vida digna" o una "muerte digna" (Braun, K. 2004, 89s.). La idea de que el fundamento del respeto absoluto que se les debe a las personas radica sin duda alguna en la moralidad.

Parece difícil si no imposible, tematizar adecuadamente la noción de dignidad humana en un sentido moral si se ignora o desconoce, tal como es el caso en el marco de la ética kantiana, según la ética del discurso (Habermas, J. 1985, 2000; Apel, K.O. 1985), el papel fundamental que desempeñan el lenguaje y la intersubjetividad en el ámbito de la ética.

En este sentido, para Martínez Gómez⁷¹, con independencia de las acepciones y matices, el concepto "dignidad" hace alusión a una realidad que trasciende los actos del hombre para referirse a una cualidad intrínseca de la naturaleza humana que es la que lo hace acreedor de un respeto especial. El concepto en cuestión expresa el valor fundamental de la moralidad en el que se sostiene el respeto a la persona humana. Por supuesto, debe tratarse de un valor muy consistente para poder servir de fundamento a todas las áreas de moralidad en que pueda estar inmerso el ser humano.

Según Daniel Sulmasy, los cuatro argumentos morales más utilizados para fundamentar la dignidad son⁷²:

⁷¹Martínez Gómez, J.A.: La dignidad como fundamento del respeto a la persona humana, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, febrero 2010. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/07/jamg2.htm.

⁷²Cfr. SULMASY, Daniel P. "Muerte y dignidad humana", en: Cuadernos del Programa Regional de Bioética, Programa Regional de Bioética para América Latina y el Caribe, OPS/OMS, Julio de 1997, No 4, pp. 156-158

- Valorización Social. De acuerdo a este argumento, la dignidad depende de la valoración social de que es objeto la persona por su aporte al bien común o por el estatus que ha alcanzado en el orden económico, social, político, etc.
- Libertad. La persona es digna por su condición de ser libre, es decir, por su cualidad de poder tomar decisiones y orientar por ellas su conducta, todo lo cual la diferencia de los demás seres carentes de esta cualidad.
- Placer y Dolor. Se podría sostener que la dignidad humana depende de la cantidad de placer y dolor existente en una vida humana.
- El punto de vista subjetivo. Es el de quienes consideran que los individuos son libres de definir la dignidad humana como les parezca.

Hobbes parece haber seguido el primer argumento cuando planteó: “La estimación pública de un hombre, que es valor conferido a él por el Estado, es lo que los hombres comúnmente denominan dignidad”⁷³. Señala SULMASY que el concepto de Hobbes se basa en una argumentación moral poco consistente por cuanto no puede aplicarse a personas que no gozan de buena estima social por no poder aportar algo substancial al bien común a causa de encontrarse cesantes, estar severamente enfermos o lisiados, etc.

De tal modo que, según esta forma de razonar, las personas pierden su dignidad, al estar por ejemplo con una enfermedad terminal y un nivel de vida degradante, lo que se opondría a las concepciones éticas y jurídicas predominantes que reconocen la dignidad a todos los seres humanos sin distinciones ni exclusiones.

⁷³HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*. 5ta edición, Tecnos, Madrid, 2002, Capítulo X, p. 110.

Ahora, tal y como sostiene Martínez Gómez, los dos últimos argumentos descritos por Sulmasy podrían también ser reducidos al segundo, pues en realidad en ellos se tratan aspectos que se tienen en cuenta para fundamentar el derecho a ejercer la libertad. De manera que en el segundo aspecto se podrían hacer dos consideraciones importantes: diferenciar la libertad como facultad ontológica del ejercicio de la libertad.

La filosofía moral de Kant es un referente obligado a la hora de interpretar la dignidad. A pesar de haber sido ampliamente criticados, sus planteamientos sobre este tema siguen siendo paradigmáticos. Según Kant, la autonomía es el “fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”⁷⁴. Por ello considera que la dignidad es la propiedad intrínseca “de un ser racional que no obedece otra ley que aquella que él se da a sí mismo”⁷⁵. La autonomía confiere a los seres racionales un valor en sí, “interno”, en tanto que los independiza del accionar de las leyes naturales. Este hecho valoriza en términos absolutos al ser racional porque lo hace sujeto de la “legislación misma” y no un mero objeto⁷⁶.

Así, en los marcos de la filosofía moral kantiana la posibilidad de la dignidad le viene dada al ser racional por el hecho de formar parte del “reino de los fines” y poder obedecer sus propias leyes. Lo anterior adquiere su expresión más conocida en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, que reza: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin, nunca sólo como medio”⁷⁷. Esta formulación ha sido muy criticada

⁷⁴KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Espasa Calpe, Madrid, 1995, p. 112

⁷⁵Idem.

⁷⁶Ibídem, pp. 113-114.

⁷⁷Ibídem, p. 104.

por su carácter formal. Hegel trató de dotarla de contenido, señalando: “El hombre es fin en sí mismo, por lo divino que hay en él; lo es por eso que hemos llamado desde el principio la razón y, por cuanto ésta es activa en sí y determinante de sí misma, la libertad”⁷⁸.

A tenor de lo anterior, Norbert Hoerster señala que “el principio de la dignidad humana (...) sólo puede ser sensatamente entendido en el sentido que implica proteger las formas legítimas de la autodeterminación humana⁷⁹”, por eso “es inevitable que la aplicación de este principio esté vinculada con un juicio valorativo moral”⁸⁰. Sin embargo, apunta Hoerster, ocurre que “el concepto de la dignidad humana no es de naturaleza puramente normativa”, sino que más bien es descriptivo, es decir, hace referencia a “que la persona es, por naturaleza, un ser en principio, capaz de autodeterminarse”⁸¹. Pero “la cuestión inevitable y decisiva para la aplicación del concepto, es decir, cuales formas de la libre autodeterminación humana son éticamente legítimas (...), es una cuestión que sigue siendo una cuestión de valoración”⁸².

Hay autores que consideran que la concepción de dignidad esbozada peca de reduccionista porque la reduce a un solo un elemento suyo: la libertad, con lo cual se olvida que el respeto a la propia libertad humana se basa en la dignidad intrínseca a todo ser humano. Si basamos la dignidad en la libertad quedarían privados de ella todas las personas que hayan perdido el control sobre algunas de sus funciones o que no

⁷⁸HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, en: *Lecturas sobre historia de la filosofía*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1973, p. 140.

⁷⁹HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, cit., p. 96.

⁸⁰Idem.

⁸¹Ibíd., p. 102.

⁸²Ibíd.

posean la capacidad para elegir, como los recién nacidos, los enfermos mentales graves, los pacientes en coma, incluso las personas que duermen no tendrían dignidad.

Para evitar este tipo de reduccionismo se propone reconocer a la naturaleza humana y no a la libertad como el soporte de la dignidad, porque de lo contrario la dignidad estaría perdiendo su fundamentación ontológica. En tal sentido, Sulmasy considera la siguiente alternativa: “La dignidad humana tiene su fundamento en la propuesta moral de que cada vida humana tiene significado y valor intrínseco. Declarar que la dignidad humana consiste en otra cosa o de alguna característica que algunos tienen y otros no, o que algunos tienen en mayor abundancia que otros, lleva a conclusiones inaceptables”⁸³.

Finalmente, es conveniente entonces precisar que la dignidad es un fundamento ontológico del que no se puede prescindir por ser consustancial a la persona, es por ello, que ha sido adoptada como fundamento de todo el plexo de derechos subjetivos reconocidos al ser humano. Los tratos inhumanos y degradantes, e incluso la esclavitud no privan a los hombres de su dignidad, entendida desde una dimensión individual y no en la esfera intersubjetiva propia de las relaciones sociales que en su vida contraen los diferentes individuos.

- **Acepción Jurídica**

Para iniciar este apartado, es menester referir que la dignidad humana encuentra regulación en nuestra Constitución vigente, al señalar en su artículo 1º que: “la defensa

⁸³SULMASY, D. P., op. cit, p.159

de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”

En este sentido, para Tobar Mesa⁸⁴, la problemática que surge ante la Dignidad para el Derecho no tiene fin. Dado que aún en estos tiempos es imposible dar una definición precisa, única y universalmente válida. Es en virtud de ello, que será tarea trascendental para el jurista moderno establecer si la Dignidad es valor, principio o una mera regla de conducta, pues está consiente que dependerá de ello el mayor o menor número de limitaciones que pueden aplicarse al ejercicio de los Derechos Humanos.

Sólo así podremos establecer de manera fehaciente si la Dignidad es un elemento integrador del sistema jurídico o un mero derecho más dentro del mismo.

Según el autor antes mencionado, la Dignidad Humana resalta por su valor normativo dentro del ordenamiento, postulado que se comprueba a través de su positivización a nivel constitucional y su rol de principio rector dentro del sistema jurídico social vigente. Para reconstruir el ámbito efectivo de garantía del valor constitucional de la Dignidad Humana, se hace necesaria una actividad interpretativa ardua, pues ha de ser apta para coligar y relacionar una pluralidad de disposiciones a ese nivel.

Este evidente nexo entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales - tanto su consagración como garantía- sirve de elemento decisorio a la hora de evaluar un ordenamiento democrático. Por lo que se puede afirmar, que los Derechos Fundamentales del ser humano son un elemento esencial dentro del ordenamiento

⁸⁴TOBAR MESA, K. (2012). La dignidad como base del ordenamiento jurídico. Universidad de Chile.

constitucional, pues pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se sustenta la Constitución de un Estado que se diga democrático⁸⁵.

En tenor de lo señalado, el principio de la dignidad de la persona se configura dentro del sistema jurídico como un “principio rector”, que orienta la actividad normativa y jurisprudencial. Pero no sólo eso, se puede considerar también como una cláusula general para la interpretación de otros derechos, para determinar si una situación subjetiva se considera merecedora de tutela.

Las cláusulas que hacen referencia a la Dignidad Humana asumen también una *función de unificación*⁸⁶, configurando un bloque de derechos reconocidos constitucionalmente en torno a la noción de persona; reconstruyendo así un concepto unitario de esta.

Ahora bien, se podría citar un ejemplo muy cercano para nosotros como latinoamericanos, como el veredicto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁷, órgano judicial autónomo que tiene su sede en San José de Costa Rica, cuyo propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos.

⁸⁵COTTA, Sergio, ¿Qué es derecho?, Ediciones Rialp S.A. Tercera Edición. Madrid 2000, pp.35.

⁸⁶Para lograr la unidad dentro del sistema de Derechos Fundamentales de la persona teniendo como base a la Dignidad Humana de la cual son inherentes, se debe concebir a ésta como un bien poseído por todos y cada uno de los miembros de la comunidad, por el solo hecho de ser persona, no importando su posición social, situación o comportamiento.

⁸⁷Al respecto en uno de sus veredictos pronunció lo siguiente: “La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, ‘la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente” (Corte IDH, Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988, párr. 165).

De acuerdo a lo referido por Montano⁸⁸, no se debe olvidar que la Dignidad humana se realiza, sobre todo, a través del reconocimiento de la autonomía de la persona y la autodeterminación del Derecho, es decir, la concepción del individuo como un ser racional y libre por sobre todo, que es absolutamente capaz de proyectarse y optar por la vida que desee responsablemente, sin injerencia del Estado o de terceros.

La Dignidad humana constituye la base de Derechos reconocidos como Fundamentales en la Constitución, lo que implica que no se sitúan en el mismo plano. De aquí se deduce que la Dignidad representa un valor absoluto, que no puede ser condicionado, mientras que los segundos (derechos fundamentales reconocidos por la Constitución) son limitables, regulables y en algunas ocasiones incluso pueden también ser temporalmente suprimidos según las prescripciones que establezca la constitución. Por lo tanto, este principio, constituye un límite que el ejercicio de cualquier derecho subjetivo, no podrá afectar.

La Dignidad humana se devela como criterio de ponderación en caso de conflicto entre varios derechos y bienes constitucionalmente protegidos, tanto para el legislador como para el juez, fijando criterios de discrecionalidad tanto procedimentales como sustanciales, lo que se traduce en la exigencia que dichas limitaciones sólo pueden ser acordes a un procedimiento que asegure que las garantías básicas del Debido Proceso, bajo una interpretación restrictiva de éstas⁸⁹.

⁸⁸MONTANO, P. La dignidad humana como bien jurídico tutelado. Universidad de la República-Uruguay.

⁸⁹TOBAR MESA, K. (2012). La dignidad como base del ordenamiento jurídico. Universidad de Chile.

Por lo que siendo ello así, la Justicia Constitucional se ha convertido entonces, en un elemento esencial para la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales, evitando que su reconocimiento se reduzca a una declaración ilusoria.

Por otro lado, el Estado tendrá por una parte el deber de reconocer en nombre de la dignidad humana, la calidad de sujeto de derecho del hombre, es decir, su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Es a través de este reconocimiento de la personalidad jurídica que en definitiva el Estado configura su primer deber para con el individuo:

“Hay un derecho absolutamente fundamental para con el hombre, base y condición de todos los demás, el derecho de ser siempre reconocido como persona humana”⁹⁰.

Por último, en el sentido más amplio se puede argumentar que la dignidad humana constituye la base de los derechos humanos y el límite último de la acción estatal. Y, llevándolo al campo de la eutanasia, se entiende que todos los derechos deben estar acordes con este principio fundamental, ya que prima y sirve de basamento para los demás derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida. La dignidad humana

⁹⁰LA NOCION JURIDICA DE LA PERSONA, cit.,pp. 20 y 44. Y en pp. 45 y ss.,concluye: “ el orden jurídico debe reconocer a los hombres la personalidad jurídica pero amplificando este concepto de suerte que comprenda tanto la capacidad jurídica como la capacidad (pública y privada) de obrar, pues la capacidad jurídica no es más que un minimun de personalidad jurídica, lo cual para ser completo debe también comprender la capacidad de obrar en eficacia jurídica” y “el orden jurídico debe atribuir al hombre, conforme a su naturaleza, ciertas libertades y ciertos derechos aun frente al Estado y la comunidad política; los llamados derechos humanos, que protegen la libertad humana y su desenvolvimiento en relaciones determinadas que corresponden a las propiedades naturales del hombre”. “Estas exigencias tienen el mismo fundamento: l dignidad ética del hombre, que se impone con fuerza obligatoria invencible”. CASTAN TOBEÑAS, en Los derechos del hombre, cit., p. 41, dice que el derecho del hombre verdaderamente primero y básico “es el derecho a que sea reconocida y protegida su personalidad”, pues todos los demás derivan de él.

constituye entonces, para todos, una nueva relación ciudadano-Estado, que implica el respeto de una serie de garantías como el respetar la decisión de un paciente que desea poner fin a su vida, y poder gozar de una muerte digna.

- **Acepción Bioética**

La noción de “dignidad humana” hace referencia al “respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer” (Bayertz, p. 824). Según la conocida expresión kantiana, la dignidad es “algo que se ubica por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente”; mientras las cosas tienen “precio”, las personas tienen “dignidad” (Kant, p. 189). En otras palabras, la dignidad, como prerrogativa característica de las personas, es un valor absoluto que escapa por tanto a todo cálculo utilitarista de costos-beneficios.

En el campo específico de la bioética, la exigencia de respeto de la dignidad humana asume en forma creciente un rol clave, que estructura y da su sentido último a todos los demás principios que gobiernan las actividades biomédicas. Por ello, algunos expertos no dudan en calificarla de “principio matriz” de las normas bioéticas y biojurídicas (Lenoir y Mathieu, p.16).

Sin embargo, para Andorno (2008)⁹¹ este carácter omnicomprensivo y general de la noción de dignidad constituye también su punto débil, porque torna mucho más difícil, sino imposible, la tarea de definirla con precisión. Esto genera a menudo la

⁹¹ANDORNO, Roberto, “La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal”, en: Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez (coord.), La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, Granada, Comares, 2006, pp. 253-270.

crítica de que estaríamos ante una noción puramente retórica y vacía de contenido. Al mismo tiempo, esta aparente vaguedad del concepto da lugar a que en ocasiones se lo utilice con significaciones diversas y hasta opuestas, como ocurre, por ejemplo, en el debate sobre la eutanasia, ya que tanto quienes critican como quienes apoyan esta práctica acuden a la noción de dignidad humana.

¿Cómo se explica el recurso insistente a la dignidad humana en las normas bioéticas y biojurídicas? La primera razón es que las actividades biomédicas están en relación directa con las prerrogativas más fundamentales de la persona humana, tales como el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica. Es lógico, entonces, que el principio de dignidad humana, que es la fuente de la que emergen todos los derechos, se invoque como una justificación última de toda regulación normativa en la materia.

Por este motivo, los instrumentos internacionales de bioética acuden a la noción de dignidad humana con la esperanza de que ésta pueda proveer un último argumento para prevenir un abuso de los poderes biotecnológicos desmesurados que el ser humano está adquiriendo sobre la propia especie.

La noción de dignidad humana admite dos acepciones: una, referida al valor intrínseco de cada individuo (dignidad en sentido estricto), y otra, que se aplica al valor de la humanidad como tal (dignidad en sentido amplio) (Birnbacher, pp. 114-115). Esta segunda noción de dignidad, que es una versión derivada de la primera, se apoya en la idea de que, si cada ser humano posee un valor intrínseco, es razonable sostener que el género al cual todos pertenecen (la humanidad) también posee un valor inherente y en consecuencia merece ser protegida.

En este sentido, es interesante recordar que las dos únicas normas de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997 que califican prácticas concretas como “contrarias a la dignidad humana” emplean la noción de dignidad humana en este sentido amplio. Se trata de los artículos 11⁹² y 24⁹³, que condenan, respectivamente, la clonación de seres humanos con fines de reproducción, y las intervenciones en la línea germinal humana.

Desde luego, según Roberto Andorno⁹⁴ hay que reconocer que la noción de dignidad, por su carácter tan general, es normalmente incapaz de brindar por sí sola, soluciones concretas a los complejos dilemas planteados por las actividades clínicas y de investigación médica. La dignidad no es una palabra mágica que basta invocar para encontrar una respuesta definitiva y unívoca a tales interrogantes. Esto explica por qué la idea de dignidad necesita habitualmente recurrir a instrumentos jurídicos más precisos, tales como los derechos, para resultar operativa. En efecto, en el ámbito biomédico, a fin de asegurar el respeto de las personas, se recurre a nociones tales como “consentimiento informado”, “confidencialidad”, “integridad física”, “no discriminación”, “acceso a los servicios de salud”, etc. que se expresan con la terminología de los “derechos”.

⁹²Artículo 11. No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.

⁹³Artículo 24. El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a profundizar el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo los grupos vulnerables. Presentará, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la UNESCO, recomendaciones a la Conferencia General y prestará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, en particular por lo que se refiere a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en la línea germinal.

⁹⁴Idem

Pero este recurso inevitable a los derechos no torna de ningún modo superflua la idea de “dignidad”. No sólo porque ella es en definitiva la que justifica la existencia misma de los derechos, que de otro modo se apoyarían en el vacío, sino también porque ella guía desde su elevada posición la formulación y la aplicación de las diversas normas que entran en juego en el ámbito biomédico.

El reconocimiento de la dignidad humana, es decir, del valor intrínseco de todo ser humano, constituye el principio eminente de la bioética. Los instrumentos internacionales sobre la materia, especialmente los adoptados por la UNESCO y el Consejo de Europa, son explícitos en tal sentido. Este énfasis en la dignidad humana quiere significar que, en última instancia, la exigencia de respeto incondicional de la persona debe iluminar y dar su sentido más profundo a todas las actividades biomédicas, tanto las realizadas con fines clínicos como de investigación. Las ciencias biomédicas no tienen, después de todo, otro fin que el de ponerse al servicio de la persona humana, es decir, de contribuir a su bienestar físico y psíquico. No es el hombre el que está hecho para servir a la medicina, sino que es la medicina la que está hecha para servir al hombre. Es precisamente ésta la idea fundamental que la noción de dignidad humana quiere recordarnos en el campo de la bioética y del bioderecho⁹⁵.

Ahora, tal y como lo manifiesta Andorno⁹⁶, la idea de dignidad no es un mero principio entre otros, sino que constituye el punto de referencia decisivo para entender la actividad médica en general y, en definitiva, todas las instituciones sociales, jurídicas y políticas. El concepto de dignidad opera como el necesario telón de fondo,

⁹⁵Ibidem.

⁹⁶ANDORNO, Roberto (2005). “Principios Bioéticos, dignidad y autonomía”, pp. 12-13.

no sólo de cada decisión biomédica concreta, sino de la teoría bioética como un todo. Si respetamos la autonomía de los pacientes, es porque son "sujetos" y no "objetos", es decir, precisamente porque poseen dignidad. Si protegemos de un modo especial a los seres humanos más vulnerables es porque, más allá de sus deficiencias físicas o psíquicas, poseen, en cuanto seres humanos, un valor intrínseco, es decir, una dignidad. Si cuidamos la integridad física de las personas es porque sus cuerpos no son meramente cosas, sobre las que tienen un derecho de propiedad, sino que son las personas mismas, y las personas poseen dignidad. En fin, sin la idea de dignidad, ni el respeto de la autonomía, ni la protección de los más débiles, ni la salvaguarda de la integridad personal encuentran justificación.

Esta preeminencia que concedemos a la dignidad humana en el campo de la bioética está en consonancia con la idea comúnmente admitida de que la dignidad representa un valor absoluto, mientras que los demás valores humanos, incluso los más importantes, son en alguna medida relativos y admiten excepciones. Esto significa que nunca y bajo ninguna circunstancia podemos hacer sufrir un tratamiento indigno a una persona. La dignidad es un principio incondicional. El filósofo del derecho Ronald Dworkin, utilizando la terminología jurídica, reconoce explícitamente que el derecho a la dignidad es mucho más básico y urgente que, por ejemplo, el derecho a la beneficencia, ya que este último sólo funciona en la medida en que existan los recursos disponibles para el mejor tratamiento de la persona (nosotros diríamos, del paciente)⁹⁷.

⁹⁷Dworkin, Ronald, *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York, Vintage, 1994, p. 233.

Por ello es que aun cuando la dignidad posea una significación muy amplia, este principio ilumina, o mejor dicho debe iluminar, cada decisión concreta en la labor de los profesionales de la salud. En todos los casos la idea de dignidad humana juega un rol paradigmático, revelando el sentido último de la actividad biomédica.

4.11.6. El Derecho a la Dignidad y el libre desarrollo de la personalidad

La dignidad de la persona es el primero de los derechos y se encuentra regulada por nuestra Constitución de 1993. Para acotar los problemas que entraña este concepto respecto a la temática planteada, es pertinente traer el pensamiento de Torres del Moral⁹⁸, en lo que concierne al mayor «contenido axiológico» de la constitucionalización de la dignidad, si se compara con otros valores superiores del ordenamiento jurídico, como es el caso, para este autor, del pluralismo político, lo que implicaría su configuración como un valor supra-superior.

- **Basamento ideológico constitucional**

En el derecho constitucional latinoamericano la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional está presente en la mayoría de las Cartas Fundamentales⁹⁹.

⁹⁸TORRES DEL MORAL, A., «Valores y principios constitucionales», Revista de derecho político, 36, 1992, pp. 17-26.

⁹⁹ Esta posición es extendida en América Latina, pudiendo establecerse como ejemplo la Constitución de Brasil de 1988, artículo 1º señala que la República Federal de Brasil tiene como fundamentos...III la dignidad de la persona humana"; la Constitución de Colombia de 1991, artículo 1º, prescribe "Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general"; la Constitución Chilena, en su artículo 1º determina: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos"; la Constitución Peruana de 1993, en su artículo 1º, señala "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado"; la Constitución de Honduras de 1982, artículo 5º, precisa: "la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla"; la Constitución de Guatemala de 1985 establece en su artículo 1º "Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común"

La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico nacional e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico, al ser inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos¹⁰⁰.

Por su parte, Nogueira Alcalá (2012), sostiene que la dignidad personal constituye un valor supraconstitucional y supraestatal, toda vez que siendo consustancial al ser humano, la Constitución y el Derecho sólo la reconocen, pero no la crean, del mismo modo que ocurre con los derechos fundamentales que son su consecuencia. La dignidad personal, exige que el aparato del Estado, esté a su servicio, y no al revés.

Ahora bien, tal y como afirma Lozano (2011), el artículo primero de la Constitución peruana actual, contiene una declaración general respecto al derecho dignidad que, en términos jurídicos, se convierte en un principio general del derecho, es decir, en un medio de interpretación sistemática para el conjunto del texto constitucional, así como sobre otras normas de menor jerarquía. De igual forma sirve, para la integración de soluciones hermenéuticas.

En este sentido, el autor antes mencionado hace referencia a dos ideas centrales de esta concepción:

¹⁰⁰ González Pérez, J. La dignidad de la persona. Ed. Civitas. Madrid, 1986. p. 25.

- a. La persona se realiza dentro de la sociedad. Es decir, pertenece a una definición que por su propia naturaleza la hace social.
- b. La persona humana es el valor supremo de la sociedad y del Estado, tanto en lo que refiere a su defensa, cómo en el respeto de su dignidad. Es por tanto el referente concreto de la acción del Estado y de la sociedad.

Al respecto, se puede sostener que el artículo en comentario (artículo 1º) es un principio de interpretación, que sirve como criterio para iluminar el significado de las demás normas de la constitución, particularmente, de los derechos constitucionales cuando ello es necesario. Igualmente, el artículo es un principio que sirve para hacer hermenéutica; es decir, que en ausencia o deficiencia de normas, puede ser un elemento para extraer normas a partir de procedimientos de integración jurídica¹⁰¹.

Es así que, la declaración de este artículo primero posee una vital importancia en la delimitación del marco conceptual de toda la constitución, precisión de sus alcances y ubicación de los contenidos orientadores para su interpretación.¹⁰²

Entonces, se podría decir que la dignidad de la persona se configura como un valor supremo y principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y, asimismo, es fuente de todos los derechos fundamentales.

¹⁰¹Lozano, J. (2011). *La eutanasia: tema de siempre*. Lima. pp. 37.

¹⁰²Ver, BERNALES BALLESTEROS, Enrique; “*La Constitución de 1993*”. *Análisis Comparado*, Lima-Perú 1997, pp.108, 109.

Para concluir, Nogueira Alcalá (2012), se manifiesta respecto a la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

El autor en mención sostiene que la afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o inválido de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

- **Libre desarrollo de la personalidad**

Antes de continuar, se debe recordar que “no existe una clara definición de libre desarrollo de la personalidad, especialmente una definición jurídica, ya que en el concepto personalidad confluyen factores extrajurídicos, tanto psicológicos como éticos”¹⁰³.

¹⁰³MARRADES. Op.cit. Pág. 83.

Para iniciar una aproximación al concepto del libre desarrollo de la personalidad, es menester puntualizar que es en Alemania donde se acuña por primera vez en el derecho constitucional comparado este concepto, concretamente como derecho fundamental autónomo. Específicamente está en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, en su artículo 2.1 estableciendo:

“Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.

Asimismo, es en este país donde se inicia su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, siendo actualmente, el país más desarrollado en la materia y por tanto referencia obligatoria. En este sentido, la primera aplicación de este derecho fundamental se dio en 1957 con el caso Elfes¹⁰⁴. En él se define y desarrolla jurisprudencialmente por primera vez, el derecho a "desarrollar libremente la personalidad" como libertad principal o "libertad general de acción" estableciendo que este derecho es el ámbito último intangible de la libertad humana y que la garantía de la libertad general de acción, se presenta como una extensión de la protección más allá de este ámbito, amparándose de este modo todas las libertades y derechos fundamentales de la persona humana, estén o no enumeradas en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales¹⁰⁵.

En un primer intento de conceptualización, por libre desarrollo de la personalidad, se puede entender como aquél derecho que posee todo ser humano de desarrollarse,

¹⁰⁴Tribunal Constitucional de Alemania, BVerfGE 6, 32, 16 de enero de 1957.

¹⁰⁵Villalobos Badilla, K. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*. San Ramón. pp.77.

autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones¹⁰⁶.

En esa línea, se tiene también lo manifestado por Lozano (2011) quien manifiesta que el libre desarrollo de la personalidad consiste en el desenvolvimiento de sus potencialidades, de manera que logre su realización en el mundo. La realización de la persona puede ser definida como el desarrollo de vida en que el ser humano está en condiciones y alcanza los objetivos que se fija en función de sus capacidades y de su esfuerzo.¹⁰⁷ El libre desarrollo de la personalidad es una emanación de la dignidad de la persona; por él el individuo puede desarrollar estos valores en la comunidad. Añade, por tanto, un componente dinámico a la dignidad.

Ahora, respecto al bien jurídico tutelado del libre desarrollo de la personalidad, Kant afirma que: "Aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad"¹⁰⁸. Este valor intrínseco, supremo del ser humano, es el fundamento y punto de justificación de los derechos humanos fundamentales y es reconocido universalmente¹⁰⁹ a todo ser humano sin distinción alguna.

¹⁰⁶VILLALOBOS BADILLA, K. (2012) —El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la educación. En: Obra colectiva. Simposio 2009: La población joven de Costa Rica a partir de la I Encuesta Nacional de Juventud: Ponencias y Memoria, San José Costa Rica, CNPPPJ-UNFPA, 2011. Pág. 141.

¹⁰⁷Ver, BERNALES BALLESTEROS, Enrique; "*La Constitución de 1993". Análisis Comparado*, Lima-Perú 1997, pp. 116.

¹⁰⁸(Immanuel) KANT. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Madrid, Editorial Encuentro, 2003, Pág. 74

¹⁰⁹—...la dignidad humana se considera algo intrínseco a los seres humanos, un valor universal, fuente derechos iguales e inalienables. Cada persona tiene un valor especial y superior, y en eso consiste su dignidad. La dignidad es un valor compartido por y entre todas las personas. La reafirmación de la fe en los derechos fundamentales del hombre es una derivación de la aceptación incondicionada de ese valor. FERNÁNDEZ GARCÍA. Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita, Madrid, Editorial Dykinson, 2001. Pág. 58

La dignidad humana, como fundamento axiológico de los derechos humanos y cuya realización resulta en el objetivo de los ordenamientos jurídicos, se materializa jurídicamente y se ejerce por los individuos a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, como aquel derecho que protege el valor de la dignidad humana. Se da conjuntamente con los derechos humanos fundamentales que resultan inherentes e indispensables a la misma condición de ser persona humana.

Es en este sentido que tal y como lo afirma Villalobos Badilla (2011), la dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales.¹¹⁰

Igualmente, la doctrina, reconoce el libre desarrollo de la personalidad como una clara materialización jurídica de la dignidad humana. Así lo ha expresado Miguel Martínez al considerar que la dignidad es la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad -independientemente del momento y por encima de circunstancias en que se desenvuelve su vida- que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes¹¹¹.

¹¹⁰(Humberto) NOGUEIRA ALCALÁ. —Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. En: Revista Estudios constitucionales, Santiago de Chile, vol. 7, N° 2, 2009, Pág. 145.

¹¹¹(Miguel Angel) ALEGRE MARTÍNEZ. La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español, España, Editorial Universidad de León, 1996. Pág. 29-30

MAUNZ-DÜRING-HERZOG, citado por BERDUGO, afirma que: “en el sistema de valores de la constitución el contenido material de la dignidad de la persona consiste ante todo en el libre desarrollo de la personalidad. Una elemental reflexión sobre las relaciones sociales lleva a sostener, que un sistema que repose sobre estas bases requiere, como condición previa de su evolución, que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad sean reconocidos tanto por el Estado como por los restantes integrantes de la comunidad. La vida social parte de la existencia de unas relaciones mutuas de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad; a través de ellas se condiciona la vida en comunidad y la propia colocación del hombre dentro de un determinado grupo social. El reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad son por lo tanto presupuestos de la participación en un sistema social”.¹¹²

De manera que acorde con lo comentado, el valor jurídico tutelado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la dignidad humana en su sentido más amplio, y simultáneamente, este derecho humano, es la manifestación más concreta de esta dignidad. Los derechos fundamentales representan la concreción de distintas necesidades fundamentales para la dignidad y la personalidad humana, y el objetivo de todos de estos derechos en su conjunto, no es más que habilitar y proteger al ser humano en la realización de las diversas facetas de su personalidad.

¹¹²Ver, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Temas de Derecho Penal*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima-Perú, 1993, pp. 258.

4.11. El Derecho a morir con dignidad

“Una de las demandas de nuestro tiempo es morir en buenas condiciones”, afirma Ronald Dworkin; es decir, con dignidad. Prohibirlo, implica en la práctica la expropiación de una de las libertades más básicas de la persona, la soberanía de su cuerpo, de su existencia, que en definitiva es lo único que realmente es suyo. Ponerle fin a nuestra vida, es parte de nuestro derecho a vivir, una radical expresión de la autodeterminación de la persona, su verdadera y definitiva última voluntad. (Rev. Gaceta Jurídica, 2015)

La idea que el hombre tiene del "derecho a morir con dignidad" ha dominado el debate bioético contemporáneo relacionado con el final de la vida humana. Muchos de los autores que abogan por el derecho a una "muerte digna", entienden que éste incluye el derecho a disponer de la propia vida mediante la eutanasia o el suicidio médicamente asistido, basándose para ello en el respeto a la libertad individual o autonomía del paciente.

Se afirma, así, que nadie tendría derecho a imponer la obligación de seguir viviendo a una persona que, en razón de un sufrimiento extremo, ya no lo desea. De acuerdo con esta línea de pensamiento, en situaciones verdaderamente extremas, la eutanasia y la asistencia al suicidio representarían actos de compasión (beneficencia). La fuerza de esta línea de argumentación aumenta, en la medida en que el contacto con pacientes en situaciones límite nos lleva a comprender la problemática existencial que subyace a las solicitudes de eutanasia y asistencia al suicidio¹¹³.

¹¹³Taboada, P (2000). El derecho a morir con dignidad. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100007.

4.11.1. Libertad para morir

Para Lozano (2011)¹¹⁴, la afirmación que la vida es un derecho dependiente de la voluntad de su titular no significa que no exista una valorización positiva de aquella con independencia de ésta. El ordenamiento constitucional no es neutral: la vida es un valor, la muerte no. Por ello, no solo es lógico sino absolutamente consustancial a los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, que el derecho no sea neutral ante la vida o la muerte, y que prevea medidas que atiendan a que el ciudadano que se encuentre en cualquier situación desee la continuidad de su vida. Y solo cuando pueda asegurarse su voluntad contraria, eleve la tutela que la dispensa. Así, y solo así, estará otorgando al ser humano el trato que su dignidad merece.

En este orden de consideraciones, la relevancia jurídico-penal de la voluntad exige que esta deba ser emitida, con carácter general, por persona libre y totalmente responsable, de manera expresa, fehaciente y actual, y ante la presencia de, al menos, dos testigos que, en ningún caso, puedan ser beneficiados de la muerte o continuidad de la vida.

En cualquier caso, la exaltación de la persona y la libertad como eje central comporta la intervención estatal limitando todo aquello que no tenga trascendencia ante los demás. Dicho de otra forma: supone la limitación de la facultad de prohibir solo aquellos aspectos de la conducta humana que sean trascendentes, que afecten a los demás ciudadanos; lo que tiene una gran importancia en el ámbito del Derecho Penal¹¹⁵.

¹¹⁴Lozano, J. (2011). *“La eutanasia: tema de siempre”*. Perú. Pp. 80.

¹¹⁵Ídem.

4.11.2. El principio de la autonomía de la voluntad y principio de daño

Los mencionados principios en cuestión, son tal vez los más importantes de los cuantos que conforman el ethos político y constitucional de las sociedades liberales contemporáneas, es decir, de aquellas en las que vivimos los hombres occidentales de fin de siglo XX y comienzos del XXI.

La corrección ética de la eutanasia y la necesidad de configurarla como un derecho constitucional o, al menos, de excluir su incriminación, suele defenderse actualmente a través de una afirmación expresa del principio de autonomía individual, en concordancia con el derecho a la dignidad. De tal modo que este principio constituye pues, el gran argumento a favor de la eutanasia, aunque deberá ser completado para justificarla también en aquellos casos que no permiten apelar únicamente a dicha autonomía, por la situación del sujeto. En tales supuestos, al principio de autonomía se le suele añadir la necesidad o conveniencia de evitar el sufrimiento a personas que no pueden tomar la decisión de poner fin a su vida, ni pedir que otros lo hagan por ellas¹¹⁶.

A su vez, algunos autores hacen referencia sobre la necesidad de respetar la autonomía de las personas, ofreciendo ello como la razón más radical para rechazar cualquier legislación que penalice la eutanasia libremente aceptada. PETER SINGER habla expresamente del principio de autonomía, y del respeto de libertad individual y

¹¹⁶Ibidem.

a las preferencias. Defiende además que la racionalidad siempre está presente en la propia decisión de dar fin a la propia vida cuando el sujeto tiene motivos. R. DWORKIN, por su parte, centra su tratamiento del tema en la noción de intereses para concluir a partir del principio de autonomía, que no puede imponerse norma alguna sobre dichos intereses.

En este sentido, respecto del papel central que desempeña el llamado principio de daño: se sigue no solo que nadie puede disponer de la vida de un individuo sin su consentimiento, sino también que el individuo mismo tiene un dominio absoluto e irrestricto sobre su propia vida, hasta el extremo de poder quitársela, de modo que su derecho sobre ella incluye también la capacidad de decidir acerca del momento en que deba terminar. La vida no posee un valor por encima de la propia voluntad del sujeto; o, lo que es igual, no está justificado imponer a nadie el deber jurídico, inexcusable e independiente de la propia voluntad, de conservar su propia vida.

De lo expresado hasta el momento, se puede colegir que el argumento basado en el sufrimiento humano es innecesario desde el punto de vista del principio de autonomía y del principio de daño, ya que este último para ser formulado, requiere de una serie de juicios sustantivos sobre el bien humano que tienen una justificación difícil en el interior de una ética como la configurada por el principio de daño. Sin embargo, para poner fin a la discusión basta saber que, mediante la práctica eutanásica, no se estaría causando perjuicios a terceras personas, o de un derecho de tercero que tenga el peso suficiente como para contrarrestar la fuerza de la autonomía individual.

En el seno de la cultura jurídica actualmente se reconoce y afirma la existencia de derechos irrenunciables, por lo que surge la exigencia de justificar que la vida no forma

parte de esa categoría de derechos. Desde esos supuestos parece obvio que la práctica eutanásica es inobjetable. Una sociedad liberal no deberá, por tanto, penalizar la eutanasia, al menos de decidirla libre y voluntariamente por el sujeto.

4.11.3. Derecho a morir dignamente

Una vida digna requiere una muerte digna y el ordenamiento jurídico está llamado a concretar y proteger este ideal de la muerte digna. Siguiendo las Recomendaciones del Consejo de Europa, puede afirmarse que existe un consenso ético y jurídico bastante consolidado en torno a algunos de los contenidos y derechos del ideal de la buena muerte, como el derecho de los pacientes a recibir cuidados paliativos integrales de alta calidad¹¹⁷.

Para Méndez Baiges¹¹⁸, en el modo tecnológico de morir, el proceso de morir puede ser visto como un acontecimiento donde los diversos participantes -el moribundo, sus allegados, los médicos- se encuentran dentro de una red de relaciones en la cual las normas jurídicas señalan obligaciones y derechos específicos. Y es que, puesto que es innegable que en un proceso de morir hay una serie de decisiones que tomar -decisiones de tratar o de no tratar, de proseguir o de interrumpir un tratamiento, etc.-, está claro que la ley puede establecer cuáles de entre esas decisiones pueden tomarse y cuáles no, y qué número de entre las decisiones que pueden tomarse corresponde tomar al que muere y cuál a otros participantes.

¹¹⁷Recomendación 779 (1976) sobre los derechos de los enfermos y de los moribundos, de 29-01-1976, artículo 7 y Recomendación 1418 (1999) sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos incurables y de los moribundos, de 25-06-1.999, artículo 9.

¹¹⁸ MÉNDEZ BAIGES, V. Sobre morir: Eutanasia, Derechos, Razones. Editorial Trotta. pp. 51-53.

De este modo, el autor antes mencionado, define al derecho a morir con dignidad, como un derecho reconocido legalmente a los individuos para que puedan tomar por sí mismos algunas de las decisiones relativas a ciertos asuntos que atañen a su propia muerte. Ese derecho se constituye, como un conjunto de facultades que garantizan un ámbito de decisión propio a los individuos en lo que se refiere a su proceso de morir y que permite por lo tanto a éstos gobernar sin injerencias una parte, de su muerte.

El objetivo del derecho, en consecuencia, es el de evitar que la participación de la persona en su propia muerte sea la de un objeto pasivo en manos de la familia, logrando por el contrario que esa participación sea la de un ciudadano al que han de serle respetados sus intereses y sus valores más básicos durante ese proceso de morir.

Por otro lado, Pániker¹¹⁹ señala al respecto, que el morir con dignidad es un derecho que se inscribe en el contexto de una sociedad secularizada que no cree ya que el sufrimiento innecesario tenga ningún sentido. El núcleo de la cuestión es que cada cual pueda decidir por sí mismo, desde su plena capacidad jurídica o, en su defecto, a través de un previo testamento vital, cuándo quiere, y cuándo no quiere, seguir viviendo. El derecho a morir dignamente se inscribe entonces, en el ámbito de los derechos relacionados con la autodeterminación.

Lo cierto es que, establecer un derecho a morir dignamente, implicaría garantizar legalmente que el que muere pueda tomar ciertas decisiones relevantes sobre su propia muerte y que esas decisiones suyas sean respetadas por todos lo que se relacionan con su proceso de morir.

¹¹⁹PÁNIKER, S. (2001). El derecho a morir con dignidad. Universidad de Barcelona.

Este derecho en realidad, no es nada nuevo, antiguas culturas ya lo practicaban. La idea de muerte digna está en el ser humano y lo ha acompañado desde siempre. Cuando la vida ha perdido toda esperanza, cuando todo lo que nos espera es dolor y sufrimiento, nuestro último reducto es una muerte digna. Una persona en ese estado, no necesita tutores éticos ni religiosos, ni mucho menos normas legales que le priven del acceso a este derecho.

4.11.4. El derecho a morir y su justificación

El establecer un derecho a morir, supone declarar legalmente la facultad de las personas para disponer de la propia vida en ciertas circunstancias; asimismo supone considerar determinadas actuaciones de terceros - ajustadas a Derecho - que ponen fin de forma directa a una vida humana; supone incluso que hay quien puede exigir legalmente ciertas actuaciones a otros para que acaben con su propia vida¹²⁰.

Para una parte de los partidarios de la proclamación legal del derecho a morir, la justificación radica en la necesidad de respetar el valor de la autonomía de la persona. Para ellos, el derecho a determinar la propia muerte puede encontrar una fácil explicación dentro de la teoría que establece que la autonomía de las personas en base al derecho de la dignidad, es uno de los valores, si no el principal, entre aquellos que debe garantizar el ordenamiento jurídico. En una sociedad liberal que respeta esa autonomía, la vida de cada uno es en primer lugar de quien la vive, y no puede obligar a nadie a mantenerse en vida contra su voluntad apelando a los Intereses ajenos, a intereses del Estado o de otras personas o grupos.

¹²⁰MÉNDEZ BAIGES, V. Sobre morir: Eutanasia, Derechos, Razones. Editorial Trotta. pp. 105.

Ahora bien, si la Constitución Política del Perú establece en su artículo 1º que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”, ¿hasta qué punto el Estado debe cautelar el derecho de una persona a terminar su vida con dignidad? Sin duda, se trata de una discusión que, inevitablemente, excede el ámbito jurídico y está impregnada de consideraciones científicas, éticas y religiosas. Sin embargo, es cierto que todo derecho fundamental tiene que estar basado directamente con el derecho a la dignidad de la persona, y así garantizar otros derechos que se derivan de éste.

De este modo, se puede decir que la muerte digna es un derecho fundamental, precisamente porque ampara y protege la dignidad de la persona en un momento postrero. Ello se afirma, toda vez que, de nuestra propia Constitución, se puede observar que inicia, no con el derecho a la vida, sino por el contrario, con la defensa de la persona haciendo énfasis en su derecho a la dignidad; y sobre esta última es que se debe desarrollar, entender y aplicar todo el ordenamiento legal.

Sin duda, se trata de un derecho complejo, pues la vida es el pre requisito del goce de todos los derechos, de ahí que proviene el interminable debate y la aparente contradicción de la propuesta. No es gratuito, que la Constitución se inicie con la defensa de la persona humana y su dignidad, y no con el derecho a la vida; paradigma que debe servir como parámetro de toda interpretación y desarrollo normativo.

4.12. Neoconstitucionalismo

Para Moller (2007), al tratar del neoconstitucionalismo, el primer punto que se presenta relevante es el de su consideración terminológica. En la doctrina son muchas las formas que se presentan para determinar este movimiento jurídico surgido en la posguerra, el cual

constituye un cambio de paradigma respecto a la práctica jurídica, principalmente en el sentido de establecer un reequilibrio entre los poderes estatales y cimentar parámetros materiales o valorativos en la cumbre de los ordenamientos jurídicos.

Siempre ha sido el fundamento principal del constitucionalismo moderno, la preocupación por la limitación del poder. Desde su creación, la noción de constitución como fundamento del Estado ha tenido por finalidad servir de instrumento de garantía de la libertad. La constitución, al mismo tiempo en que crea y atribuye competencia a las instituciones y al poder estatal puede también limitar tal poder. Ejerce, por lo tanto, de un lado una función de legitimar el poder que es delegado por su titular, el pueblo soberano, y al mismo tiempo impide su utilización abusiva.

El neoconstitucionalismo, ya no comparte con la teoría moderna el culto a la ley, el cuál fue irrecuperablemente abalado delante de la manipulación de la voluntad de las mayorías por los regímenes totalitarios característicos de la mitad del siglo XX. En razón de la falta de confianza en la ley como instrumento apto a garantizar la libertad y limitar el poder, el neoconstitucionalismo se presenta proponiendo una relectura de la constitución como instrumento normativo limitador de la propia ley y considera la actividad judicial como punto de equilibrio entre razón, valores y la voluntad de las mayorías.

Algunos autores como MASSINI afirman que es una “renovación del pensamiento iusnaturalista”, el cual da al derecho un fin, el de alcanzar una verdad, que “no podrá alcanzarse sin un necesario recurso a la experiencia, sensible y espiritual, de las realidades propias y específicamente humanas”¹²¹. Es esta preocupación acerca de una concepción de

¹²¹MASSINI, Carlos. La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno. Madrid: Cuadernos DOXA, n. 21, vol. II, 1998. p. 300.

derecho que trae algo más que un mero concepto normativo y de producción únicamente legislativa¹²².

En suma, según Moller, el neoconstitucionalismo como ideología se presenta como el movimiento jurídico de oposición a la lógica del Estado decimonónico, donde imperaba el legalismo, el culto a la ley y la concepción de una actividad judicial automática. Lo que parece claro en esta concepción ideológica es su evidente preocupación por la justicia, por los valores y por contenidos materiales de los cuales el derecho no se puede alejar para que pueda ser reconocido como derecho.

Por otro lado, para Figueroa Gutarra¹²³, las teorías de la argumentación jurídica, sustancialmente apoyadas en bases del Derecho Constitucional, aportan a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer y sobre todo, hacen trascendente la labor interpretativa del juez. De igual forma, coadyuvan a que los jueces puedan manejar estándares argumentativos y brinden a sus decisiones una suficiente motivación.

Según afirma este autor, en el derecho constitucional asume mayor protagonismo la tarea de la interpretación en tanto los conflictos a ser resueltos, implican la defensa de derechos fundamentales, los cuales gozan de un status especial. Por ende, discutir sobre

¹²²Conforme la observación de N. BELLOSO MARTÍN, “El Derecho positivo, por sus limitaciones naturales, no puede justificarse a sí mismo. Es un error, aunque a veces común, afirmar que es la coacción la que asegura la obligatoriedad del Derecho. Ni la coacción, acto – empleo de la fuerza, violencia – ni la coactividad, potencia – miedo, amenaza – pueden sustituir satisfactoriamente el sentimiento jurídico. Este simplemente ya no existe cuando la amenaza o la violencia se anuncia. Constituyen, pues, términos excluyentes. Lo que realmente se busca, para fundamentar la norma jurídica, es un valor y nunca un disvalor, un concepto general y no excepcional. La obligación, como deber ser, implica consideraciones axiológicas. Sólo el entendimiento del Derecho como deber ser para ser justo contempla y dignifica la condición del hombre. (BELLOSO MARTÍN, Nuria. “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, cit., p. 785).

¹²³FIGUEROA GUTARRA, E. *Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿Hacia nuevos horizontes en el derecho?* pp. 1.

derechos fundamentales exige un ejercicio argumentativo de mayor envergadura, apoyándose en cuestiones de juricidad y moralidad, lo que en contexto exige establecer cuáles son los caracteres de la interpretación en el denominado Estado neoconstitucional, el cual prevé herramientas interpretativas de suyo más amplias, sujetas a nuevos valores, en referencia a los principios como mandatos de optimización, por oposición a la aplicación de la ley como parámetro tradicional de solución de las controversias.

Es así que, la interpretación en el Estado neo constitucional, asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige, en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supra valores en relación a los derechos esenciales de las personas, y se busca, como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas. En ese modo, la interpretación constitucional marca una sustancial diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que se maneja en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor, no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas-regla como normas-principio.

Ahora bien, tenemos que la definición más óptima de neoconstitucionalismo la brinda Luis Prieto Sanchis¹²⁴, para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica, vía el Estado neoconstitucional, “un cierto tipo de Estado de derecho, (...) una teoría del derecho (...) y una ideología que justifica o defiende la fórmula

¹²⁴PRIETO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001.

política designada”. Este autor indica que el neoconstitucionalismo “representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho”.

En ese sentido, Figueroa Gutarra citando a Prieto Sanchis, indica que las nuevas herramientas de interpretación que esta tradición propone - entre ellas la ponderación de intereses, el principio de proporcionalidad y la postulación de principios como mandatos de optimización – nos plantea la interrogante válida de cuánto está cambiando nuestra tradicional forma de resolver los conflictos. Si bien antes al juez antes solo le bastaba acudir a la ley para resolver una controversia, hoy en día la evolución incesante de los derechos fundamentales en el plano de los ordenamientos jurídicos nacionales, y de los derechos humanos en la justicia supranacional, con un marcado carácter de progresividad, nos hace reflexionar sobre la insuficiencia de los métodos de interpretación.

4.12.1. Rasgos distintivos del neoconstitucionalismo como teoría del derecho

a) Más principios que reglas

Las reglas en su concepción tradicional son la norma jurídica y la ley. En el Estado neoconstitucional, ellas son referente de los principios de legalidad y de congruencia para manifestar la estricta correspondencia entre las pretensiones y las respuestas de los juzgadores a los conflictos jurídicos. Dworkin¹²⁵, suele diferenciar entre problemas fáciles y difíciles en cuanto, para la solución de los primeros, basta la subsunción, es decir, la inserción de los supuestos de hecho dentro de la norma y en tal sentido, se produce un decisorio que viene a ser la manifestación tangible de la aplicación de la

¹²⁵DWORKIN, Ronald. *¿Los Derechos en Serio?* Ed. Planeta. Argentina, 1993. p. 146.

ley. Pero a su vez también concurren en el derecho muchos problemas difíciles, a los cuales no les basta la presencia de la ley y respecto de los cuales, los principios generales del derecho constituyen solo parte de un marco aplicativo integrador. En dichos casos complejos, se va a tener necesidad sustantiva de acudir a criterios interpretativos, en los cuales los principios van a desempeñar un rol sustancial.

b) Más ponderación que subsunción

La pregunta que se debería plantear es ¿cuándo subsumimos y cuándo ponderamos? Para Figueroa Gutarra, se aplica subsunción en el tradicional silogismo aristotélico de una premisa mayor, usualmente referida a la norma; una premisa menor, vinculada a cuestiones fácticas, y una conclusión, que involucra la transposición de los hechos en los supuestos de la norma.

Se habla de ponderación, cuando se persuade de la manifiesta insuficiencia de la ley y cuando se recurre, a la fórmula de que los principios expresan valores más allá de la norma y cuando se percata, de la misma manera, que se puede hacer un ejercicio argumentativo sólidamente vinculado a la defensa de los derechos fundamentales como mecanismos extraordinarios de defensa de los principios, valores y directrices que emanan de la Carta Magna.

En la ponderación, en abstracto, se traza una línea de valoración entre los principios y se fija valores para la identificación de los mismos, en sus diversos grados de afectación: elevado, medio y leve. Del mismo modo, estimamos la prevalencia de un principio frente a otro más solo en condiciones de “jerarquía móvil y bajo las condiciones fácticas”.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando nos encontramos ante dos derechos fundamentales, como lo es el derecho a la vida y el derecho a la dignidad? Para Figueroa Gutarra, no se trata de infravalorar el concepto por cierto respetado por la doctrina constitucional, de que todos los derechos fundamentales están en un mismo nivel y que todos los derechos fundamentales gozan de las mismas prerrogativas. Se alude en la ponderación, a una metodología distinta de interpretación de los principios para que solo en condiciones fácticas determinadas, pueda el juez constitucional tomar sus decisiones

¿No es acaso el derecho a la dignidad el que sirve como base para que los demás derechos –incluyendo el derecho a la vida- puedan desenvolverse en un contexto compatible con aquél? En realidad, no existen leyes positivas y concretas que manifiesten que prime el valor jurídico vida sobre el derecho a la dignidad; al contrario, la vida debería desarrollarse en armonía con el derecho dignidad, ya que no se podría reducir únicamente a la existencia.

La teoría de los saltos interpretativos, entiende el resultado de la interpretación como un producto que proviene en gran medida, de la interioridad del intérprete.

c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas, en lugar de espacios exentos

Los espacios exentos, no pueden existir en un Estado neoconstitucional. No se puede alegar islas exentas de control constitucional y por ende, espacios no sujetos a ningún tipo de control, en razón de que la Constitución representa un valor supremo y por tanto, rige sobre todas las áreas del ordenamiento jurídico.

Se entiende entonces a la Constitución como un todo, en concepción similar a la de BOBBIO, cuando proponía la unidad como un carácter del ordenamiento jurídico. Según el Tribunal Constitucional, se debe entender el principio de unidad de la Constitución como un todo, como la existencia de muchas normas jurídicas que, aun todas ellas con contenidos distintos e incluso a veces hasta incompatibles, están en su totalidad, subordinadas a la Constitución, esto es, le deben obediencia, en una estela de acatamiento de los postulados de la Norma normarum. En consecuencia, podrán existir normas que puedan contradecir a la Constitución; sin embargo, mediante una interpretación del principio de unidad, se debe entender que dichas normas se subordinan y se sujetan a los postulados que emanan de la Carta Suprema.

d) Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario

La propuesta de Prieto Sanchis incide en un redimensionamiento del concepto de Estado desde la perspectiva de la interpretación judicial. Autores como Schmitt, afirman “*la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas*”, y en esa tesis exploya la tesis de que vivimos en un Estado jurisdiccional, en el cual los poderes de los jueces, al interpretar la Constitución, se refuerza en grado máximo cuando estos ejercen la atribución de definir y resolver los conflictos jurídicos desde la lectura de los valores que informa la Constitución, por sobre las tareas interpretativas del legislador.

De acuerdo a ello, Figueroa Gutarra afirma que parece una contradicción: si el legislador elabora la ley, ¿no es acaso el mismo, a través de la interpretación auténtica, quien determinará los alcances de la ley elaborada? ¿No reviste lógica que el creador de la norma sea el intérprete natural de la misma? Se asume posición cuando se afirma que la ley, al ingresar al ordenamiento jurídico, se aleja su creador, en términos

puntuales, para resultar patrimonio del ordenamiento jurídico y del plexo normativo de principios, valores y directrices y, por tanto, su compatibilidad con estos postulados estará en función de cumplir los parámetros de validez correspondientes. No bastará el control estático de la ley, sino por el contrario, el control dinámico de la misma, será determinante para concluir si la norma es compatible con la Carta Magna.

En síntesis, quien tiene el control de la norma una vez ingresada al ordenamiento jurídico, es el juez constitucional, quien a través de procesos de tutela de derechos fundamentales y de control normativo, determinará si la norma es constitucional o si, por el contrario, en procesos de la libertad, resulta inaplicable, y en procesos de control de principio de supremacía normativa de la Constitución, la norma debe resultar expulsada del ordenamiento jurídico¹²⁶.

4.13. Test de Ponderación de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

4.13.1. Generalidades

Según Picazo (2000), en un Estado moderno – neo constitucional – no debería existir conflicto entre los derechos fundamentales, sin embargo en un panorama constitucional se puede encontrar la idea de que los derechos fundamentales entran en conflicto cuando se trata de su vigencia o ejercicio práctico, esto implica un atentado contra el fin de todo Estado Constitucional que es lograr una verdadera, plena y efectiva vigencia de “los derechos fundamentales” de los individuos.

¹²⁶FIGUEROA GUTARRA, E. *Neoconstitucionalismo e interpretación constitucional ¿Hacia nuevos horizontes en el derecho?* pp. 7.

Los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí. Al respecto, Barba (2011) nos dice que, al ejercerse un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme al ejercicio del titular de otro derecho fundamental que en igualdad pretende ejercerlo. Incluso García (2005), afirma que “como las fronteras que definen los derechos son imprecisas, los conflictos devienen inevitables y problemáticos”.

Así, frente a una situación de conflicto, Córdova (2005) afirma que, la solución se reduce solo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. En este contexto, se hace imperativo preguntarse ¿cuáles son los criterios a utilizar para justificar la primacía de un derecho sobre otro? Quienes están a favor de la visión conflictivista de los derechos fundamentales proponen como criterios de solución la jerarquización y la ponderación de derechos.

Hablar de jerarquización como criterio de solución de los conflictos entre los derechos fundamentales, supone aceptar la supremacía de un derecho sobre otro, lo cual dependerá de la medida que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un caso concreto. Por ello nos remitiremos hablar solamente sobre balancing test o test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un “peso” superior. Existe un principio muy ligado a este criterio o mecanismo de solución. Se trata del principio de proporcionalidad. Toda vez que, en la ponderación, es decir, en la búsqueda de saber cuál derecho pesa más, es necesario establecer una relación de proporcionalidad entre los derechos en

conflicto, tal como lo precisa Alexy (2007) en su Teoría de los derechos fundamentales:

Que la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, se trata, por lo tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer la primacía a uno u otro (p. 21).

4.13.2. Principio de proporcionalidad

Alexy (2007), afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio. Para el autor en mención, una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por ello, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.

Los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos. Precisa que, en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada. (Alexy, 2007)

Siguiendo la línea del autor en cuestión, se puede afirmar que el principio de proporcionalidad exige examinar la colisión a la luz de los juicios, máximas o sub principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional).

El juicio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia. Lo cual significa que es necesario establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles, y además si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión, o por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencia lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es propiamente lo que se conoce como ponderación, por lo que, en palabras de Alexy (2007), “la ley de la ponderación” está contenida en dos enunciados: 1) “valorar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” Y 2) “cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.

Así, siguiendo el razonamiento efectuado por este autor, esta ley de ponderación –que postula– es posible estructurarla sobre la base de tres etapas claramente definidas:

1. Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
2. Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.
3. Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

En consecuencia, vemos que Alexy (2007) da por sentado que los principios (o derechos fundamentales) colisionan entre sí, siendo este un problema que no se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. Así, bajo ciertas circunstancias, un principio precede a otro.

Por último, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización. Por otra parte, la ley de ponderación, en cuanto tal, no formula ninguna pauta que pueda ayudar a resolver los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es

lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada. (Alexy, 2007)

4.13.3. Tribunal Constitucional Peruano

El Tribunal Constitucional (2008) en su sentencia N° 579-2008-PA/TC, ha definido el principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no.

Para el Tribunal, este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional (2008), ha tomado, al igual que otros ordenamientos jurídicos, el test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que nuestro Tribunal ha aceptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo

necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto. En nuestra jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad aparece estructurado de la siguiente forma: a) razonabilidad/proporcionalidad; b) idoneidad del medio o medida; c) necesidad; y d) proporcionalidad o ponderación en sentido estricto:

A. Razonabilidad/proporcionalidad

Tenemos que, en un primer momento, el Tribunal Constitucional (2008) equiparó los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, tratándolos de manera similar, y argumentando que:

Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. (p. 34)

En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.

Posteriormente, el Tribunal modificó su razonamiento, estableciendo que dentro de la esfera de la protección de fines constitucionalmente relevantes, una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio de razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Conforme a los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional (2008) finalmente llega a integrar la razonabilidad en el principio de proporcionalidad, explicando que “uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad”. De esta manera, se deja así sentada la distinción conceptual entre razonabilidad y proporcionalidad, dejando sentada en su jurisprudencia, el análisis de proporcionalidad mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

B. Idoneidad del medio o medida

Este sub principio ha sido conceptualizado por nuestro Tribunal como una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Es decir, que el análisis de idoneidad supone, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico

relevante. De dicha conceptualización, se puede afirmar que la idoneidad o adecuación debe ser medida con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen de que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen como afines a los derechos no comprometidos realmente.

C. Necesidad

El Tribunal Constitucional (2008) ha definido a este subprincipio como el análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del “análisis de una relación medio-medio”, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

D. Principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina alemana de Alexy (2007), ha establecido que “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”.

Conforme lo he explicado anteriormente (supra, epígrafe II), la ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. En ese sentido, recordemos que “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio

contrapuesto, entonces, las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”. En razón de lo cual, el Tribunal ha optado por una estructura de tres niveles siguiendo el esquema Alexiano.

En ese sentido, podríamos afirmar que el principio de proporcionalidad resulta aplicable cuando existe intervención estatal en los derechos fundamentales. Así, vemos que el Tribunal Constitucional ha estimado que la proporcionalidad entre las partes involucradas en el conflicto, una vez infringida, obedece a la condición de excesos por parte de un sujeto en la relación material, es decir, de desigualdad de acciones de una de ellas en su condición de poder público. A este respecto, el conflicto entre particulares parte de la premisa de la existencia de una igualdad de condiciones. En tal situación, se aplica el principio de proporcionalidad a fin de atemperar los excesos que se presenten en cada caso. En este contexto, se puede concluir afirmando que para el Tribunal Constitucional peruano cuando con una intervención se logran niveles altos de satisfacción en los derechos favorecidos por la intervención, la medida debe ser considerada como constitucionalmente correcta.

4.13.4. Líneas en un Estado Democrático y conflicto de normas y principios.

Diremos que el panorama jurídico se encuentra profundamente arraigado un pensamiento conflictivista de los derechos fundamentales, el cual es entendido como una visión que concibe a la realidad jurídica de estos como un ámbito de conflicto permanente entre ellos mismos (derechos) o entre los derechos y los bienes públicos. Recordemos que el conflictivismo trata de reducir los derechos fundamentales –que no deben ser ignorados o suprimidos– a normas fundamentales, y estas últimas a reglas. Las normas fundamentales son enunciados normativos que pueden o no estar

recogidos textualmente en las Constituciones y, a su vez, pueden consistir en principios normativos –que trata que algo sea realizado en la mayor medida posible y cuya aplicación debe efectuarse con razonabilidad y proporcionalidad– y en reglas normativas, que mandan la realización necesaria de algo.

Aceptar que los derechos fundamentales son realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, el cual se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan o ponderan derechos, significa admitir la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Ello implicaría que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado y afectado en su contenido jurídico, es decir, queda vulnerado. Tomar como verdadera esta afirmación implica desconocer que los derechos fundamentales son expresión de la dignidad humana y, en especial –lo que es por todos aceptado– que su positivación se constituye en una herramienta de control del poder del Estado, presupuesto bajo el cual no puede considerarse de ningún modo la renuncia a alguno de ellos, ni siquiera bajo el supuesto de la postergación de uno a favor de otro, lo que en consecuencia afectaría su vigencia y ejercicio efectivo.

Por ello, se considera pertinente exponer la crítica hecha a ambos mecanismos o criterios de solución en palabras de Cianciardo (2004), respecto al planteamiento jerárquico de las relaciones entre los derechos fundamentales. Este autor afirma que se trata de una aplicación imponderada de principios jurídicos iusfundamentales, los cuales exigen valoración y contrapeso; esto por su peculiar índole estructural. Si no se respeta esta exigencia, y son tratados como reglas, devienen en jerarquías abstractas que conducen fácilmente a soluciones disvaliosas.

En relación a la ponderación de derechos, el autor plantea que la ponderación propuesta por un sector del conflictivismo alcanza a resolver el problema de la fundamentación adecuada de las soluciones iusfundamentales. La razón de esta insuficiencia radica en la falta de un criterio ontológico que permita distinguir materialmente a un derecho de otro.

En consecuencia, Cianciardo (2004) concluye que “tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, “al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva” (p. 24).

En esa línea, Serna y Toller (2000) afirman que, tratándose de derechos fundamentales, no es aconsejable establecer jerarquizaciones, ponderaciones o límites que den prioridad a un derecho fundamental sobre otro para resolver el conflicto, porque los bienes humanos de los derechos son todos compatibles entre sí, en ese sentido armonizables, además se debe buscar casar los bienes en conflicto. En la resolución de los conflictos de derechos, al analizar el caso concreto, es aconsejable optar por la armonización y el ajustamiento de los mismos, a fin de que no resulte ninguno de los derechos anulados, o degradados.

Por lo tanto, se puede afirmar que la posición conflictivista de los derechos fundamentales lejos de garantizar su plena vigencia y efectividad, privilegia la desarmonía en su ejercicio, desconociendo así que el fundamento de todos estos derechos descansa en la protección de la persona humana.

Asimismo, los derechos fundamentales reconocidos como derechos naturales y subjetivos se presentan como anteriores al Estado, que no puede desconocerlos, y constituyen para aquel un límite insalvable. Como derechos inherentes a la naturaleza del hombre, son propios de todos los hombres. De aquí la universalidad de su aceptación y la oponibilidad al Estado.

En este sentido, por un lado estamos ante exigencias éticas de dignidad; de algún modo se puede decir que un comportamiento contrario a los derechos supone tratar al titular como un mero medio. Y, por otro lado, los derechos se han convertido en un criterio básico de legitimidad del poder; así tenemos, que el poder político es legítimo solo si se compromete con el reconocimiento y protección de los derechos. En efecto, sin la protección efectiva de estos derechos, el hombre no podría realizarse como persona dentro de la sociedad, ni encaminarse al logro del bien común.

En palabras de Fernández Sessarego (2011), dicha protección debe ser unitaria, es decir, asumir que el ser humano es una unidad inescindible de cuerpo o soma y de psique, sustentados en su ser libertad. Debe ser integral, es decir, sin dejar de lado ningún interés existencial que, fundado en la dignidad de la persona, merezca protección jurídica.

Asimismo, se señala que la persona humana en tanto sujeto del derecho es coexistencial, el derecho subjetivo entraña siempre y necesariamente un deber. Es decir, que en todo derecho subjetivo coexisten un deber general y uno específico donde el deber general que hunde su raíz en la coexistencialidad como dimensión humana, es el de no dañar a otro en el ejercicio del derecho subjetivo. El deber específico es inherente, como está dicho, a cada institución jurídica.

Por todos los argumentos expuestos, corresponde rechazar la doctrina conflictivista de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que la naturaleza humana es una unidad, y los derechos fundamentales en cuanto tales se predicen del hombre, entonces, no hay modo de que ni en su formulación teórica ni en su ejercicio práctico, tales derechos sean contradictorios entre sí, o que supongan contenidos incompatibles entre sí.

En consecuencia, se considera la controversia jurídica sometida a consideración del juez no es la que se constituye a partir del conflicto de dos derechos fundamentales, sino que se configurará a partir del conflicto entre dos pretensiones o entre los intereses particulares de los sujetos que conforman una concreta relación procesal en la que se invocan derechos fundamentales. Es decir, en la realidad de los casos concretos, los verdaderos conflictos no se dan entre los derechos fundamentales, sino entre las pretensiones de las partes que enfrentadas en un litigio, invoca cada una un derecho fundamental diferente, como justificación de su pretensión o interés. Por ello, el problema se debe abordar a partir de la consideración de que los derechos no están en pugna, sino que son derechos armonizados.

Por otro lado, se tiene el Conflicto entre Normas, que se da cuando dos normas dan una solución diferente a un mismo conflicto, de manera que estas pueden ser contradictorias entre sí. Asimismo, hablamos del conflicto entre Principios, que son muy frecuentes, por lo que, en realidad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos con la finalidad de concretizar un principio constitucional, se convierte en una limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos y por tanto entra en conflicto con cualquier conflicto constitucional.

Por ejemplo, en esta tabla en estos principios por lo general surgen conflictos.

Derecho de la vida y a la salud	Derecho de religión y culto
Derecho de protesta o huelga	Derecho de libertad de tránsito
Libertad de expresión	Derecho al honor
Libertad de información	Derecho a la intimidad
Libertad de empresa	Cuidado del medio ambiente;
Derecho de manifestación	Principio del orden público;
Derecho de propiedad	Función social de la propiedad;
Presunción de inocencia	Prisión preventiva;

Finalmente, entonces podríamos decir que, para que la coexistencia de los principios, valores, derechos y normas sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí.

4.14. Test de Ponderación para el caso de eutanasia

Habiendo desarrollado ampliamente en el apartado anterior, todo lo referente al test de ponderación, desde el punto de vista de la doctrina y Tribunal Constitucional, ahora se

procederá a desarrollar el test de ponderación para un caso en concreto de eutanasia, tal como se detalla a continuación:

4.14.1. Caso Eutanasia

Don Ovidio en el año 2010 fue diagnosticado de un cáncer de la cavidad oral y con la ayuda de su familia, fue evaluado por los oncólogos en Pereira quienes lo trataron como lo manda la ciencia, es decir con cirugía, quimioterapia y radioterapia. De acuerdo al protocolo de tratamiento de este tipo de cáncer avanzado, la cirugía de su boca y rostro fue radical y perdió parte de los huesos de la cara y los tejidos de la boca. Terminado el tratamiento, y resignado a las secuelas del tratamiento, Don Ovidio continuó con su vida, criando vacas y caballos en su chacra, esperando que la enfermedad no le regrese.

Lamentablemente, a principios de este año 2015, el cáncer regresó, y con venganza. La enfermedad recurrió en el mismo sitio de la operación inicial, lo cual hizo que la curación fuera imposible. Los oncólogos saben muy bien que cuando un cáncer avanzado de la boca recae después de haber recibido un tratamiento tan intenso, este es incurable y el tratamiento es solo paliativo.

Con la ayuda de su esposa y sus cuatro hijos el valiente Don Ovidio regresó con sus oncólogos, quienes efectivamente, le dijeron que la enfermedad no se iba a curar y le recomendaban quimioterapia solo con una intención paliativa. Al parecer, el tumor fue más fuerte que la quimioterapia y Don Ovidio empezó a notar que el tumor le crecía día a día produciéndole mayor deformidad en la cara, dolor intenso al tratar de hablar e imposibilidad para alimentarse. Las recaídas del cáncer de la boca provocan heridas cancerosas en la boca, las que no curan, se infectan y producen pus con un

fuerte olor que se siente en toda la habitación. Don Ovidio solo podía pasar líquidos poniéndose de costado, por lo que su peso disminuyó de 81 a 48 kilos. En una ocasión pensó en suicidarse, aventándose del quinto piso de la clínica a donde había sido trasladado por el dolor intratable que lo aquejaba.

En esas condiciones, se plantean las interrogantes ¿Qué hacer ante esta situación de enfermedad terminal? ¿Don Ovidio debe continuar viviendo pese a tener dolores insoportables y una enfermedad terminal? O ¿Don Ovidio debe tener una muerte digna?

Para ello se realiza a continuación, la aplicación del test de ponderación.

4.14.2. Presupuestos del test de ponderación

Derechos en colisión:

VIDA	DIGNIDAD HUMANA
------	-----------------

Ahora:

- ¿Se garantiza el bien jurídico, dignidad humana con la restricción de la norma inconstitucional de homicidio piadoso del 112° del Código Penal y artículo 6 de Código Civil?

a) **Adecuación o idoneidad:**

- Exigencias:
 - Se identifica el bien jurídico constitucionalmente relevante:

Dignidad Humana, en sintonía con el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, por cuanto concibe a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, esto es, un Derecho primerísimo de toda persona.

- La medida legislativa bajo examen se constituye en un medio adecuado para lograr el fin de relevancia constitucional ya identificado:

La aplicación del artículo 112° del Código Penal, constituiría una violación manifiesta al bien jurídico dignidad humana, por cuanto no se le aseguraría al paciente terminal, las mínimas condiciones de calidad de vida que este requiere para sus últimos días de existencia.

Aquí cabría plantearse la siguiente interrogante, ¿La medida legislativa (artículo 112° del C.P.) constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del *objetivo* (preservar el bien jurídico vida)?

La respuesta sería negativa, toda vez que el derecho a la vida como tal, se encuentra garantizado por la propia Constitución Política, ya que sin este derecho ningún otro tendría sentido alguna. En esa línea, los derechos (en su mayoría) no son absolutos, y el derecho a la vida, no es la excepción; por ello, así como en nuestro propio ordenamiento se regula excepciones a este bien jurídico, como la aplicación de la pena de muerte (para casos en concreto), la legítima defensa, etc., ¿por qué no podría regularse la autodeterminación de poner fin a una vida indigna, de un paciente terminal que tarde o temprano morirá? ¿por qué no asegurarle en los últimos días o meses de vida, una calidad de vida a la que toda persona tiene derecho?

Por ende, se considera que la medida legislativa del artículo 112°, no supera este primer presupuesto, sin perjuicio de ello, se procederá a desarrollar los dos presupuestos restantes.

b) Necesidad:

En este segundo presupuesto es necesario plantearse la siguiente interrogante: ¿Existen otros medios alternativos al artículo 112º del Código Penal que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad?

No existen medidas alternativas igualmente eficaces y necesarias para la preservación del derecho vida, en casos de eutanasia. Por ende, respecto a este presupuesto, se podría afirmar que la medida legislativa si constituiría un medio *necesario* para la protección de dicho bien jurídico.

c) Proporcionalidad:

Las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Es decir, este presupuesto se basa en “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Para un mejor entender:

- Derecho que se encuentra en el grado de realización del fin de la medida estatal penal objeto de control:
 - Derecho a la vida
- Derecho que radica en el grado de afectación del derecho fundamental intervenido:
 - Derecho a la dignidad humana.

Para que se supere este presupuesto, el primer derecho debe ser equivalente o proporcional al segundo. Sin embargo, el aferrar a la vida a un enfermo terminal, con los dolores intolerables que pudiera tener (protección del derecho vida), jamás será equivalente a que este paciente terminal pueda tener la libre

disposición de su vida y, de decidir ponerle fin a la misma, para evitar el sufrimiento cruel que padece.

Y es que acaso ¿el derecho a la vida, no debería desenvolverse en un contexto compatible con el derecho a la dignidad? La respuesta rotunda, es afirmativa; toda vez que el concepto de una vida digna es consecuencia de una interpretación extensiva de la Constitución. Y si bien la Constitución tiene una idea garantista de la vida (nadie puede ir en contra de la vida de una persona), no es menos cierto que el derecho a la vida, como cualquier otro derecho, debe desenvolverse en un contexto compatible con la dignidad. Queda claro que la dignidad es fundamento primordial y contenido esencial de todos los derechos, incluyendo, el derecho a la vida; siendo absolutamente discutible, pensar que la vida se reduce únicamente a la existencia, ya que este derecho a vivir, debe ir acompañado de una serie de condiciones que realmente reconozcan a un ser humano como tal¹²⁷. Por estas consideraciones, el presupuesto de ponderación no se lograría superar.

En suma, la medida legislativa al no superar el presupuesto de idoneidad y proporcionalidad; y, como el grado de intensidad de la afectación en el derecho es mayor al grado de realización del fin constitucional, dicha medida deberá ser declarada inconstitucional y, en consecuencia, expulsada del ordenamiento jurídico, toda vez que la intervención en el derecho no estaría justificada.

¹²⁷ ¿Qué se debe evitar en una persona a la que se le avecina la muerte? Aquellas terapias intensivas que despojan al enfermo de la necesaria tranquilidad, lo aíslan de cualquier contacto humano con los familiares y amigos, y acaban por impedirle que se prepare interiormente a morir en un clima y en un contexto humano. Hay una obligación moral de curarse y hacerse curar, pero tal obligación tiene que medirse con las situaciones concretas; debe valorarse si los medios terapéuticos a disposición, son proporcionados respecto de las perspectivas de mejoría.

Finalmente, se propone los siguientes medios que, por el contrario, asegurarían la protección del bien jurídico dignidad humana.

Medios que busquen la protección del Derecho Dignidad Humana:

- a) Un acto legislativo que reforme el artículo 6° del Código Civil y, en consecuencia, derogue el artículo 112° del Código Penal, en concordancia con el artículo 1° de la Constitución.
- b) Una sentencia aditiva que modifique el artículo 112°, aceptando la eutanasia activa en un enfermo terminal.

CAPÍTULO V: LA EUTANASIA DESDE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

5.1. Colombia

Es el único país en América Latina donde se permite la eutanasia. A pesar de que se despenalizó en 1997 por el Tribunal Constitucional, recién en abril de 2015 el Ministerio de Salud definió cómo podía tener lugar. Actualmente, la práctica está regulada por la Resolución 12.116/2015 del Ministerio de Salud y Protección Social, que establece los criterios y procedimientos para garantizar el derecho a la muerte digna.

En este sentido, el paciente debe, conscientemente, solicitar la asistencia de la muerte, que deberá ser autorizada y supervisada por un médico especialista, un abogado y un psiquiatra o psicólogo. Por otra parte, la legislación vigente no prohíbe la asistencia a pacientes extranjeros.

Si bien hace 10 años, la Corte Constitucional de Colombia legalizó la eutanasia, hasta la fecha sólo un caso de la eutanasia se ha informado hasta el momento en el país, el 3 de julio de 2015¹²⁸, debido a la ausencia de un reglamento.

Benedetti argumentó que "el fondo del proyecto es que el individuo, libre y autónomamente, puede determinar que su vida tenga un fin si está en una situación agobiante, si su vida no es digna". BENEDETTI Armando. Senador de Colombia. Comunicado de Prensa.

¹²⁸Se trata de Olivio Gonzáles, de 79 años, afectado por un cáncer extraño de la cara, que, aunque no tenía metástasis, el paciente sufrió un intenso dolor crónico.

Es así que recientemente, la Corte Constitucional colombiana en una de sus sentencias ha establecido lo siguiente:

El deber del Estado de proteger la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, razón por la cual frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede respecto del consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado y que no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en las condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas e indignas. Así, “el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”¹²⁹.

Bajo ese entendido, la relación directa entre el derecho a morir dignamente con los derechos a la salud y a la dignidad humana, implica la posibilidad de la persona que atraviesa una enfermedad terminal de optar por dejar de vivir una vida con intensos dolores y sufrimientos. Entonces, para garantizar la voluntad del paciente y materializar el derecho a morir dignamente es necesario cumplir con ciertos parámetros mínimos, como: (i) la posibilidad de la persona de manifestar su deseo de morir; (ii) la conformación de un Comité para que en un término razonable sea programada la realización del procedimiento; (iii) la

¹²⁹Sentencia C-239 de 1997

posibilidad del paciente de desistir de su decisión o activar otras prácticas médicas para paliar su dolor; (iv) la celeridad en la práctica de la eutanasia, de tal forma que se garantice la no prolongación del sufrimiento; (iv) el respeto por la voluntad del paciente y las condiciones en las que este desea finalizar su padecimiento (atención oportuna, acompañamiento médico y del entorno familiar, entre otros).

En la sentencia C-239 de 1997, la Corte consideró y fundamentó que, “se han desarrollado innumerables formas de proceder frente a enfermedades terminales y sufrimiento. Esta multiplicidad de alternativas puede enriquecer la discusión, pero también generar confusión entre los médicos, pacientes, familias, jueces, gobierno y opinión pública. Lo importante es que la ciencia médica ha avanzado considerablemente en el tratamiento de enfermedades terminales y las maneras cómo afrontar el dolor físico, emocional y espiritual. De allí que no sea una labor dispendiosa cumplir con la voluntad del paciente, pues es su autonomía la que debe primar en estas difíciles circunstancias”. (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Lo anterior muestra claramente que la extensión del ámbito de aplicación del derecho fundamental a morir dignamente no es solo una consecuencia lógica de la autonomía personal, sino que además presenta indudables retos en las legislaciones y ordenamientos jurídicos. Sin duda, los avances evidencian claramente tensiones que requieren ser solucionadas. En esta medida, el derecho a morir dignamente se configura como un derecho complejo, pues involucra elementos penales que distorsionan, o refuerzan, su garantía. Así las cosas, si bien la eutanasia materializa la autonomía del paciente, su mal manejo podría generar consecuencias de proporciones insospechadas. De ahí que las legislaciones tienen en común una preocupación porque la voluntad del paciente sea lo más libre y autónoma posible.

En la sentencia antes mencionada, la Corte Constitucional Colombiana no sólo sostuvo que la eutanasia y otras prácticas médicas, bajo condiciones determinadas, no son delito, sino que también, reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de fundamental. De igual manera, fijó algunos criterios para que el legislador reglamentara ese derecho y estableciera pautas, criterios, procedimientos, etc., a fin de materializarlo.

En el año 1997, se presentó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 326 del Decreto 100 de 1980. El texto acusado, definía al homicidio por piedad, donde se sancionaba con una pena de tres a seis años. Según el demandante, este artículo era inconstitucional pues contravenía el artículo 11 Superior, debiendo recibir como sanción la impuesta al homicidio simple. En esa decisión, la Corte sostuvo que “el homicidio por piedad es la acción de quien actúa motivado únicamente por poner fin al intenso sufrimiento de otra persona. (...) No se trata de eliminar a los improductivos, sino de hacer que cese el dolor del que padece sin ninguna esperanza que termine su sufrimiento”. En todo caso, puntualizó, “el comportamiento no es el mismo cuando el sujeto pasivo se opone a la materialización del hecho, porque a pesar de las condiciones físicas en las que se encuentra, desea seguir viviendo hasta el final, al de aquél que realiza la conducta cuando la persona consiente el hecho y solicita que le ayuden a morir”. En este sentido, sería el consentimiento del paciente el concepto determinante para permitir, o mejor, para despenalizar la eutanasia. (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Ahora bien, cuando en el caso del homicidio piadoso media el consentimiento del sujeto pasivo, la situación varía radicalmente. Es en este sentido que la Corte Constitucional Colombiana (1997) admitió que en algunos escenarios la aquiescencia en una conducta presuntamente delictiva, no sólo puede ser causal de antijuridicidad, sino también en otros escenarios puede una circunstancia puede ser una circunstancia que atenúa la pena e incluso

el consentimiento del sujeto pasivo es considerado como una exclusión total de responsabilidad penal. Por ello es que ni en el código de 1936 ni en el actual de la legislación colombiana, se consagró como delito la tentativa de suicidio, evidenciándose así, que la decisión del individuo sobre su propia existencia no merece reproche penal o jurídico alguno.

Por otro lado, en el expediente T-4.067.849, la Corte Colombiana sostuvo que el consentimiento en la legislación penal tiene incidencia y que puede llegar a reconfigurar el tipo penal que se pretende aplicar. Para llegar a esta conclusión, se preguntó cuál es el valor normativo y moral del derecho a la vida y la autonomía personal, a la luz de la Constitución de 1991. En ese orden, indicó que si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto indispensable para disfrutar otros derechos, el punto sobre el cual recaía la discusión sería en torno al deber de vivir cuando una persona sufre una enfermedad incurable. (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

En esa oportunidad, en relación con la posibilidad de provocar la muerte, la Corte Colombiana (2014) indicó que:

Se admite que, en circunstancias extremas, el individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v.gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia. En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior” (p. 19)

En consecuencia, la discusión sobre el deber de vivir y el derecho a morir dignamente no puede darse al margen de los postulados constitucionales que rigen las relaciones sociales. A pesar de que la doctrina moral, ética, religiosa, política, entre otras, nutran las posiciones sobre determinados asuntos en Colombia, la Constitución de dicho país de 1991 como norma superior, es el parámetro de interpretación jurídica que tienen los agentes normativos a la hora de solucionar. De allí que la dignidad humana como principio y valor constitucional haya sido el fundamento para despenalizar el homicidio por piedad cuando se cumplan determinadas condiciones y reconocer el derecho a morir dignamente.

Finalmente, el derecho a morir dignamente, es un derecho fundamental. Así lo dijo la Corte Colombiana en la Sentencia T-108 de 1998, cuando indicó que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar su existencia, cuando no lo desea, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, sino a una anulación de su dignidad y de autonomía como sujeto personal. (Corte Constitucional de Colombia, 1998, p. 22).

5.2. Estados Unidos

Los defensores de la eutanasia en Estados Unidos obtuvieron una pequeña victoria, cuando la Corte Suprema validó una ley del estado de Oregón que permite el suicidio asistido medicamente, única norma que habilita esa posibilidad en el país.

Por seis votos contra tres, la Corte Suprema puso fin a una guerra entre republicanos y grupos religiosos, iniciada en 1997, contra la Ley Morir con Dignidad de ese estado progresista.

En su fallo, la mayor instancia judicial estadounidense decidió que la legislación federal “no autoriza al fiscal general a prohibir la administración de sustancias reglamentadas con fines de suicidio asistido, frente a una legislación médica estatal que permita esa gestión”.

En este sentido, el suicidio asistido es legal en cinco de los cincuenta estados de Estados Unidos que se desarrollarán a continuación.

El primer estado en legalizar el suicidio asistido fue Oregón¹³⁰, el 27 de octubre de 1997, con la aprobación del “Acta de muerte con dignidad”, que permite a los adultos (mayores de 18 años) competentes (capaces de expresar conscientemente su voluntad), residentes de Oregón, con enfermedades terminales y con esperanza de vida de menos de seis meses, recibir medicamentos en dosis letales, a través de la autoadministración voluntaria, expresamente prescritos por un médico para este fin. De acuerdo con la Ley, la autoadministración de estos fármacos no se considera suicidio, pero sí muerte con dignidad.

Desde aquella fecha en que fue aprobada, a finales de 2014, personas recibieron la prescripción de medicamentos letales, y de ellos, 859 murieron después de la autoadministración. Las preocupaciones más comunes de estos pacientes fueron la pérdida de autonomía, mencionada por el 91, 5% de ellos, la pérdida de la capacidad de participar en actividades que hacen la vida agradable (88, 7%), y la pérdida de la dignidad (79, 3%).

Sin embargo, se trata de una despenalización muy tímida de conductas eutanásicas, muy alejada de las legislaciones belga y holandesa, que permite al propio paciente quitarse la vida por sí mismo (una cooperación en la legislación española no necesaria, pues

¹³⁰En 1994 se aprobó por referéndum con el 51% de los votos, la Oregon Death with Dignity Act (ODDA), que legalizaba el suicidio asistido. En 1995 fue declarada inconstitucional, pero en el año 1997 se aprobó nuevamente, esta vez con el 60% de votos.

normalmente el paciente tendrá a su disposición otros medios de quitarse la vida y por lo tanto impune).

Por otro lado, en marzo del 2009, el estado de Washington aprobó el “Acta de muerte con dignidad”¹³¹, casi idéntica a la de Óregon, mediante la cual los adultos competentes que viven en la zona, con una esperanza de vida de seis meses o menos, pueden requerir la autoadministración de un medicamento letal prescrito por un médico. Del 2009 al 2014, 724 personas recibieron la prescripción de medicamentos letales, de los cuales 712 murieron después de la autoadministración.

Otro estado en donde es legal el suicidio asistido, es el de Montana, en donde el Tribunal Supremo, dictaminó el 31 de diciembre de 2009, que el suicidio asistido no era ilegal¹³², después del caso del paciente Robert Baxter, un conductor de camión retirado de 76 años, que sufría una forma terminal de leucemia linfocítica. A diferencia de otros estados, la legislación de Montana no está tan bien regulada sobre el tema. Según el Tribunal Supremo, los pacientes deben ser adultos, mentalmente competentes y con enfermedades terminales para solicitar medicamentos letales. El acto es proporcionado por los derechos de privacidad y dignidad establecidos por la Constitución, y los médicos que ayudan también están protegidos por ley.

En Vermont, el suicidio asistido fue legalizado el 20 de mayo del 2013, por la Ley 39 – relacionado con “La elección del paciente y control final de la vida”. El departamento de

¹³¹El electorado votó a favor de la iniciativa 1000 para legalizar el suicidio asistido en el Estado, aprobando la Washinton Death with Dignity Act.

¹³²La Corte Suprema de Montana sostuvo que ningún precedente legal indica que la asistencia médica en la muerte esté en contra de las políticas públicas, por lo que, por una vía diferente al referéndum, el suicidio asistido es legal en ese Estado.

Salud estadual sugirió que, hasta el año 2016, los médicos y los pacientes se adhieran poco a poco a las propuestas de la ley, ya que muchos hospitales negaron la adhesión, declarando no estar listos para implementarla. Este derecho a la muerte asistida, estaba implementada para pacientes adultos residentes de Vermont, con esperanza de vida inferior a seis meses, pudiendo solicitar el tratamiento de forma voluntaria y auto-administrarse la dosis de medicación.

El 05 de octubre de 2015, Jerry Brown, gobernador de California, firmó el Proyecto de Ley 15, también llamado “Acta de opción de fin de la vida”, lo que permite el suicidio asistido para los adultos competentes, residentes del estado, con enfermedades terminales. La Ley que entró en vigor en el 2016, se basó en la Ley de Oregón, de 1997. su aprobación reanudó viejos debates sobre la muerte asistida.

5.3. Canadá

En febrero de 2015, después de seis años de debate en el Tribunal Supremo, con los casos de pacientes Kay Carter y Gloria Taylor, Canadá suspendió la prohibición de la eutanasia y del suicidio asistido. Se estableció un periodo de gracia de un año, durante el cual el gobierno federal y provincial de Canadá, así como los profesionales de la salud, debían prepararse para implementar la nueva ley. En enero de 2016, el plazo se extendió durante cuatro meses, hasta el día 6 de junio, la legalización oficial de la muerte asistida, y la fecha límite para que los gobiernos provinciales establezcan sus directrices. En caso de que esto no ocurra, la actividad será legal en el país, sin embargo, no estará regulada en ciertas provincias, lo que dará libertad al médico para dar forma a su propio comportamiento. Por otra parte, en esa fecha, en los territorios que no están regulados, la ayuda para la muerte asistida se puede obtener a través de concesiones legales.

El Acta mediante la cual se expresa el consentimiento para la práctica de la eutanasia, abarca a los adultos capaces que fueron diagnosticados con enfermedades graves e incurables, empeoramiento avanzado e irreversible de sus capacidades, además de intenso sufrimiento físico y psicológico. Sin embargo, no debe existir una esperanza de vida máxima de seis meses¹³³. La prensa canadiense anunció en enero de 2016 que el primer caso de muerte asistida fue confirmado por las autoridades de salud de Quebec¹³⁴, pero no proporcionaron información sobre el procedimiento y el perfil del paciente.

Los demás territorios canadienses también se movilaron para la regulación de la muerte asistida. En noviembre de 2015, un grupo creado por los gobiernos provinciales emitió un informe de asesoramiento a las provincias, con el objetivo de elaborar sus propias directrices.

En enero de 2016, el Colegio de Médicos y Cirujanos de Ontario publicó las Directrices provisionales sobre la muerte asistida, regulando la eutanasia y el suicidio asistido, con criterios similares a los adoptados por Quebec. Ese mismo mes, en un artículo de prensa, un abogado del Departamento de Justicia de Canadá expresó su preocupación por los nuevos cambios. Según él, el país se enfrentará un reto importante en el manejo de las cuestiones de la muerte asistida, ya que las políticas de salud del país están reguladas por leyes provinciales, mientras que las leyes penales están bajo jurisdicción nacional. Para evitar

¹³³De acuerdo con el Acta, la asistencia médica para morir consiste en la administración, por un médico, de sustancias letales, después de la solicitud del paciente. Esta práctica caracteriza la eutanasia voluntaria activa, aunque el término no se utiliza de manera explícita en el documento.

¹³⁴Quebec fue la primera provincia en regular la muerte asistida a través del Acta sobre el cuidado en el fin de la vida, que entró en vigor en diciembre del año 2015. Aprobada durante el año anterior, y basada en las leyes de Oregon.

problemas, las autoridades sugirieron directrices nacionales unificadas, a pesar del corto plazo para la reglamentación.

5.4. Holanda

En abril de 2002, después de más de treinta años de debate, la eutanasia y el suicidio asistido se regularon y ya no fueron punibles en los Países Bajos. Antes de la legalización, estas prácticas fueron toleradas por algunas décadas, habiendo sido informadas por los médicos holandeses desde 1991.

La discusión sobre la regulación de la eutanasia en Holanda comenzó cuando a raíz de una sentencia dictada por el Juzgado de Leeuwarden el 21 de febrero de 1973 que consideró como fundamento jurídico el estado de necesidad y estableció cuatro requisitos bajo los cuales la eutanasia no sería castigada, siempre que concurrieran junto con el dictamen previo de un especialista médico de sanidad estatal.

De este modo, el senado holandés aprobó una ley que exculpa a los médicos que practiquen la eutanasia, con ciertas condiciones. Por 37 votos contra 35, quedó ratificado el proyecto que la Primera Cámara del Parlamento aprobó. La eutanasia sigue siendo delito tipificado en el Código Penal, pero quienes la apliquen no serán castigados si justifican haberlo hecho con los requisitos establecidos en la ley¹³⁵. Esto equivale a sancionar

¹³⁵La eutanasia sería aceptable si cumple con las siguientes condiciones: (i) que el paciente padezca de una enfermedad médicamente incurable; (ii) que el paciente experimente un sufrimiento insoportable; (iii) que el paciente solicite el deseo de terminar su vida; (iv) que el acto se realice por el médico que trata al paciente o que es consultado por éste.

legalmente la tolerancia prácticamente total con que los tribunales holandeses han venido tratando los casos de eutanasia.

El dolor, y el deseo de una muerte digna son los motivos principales por los que se pide la eutanasia. En Holanda y en muchos otros países, los médicos cada vez más se ven enfrentados con decisiones que giran en torno al final de la vida. Ello viene esencialmente causado por el envejecimiento de la población, los avances médicos de la tecnología para alargar la vida del paciente y el relativo aumento de casos de muerte por cáncer.

El proceso de muerte asistida debe enmarcarse en diversos criterios muy similares a los realizados en Bélgica y Luxemburgo. En los tres países, el paciente debe ser capaz, llevar acabo la solicitud voluntaria y ser paciente con enfermedades crónicas que causan intenso sufrimiento físico o psicológico. El médico debe informar al paciente acerca de su estado de salud y esperanza de vida, para que juntos puedan concluir que no existe otra alternativa razonable. Además, como se mencionó líneas arriba, otro médico debe ser consultado sobre el caso, y todos los procedimientos se deben informar a las autoridades.

La ley dispone que la eutanasia debe ser solicitada por el paciente de manera voluntaria, insistente y meditada. El médico deberá consultar con los parientes y con otro colega. Una vez aplicada la eutanasia, habrá un control posterior. El médico tendrá que redactar un informe que explique la historia clínica del paciente, las circunstancias en que solicitó la eutanasia, la consulta con otro médico y el modo de cómo dio muerte al enfermo. El forense remitirá el informe al fiscal, quien apreciará en cada caso si se cumplieron los requisitos o si procede abrir un proceso judicial.

En este orden, se debe subrayar dos cosas respecto a la legislación que regula la práctica eutanásica, centrándose esta en la petición del paciente; sin embargo, no basta la petición en

sí; el médico tiene la obligación de determinar que no sólo existe la petición, sino también que la petición es: a) voluntaria y b) racional. Además, se debe subrayar la importancia de la consulta con otro médico, pues antes de que el médico de cabecera acceda a atender una petición de eutanasia, debe consultar con un médico independiente que no esté involucrado en el tratamiento del paciente. HERRANZ Gonzalo. Eutanasia y Ayuda Médica al Suicidio. Conferencia, Publicado en la revista OMC, 1998. Pág. 63.

El deber del médico incluye la asistencia para tener un final digno de la vida. Este deber de cuidado médico implica también que el médico no aplique un tratamiento que sea inútil. En el caso de que el tratamiento ya no ofrezca resultados, será el médico el responsable de aliviar el sufrimiento.

Pero la ley contempla además el caso de los pacientes que no pueden prestar su consentimiento, a los que también se podrá aplicar la eutanasia con tal que el médico testifique que, por conversaciones anteriores con ellos o los familiares, podría presumirse que la habrían solicitado. Ésta es una de las objeciones que se pusieron al proyecto durante el debate parlamentario. Otra es la que expuso el portavoz democristiano: a la vista de los casos de eutanasia que se producen en Holanda - uno 2750 al año, según se calcula -, y puesto que ninguno es penado, se deduce que el ministerio fiscal no tiene interés en perseguir la eutanasia en ninguna circunstancia.

Por ello es que al hablar de eutanasia es imprescindible mirar hacia Holanda, un país que lleva más de treinta años debatiendo públicamente sobre la muerte digna, en un proceso largo, muy rico y complejo del que se tiene mucho que aprender. En este sentido, los tribunales holandeses fueron creando una línea jurisprudencial que tendía a absolver los casos de eutanasia si se cumplían los requisitos que a lo largo de los años iba estableciendo

la KNMG, considerándolos amparados por el estado de necesidad (recogido en el Código Penal con carácter general como justificante de actos inicialmente delictivos).

En los años ochenta, en el Parlamento holandés se presentaron varias iniciativas políticas. En 1985 se constituyó una Comisión Estatal para la Eutanasia que siete años más tarde presentó un informe favorable a su regulación. Sin embargo, en 1992 se aprobó una ley que, en lugar de entrar en el fondo del asunto (Código Penal), modificó la Ley de Inhumaciones, estableciendo un procedimiento para que los médicos notificaran la muerte por eutanasia, sin establecer suficientes garantías legales (más allá de la jurisprudencia).

En el año 2001 se culminó el proceso para despenalizar la eutanasia en los países bajos y su bien en 1973 se eximió de responsabilidad penal a los médicos que realizaran la eutanasia bajo ciertas condiciones, solo hasta principios de la década del dos mil se logró una regulación compleja de este asunto. En un primer momento, los destinatarios de la decisión no sabían con certeza cuándo y cómo era posible realizar la eutanasia, sin que ello implicara responsabilidad penal. Posteriormente, se tuvo un mayor desarrollo legislativo que no sólo generó calidad de los operadores, sino también permitió que los pacientes pudieran ver materializados sus derechos. (Ortega, 2003)

Es menester hacer referencia que el Tribunal de Leeuwarden (1973), decidió sobre un caso que abrió las puertas y concretó de manera significativa un debate. En su fallo, el Tribunal estableció que un médico podría bajo determinadas circunstancias poner fin a la vida de un enfermo sin que por ello deba ser proceso penalmente. En aquella ocasión, la justicia holandesa determinó que estas prácticas eutanásicas serán admisibles siempre y cuando: (i) la persona objeto de la eutanasia o auxilio al suicidio sea residente en Holanda; (ii) el médico esté convencido de que la petición es voluntaria, está bien meditada y expresa

los deseos del enfermo, o sea, que es plenamente capaz y se ha reiterado en su voluntad. Ésta puede haber sido manifestada en un documento de voluntades anticipadas; (iii) se constate un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora; (iv) se haya informado al paciente de su situación y de las perspectivas de futuro; (v) la realización de la eutanasia o auxilio al suicidio se haga con el máximo cuidado y profesionalidad.

Fue así como se promulgó la “Ley de la Terminación de la Vida o a Petición Propia del Auxilio al Suicidio”, la cual entraría a regir desde el primero de abril de 2002. Esta norma tiene dos propósitos principales. Por un lado, despenalizar legalmente la eutanasia (si se comprueban las condiciones antes mencionadas) y, por otra parte, regular el procedimiento para que la voluntad del paciente fuera lo más libre e informada posible. De otra manera, sin regulación, la práctica podía mostrar más problemas que beneficios. Por ejemplo, conductas delictivas, entre otros asuntos.

5.5. Bélgica

La legalización de la eutanasia en Bélgica llegó tras un debate social muy participativo y difícil, algo propio del peculiar carácter de este pequeño país centroeuropeo, donde se conservan las tradiciones católicas más arraigadas del viejo continente, conviviendo con iniciativas sociopolíticas de tono marcadamente católico.

Pese a ello, desde el lunes 23 de septiembre del 2002, la eutanasia voluntaria está permitida en Bélgica, siendo el segundo país del mundo en haberla legalizado; ello aplicaba para personas mentalmente capaces que sufren de enfermedades incurables, incluyendo enfermedades mentales, que producen un sufrimiento físico o psicológico insoportable. Se trata de una ley que autoriza a un médico a poner fin a la vida de un paciente, siempre y cuando, éste, en plena lucidez y consciencia, lo haya demandado por escrito y de forma

reiterada. Permite, asimismo poner fin a la administración de alimentos, líquidos o medicinas en casos de demencia, pero no prevé la posibilidad de ayudar a morir “de manera digna” mediante la eutanasia. Es posible sólo con asistencia médica, siempre y cuando el paciente desee que se le aplique y sea consciente de sus implicaciones.¹³⁶

Los requisitos que la ley belga establece para la eutanasia son: (i) que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente de su petición; (ii) que la petición sea voluntaria, reflexionada y reiterada sin presiones exteriores, pudiendo haberla manifestado en un documento de voluntades anticipadas que tenga una vigencia inferior a cinco años. La posibilidad de solicitar la eutanasia mediante un documento de voluntades anticipadas está regulada por un decreto del 2 de abril de 2003; (iii) que haya padecimiento físico o psíquico constante e insuperable ocasionado por una condición patológica grave e incurable.

Después de practicada la eutanasia, el médico tiene cuatro días para enviar a la Comisión Federal de Control y de Evaluación (CFCE) la documentación completa que establece la Ley. La CFCE está formada por ocho médicos - cuatro de los cuales deben ser profesionales universitarios-, cuatro profesores universitarios de derecho y cuatro personas que provienen del entorno de pacientes que sufren enfermedades incurables.

“La llegada de la ley sobre la eutanasia abrió una alternativa para que enfermos crónicos decidan cuándo y en qué condiciones desean poner fin a sus vidas, pero, sobre todo, dicen sus defensores, tiene la virtud de regular una actividad que ya existe, que es relativamente

¹³⁶Ver: Morir con dignidad: <http://www.condignidad.org/muerte-anciana-dementeBelgica.html>. Y Deutsche Welle: <http://www.dwworld.de/dw/article/0,2144,1528224,00.html>.

frecuente, pero que ha sido secreta y, por tanto, susceptible de excesos.” MC AULIFFE, Christina.” La vida es derecho, no un deber”. Editorial Gonzana. Edición I. 2006. Pág. 12.

Para evitar esos excesos, la ley incluyó condiciones estrictas desde el momento de su despenalización; el médico belga que practique una eutanasia no estará cometiendo una infracción, siempre y cuando se haya asegurado previamente de que el paciente es mayor de edad, está consciente y en pleno uso de sus facultades en el momento de la demanda, deberá estar claro que la petición es voluntaria y firme, en ningún caso sujeta a presiones exteriores, aunque existen excepciones, como es el supuesto de las personas en coma. Está exenta de observancia jurídica para los facultativos que la procuren cuando el paciente sufre de manera insostenible y no tiene esperanzas de mejora.¹³⁷

“Para, reducir el riesgo de que se tomen decisiones de forma precipitada, el médico deberá mantener al paciente permanentemente informado sobre su estado de salud y su esperanza de vida, evocando en todo momento las alternativas que puedan sanarle o paliar su mal.” MC AULIFFE, Christina.” La vida es derecho, no un deber”. Editorial Gonzana. Edición I. 2006. Pág. 14.

La ley es clara, al exigir que el paciente haya decidido libremente morir y haya expresado repetidas veces este deseo. Tiene que transcurrir un plazo de cuatro semanas entre la demanda de morir y la ejecución de esta demanda. La legislación belga es similar a la holandesa, sin embargo, si el paciente no es terminal, el médico debe consultar a un tercer especialista independiente, y al menos debe transcurrir un mes entre la solicitud del paciente y el acto de la eutanasia.

¹³⁷Ídem.

El 13 de febrero de 2014, Bélgica eliminó la restricción de edad para la eutanasia, a pesar de la fuerte oposición religiosa y algunos miembros de la profesión médica. Antes de este cambio, la legislación de la eutanasia ya se aplicaba a adolescentes mayores de 15 años legalmente emancipados por decreto legal. De todos modos, en los últimos doce años, la Comisión Federal informó solo cuatro casos de pacientes con menos de 20 años, y ninguno de ellos era niño.

Con la nueva ley, los niños de cualquier edad pueden requerir la eutanasia, siempre que sean capaces de entender las consecuencias de sus decisiones, certificado por un psicólogo o psiquiatra infantil. El niño debe estar en condición terminal, con sufrimiento físico constante e insoportable, que no puede ser aliviado. La decisión del niño debe ser apoyada por sus padres o representantes legales, quienes tienen derecho de veto. A pesar de que la restricción de edad no es impuesta por la ley, el niño debe mostrar capacidad de discernimiento y ser consciente en el momento de hacer el pedido. Estos requisitos limitan el rango de los niños podrían calificar, y la previsión es que los cambios, aunque muy importantes, no tienen un impacto tan significativo.

De acuerdo con la Comisión Federal entre 2010 y 2014, los casos notificados casi se duplicaron, pasando de 953 a 1,807. La prevalencia se mantiene en hombres, con edades comprendidas entre 60 y 79 años, con cáncer, sin embargo, un estudio reciente mostró un aumento de las peticiones de los pacientes mayores de 80 años y con otras enfermedades. Por otra parte, se estima que el 44 de las muertes asistidas ocurren en los hospitales, el 43 en el hogar y el 11 en residencias de ancianos.

5.6. Luxemburgo

El 16 de marzo de 2009, la eutanasia y el suicidio asistido se legalizaron en Luxemburgo, y en la actualidad están regulados por la Comisión Nacional de Control y Evaluación. La ley cubre a los adultos capaces, portadores de enfermedades incurables y terminales que causen sufrimiento físico y psicológico constante e insoportable, sin posibilidad de alivio.

El paciente debe solicitar el procedimiento a través de sus Disposiciones para el final de la vida, documento escrito que es obligatoriamente registrado y analizado por la Comisión Nacional de Control y Evaluación. El documento también permite al paciente registrarlas circunstancias en las que se sometería a la muerte asistida, que se realiza por un médico de confianza del solicitante. La solicitud puede ser revocada por el paciente en cualquier momento, y en este caso se eliminará del registro médico. Antes del procedimiento, el médico debe consultar a otro experto independiente, al equipo de salud del paciente, y a una persona de confianza nombrada por el, después de su finalización, la muerte se debe informar a la Comisión dentro de los ocho días.

De acuerdo con el último informe de la Comisión, entre 2009 y 2014, fueron registrados 34 casos de muerte asistida. De estos, 21 eran de sexo femenino, con una edad predominante entre 60 y 79 años, 27 tuvieron cáncer y 22 realizaron el procedimiento en el hospital.

5.7. Suiza

Se permite el suicidio asistido en Suiza y, conformidad con el artículo 115 del Código Penal de 1918, la práctica solo es punible cuando es realizada por razones no altruistas. A diferencia de otros países, como Holanda, y algunos estados de Estados Unidos, el suicidio

asistido no está regulado con claridad, y no existen leyes específicas que determinen en qué condiciones una persona puede pedir la asistencia.

A pesar de que el artículo 115 no fue desarrollado originalmente para la regulación de esta práctica, a partir de la década de 1980 muchas instituciones de apoyo a la muerte asistida lo usaron como base para justificar sus acciones. En la actualidad, seis instituciones en actividad son responsables de la mayoría de los casos de suicidio asistido en el país, con diferentes criterios de selección de los candidatos.

Solo tres instituciones restringen la asistencia a los pacientes con enfermedades terminales y los extranjeros también pueden ser atendidos en cuatro de ellos. Se estima que entre 2008 y 2012, 611 extranjeros, entre ellos un brasilero, recibieron la medicación letal, siendo 268 de Alemania y 126 del Reino Unido. Durante este periodo, los extranjeros representaron casi dos tercios de todos los casos. El servicio a traído considerable número de pacientes al país, los llamados turistas del suicidio. En el Reino Unido, por ejemplo, el termino ir a Suiza se ha convertido en un eufemismo para el suicidio asistido.

También se permite la atención de personas con enfermedades mentales, pero el Tribunal Supremo exige un informe psiquiátrico que indique que el deseo del paciente fue auto-determinado y bien considerado, y no parte de su trastorno mental.

Los médicos que prescriben el fármaco son responsables del proceso, debiendo siempre informar al paciente sobre su enfermedad y las posibles alternativas. Sin embargo, una relación médico-paciente bien establecida no es requisito previo para la práctica, y por lo general estos médicos no están presentes en el momento de la muerte.

Todos los países a excepción de Suiza y el estado de Montana EE. UU, requieren que se informe de los casos de suicidio asistido y divulgación regular de informes públicos. Sin embargo, estudios recientes muestran que el perfil del usuario se diferencia de otros países la asistencia prevalece en las mujeres, y el porcentaje de pacientes con cáncer es menor. La eutanasia está prohibida en Suiza de conformidad con el artículo 114 del Código Penal.

SECCIÓN III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

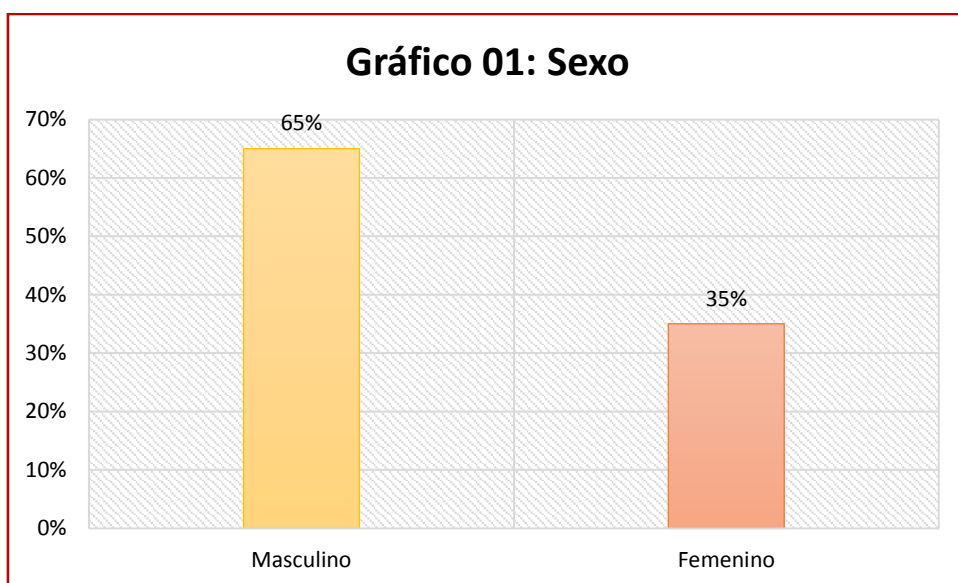
En este apartado se da a conocer los resultados del análisis del conocimiento de magistrados, médicos y sacerdotes sobre la Eutanasia desde el punto de vista jurídico, moral y religioso, para la aplicación de la eutanasia (Objetivo respecto al trabajo de campo).

I. Aspecto general

Tabla N° 01: Sexo

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Masculino	65	65%
Femenino	35	35%
Total	100	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes

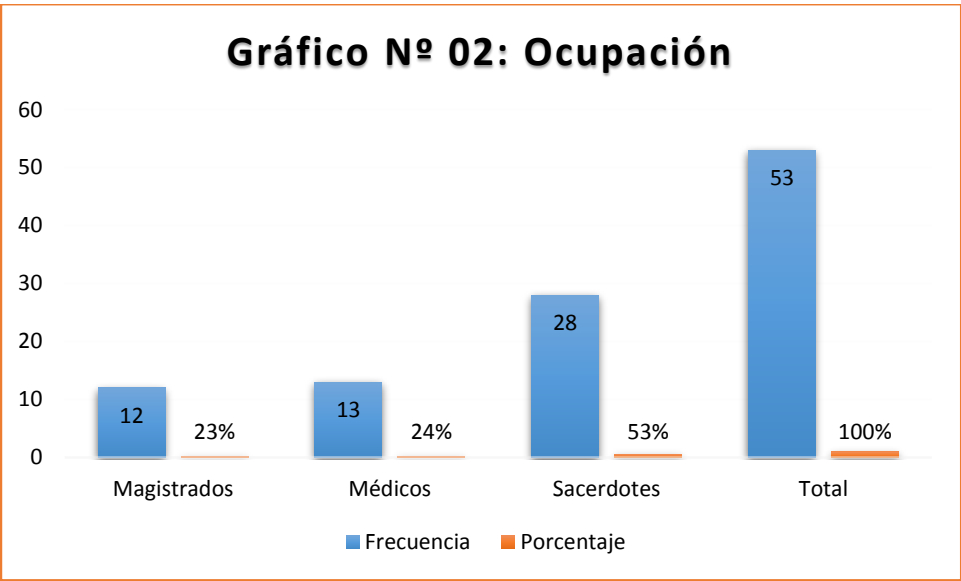


Análisis: Del presente gráfico se puede observar que, del total de la muestra de encuestados, el 65% son personas de sexo masculino; mientras que el 35% son del sexo femenino. Dentro de ellos, cabe indicar que la muestra está constituida tanto por magistrados, médicos y sacerdotes.

Tabla N° 02: Ocupación

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
Magistrados	12	23%
Médicos	13	24%
Sacerdotes	28	53%
Total	53	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes



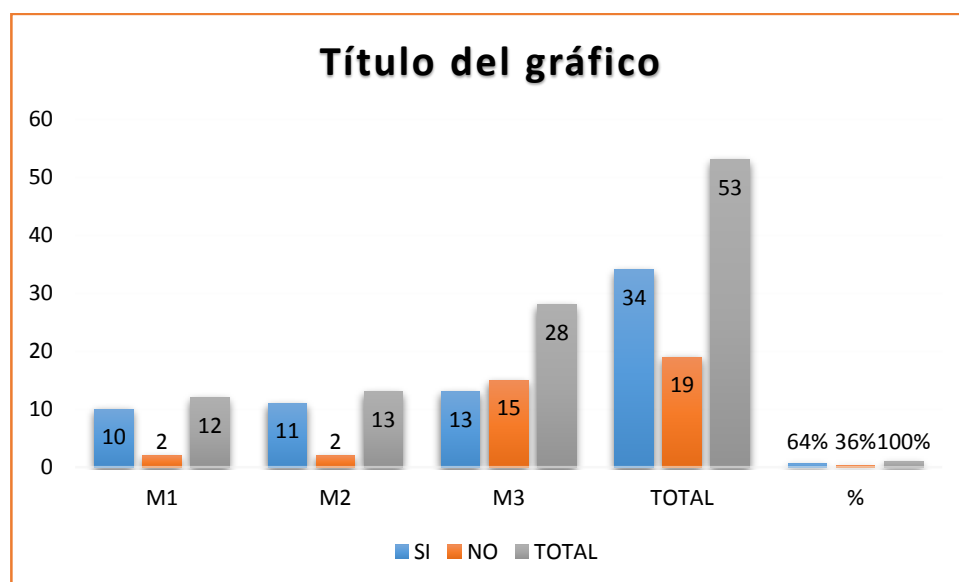
Análisis: Se puede observar que, del total encuestados, el 23% son magistrados; el 24 % son médicos; finalmente el 53% son sacerdotes. Ello da muestra que el porcentaje mayoritario de encuestados, está constituido por sacerdotes, en razón a que, se tomó la población total de los sacerdotes de las parroquias de toda la región. De igual forma, se cuenta con una 23% de personas conocedoras de derecho que pueden brindar una opinión desde el punto de vista jurídico, respecto al tema; también se cuenta con un 24% de personal médico, para obtener la posición de profesionales que se enfrentan día a día con esta realidad de enfermos terminales, solicitando la eutanasia.

II. Aspecto moral

Tabla N° 03: La eutanasia como reducción de la vida de un paciente terminal

3. ¿Considera usted moral la eutanasia, supone la reducción de la vida de un paciente terminal?		SI	NO	TOTAL
	M1	10	2	12
	M2	11	2	13
	M3	13	15	28
	TOTAL	34	19	53
	%	64%	36%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes

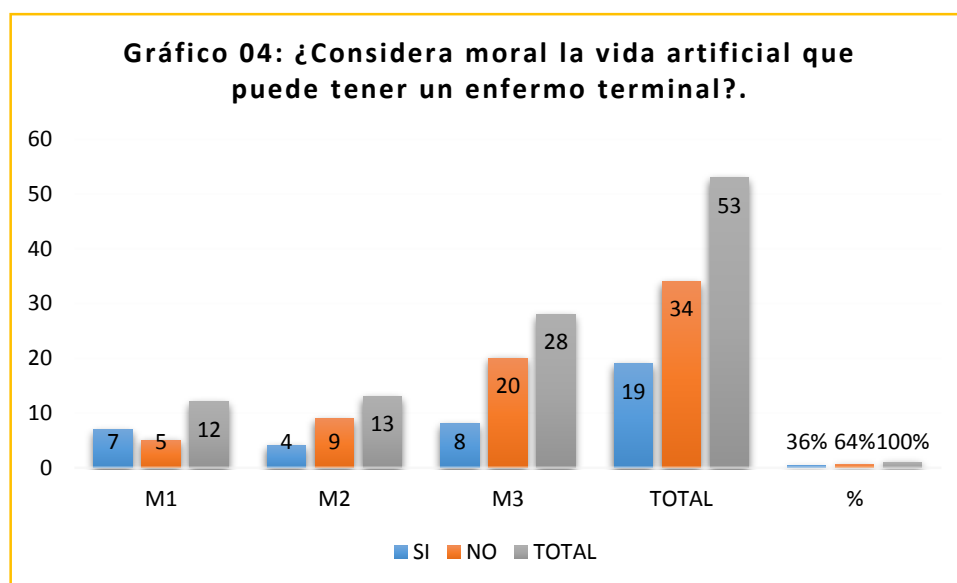


Análisis: Del presente gráfico se da muestra en términos porcentuales, que el 64% de encuestados, consideran moral la eutanasia, toda vez que reduce la vida de un paciente en estado terminal. Sin embargo, de las muestras encuestadas, la que llama notoriamente la atención, es la muestra conformada por los sacerdotes, en razón a que 13 de ellos si reconocían la moralidad de la eutanasia. Pudiendo inferir que, en la actualidad la religión católica también está entendiendo que en casos de pacientes terminales, debe primar el derecho fundamental de la dignidad humana.

Tabla N° 04: La vida artificial que puede tener un enfermo terminal.

	SI	NO	TOTAL
4.¿Considera moral la vida artificial que puede tener un enfermo terminal?.			
M1	7	5	12
M2	4	9	13
M3	8	20	28
TOTAL	19	34	53
%	36%	64%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes



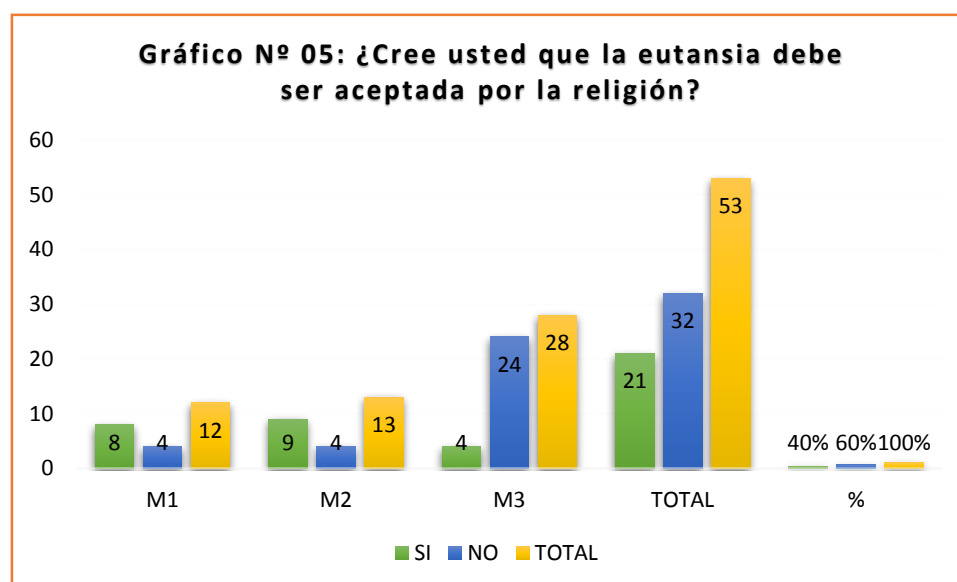
Análisis: Se puede evidenciar que, del total encuestados, el 64% no considera moral la vida artificial que tiene un enfermo terminal.; mientras tanto el 36% considera como moral la vida artificial que puede tener un enfermo terminal. Por lo que se demuestra que existe una mayoría en concordar que la vida artificial que lleva un paciente terminal es manifiestamente inmoral, poniendo en grave vulneración, por ende, el derecho inherente de la dignidad humana.

III. Desde el punto de vista religioso

Tabla N° 05: Aceptación de la eutanasia, por la religión

5. ¿Cree usted que la eutanasia debe ser aceptada por la religión?		SI	NO	TOTAL
	M1	8	4	12
	M2	9	4	13
	M3	4	24	28
	TOTAL	21	32	53
	%	40%	60%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.

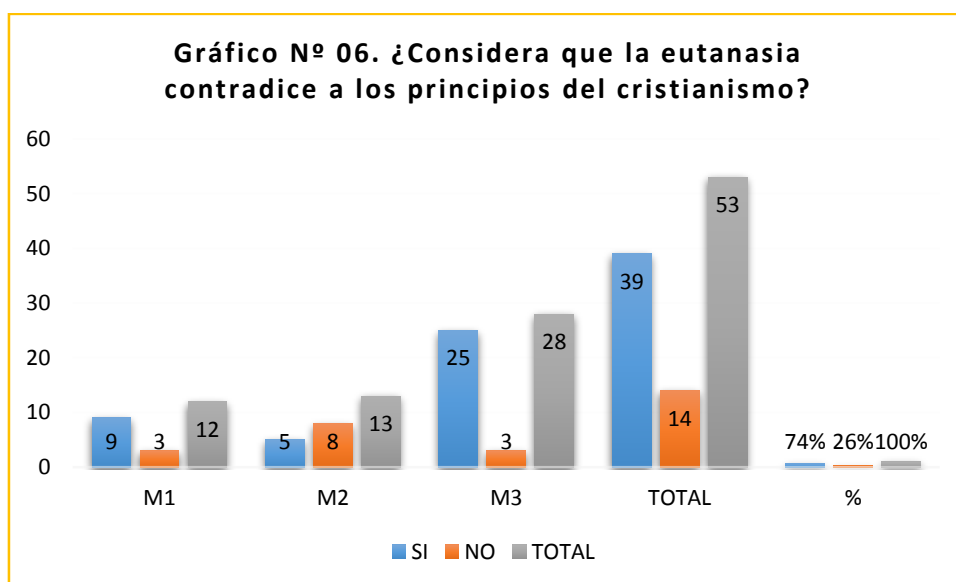


Análisis: De la figura N° 05, se puede observar que, del total de encuestados, el 60% afirma que la eutanasia no debe ser aceptada por la religión; mientras tanto el 40% afirma que la eutanasia si debe ser aceptada por la religión. De ello, se puede colegir que, aún existe cierta negativa por la población en aceptar la eutanasia vista desde una acepción religiosa (tomando en cuenta, que es la muestra de sacerdotes quienes se rehúsan a esa posibilidad); y ello, probablemente porque hasta la fecha, la iglesia católica mantiene una postura cerrada en rechazar la eutanasia, pasando por alto derechos como la dignidad, integridad y libertad de la persona humana.

Tabla N° 06: La eutanasia como contradicción a los principios del cristianismo

	SI	NO	TOTAL
6. ¿Considera que la eutanasia contradice a los principios del cristianismo?			
M1	9	3	12
M2	5	8	13
M3	25	3	28
TOTAL	39	14	53
%	74%	26%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.



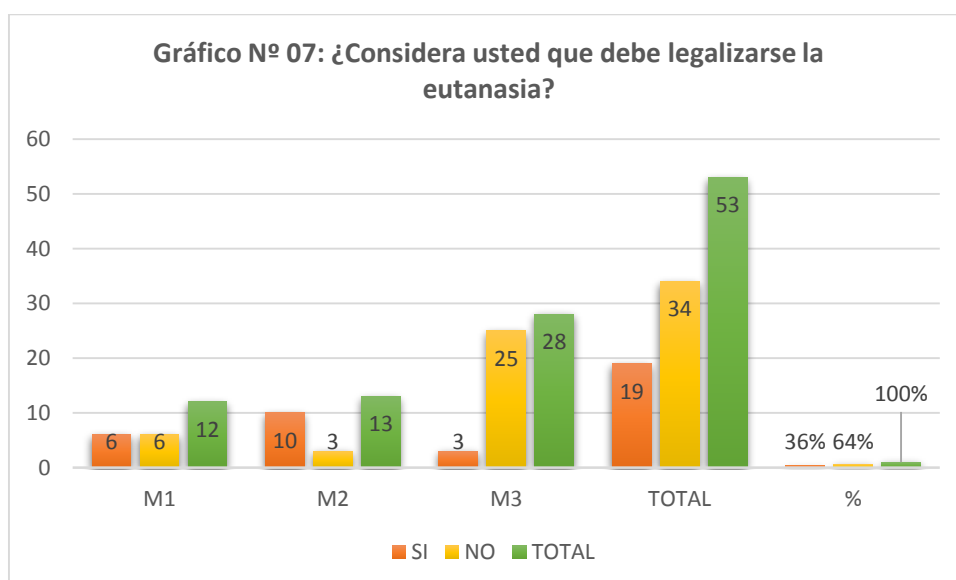
Análisis: Del presente gráfico se da muestra que, del total de encuestados, el 74% considera que la eutanasia si contradice a los principios del cristianismo; mientras tanto el 26% considera que la eutanasia no contradice a los principios del cristianismo. Este porcentaje mayoritario puede deberse a que los principios de la religión católica aún están muy impregnados en la ciudadanía (sacerdotes, médicos e incluso hasta en los propios magistrados), quedando cegados ante la vulneración manifiesta de derechos fundamentales, que se puede presentar al no aplicarse la eutanasia en un paciente con dolores interminables

IV. La eutanasia desde el punto de vista jurídico

Tabla N° 07: Legalización de la eutanasia

7. ¿Considera usted que debe legalizarse la eutanasia?		SI	NO	TOTAL
	M1	6	6	12
	M2	10	3	13
	M3	3	25	28
	TOTAL	19	34	53
	%	36%	64%	100%

Fuente: Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes

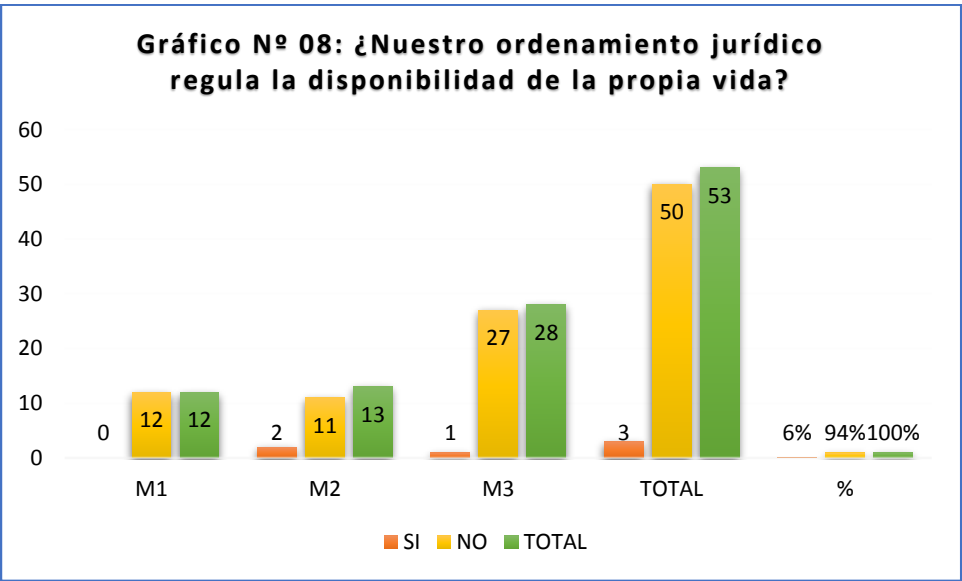


Análisis: Del presente gráfico se puede colegir que, existe una mayoría porcentual del 64%, que aún sostienen la no posibilidad de llegar a legalizar la eutanasia en nuestro país; quienes se rehúsan a esta posibilidad sin duda alguna, son los que conforman la muestra 3 (sacerdotes), porque la religión católica aún no lo permite, pese a que anteriormente se dejó sentado que, un cierto número de encuestados de la muestra 3 (sacerdotes) si consideraban moral la eutanasia, en razón a que evitaba los sufrimientos de un paciente terminal.

Tabla N° 08: Disponibilidad de la propia vida por nuestro ordenamiento jurídico

8. ¿Nuestro ordenamiento jurídico regula la disponibilidad de la propia vida?		SI	NO	TOTAL
	M1	0	12	12
	M2	2	11	13
	M3	1	27	28
	TOTAL	3	50	53
	%	6%	94%	100%

Fuente: Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes



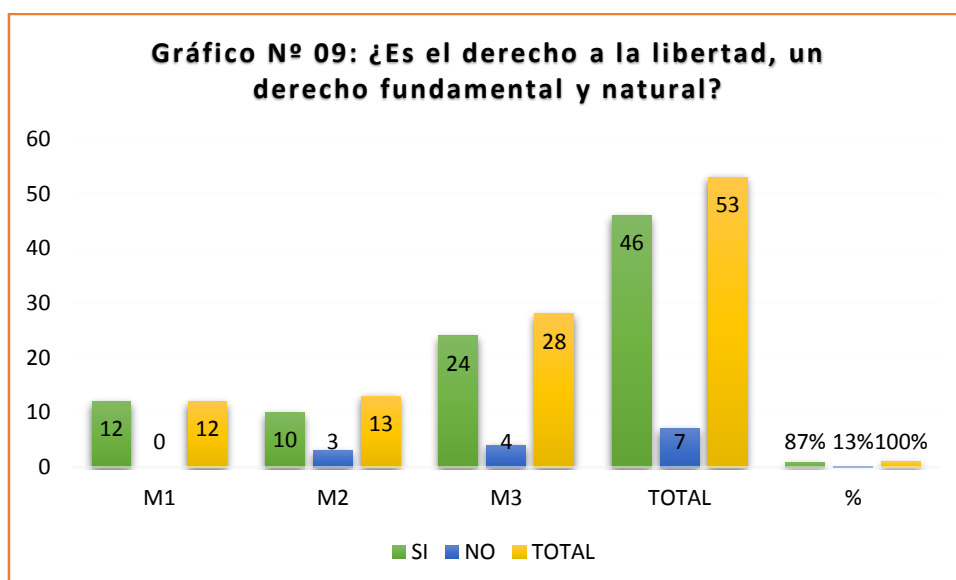
Análisis: En el presente gráfico, no existen mayores problemas, en razón a que es de conocimiento en general, que nuestro ordenamiento aún no regula la disponibilidad de la propia vida; por ello es que, un 94% de encuestados de las 3 muestras de la población, manifestaron que dicha posibilidad aún no encuentra regulación en nuestro ordenamiento jurídico vigente, pese a existir una colisión de derechos fundamentales como el derecho a la dignidad humana o libertad.

V. Derechos Fundamentales

Tabla N° 09: El derecho a la libertad, un derecho fundamental y natural

9. ¿Es el derecho a la libertad, un derecho fundamental y natural?		SI	NO	TOTAL
	M1	12	0	12
	M2	10	3	13
	M3	24	4	28
	TOTAL	46	7	53
	%	87%	13%	100%

Fuente: Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.

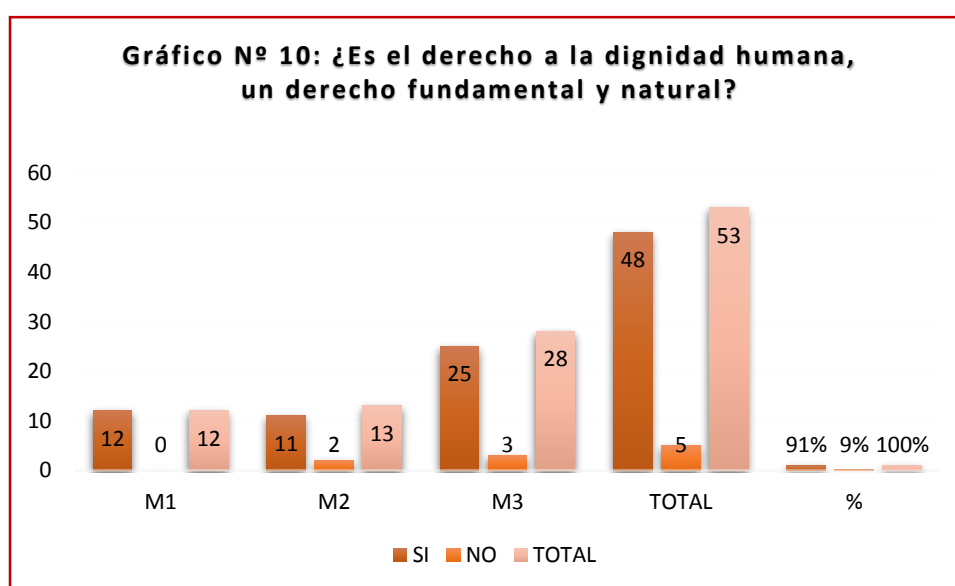


Análisis: Del gráfico N° 09, se puede evidenciar que existe una mayoría porcentual de 87% en afirmar que el derecho a la libertad sí es un derecho fundamental y natural. Las tres muestras encuestadas (magistrados, médicos y sacerdotes) coinciden y consensan sobre el mismo punto; sólo un 13% (7) manifiestan lo contrario.

Tabla N° 10: El derecho a la dignidad humana, un derecho fundamental y natural

		SI	NO	TOTAL
10. ¿Es el derecho a la dignidad humana, un derecho fundamental y natural?	M1	12	0	12
	M2	11	2	13
	M3	25	3	28
	TOTAL	48	5	53
	%	91%	9%	100%

Fuente: Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.

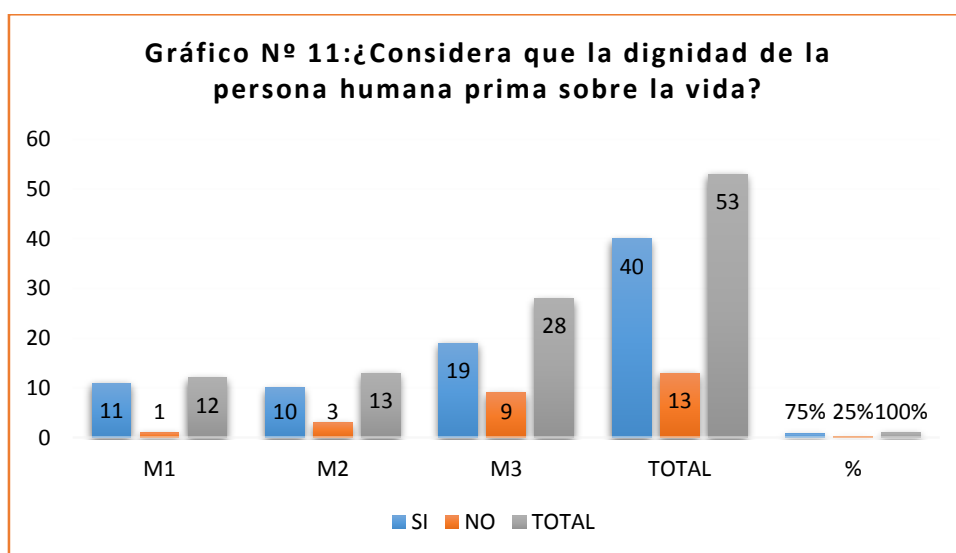


Análisis: Del presente gráfico, se da muestra que el 91% de encuestados (magistrados, médicos y sacerdotes) afirman que la dignidad si es un derecho fundamental y natural de la persona humana; sólo un porcentaje minoritario de 9%, afirman lo contrario. Bajo esa perspectiva, se podría decir que, sí sería posible pensar en una legalización de la eutanasia, cuando se reconoce jurídicamente el derecho dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del estado.

Tabla N^a 11: Dignidad de la persona humana por encima de la vida

	SI	NO	TOTAL
11.¿Considera que la dignidad de la persona humana prima sobre la vida?			
M1	11	1	12
M2	10	3	13
M3	19	9	28
TOTAL	40	13	53
%	75%	25%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.

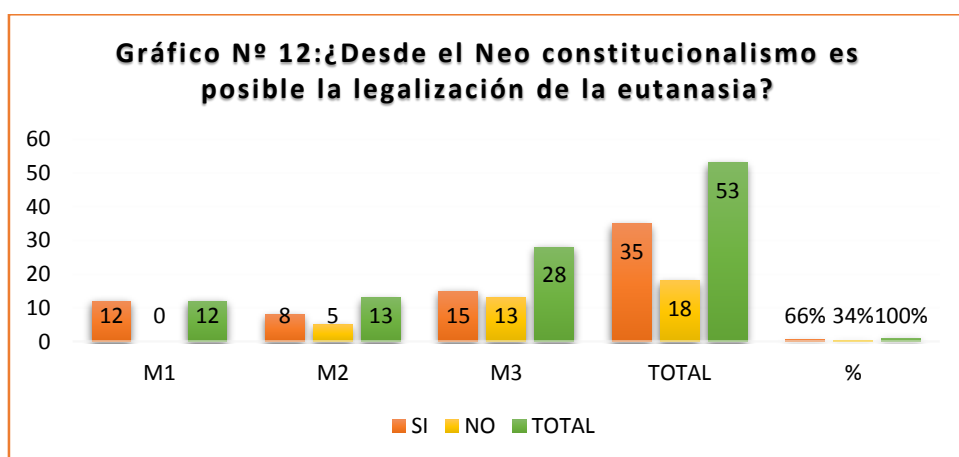


Análisis: Del presente gráfico se da muestra que, del total encuestados, el 75% considera que la dignidad de la persona humana si prima sobre la vida; pese a ello existe un porcentaje del 25% que aún considera que la dignidad de la persona humana no prima sobre la vida, situación en la que se debe poner énfasis, toda vez que, si bien es cierto, el derecho vida es inviolable; también es cierto que este derecho debe desenvolverse en un contexto compatible con el derecho a la dignidad. Por ello, es que resulta discutible que un 25% de encuestados consideren que el derecho vida está por encima del derecho dignidad, cuando la dignidad es fundamento primordial y contenido esencial de todos los derechos, incluyendo, el derecho a la vida.

Tabla 12: El Neo constitucionalismo como posibilidad para la legalización de la eutanasia

		SI	NO	TOTAL
12¿Desde el Neo constitucionalismo es posible la legalización de la eutanasia?	M1	12	0	12
	M2	8	5	13
	M3	15	13	28
	TOTAL	35	18	53
	%	66%	34%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.

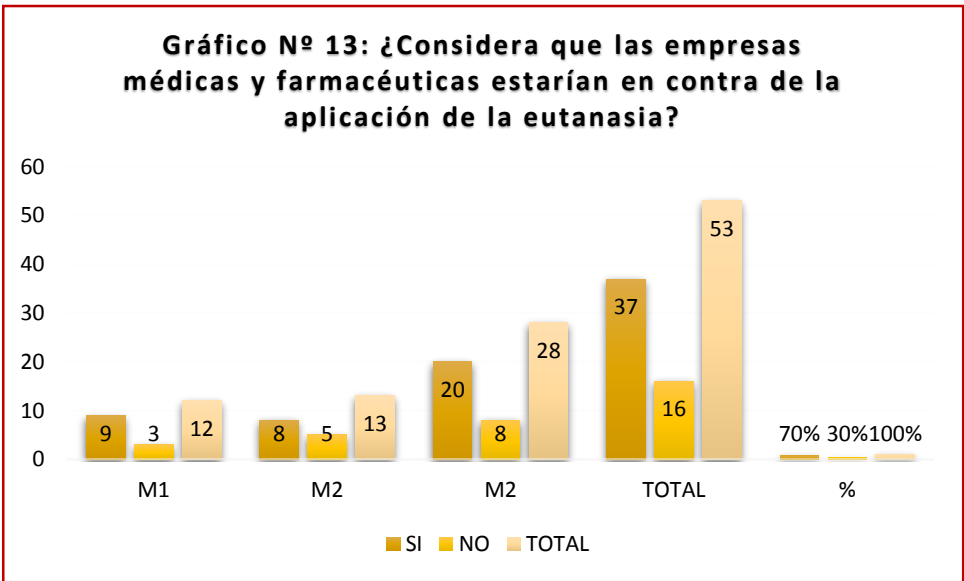


Análisis: Se puede evidenciar que, del total encuestados, el 66% afirma que desde el Neo constitucionalismo si es posible la legalización de la eutanasia; mientras tanto el 34% afirma que desde el Neo constitucionalismo no es posible la legalización de la eutanasia. De esta manera, se puede denotar que, en términos porcentuales, existe una mayoría en afirmar que a través de la corriente Neoconstitucionalista si podría aplicarse la eutanasia, en razón a que, en esta corriente se exige una motivación de contenidos más profundos; por ende, se aplicaría una metodología distinta de interpretación de los principios para que solo en condiciones fácticas determinadas, pueda el juez constitucional tomar sus decisiones, cuando se encuentre de por medio dos derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho inherente a la dignidad.

Tabla 13: Las empresas médicas y farmacéuticas en contra de la aplicación de la eutanasia

		SI	NO	TOTAL
13.¿Considera que las empresas médicas y farmacéuticas estarían en contra de la aplicación de la eutanasia?	M1	9	3	12
	M2	8	5	13
	M2	20	8	28
	TOTAL	37	16	53
	%	70%	30%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.

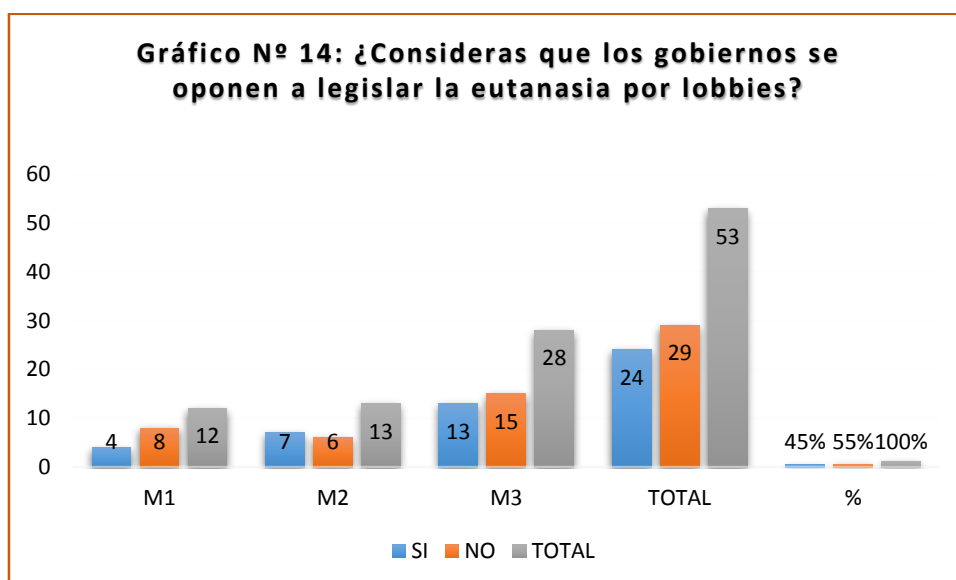


Análisis: Se puede observar que, del total encuestados, el 70% considera que las empresas médicas y farmacéuticas estarían en contra de la eutanasia; mientras tanto el 30% considera que las empresas médicas y farmacéuticas estarían en contra de la eutanasia. Ello en razón a que, serían las empresas las más perjudicadas económicamente con la legalización de la eutanasia, toda vez que ya no suministrarían los medicamentos que alargan la vida y a su vez, el sufrimiento del paciente en estado terminal.

Tabla 14: Los lobbies en el gobierno como oposición para legislar la eutanasia

		SI	NO	TOTAL
14. ¿Consideras que los gobiernos se oponen a legislar la eutanasia por lobbies?	M1	4	8	12
	M2	7	6	13
	M3	13	15	28
	TOTAL	24	29	53
	%	45%	55%	100%

Fuente. Prueba aplicada a magistrados, médicos y sacerdotes.



Análisis: Se puede observar que, del total encuestados, el 55% considera que los gobiernos no se oponen a legislar la eutanasia por lobis; mientras tanto el 45% considera que los gobiernos si se oponen a legislar la eutanasia por lobis. Ello en razón a que, son las masas políticas las más interesadas en la no regularización de la eutanasia en nuestro país.

CONCLUSIONES

- En nuestro país, actualmente, se prohíbe la eutanasia u homicidio piadoso, de acuerdo al Art. 112° del Código Penal, castiga al autor que ante la solicitud de un paciente en estado incurable mata a éste, para tal hecho recibe una pena no mayor de tres años; está claro que no está permitido la eutanasia y que debemos trabajar a efectos de legalizarla, en razón a que los resultados de nuestro estudio demuestran que es necesario en nuestro país, en beneficio de muchos pacientes en estado terminal y que sufren agonizantes, la existencia de una ley que pueda evitar tanto dolor y sufrimiento, siendo esta una muerte digna, considerando en muchos de los casos la voluntad de los pacientes y por ende que los médicos, los mismos que son encargados de aplicar la eutanasia, no sean juzgados por homicidio piadoso.
- La dignidad humana, la vida y la libertad, son derechos fundamentales, naturales e inviolables de toda persona; sin embargo, cuando estos derechos colisionan entre sí, se les debe realizar un test de ponderación, examinando las máximas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El derecho a la vida, debe desenvolverse en un contexto compatible con la dignidad humana, toda vez que el concepto de una vida digna es consecuencia de una interpretación extensiva de la Constitución; y, si bien la Constitución tiene una idea garantista de la vida (nadie puede ir en contra de la vida de una persona), no es menos cierto que los derechos vida y libertad, como cualquier otro derecho, debe desenvolverse en un contexto compatible con la dignidad. Queda claro que la dignidad es fundamento primordial y contenido esencial de todos los derechos, incluyendo, el derecho a la vida; siendo absolutamente discutible, pensar que la vida se reduce únicamente a la existencia, ya que este derecho a vivir, debe ir acompañado de una serie de condiciones que realmente reconozcan a un ser humano como tal.

- Finalmente, desde el análisis de la legislación comparada y de los datos de los países donde se aplica la eutanasia, se ha logrado identificar que países como Colombia, E.E.U.U, Canadá, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suiza, para legalizar la eutanasia han tomado en cuenta los siguientes contextos: valoración de aspectos históricos, religiosos, socioeconómicos y culturales propios; contextos, que deben ser tomados en cuenta en nuestra legislación peruana, donde se debe aumentar la conciencia acerca de la grandeza humana, abriendo espacio para el desarrollo oportuno y favorable de servicios de cuidados paliativos, y estimulando la reflexión de cuestiones bioéticas, tales como el derecho a la muerte y a la autonomía del paciente; el carácter sagrado de la vida; la relación médico-paciente; los principios de la beneficencia y de la no maleficencia; y las cuestiones relativas a la regulación de la práctica propiamente dicha.

RECOMENDACIONES

- Al proponerse un proyecto de ley sobre Eutanasia, se debe considerar la existencia de miles de pacientes que piden, que no se les alargue la vida artificialmente con tratamientos invasivos y costosos, que a lo muchos logran unas semanas o meses más de vida: las diálisis renales, las dosis de insulina, los tratamientos agresivos para mantener el corazón latiendo, aunque sabemos que todo es en vano y el paciente sólo no los quiera.
- Que nuestros legisladores, para aprobar la eutanasia en nuestro país, deben tener en cuenta, que esta tiene un procedimiento exigente para certificar la libre voluntad y la condición médica de los pacientes que pidan la terminación de su vida, morir dignamente en situaciones extremas de enfermedades terminales o lesiones irreversibles.
- A los pacientes en estado terminal y los médicos que entiendan que la muerte digna es la que llega después de hacer hasta el último esfuerzo para alargar la vida, pueden optar por hacerlo; pero quienes prefieran evitar meses incluso años de sufrimiento extremo por considerar que la muerte en esas circunstancias es más digna que la agonía, podrían acortar la dolorosa espera.
- La Iglesia debe ver la muerte como el encuentro definitivo con el Señor de la Vida y que la fe cristiana busca la vida eterna la misma que no se encuentra en éste mundo; por lo tanto, con esperanza tranquila y confiada en él, aunque nuestra naturaleza se resista a dar ese último paso que no es fin, sino comienzo. La antigua cristiandad denominaba, con todo acierto, al día de la muerte, como el verdadero día del nacimiento a la vida, y con esa mentalidad deberíamos acercarnos todos a morir dignamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Abellán, J. (2008). *Problemas de la eutanasia* (pp. 82-86,103-107). Málaga, España.
- Aguilera, R (2012). Derechos Humanos y la Dignidad humana como presupuesto de la eutanasia. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- Andorno, R. (2008). *Principios bioéticos, dignidad y autonomía*. Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Badoui, J. (1995). La ética ante la muerte y el derecho a morir. Barcelona, España: Herder.
- Baran, S. (2005). Comunicación masiva en Hispanoamérica - Cultura y literatura mediática. México: McGraw-Hill.
- Barbosa , N. (2013). La eutanasia: el derecho a la vida relativizado en razón de la dignidad humana y autonomía personal. Recuperado de :http://guayacan.uninorte.edu.co/publicaciones/revista_actualidad_juridica/upload/file/La_eut.pp 6.
- Bernal Pulido, C. (2005). El derecho al libre desarrollo de la personalidad; en el derecho de los derechos escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá, Colombia: Fondo editorial de la UEC.
- Bramont-Arias, L. (2005). Manual de Derecho Penal - Parte general. Lima, Perú: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Campos, M., y Hernández, R. (2008), *Naturaleza Jurídica de los Derechos Humanos*. Lima, Perú.

- Casabona, C (2009). *Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales* (pp. 268). Madrid, España.
- Chaname, R. (2008). *Comentarios a la Constitución*. Lima, Perú: Juristas editores.
- Cuello, E. (2000). *Tres Temas Penales*. (pp. 136). Barcelona, España: Casa Editora: BOSCH.
- Diez, J. (2010). *Eutanasia y Derecho*. Málaga, España.
- Espinoza, J. (2001). *Derecho de Personas*. Lima, Perú: Huayaga.
- Ercheverry, A. (2001). *Derecho Penal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición.
- Feldman, R. (2003). *Introducción a la psicología*. México: Mc Grew-Hill.
- García, M. (1999). *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*. Lima, Perú.
- Gómez, V. (2008). *Eutanasia. Ente la vida y la muerte*. Lima, Perú: San Marcos E.I.R.L.
- Guairacaja, A. (2011). *Proyecto de legalización de la eutanasia, por la protección al derecho a la vida digna, en la legislación ecuatoriana*. Universidad Técnica de Cotopaxi, Cotopaxi, Ecuador.
- Gutiérrez, W. y Sosa, M (2013). *La Constitución Comentada Tomo I.II.III.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Herrer, J. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Lima: Ediciones jurídicas.
- HERVADA, J. (2001). *Textos internacionales de derechos humanos*. Editorial EUNSA.

- Jimenez de Asúa, L. (1987). *Libertad de amar y derecho a morir*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Lozano, J. (2011). *La Eutanasia: Tema de Siempre*. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú.
- Markmann , M. (2013). *La eutanasia: ¿Legalidad o ilegalidad? ¿Derecho a la vida o derecho a morir con dignidad?* Tercera edición. Recuperado de: [http :// www.edu.ar/investigaciones/ tesinas/36_ markmann.pdf](http://www.edu.ar/investigaciones/tesinas/36_markmann.pdf), pp 49.
- Mendoza, C. (2014). *Eutanasia: un ensayo de fundamentación liberal para su despenalización*. Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Mesía, C. (2004). *Derecho de la persona, Dogmatica constitucional*. Lima, Perú: Fondo editorial del Congreso del Perú.
- Moller, M. (2007). *La teoría neconstitucionalista y su compatibilidad con el positivismo jurídico*. Universidad de Burgos, Castilla, España.
- Montoya, S. (2004). *La Eutanasia desde una perspectiva bioética*. Guadalajara, México.
- Muñoz, F. (2002). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Navarro, M. (2010). *Los Derechos Fundamentales de la persona*. Universidad Peruana Los Andes, Perú.
- Ortega, A. (2008). *Derecho a morir tratamiento jurídico penal de la eutanasia en la legislación chilena y comparada*. Universidad Nacional de Chile.
- Real Academia de la Lengua Española (1994). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España: Espasa-Calpe S.A.

- Requena, P. (2013). *¿Qué significado médico tiene la petición eutanásica y cómo afrontarla?* Lima, Perú.
- Rodriguez, L. (2005). *Explícame la bioética* (pp. 179). Madrid, España.
- Rojas, L (2011). *Medecina Legal*. Lima, Perú: Ediciones Juridicas.
- Roxín, C., Mantovani, F., Barquín, J., Olmedo, M., & Mendes de Carvalho, G. y. (2008). *Eutanasia y Suicidio. Cuestiones Dogmáticas y de Política criminal*. Lima, Perú: ARA.
- Román, T. (2010). *El dilema moral de la Eutanasia* (pp.28).
- Rubio, M. (2004). *El Sistema Jurídico - introducción al derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.
- Santa María, R. (2012). *Dignidad Humana y nuevos derechos: una confrontación en el derecho peruano* (pp. 84-85). Palestra Editores.
- Serrano, R. (2008). *Eutanasia y vida dependiente*. Argentina: Eiunsa.
- Taboada, P. (2010). *El derecho a morir con dignidad*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.
- Talavera, R. (2010). *Eutanasia y objeción de conciencia*. Lima: Ediciones juridicas.
- Villa, J (1997). *Derecho Penal. Parte especial*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Vivanco, A. (2000). *“Bien Morir: Análisis Crítico de Jurisprudencia Constitucional y Penal”*. Santiago, Chile: Editorial Pontifica Universidad Católica de Chile.