



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”**

**ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y LA
EXISTENCIA DE FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES
DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

AUTOR

Abog. JOHNNY BERNARDO TORRES CASTILLO

ASESOR

M.Sc. MARIANO LARREA CHUCAS

**LAMBAYEQUE- PERÚ
2018**

EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y LA EXISTENCIA DE FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA

JOHNNY BERNARDO TORRES CASTILLO
AUTOR

M.Sc. MARIANO LARREA CHUCAS
ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de **MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD.**

APROBADO POR:

M.Sc. CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BERRENECHEA
PRESIDENTE

M.Sc. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
SECRETARIO

M.Sc. OSCAR VILCHEZ VELEZ
VOCAL

DEDICATORIA

A mi esposa **María Yrma**, y a mis hijos **Almendra Angélica Celeste**, **Kevin Johnny Iván** y **Yazmin Almendra Pierina**; por ser las personas que me estimularon para concluir el presente trabajo de investigación.

Johnny Bernardo

AGRADECIMIENTO

A los profesores de la maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por las sabias Enseñanzas impartidas en aulas y despertar en mí el espíritu de investigación.

Johnny Bernardo

INDICE

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	ix

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Surgimiento del problema.....	02
1.2. El Problema.....	04
1.2.1. Formulación del problema.....	04
1.2.2. Justificación.....	05
1.2.3. Objetivos de la investigación.....	05
1.2.3.1. Objetivo General.....	06
1.2.3.2. Objetivos Específicos.....	06
1.3. Aspectos metodológicos.....	06
1.3.1. Formulación de hipótesis.....	06
1.3.2. Variables e Indicadores.....	06
1.4. Marco metodológico.....	06
1.4.1. Tipo de Investigación.....	06
1.4.2. Diseño de contrastación de hipótesis.....	07
1.4.3. Población y muestra.....	07
1.4.4. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	08
1.4.5 Métodos y procedimientos para recolección de datos.....	08

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

SUB CAPITULO I.

2.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.....	11
2.1.1. Derecho a la condición humana.....	11
2.1.2. Derechos fundamentales.....	12
2.1.3. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	13
2.1.4. El derecho a la libertad.....	16

2.1.5. La libertad positiva o libertad negativa.....	21
2.1.6. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y libertad de Decidir.....	23
2.1.7. El Derecho al libre desarrollo de la personalidad y las libertades constitucionales específicas.....	31
 SUB CAPITULO II.	
2.2. LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA.....	35
2.2.1. Dignidad como principio – derecho fundamental.....	35
2.2.2. El fundamento constitucional del derecho a rechazar tratamientos médicos vitales.....	38
2.2.3. El derecho a la autodeterminación terapéutica.....	42
2.2.4. Derecho a una muerte digna.....	43
2.2.5. La disponibilidad de la propia vida en España.....	49
2.2.6. El derecho a morir dignamente.....	51
2.2.7. Conceptos similares al de muerte digna.....	58
2.2.8. La autonomía del paciente y su derecho a la toma de decisiones luego de ser informado.....	60
2.2.9. El derecho a ser informado y la capacidad de ser informado en en el Perú.....	64
2.2.10. El derecho de los enfermos.....	65
 CAPÍTULO III ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	
3.1. Presentación y Analisis de los Resultados.....	72
3.2. Presentación del modelo teórico.....	84
3.2.1. Base Filosófica – legal.....	84
3.2.2. Base constitucional.....	88
3.2.3. Las normas ordinarias.....	89
3.2.4. Propuesta.....	89
 CONCLUSIONES.....	 91
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	96

RESUMEN

El derecho a morir no sólo tiene que ver con la dignidad humana. A través de este trabajo se ha pretendido acercar al problema de la decisión que involucra al propio paciente terminal y a la posibilidad que bajo esa condición pueda decidir poner fin a su vida, con la finalidad de no someterse a todos los sufrimientos que las enfermedades incurables originan al final de la vida de los ciudadanos.

Se considera, sin embargo, que el tema incluso pasa porque es la propia persona quien al final de sus días y ejerciendo conscientemente su derecho a la libertad puede decidir por una especie de figura al suicidio, y si frente a esto el Estado pueda oponerse a la ejecución de dicha decisión, y éste es el problema de investigación que se desarrolla en el presente trabajo y de cuya ejecución se informa.

En el desarrollo del presente estudio, se trata de establecer cómo este tema es abordado por la doctrina, la jurisprudencia y sobre todo por el máximo tribunal de administración de justicia como es el Tribunal Constitucional del Perú, y ejecutada la investigación se advierte que no existe resolución que desarrolle este tema, tan presente y tan cotidiano en muchos lugares de nuestro país.

Al final se proponen una serie de supuestos jurídicos que han de permitir que en un momento definido, se pueda optar por constituir un derecho que sea definido como el derecho a morir por respeto a la dignidad humana de toda persona, pero sobre todo por el ejercicio consciente de la libertad individual que tenemos.

ABSTRACT

The right to die isn't only about human dignity. Through this paper, it has been tried to approach the problem of the decision that involves the terminal patient itself, and the possibility, under that condition, to decide to end its life, in order to no submit to all the suffering that the incurable diseases originate at the end of citizens lives.

It is considered, however, that the issue even passes, because it's the person itself who at the end of its days and consciously exercising his right to freedom, can decide by a kind of figure to suicide, and if against this the State can oppose the execution of that decision, being this the research problem that is developed in the present paper and whose execution is reported.

In the development of the present study, it is tried to establish how this issue is approached by doctrine, the jurisprudence and especially by the justice administration maximum court as it is the Constitutional Court of Peru; and executed this investigation is noticed that doesn't exist any resolution that develops this subject, so present and so daily in many places of our country.

In the end, it proposes a series of legal assumptions that must allow, at a definite moment, to choose to constitute a right that is defined as the right to die due to respect for every person's human dignity, but especially for the conscious exercise of the individual freedom that we have.

INTRODUCCIÓN

La vida del hombre viene a ser el cúmulo de alegrías y tristezas, de sentimientos y de temores, de angustias, pero también de muchos objetivos cumplidos. Sin embargo, hay algo que es irreversible y que todos caminamos hacia ella: la muerte, y con ello los temores, las angustias, el fin de nuestra propia existencia.

Pero incluso, para llegar al fin de nuestros días, generalmente ocurre que muchas veces nos vemos frente a enfermedades que terminan haciendo padecer con dolores y sufrimientos, que desgarran y también nos causan dolor, por ser nuestros seres queridos quienes los padecen.

Aquí encontramos algo particular: ¿estos sufrimientos son realmente necesarios?, particularmente considero que no, por cuanto las personas muy bien pueden decidir poner fin a estos padecimientos, partiendo del reconocimiento que deba hacerse al derecho a morir dignamente de manera asistida.

Por ello, se propuso realizar el presente trabajo de investigación titulado: **EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y LA EXISTENCIA DE FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA**, tratando de colocar en el debate temas que pueden controversiales pero a la vez tan humanos, porque forman muchas veces parte de la vida misma, por lo que particularmente se realizó el trabajo mencionado.

Elaborado el problema y precisados los objetivos, pasamos a analizar la muestra, para luego elaborar el presente trabajo.

Dicho de este modo, se organizó el presente trabajo en capítulos y aspectos, conforme lo presentamos:

En el primer capítulo nos referimos a los aspectos metodológicos como son la realidad problemática, el problema, la justificación e importancia, la propuesta de objetivos, la formulación de la hipótesis y la fijación de las

variables, para luego exponer los aspectos relacionados con las técnicas de investigación utilizadas.

En el segundo capítulo se hace referencia al marco teórico, el cual ha sido dividido en dos sub capítulos, el primero sub capítulo referido al derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, desarrollando conceptos sobre los derechos fundamentales, el derecho a la libertad , la libertad positiva o negativa, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de decidir y las libertades constitucionales específicas; el segundo sub capítulo se ha tratado la dignidad y el derecho a una muerte digna, tratando temas relacionados como la dignidad como principio, el fundamento constitucional del derecho a rechazar tratamientos médicos, el derecho a la autodeterminación terapéutica, el derecho a una muerte digna, la disponibilidad de la vida en otros países, el consentimiento informado, entre otros aspectos que consideramos trascendentes para el efecto.

En el capítulo tercero, desarrollamos la parte aplicada del presente trabajo, presentando los resultados a partir del análisis de la muestra de estudio, pero sobre todo del contenido de las resoluciones del Tribunal Constitucional Peruano; luego de esto, se pasó a proponer el modelo teórico con énfasis en las bases filosóficas, constitucionales, penales, para luego proponer la modificación de la Constitución a partir de la modificación del derecho a la salud, en el que expresamente se reconozca el derecho a morir con asistencia por terceros.

Luego arribamos a conclusiones y algunas recomendaciones desde el punto de vista del tema académico.

Ponemos a consideración de los Señores Miembros del Jurado el presente trabajo en espera que de su evaluación pueda alcanzar la meta que me he propuesto: obtener el Grado de Maestro en Derecho, con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Surgimiento del problema

Es innegable que el derecho a la vida es un derecho natural en el hombre, pues la naturaleza humana es una naturaleza viva y todo hombre por instinto natural tiende a conservarla. Así se explica que para todos los hombres sea claro que debe castigarse al homicida y que el suicidio, no siendo una acción antijurídica, pues no existe en el acto una relación de justicia con otra persona, sea una acción moral y socialmente reprobable. Nadie duda que deba castigarse al que mata a una persona sana y en la plenitud de la vida; nadie duda tampoco que esa acción seguirá siendo injusta y punible aunque el agente obre a petición o con autorización genérica o específica de la víctima. Todas estas acciones son claramente calificadas de homicidio.

Pero en todos estos casos la decisión de matar que tiene el homicida resulta ser un acto voluntario que lo asume como parte del ejercicio de su libertad individual, y si bien termina siendo un acto ilícito y sancionado penalmente, deviene en la mayoría de casos en un hecho que es el resultado del conocimiento del sujeto, además de implicar un resultado deseado sobre el que se deberá asumir toda responsabilidad.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que toda vida humana está sujeta a un término, en el campo jurídico, este es el ejemplo clásico de un término incierto, o sea un acontecimiento (la muerte) que seguramente va a llegar, aun cuando no se sepa el momento preciso de la misma.

Debemos entonces considerar que así como la vida es natural al hombre, ésta termina necesariamente y, por tanto, la muerte es también otro hecho natural y que como tal, no debe ser considerado como una desgracia, pues los hechos naturales para el hombre no son nunca desgraciados, sino que cumplen la evolución natural de toda persona humana.

Si bien la mayoría de trabajos de investigación enfocan este tema desde la perspectiva del derecho a la vida, y sobre todo de la limitación que pueda existir dentro de un marco mayor como puede ser el reconocimiento de la dignidad como elemento sustancial al ejercicio de la persona, nosotros

consideramos que resulta cuestionable y debatible que terceros puedan decidir por la continuidad de la vida en casos extremos, y que como ejercicio de la libertad individual entendida como el derecho a decidir, muy bien bajo situaciones también extremas sea el propio sujeto quien decida terminar con su propia existencia, en lo que se conoce con la denominación del “suicidio asistido”.

Sabemos que este tema, conforme lo hemos presentado, tiene que ver directamente con la capacidad de decisión de las personas, y más allá de la relación con el derecho a la vida y el principio rector de la vigencia de la dignidad incluso hasta el final de la existencia, consideramos que el derecho a decidir sobre la culminación de la vida bajo determinadas circunstancias, se relaciona fundamentalmente con la capacidad de decisión de la persona, quien de manera ecuaníme solicita se le asista precisamente para evitar un sufrimiento mayor. No se trata que terceros decidan, sino que el propio paciente, bajo determinadas circunstancias, opte por el ejercicio de este derecho.

El propósito de la presente investigación, entonces, es determinar que si en el ejercicio de la libertad individual que tenemos todos los ciudadanos, puede ser accesible también el derecho a una muerte digna y si dicha facultad resulta ser accesible en la Constitución Política del Perú, considerando que el hombre tiene derecho a la vida, pero a una vida que necesariamente va a terminar. ¿Podrá el hombre adelantar voluntariamente el término natural de su vida? ¿Podrá una persona extraña adelantar ese término natural de la vida con autorización del sujeto?

El derecho a la vida que es patente y claro en los sujetos sanos, parece ser que queda modificado cuando ese sujeto tiene una grave enfermedad, se encuentra en una situación de inconsciencia irreversible, nace con malformaciones congénitas o sucede alguna otra de las circunstancias que se aducen por los partidarios de la eutanasia.

La solución a la cuestión en debate pasa por determinar si la vida humana es un bien jurídico indisponible o disponible.

La vida es un bien jurídico disponible sobre la base de la identificación de la libertad como un valor superior del modelo constitucional y de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. Desde esa perspectiva, el derecho a la vida no puede ser interpretada en contraposición de la idea de dignidad de la persona, autonomía de la persona y su derecho a la libertad. Es entonces, necesario identificar el punto de equilibrio entre estos derechos, tomando en consideración el recíproco condicionamiento que debe existir entre el Derecho penal y los derechos fundamentales.

La calificación jurídica de la vida humana como bien jurídico absolutamente indisponible supone una suerte de reconocimiento de su absoluta falta de relación con la voluntad de vivir de su titular y constituye, además una contradicción total con la existencia de supuestos reconocidos constitucionalmente de disposición de la vida por parte del Estado, como la pena de muerte en casos de traición a la patria durante guerra exterior.¹

1.2. El Problema

1.2.1. Formulación del problema

Por ello el problema en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

¿Cuáles son los fundamentos del ejercicio de la libertad individual que contiene los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad son los que permiten que la persona tenga una muerte digna?

1.2.2. Justificación

El propósito de este trabajo identificar si el bien jurídico vida es un derecho disponible o indisponible, y si una persona puede disponer de su vida que necesariamente va terminar, como parte de su derecho a la intimidad y libertad, o autorizar a otra personas que la suprima, cuando

¹ Constitución Política del Perú, Artículo 140 "La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada"

su vida de ha demeritado por dolores o enfermedades o por situaciones incurables e irreversible, por lo que necesita una muerte digna, sin dolores ni sufrimiento físico , y si este derecho es reconocido por la leyes, la constitución y los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos.

La presente investigación tiene como finalidad desde el punto de vista jurídico constitucional porque se demostrará que el derecho a una muerte digna se encuentra protegido en la Constitución, por otra parte beneficiara a un sector de la población que tenga familiares con enfermedades terminales e irreversibles quienes podrán amparase en este derecho y tener una muerte sin dolores ni sufrimientos.

1.2.3. Objetivos

1.2.3.1. Objetivo General

Determinar cuáles son los fundamentos del ejercicio de la libertad individual que contiene los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad son los que permiten que la persona tenga una muerte digna

1.2.3.2. Objetivos Específicos

Precisar los supuestos jurídicos constitucionales que caracterizan el ejercicio del derecho a la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad.

Establecer el fundamento legal vigente de orden constitucional que limita el derecho a la vida en el país.

Analizar la manera como el derecho constitucional puede admitir supuestos que consideren a las personas la capacidad de decidir sobre su vida.

Identificar supuestos en el derecho comparado que prevén la posibilidad de sostener un derecho a la muerte digna

1.3. Aspectos metodológicos

1.3.1. Formulación de hipótesis

Esta investigación cuenta con la siguiente hipótesis positiva

Si se establecen supuestos constitucionales en el ejercicio de la libertad individual referidos a la capacidad de decisión de la persona, entonces es posible fundamentar la viabilidad del derecho a una muerte digna en el derecho constitucional peruano.

1.3.2. Variables e Indicadores

VARIABLE INDEPENDIENTE	VARIABLE DEPENDIENTE
-Supuestos constitucionales en el ejercicio de la libertad individual referidos a la capacidad de decisión de las personas	- Fundamentos derivados de los derechos fundamentales que reconocen la viabilidad del derecho de los ciudadanos a una muerte digna

1.4. Marco Metodológico

1.4.1. Tipo de Investigación

En el presente trabajo se utilizara el tipo descriptivo que consiste en describir las partes o los rasgos de fenómenos fácticos o formales del Derecho. Lo formal trata esencialmente de entes ideales, su método es regularmente la lógica deductiva y sus enunciados analíticos. Los fenómenos fácticos se fundan en observaciones mediante los sentidos y pertenecen al mundo real, se recurre casi siempre a la verificación puntual; permite saber ¿Quién?, ¿Dónde?, ¿Cuándo?, y ¿Cómo del hecho, objeto o fenómeno jurídico? La información obtenida en un estudio descriptivo, explica el problema y supone mucho conocimiento a priori acerca del caso tratado.

En el derecho trabajamos con diseños cualitativos, no experimentales, investigamos sin manipular deliberadamente objetos o variables. En este no decidimos a nuestro criterio la variación independiente. Lo más que hacemos, es observar los hechos o fenómenos tal como se expresa en su contexto natural y mediante un proceso cognitivo la interpretación jurídica, social, axiológica o políticamente, proponiendo soluciones a base de argumentos.

1.4.2. Diseño de contrastación de la hipótesis

Se considera el diseño descriptivo o de una sola casilla

$$M= O$$

Donde,

M: es el conjunto de información que se recogerán de la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional

O: es la Ficha de análisis que se aplicará para recoger la información

1.4.3. Población y muestra

La población está formada por el total de casos que en número de 500 el Tribunal Constitucional ha tratado sobre el tema referido a la muerte. De este grupo, estamos considerando un total de cincuenta sentencias referidas al tema sobre un posible derecho a morir dignamente, o temas vinculados con la eutanasia, lo que significa un diez por ciento.

**CUADRO N° 01: MUESTRA A LA QUE SE VA APLICAR LA
FICHA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS**

Aspectos Casos	Frecuencia	Porcentaje
Referencia a la muerte	25	50
La muerte como posible derecho	25	50
Total	50	100

Año: 2015

Fuente: De investigación

1.4.4. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

- LOS MATERIALES son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros.
- LAS FUENTES consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación.
- LA TECNICA a emplear es la dogmática jurídica.
- En lo que respecta a la RECOLECCION DE INFORMACION DE COMPILACION DE DATOS será necesario el empleo de fuentes de información tales como la observación de la problemática generada en torno a las sentencias que se ha expedido el Tribunal Constitucional Peruano, relacionadas con el tema de investigación.

1.4.5. Métodos y procedimientos para recolección de datos:

a) Método de Análisis

El presente método fue empleado por cuanto se ha iniciado el trabajo por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad., habiéndose establecido una relación de causa efecto entre los elementos que componen el objeto materia de investigación.

b) Método Explicativo:

Explicar las consecuencias que podrían darse con respecto al reconocimiento que proponemos exista del derecho a una muerte digna.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I

2.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

2.1.1. Derecho a la condición humana

Néstor Pedro Sagués, al referirse a los caracteres del derecho a la vida, señala que se trata de un derecho Constitucional fundante y personalísimo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derecho.

Desde luego, es un valor de suma importancia, aunque no absoluto. Por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución Argentina, al imponer a los argentinos el deber de armarse “en defensa de la Patria y de esta Constitución”, está indirectamente permitiendo el sacrificio de la vida, para tutelar los dos bienes que se indica.

Al tratar el derecho a la vida y pena de muerte por causas no políticas manifiesta que es evidente que si el texto Constitucional prohíbe explícitamente imponer la pena de muerte por causas políticas (artículo 189), no lo hace para causas no políticas.

Por razones de seguridad y de disuasión pueden alguna vez, explicar la pena de muerte que tratamos (por causas no políticas), aunque, por supuesto, ello cada vez coincide menos con una visión desarrollada y humanitaria del derecho.

Al estudiar el derecho a la vida y al aborto se pregunta si la Constitución protege el derecho a la vida ¿esto incluye también la del feto?, señala que sí, porque el derecho a la vida está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

¿Cuáles son las posibles excepciones a la regla de la tutela “en general” del feto? Una generalmente aceptada, es el llamado aborto terapéutico, que es el provocado para salvar la vida de la madre (artículo

86, inciso 1^a del Código Penal argentino, que lo declara impune).ello es así porque hay dos vidas en conflicto, y la ley deja abierta la opción a la madre.

Al contrario, son abiertamente inconstitucionales el aborto discrecional o libre (producto de la simple voluntad o criterio de la madre), o el aborto “honoris causa” (realizado para salvaguardar el honor de la progenitora), ya que los derechos a la libertad de elección de la madre o de su honor, deben ceder ante el derecho a la vida del feto.

En el caso del suicidio cabe averiguar si así como hay un derecho constitucional a vivir, existe otro a privarse de la vida. De responder afirmativamente, la ley subconstitucional (penal, civil, etc.) no podría sancionar de ninguna modo al suicida o a quien intento serlo.

Según ciertas directrices sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Bazterrica” (fallos 308:1392), parece que ese derecho existe, al sostener que “las conductas de los hombres que se dirijan contra sí mismos escapan de la regulación legislativa”, y que el Estado “no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan”²

2.1.2. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Carlos Bernal Pulido en el Estudio Introductorio de la obra Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexis sostiene “Las disposiciones de derecho fundamental son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales. Por su parte, las normas son proposiciones prescriptivas adscritas por vía interpretativa a estas disposiciones y que prescriben lo que está prohibido, permitido u ordenado por los derechos fundamentales, así como las competencias que estos derechos confieren. Por último, las posiciones de derecho

² SAGUES, Néstor Pedro, “Manual de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, ciudad de Buenos aires, 2007, pp. 641-647.

fundamental son relaciones triádicas conferidas por las normas de derecho fundamental, que tienen la forma de derecho a algo, libertades y competencias, y que regulan las relaciones entre el individuo y el Estado y los particulares, que tiene que ver con el respeto de los bienes protegidos por los derechos fundamentales”³

2.1.3. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional

Por la propia naturaleza de la Constitución del Perú, ella suele mencionar los derechos que reconoce de manera bastante general, sin precisar suficientemente su contenido esencial que debe ser delimitado y que es característico de sus alcances para efectos de su protección. A este respecto, ha dicho el Tribunal: “El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreducible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada...” (Sentencia, Exp: 1042-2002-AA/TC del 6.12.2002).

“Este núcleo duro o contenido esencial de los derechos emerge de situar a cada derecho en el contexto constitucional en que se halla establecido. Tiene que ver con la constelación de valores y con los demás derechos fundamentales. Así, por ejemplo, para perfilar el núcleo de una pensión de seguridad social, tendremos que atender no solo el texto que lo establezca sino también a los derechos de sobrevivencia y bienestar, entre otros. El tribunal ha dicho: 104 (...) Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori por un acto carente de

³ ALEXIS, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Traducción y Estudio Introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, Primera reimpresión de la segunda edición 2008, pp-XXIX-XXX.

fundamento y al margen de los principios constitucionales, los valores superiores y los demás derechos fundamentales que la Constitución incorpora . Por lo que, a efectos de determinar el contenido esencial, deberán tomarse en cuenta no solo las disposiciones constitucionales expresas, sino también los principios y valores superiores constitucionales”. (Sentencia, Exp: 0050-2004-AI/TC del 3.06.2005).

Este contenido es la esencia de cada derecho fundamental, su contenido irreductible. El Tribunal dice que el legislador no puede disponer de él, lo que significa que no podrá dictar leyes que lo recorten y, si lo hace, dichas normas no serán aplicadas y podrán ser declaradas ineficaces a través de los procesos constitucionales.

Por ello es interesante analizar el concepto que los derechos fundamentales ha adoptado el tribunal constitucional. Una primera sentencia importante es la siguiente “....Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptible de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad...” (Sentencia, Exp: 0050-2004-AI/TC del 3.06.2005).

La definición no es formal y sistemática, referida a las partes de la Constitución. Por el contrario, es sustantiva; pertenecerán a esta clase de derechos todos aquellos que permitan desarrollar a la persona en sociedad, es decir, que le permitan interactuar con beneficio en relación con los demás.

Los derechos fundamentales, por su relevancia para el desarrollo de la persona y para la dignidad humana, tiene un contenido moral que fundamenta al Derecho como orden legítimo de la sociedad.

“...el concepto de derecho fundamental comprende (...) tanto los presupuestos éticos como los competentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que

convierte a los derechos en normas básicas material del Ordenamiento(...)(Sentencia, Exp: 0549-2004-HC/TC del 21.01.2005).

Es interesante notar que el concepto de derecho fundamental que tiene el Tribunal Constitucional, por tanto, no es formalmente sistemático. No depende de dónde en la Constitución está ubicado el derecho de que se trate. Su definición de derecho fundamental es de contenido, en los términos antes reseñados y, por ello, ha incluido como derechos fundamentales a muchos que no están ubicados en el artículo 2 de la Constitución.⁴

Seguridad jurídica Estiman muchos juristas que el derecho a una muerte digna requiere una ley. Si más no, para establecer los límites de ese derecho y evitar abusos. Los propios médicos se sienten hoy desprotegidos. Porque llega un momento en que no es suficiente el código deontológico: hace falta una seguridad jurídica. Ni las normas éticas ni las deontológicas son de obligado cumplimiento, como lo son, por su naturaleza, las jurídicas. Precisamente las reglas sin fuerza de ley son el cauce de los abusos.

En España, resueltas ya con mayor o menor acierto las cuestiones del derecho al divorcio, del uso de anticonceptivos y del aborto en determinadas condiciones, nos encontramos en un momento decisivo para el reconocimiento del derecho a una muerte digna. Este derecho se basa en la misma Constitución Española, y muy concretamente en el artículo 10, que reconoce “la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social”, en el artículo 15, que prohíbe la tortura y las situaciones degradantes; en el artículo 16, que establece la libertad ideológica y religiosa; en el artículo 17 “el derecho a la libertad y la seguridad”; en el artículo 18, derecho a la intimidad”, y en el artículo 24 derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”.

⁴ RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco, BERNALES BALLESTEROS, Enrique, “Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera reimpresión enero de 2011, pp. 19 a 21,40 a 41.

2.1.4. El derecho a la libertad

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 hay un acuerdo generalizado en considerar la dignidad de la persona como el fundamento del orden político y de la paz social, como afirma también el artículo 10 de la Constitución española de 1978. Quiero resaltar la cuidadosa elección del concepto y su relevancia. Por una invención humana pactada políticamente e implantada jurídicamente, todas las personas, siendo individualmente diferentes, somos iguales en dignidad humana. Por eso se considera que la vida humana es algo más que mera existencia biológica. Debe ser digna para que se considere humana. Ahora bien, ¿cómo puede medirse esa dignidad? ¿Puede hacerse exclusivamente de un modo objetivo por el Estado democrático? ¿Cómo se forma la voluntad del Estado? Recordemos que el Estado es un ente representativo que no tiene una voluntad propia, preexistente a la de las personas que, desarrollando libremente su personalidad y ejerciendo sus derechos fundamentales, van a componer los órganos a través de los cuales se expresa la voluntad del Estado, que no puede ser otra que la voluntad de la sociedad. Hay que tener presente que, justamente porque todas las personas son iguales en dignidad humana, todas son sujetos de derechos inviolables, entre ellos la libertad ideológica, y que el Estado tiene que respetar el libre desarrollo de su personalidad. No puede, por tanto, privilegiar determinadas ideas o creencias de unas personas por sobre las de otras, como si su planteamiento laico o religioso tuviera menos valor, pues todas las personas tienen derecho a igual respeto.⁵

La vida humana puede dejar de serlo por dos causas: la muerte, dado que no somos inmortales, por lo que no está en nuestras manos evitar el cese de la vida; o porque deje de ser digna, lo que sí está en nuestro poder impedir: suicidio, eutanasia, cuidados a enfermos

⁵ MARTÍNEZ SEMPERE, Eva. El derecho a una vida digna hasta el final: suicidio y eutanasia, Ética y Derecho, Universidad de Sevilla, En: http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%202_n%C2%BA3/Cap%202%20El%20derecho%20a%20una%20vida%20digna.pdf

terminales y alivio del dolor. La igual dignidad de las personas implica que cada una de ellas tenga autonomía moral para decidir cómo quiere vivir. Dentro de ese ámbito está, pues, elegir cómo quiere morir, ya que esta última cuestión no es más que una manifestación del modo en que una persona quiere o no quiere seguir viviendo. Por eso, el título de este artículo pone el énfasis en el derecho a una vida digna hasta el final. No existe un derecho a la muerte, dado que la finitud de la existencia es parte de la condición humana. Este planteamiento debería estar claro desde el principio. Sin embargo, hay que demostrar, venciendo fuertes resistencias, que es el único que respeta la dignidad humana de cada persona. ¿Por qué? ¿Qué factores obstaculizan o impiden la conclusión de este razonamiento y llevan al Estado a erigirse en el guardián de la vida de sus ciudadanos y ciudadanas contra su voluntad?⁶

La libertad de decidir es un derecho que a su vez potencia el ejercicio de otros derechos fundamentales; es decir, el ejercer la libertad de decidir coadyuva a la efectiva realización de otros derechos fundamentales.

Siendo la libertad de decidir una subespecie de derechos fundamentales, debe también prevalecer como derecho de libertad ante afectaciones que sufra por actos públicos y privados que hagan imposible su ejercicio, con las restricciones que en su momento se requieran. Retomo aquí la definición de “libertad de decisión” de Dworkin, como: a) aquella que garantiza la ausencia de obstáculos respecto a posibles elecciones y actividades⁷, y b) la remoción de obstáculos para tomar buenas decisiones, ya que entre más buenas decisiones se puedan tomar, mejor será la calidad de vida de las personas⁸.

Para Rafael Naranjo de la Cruz, la delimitación de los derechos fundamentales supone la determinación del ámbito de máxima extensión de los mismos, denominándolos como conductas que gozan de

⁶ MARTÍNEZ SEMPERE, Eva. Ob. cit

⁷ “Libertad como la ausencia de restricciones impuestas por un gobierno en relación con lo que una persona puede hacer, si así lo desea”. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 267.

⁸ DWORKIN, Ronald, “Justice for Hedgehogs”, op. cit., p. 226.

protección constitucional, la cual puede ser rota mediante la imposición de límites justificados desde un punto de vista constitucional⁹; sin embargo, es en cada caso en particular como esta tensión deberá ser resuelta.

Para ello, Naranjo de la Cruz propone que aplicando el principio de proporcionalidad se puede limitar un derecho fundamental para la protección o fomento de otro bien o derecho constitucionalmente garantizado, a través de un juicio valorativo, referido al peso que corresponde respectivamente a cada uno de los bienes o derechos que constituyen la relación en conflicto examinada¹⁰.

Incluso Naranjo llega a plantear la posibilidad de limitar un derecho fundamental si dicha limitación puede representar una relación razonable desde el punto de vista de la importancia de los bienes respectivos en el marco de la Constitución, siempre que el sacrificio del derecho individual se encuentre en una relación razonable con el fin perseguido¹¹.

Resulta interesante citar la comparación que Maurizio Fioravanti hace entre las dos grandes revoluciones de finales de setecientos — francesa y americana—, que dan como resultado dos tipos de Constitución tan relevantes para el constitucionalismo moderno: a) de una parte, la Constitución como una *norma directiva fundamental*, que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de *una empresa colectiva*, para la realización de una sociedad más justa, y b) de otra, la Constitución como norma fundamental de garantía, que deja todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir *sus fines* libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado¹².

⁹ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 72.

¹⁰ *Ibidem*, p. 108

¹¹ *Ibidem*, p. 109

¹² Fioravanti, Maurizio, “Los derechos fundamentales”, 6a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2009, p. 97.

Estas dos modalidades de constitucionalismo moderno establecen vías diferentes: *a)* por un lado, se propone la necesaria intervención de los poderes públicos para lograr con los gobernados un proyecto conjunto con miras a contar con una sociedad más justa, y *b)* por el otro, se propone a la Constitución como una norma que enuncia los principios y deja a los individuos a auto determinarse libremente cumpliendo con esa norma, con un gobierno limitado, sin la necesidad de lograr un proyecto conjunto que produzca una sociedad más justa. En la segunda de estas modalidades, el gobierno tendría un limitado poder para regular la libertad de decidir, mientras que en la primera modalidad dicha libertad quedaría supeditada a la consecución del concepto de sociedad justa.

Para este constitucionalismo moderno, la libertad de decisión es más que relevante dado que es a través de su ejercicio como se lograrían los objetivos de que los individuos tomen decisiones y definan libremente sus fines, en lugar de que otros lo hagan por ellos.

Encarnación Carmona, al referirse a los derechos sociales de prestación —dentro de los que ella destaca el derecho a un mínimo vital, entendido como la libre disposición de recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias—, retoma las ideas de Alexy, Prieto Sanchís y Gregorio Pecesbarba, quienes consideran que es el derecho al disfrute de las libertades lo que estimula una decisión pública en favor de la consecución de un nivel de vida para todos los titulares de esas libertades, que permita transformar su titularidad formal en ejercicio real; por lo tanto, los derechos fundamentales son derechos de libertad en cuanto pretenden crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía, ya que sólo se puede hablar de hombres libres allí donde encontramos hombres liberados por la satisfacción de las necesidades¹³.

¹³ CARMONA CUENCA, Encarnación, "Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, España*, núm. 2, 2006, p. 178, http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_EST_05_carmona.pdf (consultada el 5 de septiembre de 2011).

En este sentido, Nicholas Barr nos recuerda que entre 1860 y 1900, en la Gran Bretaña, diversos filósofos sugirieron que la definición tradicional de libertad como ausencia de coerción era muy limitada, por lo que la misma debería incluir no sólo libertad económica, sino también un elemento de seguridad económica; teniendo el Estado que adoptar, para promover la libertad individual, un rol más activo en la reforma social, naciendo así el nuevo liberalismo¹⁴.

En este sentido, Johann Gottlieb Fichte, fundador del idealismo alemán basándose en los estudios de Kant, sostiene que la comunidad de derecho, a su vez, no es posible si cada uno no limita la propia actividad; si, en otras palabras, el “yo” no se individualiza, o sea, no determina su campo libre de acción en las relaciones con los otros. Para Fichte, la individualidad es el “yo” limitado y cerrado en la esfera de libertad que él mismo se ha dado, es el “yo” hecho susceptible de entrar en relación con otros y de comprender las exigencias de la vida en común¹⁵.

Esta individualización o limitación del “yo” del pensamiento kantiano se puede materializar a través de decisiones individuales. El individuo ejerce así su libertad de decisión, como una subespecie de los derechos fundamentales, para individualizarse y poder entrar en relación con otros¹⁶.

Es así como Kant afirma que una acción es conforme a derecho cuando la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general¹⁷.

¹⁴ BARR, Nicholas, *Economics of the Welfare State*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 20.

¹⁵ SOLARI, Gioele, *Filosofía del derecho privado*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950, t. II, p. 124.

¹⁶ Abundando sobre el concepto individualista de libertad, Gioele Solari afirma que tanto para Kant como para Bentham, la relación, la coexistencia, la limitación de las libertades en que consiste el derecho son *concebidas* en una forma absolutamente mecánica y exterior, entre individualidades encerradas en sí mismas, impenetrables a cualquier influencia de vida colectiva, por lo que para ellos la personalidad es una pura simple afirmación de sí, irrelativa, abstracta, que no podrá alcanzar un principio superior de unificación y de dirección de los querer individuales, ni podrá ser nunca la expresión de un querer y de un poder colectivo y universal. Solari, Gioele, *op. cit.*, t. I., p. 446.

¹⁷ KANT, Emmanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, traducción y estudio introductorio por Felipe González Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954, p. 80.

2.1.5. Libertad positiva o libertad negativa.

No resulta ser un detalle sin importancia que el salvamento de voto a la sentencia C-221 de 1994, sobre la despenalización del consumo de droga, esté encabezado por la conocida frase de MAZZINI: “La verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el derecho a elegir sólo entre las sendas que conducen al bien”. Es posible considerar esta frase como una definición estándar del concepto de libertad positiva. Según este concepto, tan adecuadamente reconstruido por ISAIAH BERLIN, al sujeto le está atribuida la libertad de acometer sólo aquellas conductas que sean razonables y necesarias. Como es sabido, este concepto de libertad es el que aparece en las doctrinas religiosas.

Morales y éticas que buscan la salvación o la perfección del hombre. Es así como, por ejemplo, en el Evangelio de JUAN, JESÚS pregona que la esclavitud proviene del pecado y la libertad surge de conocer y practicar la palabra. La verdad nos hace libres, aquella verdad en donde aparece lo único razonable y debido.

No obstante, la pregunta es si también esta idea de libertad, la libertad positiva, es aquella que conforma el contenido jurídico del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Si rememoramos nuestra historia constitucional, observaremos que este interrogante resulta del todo pertinente. Durante aciagos períodos de nuestra vida política, el concepto de libertad positiva ha sido impuesto de facto como el concepto constitucional de libertad. Esto ha tenido lugar, sobre todo, cuando el fundamentalismo católico se ha hecho con el poder político y ha confundido al Estado con la Iglesia y al ciudadano con el feligrés, sin duda para atribuirse el monopolio de la determinación del contenido de la libertad observada desde el punto de vista religioso, y para fijar también el contenido de la libertad política y justicia.

Aquí debe reivindicarse que el concepto constitucional de libertad no es el de libertad positiva sino el de libertad negativa. De acuerdo con este último concepto, el individuo no sólo es libre de hacer lo razonable o

necesario, sino libre de hacer o dejar hacer lo que quiera, sin intervenciones externas provenientes del Estado o de otros individuos. Se trata de la libertad de arbitrio proclamada por KANT y entendida como “la independencia de la determinación” de cada cual por sus impulsos sensibles. Como el propio KANT aclara, esta concepción de la libertad jurídica como libertad negativa no elimina la libertad positiva, sino que la reserva para el fuero interno del individuo, para su órbita como creyente, como laico o como sujeto ético.

De lo anterior se sigue que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no debe interpretarse en un sentido perfeccionista, sino como la garantía de un ámbito reservado al individuo, de un espacio para la toma de sus decisiones vitales –en el sentido de LOCKE-, correlativo a un ámbito en donde el poder está ausente- en el sentido de HOBBS-. Se trata de una libertad negativa, porque en su ámbito se niega el poder externo, la heteronomía. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional Colombiana en una extensa línea jurisprudencial. “No corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas-sostiene la Corte- decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos y modelos de realización personal”¹⁸

Un planteamiento profundamente respetuoso de la dignidad humana y revolucionario en su época es el de Epicuro, quien elimina la dualidad alma/ cuerpo. Su pensamiento muestra, en palabras de Emilio Lledó (1996: 33), que: “En los confines de la naturaleza había surgido, pues, esta redonda posibilidad de inteligencia y gozo. En los entresijos de la piel, en el callado territorio de la propia estructura corporal, yacía el fundamento ineludible, la armonía inequívoca, la serenidad más limpia para poder descubrir la hermandad con la naturaleza y con el mundo. Cada latido del cuerpo, cada mirada perdida entre las cosas, cada sonrisa, cada voz que hablase ese lenguaje de la vida, ese ininterrumpido río de solidaridad en cuyas orillas nos ha dejado crecer la naturaleza, para poder sumirnos en ella a nuestro placer, y también para, desde el firme

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos, “El Derecho de los Derechos”, Universidad Externado de Colombia, Segunda reimpresión. septiembre de 2011, p.249.

territorio de la sabiduría, poder contemplarla, entenderla y, sobre todo, sentirla, era el reconocimiento de una nueva actitud teórica. Una actitud que, a pesar de todas las dificultades de la mente, de todas las limitaciones del cuerpo, significaba el descubrimiento del verdadero territorio en el que se asienta el hombre y del que arrancan sus más amplias y rigurosas posibilidades".¹⁹

Epicuro critica, por tanto, como resalta Lledó, la concepción humana de los dioses como creadores de angustia y como poseedores de una fuerza que obstaculiza y quiebra nuestros impulsos: "La plenitud e incorruptibilidad de un ser implica no sólo estar libre de preocupaciones, sino el no causárselas a otro. Nada le dicen, pues, ni las iras ni las benevolencias. Todo esto son cosas de débiles" (Máximas capitales, I). Y afirma luminosamente que: "El peor de los males, la muerte, no significa nada para nosotros, porque mientras vivimos no existe, y cuando está presente nosotros no existimos. El sabio, [...] así como de entre los alimentos no escoge los más abundantes, sino los más agradables, del mismo modo disfruta no del tiempo más largo, sino del más intenso en placer"²⁰

2.1.6. El Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y la Libertad de Decidir

Es bueno precisar que *"La dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es una dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como*

¹⁹ EPICURO, "Carta a Meneceo", en Obras, Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Jufresa. Madrid., 1994

²⁰ EPICURO, Ob. cita. p.125

un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos".²¹, concepto que asumimos en el presente caso.

Así debemos precisar que la libertad en un significado genérico, se define como la facultad de la persona para pensar, expresarse, obrar y decidir entre dos o más alternativas, o de no hacerlo, siempre que actúe dentro del derecho y respetando la libertad ajena. Ahora bien según da cuenta Rojas Bernal, la posibilidad de que esta facultad se inserte dentro de los confines de un derecho fundamental importa, desde luego, tomar como cierto que el valor de la libertad sea uno de carácter disponible, siempre que el consentimiento de su titular obedezca a una voluntad libremente formada²².

Para Gregorio Peces-Barba²³, "La libertad es el referente central, clave de bóveda del fundamento de los derechos humanos, al que apoyan, completan y matizan los otros valores, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad. Esa importancia capital deriva de su conexión con los fines últimos del hombre, expresados en la moralidad, y con su posibilidad para ofrecer un ámbito de comunicación para el intercambio de razones sobre los fines y objetivos"²⁴. Además agrega el ilustre jurista en comentario, que "... la libertad es una condición imprescindible para la acción que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga, y que son expresión de la dignidad humana..."

De la anterior definición se infiere el valor superior de la libertad, en cuanto a que los demás valores del ordenamiento jurídico se apoyan, completan y matizan a través del mismo. Siendo el presupuesto necesario para que los individuos realicen sus fines propios, dentro de los límites

²¹ STC 10087-2005-PA, fundamento 5

²² ROJAS BERNAL, José Miguel. "Entre el liberalismo y el paternalismo: dos visiones paralelas en el Estado Constitucional", en *Revista Gaceta Constitucional*, 44 (2011), pp. 117-125.

²³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio y otros. "Curso de derechos fundamentales: Teoría general". Madrid, Universidad Carlos III, 1996, p. 184

²⁴ Ibidem. Pág. 193

impuestos en el propio ordenamiento jurídico, en pro de la persistencia de las relaciones armoniosas entre los seres humanos²⁵.

De lo anterior, se denota que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra plenamente vinculado al principio – derecho de dignidad humana y a la libertad propia de la condición de persona, el cual actúa como base sobre la cual descansan todos los derechos fundamentales del ser humano. Este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 2, numeral 1 de la Constitución Política del Perú.

A nivel doctrinario se tiene que el derecho al libre desarrollo de la personalidad “protege la facultad humana de tomar decisiones, busca que las personas puedan autodeterminar sus decisiones sin coacción ni controles injustificados por parte del Estado o terceros y sin la amenaza de ser discriminados por sus decisiones personales”²⁶.

Mesía Ramírez indica que “por su naturaleza, el libre desarrollo de la persona implica la independencia radical de todo ser humano para obrar sin ser interferido en la elección de su propio plan de vida, lo que equivale a decir desarrollar libremente la personalidad con el mínimo posible de restricciones”²⁷ mientras Rubio Correa considera que “la libertad es el ejercicio de la potestad espiritual del ser humano sobre sí mismo y tiene la finalidad de hacerlo recorrer los caminos que él decida seguir para realizarse cabalmente, por lo que la libertad es un medio de realización ya que sólo siguiendo sus propios designios, cada persona se realizará mejor en el mundo”²⁸.

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Las garantías de libertad”. Colección de garantías individuales. México, D.F., Poder Judicial de la Federación. 2005, p. 18.

²⁶ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “El Derecho de la Constitución”, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1994. Pág. 412

²⁷ MESÍA RAMÍREZ, Carlos, “Derechos de la persona: dogmática constitucional”, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, pp. 98-99.

²⁸ RUBIO CORREA, Marcial, “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Lima, PUCP, 1999, tomo I, pp. 433-434.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señaló que “el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”²⁹.

El derecho de Libre Desarrollo de la Personalidad, estrechamente ligado al Principio – derecho de Dignidad Humana, implica también que “el estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida”³⁰ (el resaltado es nuestro)

Al respecto el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha establecido que el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad garantiza viene a ser “la concreción del valor de autonomía que dimana de la dignidad humana constitucionalmente reconocida, siendo que dicha autonomía implica la autodirección, en otras palabras, aquella facultad derivada de la libertad moral de cada ser humano para poder crear sus proyectos y planes de vida, así como los medios que estimen convenientes para poder llevarlos a cabo”³¹.

Es decir, el derecho al libre desarrollo de la personalidad viene a suplir todos los ámbitos no regulados mediante la consagración constitucional de libertades específicas, ya que “se trata de un plus o un contenido adicional” al de las libertades específicas que la Constitución prevé, en cuyo ámbito «se enmarcan asuntos tan heterogéneos como la posibilidad de contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer

²⁹ STC 02868-2004-AA/TC. (caso José Antonio Álvarez Rojas), fundamento 13 (24 de noviembre de 2004).

³⁰ STC Exp. N° 02016-2004-AA/TC. F.j. 19

³¹ Informe N° 05-2014-JUS-DGDH, emitido por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a propósito de la Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR.

soltero, ser madre, elegir el propio nombre, escoger la opción sexual, definir la apariencia o la clase de educación que se quiera tener o el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo»³²

La Corte Constitucional de Colombia ha confirmado este entendimiento, al señalar que «el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros o el orden jurídico», razón por la cual la Corte estima que «este derecho se vulnera cuando a la persona se le impide, en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de su vida o valorar y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia y permiten su realización como ser humano»³³.

Tan importante como esto, sin embargo, es que la Corte Constitucional colombiana enuncia, sobre la base del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, un deber positivo estatal de brindar protección jurídica a las parejas del mismo sexo por lo que se refiere a sus derechos patrimoniales, asunto que fue objeto de la demanda de inconstitucionalidad examinada por el tribunal.

Ha señalado también el Tribunal Constitucional en el caso Venturo Ríos, sobre la visita íntima carcelaria entre personas del mismo sexo que “una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano», por lo que todas las personas sometidas a internamiento penitenciario tienen derecho a las prácticas sexuales permitidas por la visita íntima, lo que,

³² BERNAL PULIDO, Carlos, «El Derecho de los Derechos», Universidad Externado de Colombia, Segunda reimpresión, septiembre de 2011 p. 250.

³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-075/07 (caso del régimen patrimonial de las uniones homosexuales), de 7 de febrero de 2007, fundamento 6.2.3.1.

según dispone expresamente el Tribunal Constitucional, alcanza no sólo a las parejas heterosexuales sino también a las homosexuales³⁴.

Partiendo de lo anteriormente señalado, puede llegarse a una conclusión en términos generales, de que también el reconocimiento jurídico-constitucional a una unión voluntaria y autónoma, implica dotar “de institucionalidad a una proyección o manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de dos personas del mismo sexo que desean hacer una vida en común³⁵.

La libertad de decidir, surge en nuestro ordenamiento constitucional, consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que a su vez le sirve como fundamento, entendiéndolo como “la libertad constitucionalmente reconocida para optar y tomar decisiones autónomas en un marco de desarrollo individual, sin más limitaciones que las que imponen el respeto de derechos de las demás personas y el propio orden jurídico”³⁶, lo que en resumen podemos denominar autodeterminación.

En ese sentido, privar a un hombre de su capacidad de libre determinación es como privarle de su propia condición humana, así Berlin³⁷ manifiesta lo siguiente: “Para un hombre, perder su libertad es dejar de ser hombre, y por ello el hombre no puede venderse como esclavo, pues en cuanto se vuelve esclavo deja de ser hombre y, por tanto, no tiene derechos, no tiene deberes y un hombre no puede cancelarse a sí mismo, no puede cometer un acto cuya consecuencia es que no pueda cometer ya nuevos actos. Hacer esto es cometer suicidio

³⁴ “En sentido similar este Tribunal estima que la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales”. STC 01575-2007-PHC/TC (caso Venturo Ríos), F.Js. 23, 25 y 28.

³⁵ PICHÓN DE LA CRUZ. Junior. “La Unión Civil y el Matrimonio Igualitario como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y la ética privada de los ciudadanos”. En Gaceta Constitucional. Tomo 111. Marzo 2017. ISSN 1997-8812. PP 215.

³⁶ MEDINA FRISANCHO, José Luis. “La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial, Un estudio sobre el Alcance de la Autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económicas – financieras”. Editorial Grijley. Lima – Pág. 67.

³⁷ BERLIN, Isaiah. “La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana”, Alianza Editorial, Madrid, 1988, 2ª ed., p. 56.

moral, y el suicidio no es una acción humana; la muerte no es un hecho de la vida”.

Un Estado de Derecho respetuoso de la autonomía individual reconoce que los individuos pueden buscar y ejecutar libremente sus propios planes de vida; Berlin distingue, entre libertad negativa y libertad positiva. La libertad negativa alude, a la posibilidad de actuar sin intervención ajena, mientras que la positiva significa el poder de decidir por uno mismo o la posibilidad de querer con autonomía³⁸.

Las libertades negativas son las libertades cívicas. La positiva es la capacidad de autogobernarse, la participación real en la elaboración de las normas jurídicas y sociales. Libertad de coacción y libertad para querer, decidir, pensar, actuar. Ser libre en el sentido positivo quiere decir ser plenamente sujeto y no objeto, plenamente fin y no sólo medio para los demás. Spinoza, Kant o Stuart Mill son claros defensores de tal forma de libertad³⁹.

En similar sentido explica Bobbio⁴⁰ que la libertad personal distingue dos manifestaciones: la libertad de querer o positiva y la libertad de obrar o negativa. La libertad de querer o positiva implica la autodeterminación, facultad que tiene un sujeto para actuar de acuerdo con sus intenciones. La libertad de obrar o negativa, a su vez, conlleva la posibilidad de comportarse u omitir un comportamiento sin que un tercero no autorizado interfiera. La libertad positiva es una cualificación de la voluntad mientras que la libertad negativa es una cualificación de la acción.

Así se puede afirmar que “si partimos de una idea genérica de autonomía nos damos cuenta de que significa ser dueño de uno mismo, darse a sí mismo las normas por las cuales se va a regir la propia vida. Si seguimos la tipificación berliniana de libertad, ya que autonomía y libertad pueden parecer, y de hecho lo son, conceptos bastante afines, por no

³⁸ Cf. CAMPS CERVERA, Victoria. “Paternalismo y bien común”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 05 (1988), p. 195.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. “Igualdad y libertad”, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 102-103.

decir sinónimos, habrá que cuestionarse con cuál de las dos libertades es más asimilable. Parece que si seguimos la definición berliniana de libertad positiva, las ideas de autonomía deben entenderse prima facie como sinónima de ella, en cuanto si uno es dueño de sí, si uno ha alcanzado un pleno nivel de autorrealización, puede decirse que es autónomo”⁴¹.

Entonces la libertad tiene un desdoblamiento como a) expectativa negativa (de no sufrir lesiones) que reclama abstención de los poderes públicos, la proscripción de los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio⁴², y b) derechos de autonomía, definidos como aquellos que crean un ámbito de libre desarrollo del titular del derecho garantizado por el Estado frente a interferencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los demás individuos⁴³.

A la primera se le denomina libertad negativa (libertad inmunidad o libertad de), mientras que a la segunda se le conoce como libertad positiva (libertad facultad o libertad para). Ferrajoli, al afirmar que esta distinción que fue originalmente propuesta por Benjamin Constant y después retomada por Norberto Bobbio e Isaiah Berlin, se refiere a libertad negativa como “no impedimento” o “no constricción”, mientras que a la positiva la define como “autodeterminación o autonomía”, que es un predicado de la voluntad⁴⁴.

Dworkin, en relación con la distinción entre libertad positiva y negativa, coincide en definir a) la teoría de la libertad positiva como la posibilidad que los individuos participen junto con la colectividad en la toma de buenas decisiones para autodeterminarse, y b) la teoría de la libertad negativa como el derecho del individuo de no participar junto con

⁴¹ BADILLO O’FARRELL, Pablo. “¿Pluralismo versus multiculturalismo?”, citado por MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. *Anuario jurídico y económico escorialense*, época II – N° XL (2007), pp. 711-764

⁴² FIORAVANTI, Maurizio, “*Constitución de la antigüedad a nuestros días*”, trad. De Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2007, p. 40.

⁴³ *Ibidem*, p. 184.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.), *op. cit.*, p. 302.

la colectividad en la toma de decisiones de aquellos asuntos que su propio ámbito de responsabilidad le exige decidir por sí solo⁴⁵.

2.1.7. El Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y las Libertades Constitucionales Específicas.

El contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad es solamente la suma del contenido de las libertades constitucionales específicas o si se trata de un contenido distinto.

Las libertades constitucionales específicas también representan una institucionalización de la libertad en forma de derecho fundamental. Lo que institucionaliza mediante las disposiciones constitucionales que las establece es exactamente la libertad que puede abarcarse dentro de los márgenes de sus respectivos campos semánticos, libertades que también debe interpretarse en sentido negativo. Así por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia institucionaliza la libertad de expresión en sentido negativo, como derecho de defensa del individuo frente a las intervenciones externas, y de esta misma manera lo hace también el artículo 19 con la libertad de cultos.

Sin embargo, es meritorio que ni aun en el caso de una Constitución como la Colombiana, tan generosa en el reconocimiento de derechos fundamentales, la libertad negativa puede llegar a contenerse por completo en el campo semántico de las libertades constitucionales específicas. La libertad negativa tiene un contenido universal, que comprende todas las opciones humanas que pueden ser comprendidas, es decir, todas las conductas posibles. Por ende, el número de esas conductas es infinito y se extiende desde asuntos tan triviales como beber un vaso de agua hasta asuntos tan complejos como crear una red de servidores de internet. Asimismo, el objeto de la libertad evoluciona con los tiempos, se recrea, cambia, y por ello se escurre a las previsiones de todo poder constituyente, por más visionario y garantista que éste pueda ser.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, *"Justice for Hedgehogs"*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 365.

De todo esto se sigue que, además del ámbito de las libertades constitucionales específicas, la libertad negativa tiene un *plus* o un contenido adicional. Este *plus* o contenido adicional constituye el ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dentro de él aparece una amalgama de conductas humanas, algunas de las cuales hasta antes de la Constitución Política de 1991 eran irrelevantes para el derecho. Dentro de este ámbito se enmarcan asuntos tan heterogéneos como la posibilidad de contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer soltero, ser madre, elegir el propio nombre, escoger la opción sexual, definir la apariencia o la clase de educación que se quiera tener o el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo.⁴⁶, y el día, la hora, las formas y circunstancias cuando una persona desea morir dignamente cuando se encuentran sufriendo dolores como consecuencias de padecer una enfermedad terminal que no tiene curación. Todas estas posibilidades que conforman aquella parte de la libertad no comprendidas en las libertades constitucionales específicas se incluyen entonces dentro del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en este sentido se erige como cláusula general residual de libertad.

La cláusula del artículo 16 de la Constitución Política de Colombia , es por tanto general, porque abarca universalmente el objeto de toda la libertad negativa, es decir, el espectro de todas las conductas humanas posibles en el pasado, ahora y en el futuro. Y es residual, porque comprende todas las posiciones jurídicas de libertad que no pueden encuadrarse dentro de los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas. A su vez, y como una concreción del Principio de Estado de derecho, esta cláusula general residual de libertad cumple también la función de cláusula de cierre del ordenamiento jurídico. En ese sentido, por efecto de esta cláusula, todo lo que no está prohibido por la Constitución o por las normas jurídicas de inferior jerarquía está permitido, o sea, representa una posición jurídica de libertad.

⁴⁶

BERNAL PULIDO, Carlos, Ob. Cit,p. 250.

En la Constitución del Perú de 1993, el derecho al libre desarrollo, se encuentra previsto en el inciso 1 del artículo 2 que dispone “Toda persona tiene derecho: *“1 A la vida, a su identidad a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar .El concebido es sujeto de derecho en todo cuando le favorece...”*

En el Perú, su regulación constitucional se inicia con el texto de 1979, bajo la denominación de derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

De manera concordante y con sujeción a lo señalado en la Cuarta Disposición y Transitoria de la Constitución, el derecho objeto de estudio se encuentra implícitamente contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales.

Este derecho significa el ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio. Ello a efectos de “coronar” su realización integral como ser humano. Mediante este derecho se busca asegurar la realización del plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseo a mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad⁴⁷.

El Tribunal constitucional en el caso José Álvarez Rojas (Expediente Nº 02868-2004-AA/TC) ha señalado que dicho derecho garantiza una autodeterminación general de actuación del ser humano, en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad. Es decir, resguarda aquellos “espacios” de la actividad humana que están sujetos a la decisión y voluntad de un ser auténtico y digno.

Estos “espacios” si bien no han recibido jurídicamente un reconocimiento especial, ello no es óbice para que al amparo de la Constitución sean observados como consustanciales a la estructuración y

⁴⁷

GARCÍA TOMA, VÍCTOR, “Derechos Fundamentales”, Editorial Adrus, 2da edición abril 2013, p.162.

realización de la vida privada y social de una persona. Por ende, se trata de espacios de autodeterminación sustraídos a cualquier forma de intervención estatal.

Es del caso señalar que en el citado proceso, el Tribunal Constitucional consideró que al efectivo policial José Álvarez Rojas, se le había violado su derecho al libre desarrollo de la personalidad, al evidenciarse que el demandante había sido sancionado con arresto simple de dieciocho días, entre otras razones,” por haber cometido falta contra la obediencia.(...) por no haber cursado la solicitud correspondiente ante la superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Srta. Heli Micheli Rojas Minchola (...).

En razón de ello, el colegiado declaró “que todo ser humano es libre de decidir con quién contraer matrimonio y cuando lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal por más que se preste servicios en dicha institución”.

SUB CAPITULO II

2.2. LA DIGNIDAD Y EL DERECHO A UNA MUERTE DIGNA

2.2.1. Dignidad como Principio - Derecho Fundamental

La dignidad del ser humano así concebida entonces en diferentes tiempos es protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se configura desde 1945 como una disciplina dentro del Derecho Internacional, introduciendo al individuo y sus derechos como parte relevante de este ordenamiento, con restricciones que hacen que sea una subjetividad “limitada y funcional”⁴⁸.

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en donde se estatuye que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de donde se derivan todos los derechos fundamentales, constituyendo el valor básico que fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y parte de la sociedad. Así también en el ámbito del derecho internacional humanitario regional, contamos con la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 11,1 regula la Protección de la Honra y de la Dignidad, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Kant en su tiempo afirmó que la dignidad constituye “un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, esto es, la dignidad posee un carácter absoluto porque no permite la negociación, La dignidad de la persona supera cualquier cosa que tenga un precio, y es el valor irremplazable de un ser con el que nunca se puede negociar. La dignidad es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da... Por lo tanto, la autonomía es el fundamento de la

⁴⁸ CARRILLO SALCEDO, J.A., “*Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*”, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p.16.

dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional... de ahí que el hombre tenga dignidad, no precio”⁴⁹.

Giovanni Pico de la Mirandola contemplaba al hombre como un ser que define su propia vida, que forja su propia forma, define su puesto e imagen en el mundo por su propia elección y decisión; en suma, alguien que tiene libertas y potestad, en las cuales consiste su dignidad⁵⁰

Refiere González Pérez que, “la dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, y que comparte un tratamiento concorde a todo momento con la naturaleza humana”⁵¹

En la actualidad, la dignidad humana, aparece en un contexto intelectual que ha superado los avatares históricos, ubicándose en un proceso de humanización y de racionalización que acompaña a la persona y a la sociedad. Para lo cual, cuando se hace la reflexión de la dignidad dentro de un ámbito que corresponde a una sociedad bien ordenada, no se describe la realidad, sino el deber ser de la misma. De ahí que la dignidad humana sirva como un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada, por lo que podría llamarse un derecho positivo justo⁵²

Por tal motivo, la dignidad humana se erige como principio de los valores de autonomía, de seguridad, de igualdad y de libertad. Valores que fundamentan los distintos tipos de derechos humanos. De ahí que “...la dignidad humana sea el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo [...] su inclusión entre los

⁴⁹ KANT, Emmanuel, “*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*”, en Mardomingo, José (Trad.), Ariel, Barcelona, pp. 25-ss.

⁵⁰ LAPORTA, F.J., “El concepto de los derechos humanos”, en Soriano R.; Alarcón C.; Mora J. (Directores y Coordinadores de la edición), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I*, Ediciones Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 1ª Edición, 2000, pp. 18-19.

⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús., “*La Dignidad de la Persona*”, Madrid, Civitas, 1986, p. 81

⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “*La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*”, op. cit., pp. 67-ss.

valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para ser real y efectiva la dignidad humana”⁵³

Como se sabe, todo el diseño constitucional reposa sobre la cláusula personalista contenida en el artículo 1 de la Carta de 1993, que consagra el carácter esencial y el rol articulador de la dignidad de los seres humanos, al reconocerla como “fin supremo de la sociedad y del Estado” (a semejanza de la Carta de 1979). En palabras de Landa Arroyo, esta disposición es “la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello, es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social”⁵⁴.

La dignidad de los seres humanos es, pues, el valor fundacional del ordenamiento y de ella deriva el plexo de derechos fundamentales que son reconocidos a todos los individuos que conforman la familia humana. «Premisa antropológica del Estado constitucional» la denomina Peter Häberle⁵⁵, mientras Ernesto Benda resalta su configuración como “valor jurídico” y “norma jurídico-positiva”, así como su expresión en todos y cada uno de los derechos fundamentales que la Constitución acoge, ya que éstos son “porciones autónomas derivadas de la dignidad humana”⁵⁶.

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido que “la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que éste cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento”, añadiendo que la dignidad humana se erige tanto en un principio como en un derecho fundamental⁵⁷,

⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los Valores Superiores”, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85-86

⁵⁴ LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, en Id., Constitución y fuentes del Derecho, Lima, Palestra, 2006, p. 15

⁵⁵ HÄBERLE, Peter, “El Estado constitucional”, Lima, UNAM – PUCP, 2003, p. 169.

⁵⁶ BENDA, Ernesto. “Manual de Derecho Constitucional”, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, segunda edición, 2001, pp. 120 y 122.

⁵⁷ STC 02273-2005-PHC/TC (caso Quiroz Cabanillas), fundamentos 5 y 9 (El Peruano, 24 de octubre de 2005).

y que a este principio-derecho “se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”⁵⁸.

Por otro lado, el Supremo intérprete de la Constitución ha referido también que “la dignidad de la persona trae así consigo a la proyección universal frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues, de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad”⁵⁹

2.2.2. El fundamento constitucional del derecho a rechazar tratamiento médicos vitales.

Gisele Mendes de Carvalho al tratar el tema Suicidio, Eutanasia Pasiva y Rechazo de un Tratamiento Médico Vital en el Ordenamiento Brasileño, sostiene que la adopción al principio de la calidad de vida implica aceptar que este bien jurídico no es inviolable o susceptible de valoración per se, sino algo cualitativamente graduable o, en todo caso, no excluir a priori de toda ponderación con otros intereses. No se trata, pues, de sostener el sacrificio de unos bienes en aras de la vigencia de otros, sino partiendo de la consideración de la vida humana como soporte para el disfrute de los demás derechos, de afirmar la preservación del derecho a la vida como concepto global, unido a otros valores. El primer valor con el que se ha de promover esa “reinterpretación” de la vida humana es indudablemente la dignidad de la persona, en el sentido de que no debe continuarse o imponerse un tratamiento a quien ya no cuenta con perspectivas reales, u objetivamente determinables, de seguir viviendo, porque de no ser así se estaría violando el principio de la calidad de vida en favor del mantenimiento artificial de una existencia meramente físico-biológica, sin ninguna posibilidad de curación y de recuperación de las funciones vitales que permiten al individuo interactuar con su entorno. La dignidad, como principio fundamental del Estado Democrático de

⁵⁸ STC 1417-2005-AA/TC (caso Anicama Hernández), fundamento 21 (El Peruano, 12 de julio de 2005).

⁵⁹ STC 00228-2009-PA/TC. (caso Flor de María Ibáñez Salvador), fundamento 21 (22 de marzo de 2011).

Derecho, constituye el marco de interpretación del derecho a la vida y, en este sentido, supone un reforzamiento de la protección constitucional de la autonomía moral del hombre y, con ello, de la tesis de que la vida debe ser disponible por su propio titular con arreglo a esta misma autonomía. Dicho de otra forma, se trata de rechazar un posible conflicto entre vida y libertad a partir de la idea de que la vida comporta la dignidad y ésta a su vez la libertad y la autonomía moral de la persona.

De acuerdo con la articulación normativa que aquí se propone entre la dignidad y la vida humana, si el derecho a la vida ha de interpretarse a la luz de la dignidad, cuando ésta se vulnera de modo irreversible, la vida perdería definitivamente su sentido, al menos su sentido humano, de modo que los comportamientos eutanásicos que buscan proporcionar una “muerte digna” al paciente resultarían conformes con los dictámenes del texto constitucional. Lo que se acaba de decir tiene especial trascendencia en aquellos supuestos en los que la autonomía o libertad del paciente no se puede manifestar (por ejemplo, enfermos terminales inconscientes o por cualquier otra razón incapaces de consentir, como los recién nacidos desahuciados), de modo que la única forma de hacer valer el respeto a su dignidad sería atenerse a criterios objetivos de valoración según los cuales la dignidad de la vida no se reduce a la mera existencia física, sino que también habrá de tenerse en cuenta que ésta se desarrolle con ciertos niveles de “calidad”. Y es que, como pone de relieve GASCON ABELLÁN, donde de verdad adquiere importancia cuál sea la concepción de vida humana que se mantenga es en aquellos casos en los que no se puede deducir –ni expresa, ni tácitamente– la voluntad real del paciente, situación bajo la que caen la mayoría de los supuestos de eutanasia pasiva o por omisión.

Así, como bien recuerda ROMEO CASABONO, este principio sería de gran utilidad para resolver algunas situaciones límite, de modo que no sería contrario a la dignidad, sino más bien conforme con ella, el dejar morir, no continuando o interrumpiendo el tratamiento de quien ya no cuenta con perspectiva objetivamente determinable de continuar

viviendo, ni es objetivamente posible, por tal motivo, cumplir la función médica. Y es que, como destaca este autor, un comportamiento opuesto podría constituir una instrumentalización de la persona afectada, e infringiría la prohibición de los tratos inhumanos o degradante (art.5.3. CF), que sin duda supone una concreción en un derecho fundamental de una de las formas de atentar contra la dignidad humana. Ahora bien, hay que recordar que este planteamiento objetivo se limita, como ya se indicó, a aquellos casos en los que no es posible conocer la voluntad del sujeto afectado; porque si la dignidad, como dijimos, supone el respeto a la autonomía moral del hombre, entonces en los casos en que el enfermo considere digna su existencia, aunque la misma esté plagada de sufrimientos físicos y morales, habrá que respetar su punto de vista y en ningún modo podrá considerarse constitucionalmente lícito el comportamiento eutanásico. Dicho de otro modo, la dignidad, en su proyección de autonomía moral, impone una percepción eminentemente subjetiva, de cómo es entendida ésta por el interesado, de modo que cuando es el propio paciente quien decide proseguir con la terapia, aunque fuese considerada inútil, habrá que respetar su voluntad. En esta línea, el mismo ROMEO CASABONA recuerda que “una muerte digna puede ser también entendida individualmente como mantenerse firme ante el dolor físico y el sufrimiento moral y contar con que los demás (el médico, la familia) harán todo lo posible por combatir la muerte, incluso en situaciones desesperadas y de pronóstico infausto”

Por otro lado, no cabe duda de que en este ámbito también el valor superior de la libertad habrá de ser tenido en cuenta, como reflejo, además, del propio reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona, en su proyección de autonomía moral. Así, el ámbito de no injerencia que queda sometido a la decisión individual se concreta en un auténtico derecho a la no intromisión ajena sobre la decisión de disponer de la propia vida mediante actos de uno mismo, lo que supone, como señala gráficamente ROMEO CASABONA, que “sería contraria a la constitución cualquier disposición legal que prohibiese el suicidio (o sancionara la conducta del suicida frustrado) u otra acción u omisión de

disposición de la vida realizada por el propio titular del bien jurídico, o cualquier decisión judicial que condujera al mismo resultado” . De lo anterior se deduce que el deber de protección de los poderes públicos y de los particulares que ocupen por alguna razón el deber de garantía de la vida de terceros no se extiende hasta el punto de que deban intervenir cuando el titular del derecho a la vida dispone de la misma-por el contrario, no deben intervenir en este momento , porque la extensión de tal deber de protección hasta este punto excedería en muchos los límites que le asigna la Constitución, de acuerdo con un análisis del derecho a la vida a la luz del valor superior libertad. De ahí se deduce la indudable inconstitucionalidad de normas como el art. 146.3 del Código Penal Brasileño, que excluye la antijuricidad del delito de coacciones cuando se emplea la coacción para impedir el suicidio de otro (art.146.3.1), o cuando la intervención médico quirúrgica se lleva a cabo sin el consentimiento del paciente o de su representante legal, con el fin de salvar las vida del enfermo (art.146.3.2). En el primer supuesto, hay que recordar que no sólo resulta conforme al texto constitucional la omisión de ayuda en estos casos, sino que tampoco es posible justificar la acción ejecutada con el fin de impedir el suicidio. Con respecto al numeral 2 del art. 146.3, sin embargo, importa aclarar que la inconstitucionalidad existiría siempre que se interpretara la expresión “sin el consentimiento del paciente o de su representante legal” como el tratamiento ministrado en contra de la voluntad de estos sujetos, porque en tales casos, se violaría el derecho a la libertad individual, constitucionalmente protegido, con el fin de tutelar una vida que el enfermo mismo ya no desea vivir, y por eso manifiesta expresamente su rechazo a todo tipo de tratamiento. La única excepción a esta regla debería ser la hipótesis de que el personal sanitario aplicarse el tratamiento con el fin de evitar riesgo para la salud pública, cuando entonces la intervención se justificaría por aplicación del estado de necesidad (art. 12del código Penal Brasileño).en los demás casos, tan sólo cuando se interpretara la expresión “sin el consentimiento del paciente o de su representante legal” como “en la falta de “ este consentimiento, la justificación de la conducta sería legítima, pero siempre que quedara comprobada la posibilidad real de que la

intervención pudiera efectivamente salvar la vida del paciente, y no simplemente prologar un tratamiento invasivo y sin sentido, ya que en tales casos existiría un claro atentado a la dignidad de la persona, lo que resulta expresamente prohibido por la Constitución brasileña (art. 5.3, CF).

La conclusión que cabe extraer de todo ello es que la participación de terceros en el suicidio, sea en la forma la omisión de ayuda a quien se quita la vida o en la aceptación del rechazo responsable de este último, sea en la forma de no continuación o no iniciación de un tratamiento vital en las mismas condiciones, resulta perfectamente conforme a la Constitución, y no sólo porque del derecho a la vida y la función de garantía que corresponde al Estado y , en algunos casos, a los particulares , no se deriva ningún deber de intervención contra la propia acción voluntaria del interesado, sino además porque, en consideración a la nueva perspectiva que nos ofrece el valor superior libertad en la línea interpretativa que se acaba de proponer , el rechazo de un tratamiento vital o del cualquier otro tipo de auxilio por parte de terceros cuando el titular está libremente disponiendo de su propia vida configura – cualquiera que sea la motivación que presida la decisión de rechazar la ayuda-un auténtico derecho fundamental, constitucionalmente protegido.⁶⁰

2.2.3. El derecho a la autodeterminación terapéutica

Juan Espinoza Espinoza, al desarrollar el tema, El derecho a la autodeterminación terapéutica en la fase terminal, señala que a partir de las construcciones jurídicas realizadas por la jurisprudencia Italiana, el autor esboza algunas ideas respecto al derecho a la autodeterminación terapéutica en la fase terminal, entendido ello como la situación jurídica en la cual la persona decide de manera responsable e informada sobre el sometimiento a cualquier tratamiento médico a cuando se encuentra en etapa terminal y en condiciones en las cuales no hay posibilidad de

⁶⁰ ROXIN Claus , MANTOVANI Ferrando, BARQUIN Jesús, OLMEDO Miguel, MENDES DE CARVALHO Gisele, REYNA Luis, "EUTANASIA Y SUICIDIO, CUESTIONES DOGMÁTICAS Y DE POLÍTICA CRIMINAL, Ara Editores, Primera Edición, Perú 2008, pp. 273-278.

recuperación .Advierte que nuestra legislación si protege este derecho , así como la posibilidad de nombrar un representante legal en previsión de la propia incapacidad.⁶¹

2.2.4. Derecho a una muerte digna.

El Dr. José García Falconi en su artículo Derecho a una Muerte Digna al referirse a la muerte señala que la ciencia denominada Tanatología, palabra derivada del termino griego thanatos, se ocupa de la muerte, debiendo manifestar que la muerte en un proceso totalmente natural, que se desarrolla de acuerdo con leyes fijas claras y comprensibles.

El mismo autor al tratar ¿Qué es Morir con Dignidad? manifiesta que según los Drs. Agustín Banderas y Edmundo Estévez, citados por el Dr. Berman Barragán Mora, señala “PETRARCA”; una hermosa muerte honra toda una vida. Para responder esta pregunta, debemos comenzar por dar un concepto: “de dignidad es una cualidad inherente a la especie humana que se la tiene por el mero hecho de pertenecer a ella; es el respeto a que tiene derecho todo individuo desde que nace hasta que deja de existir (...) así planteado el asunto podemos afirmar que la dignidad constituye un sustento lógico de la existencia humana, la base filosófica de los derechos y deberes humanos”

El Dr. Francisco Farfán Molina, citado por el Dr. Bermán, ente los argumentos a favor dela dignidad humana, manifiesta “Otro sector estima que el derecho a la vida, se encuentra visiblemente ligado con el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, teniendo en cuenta que es el núcleo de prevención de los valores constitucionalizados (...)Dentro de esa esfera de libertad debe entrar, sin duda, el derecho a disponer de la vida que resulta insoportable e indigna a consecuencia de una enfermedad incurable”.

⁶¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan “El derecho a la Autodeterminación Terapéutica en la Fase Terminal”, Dialogo con la Jurisprudencia, Actualidad, análisis y critica jurisprudencial" N°140, mayo 2010, año15, Gaceta Jurídica p.57.

Como señala la Dra. Isa de Jaramillo, desde 1979, gracias a la labor de la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente, Colombia es el único país de Latinoamérica, en el que existe la posibilidad de expresar por escrito, obviamente cuando la persona es competente mentalmente, en forma autónoma y sin ningún tipo de coerción, la voluntad personal, esto es los deseos, expectativas e instrucciones en lo referente a la calidad del fin de la vida.

La Corte Constitucional Colombiana, señala que 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 profunda aflicción, equivale no solo a un trato cruel e inhumano prohibido por la Constitución de Colombia en el artículo 12; y en el caso del Ecuador en el Art. 66 numeral 3 letra c) de nuestra Constitución, sino una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral, pues en este caso la persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto; por todo ello la Corte concluye, que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que le solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad, pues recalca que no se trata de restar importancia al deber del Estado de proteger la vida sino a reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como un hecho biológico.

Además manifiesta que el deber de no matar, encuentra excepciones en la legislación, a través de la consagración de figura como la legítima defensa y el estado de necesidad, en virtud de las cuales matar no resulta antijurídico, siempre que se den los supuestos objetivos determinados en las disposiciones respectivas; de tal modo que en el caso del homicidio piadoso, conocido como homicidio pietístico, esto es consentido por el sujeto pasivo del acto, el carácter relativo de esta prohibición jurídica se traduce en el respeto a la voluntad del sujeto que sufre una enfermedad terminal, que le produce grandes padecimientos y

que no desea alargar su vida dolorosa; de tal modo que la actuación del sujeto carece de antijuricidad , porque se trata de un acto solidario que no se realiza por la decisión personal de suprimir una vida , sino por la solicitud de aquel que por sus intensos sufrimientos , producto de una enfermedad terminal , pide le ayuden a morir ,obviamente que el consentimiento del sujeto pasivo debe ser libre , manifiesto inequívocamente por una persona con capacidad de comprender la situación en quien se encuentra.

De tal manera , que para que exista el homicidio piadoso o pietistico es fundamental que el consentimiento de la persona para morir dignamente, se base en una enfermedad grave incurable y que se cuente con la capacidad intelectual suficiente para tomar tal decisión, por esta razón La Corte Constitucional de Colombia ha señalado reiteradamente , que el sujeto activo debe ser un médico, puesto que es el único profesional capaz no sólo de suministrar información al paciente sino, además, de brindarle condiciones para morir dignamente , en conclusión, en los casos de enfermos terminales , los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal con el consentimiento del sujeto pasivo no puede ser, entonces, objeto de sanción y, en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quien así obren.⁶²

Rebeca Ramírez Hernández en su artículo “El Derecho a una Muerte Digna” en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, citando a Nancy Hernández, se refiere en los siguientes términos...Para algunos el derecho a morir con dignidad implica el derecho a morir sin dolor, con accesos a los tratamientos modernos que permitan humanizar la muerte. Otros estiman que la dignidad está en devolverle al paciente el derecho de decisión del que se apoderaron los médicos y familiares para decidir aspectos tales como: Si desea rehusar un tratamiento que lo salvará, o una máquina que lo mantendrán artificialmente vivo. Para otros será el

⁶² GARCIA FALCONI, José “Derecho a una Muerte Digna”, www.derechoecuador.com/index.php?opcion=com_content&view=article&id=6213:derecho-a-una-muerte-digna&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420, fecha de consulta 19 de noviembre 2012., pp.1 a 6.

derecho a morir en paz con su Dios y consigo mismo, lo cual implica el derecho de saber que está en proceso de muerte a corto plazo y por consiguiente de decidir si quiere hacerlo en el hospital, en medio de sus seres queridos, en fin, con el derecho de tomar todas las decisiones grandes y pequeñas pertinentes a su situación. Para otros, definir el concepto en estudio es imposible y más bien dependerá del análisis del caso concreto.⁶³

La vida no es un valor absoluto. Estamos, pues, ante un tema de la mayor actualidad y que afecta a un número creciente de personas. Y sobre el cual se están pronunciando un número también creciente de países. Es un tema interdisciplinario, donde concurren aspectos médicos, éticos, jurídicos, filosóficos, incluso estéticos. El debate, a menudo, más que ideológico es de enfrentamiento de sensibilidades. Hay quien percibe, y hay quien no, el carácter intolerable de un ser humano reducido a la condición de piltrafa vegetativa en contra de su voluntad. El caso es que muchos pensamos que la vida no es un valor absoluto; que la vida debe ligarse con calidad de vida y que, cuando esta calidad se degrada más allá de ciertos límites, uno tiene el derecho a dimitir. Este derecho a dimitir, el derecho a una muerte digna, a una muerte sin dolor y sin angustia, se inscribe -como he dicho antes- en el contexto de una sociedad secularizada y de un estado laico, donde ya nadie cree que el sufrimiento innecesario tenga sentido alguno.⁶⁴

La consecuencia de reconocer el derecho a una muerte digna implica también todo ello es que se están modificando hábitos sociales y prácticas médicas. En algunos países se insinúan cambios legislativos. Por lo pronto, existe una tendencia universal a conceder valor legal a la declaración escrita de una persona, estipulando lo que acepta y lo que rechaza en lo que se refiere a la fase terminal de su vida. Más todavía:

⁶³ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Rebeca. "El Derecho a una Muerte Digna en la Jurisprudencia Constitucional"
[http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica 10/03 - ENSAYO2.htm](http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica%2010/03%20-%20ENSAYO2.htm). Fecha de consulta 20 de mayo 2012

⁶⁴ PÁNIKER, Salvador. "El derecho a morir dignamente". Anuario de Psicología. Volumen 29. N° 83-90, Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, España.

se tiende a respetar la voluntad del enfermo en cualquier situación irreversible, sea terminal o sea únicamente crónica. En Estados Unidos, en 45 de sus 51 estados, tiene valor legal una tal declaración; además, desde diciembre de 1991, ha entrado en vigor una ley federal de, que obliga a todo establecimiento sanitario a preguntar al enfermo que en él ingrese si ha hecho una declaración de esta naturaleza, y, en caso afirmativo, a respetarla. En países como Alemania y Suiza, donde la ayuda al suicidio no es punible, la jurisprudencia está perfilando nuevos supuestos. El caso es que las estadísticas demuestran que, en las sociedades económicamente desarrolladas, las poblaciones se manifiestan claramente favorables a la despenalización de la eutanasia voluntaria, con el establecimiento de garantías legales indispensables. La situación es hoy la siguiente: Holanda. El 30 de noviembre de 1993, el Parlamento aprobó una serie de medidas legales sobre la práctica de la eutanasia. Esta no ha quedado despenalizada, pero no se persigue a los médicos que la practican si cumplen una serie de condiciones establecidas en la ley. De hecho, la eutanasia se venía practicando, bajo estrictos controles, desde 1981, tras una histórica sentencia judicial. La actitud favorable a la práctica de la eutanasia, expresada ya hace años por la Asociación Médica Holandesa, ha facilitado su experiencia pionera. Australia. El 25 de mayo de 1995 se legalizó la eutanasia voluntaria en el estado de Northern Territory. También allí fue decisiva la actitud de los médicos que, colectivamente, dieron a conocer en cartas abiertas sus actuaciones en casos de eutanasia voluntaria. El Parlamento del gobierno central anuló posteriormente la legislación del Northern Territory. Estados Unidos. En 1994, en el estado de Oregón, el 52% de la población se manifestó en referéndum a favor de la legalización del suicidio asistido. La Death with Dignity Act (Ley sobre la muerte con dignidad) quedó en suspenso tras ser recurrida por un juez. El 17 de noviembre fue de nuevo aprobada en referéndum por un 60% de la población. El 7 de marzo de 1996, y a consecuencia del fallo emitido por un Tribunal de Apelaciones de San Francisco, la eutanasia voluntaria quedó despenalizada en nueve estados del oeste de EEUU. La sentencia ha sido recurrida ante la Corte Suprema. España. El 8 de noviembre de 1995, el Parlamento Español

aprobó un nuevo Código Penal. En este Código se rebajaron substancialmente las penas a quienes ayuden a morir a otro con por la petición expresa 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...>> (art. 143). En el anterior Código, las penas pro auxilio al suicidio oscilaban entre los 6 y los 20 años de prisión (art. 409). En el nuevo Código <> (art. 143). Colombia. 21 de mayo de 1997: sentencia de la Corte Constitucional por la que el médico que ayude a morir a enfermos terminales con intensos sufrimientos, cuando estos lo solicitan y la medicina no puede ya ofrecer alternativas válidas de tratamiento para eliminarlos, no será penalizado.

En el resto de países, la situación legal es todavía confusa y desfasada. Hay que decir, con todo, que va ganando terreno el principio de autonomía del enfermo, y que tiende a generalizarse el uso del llamado Testamento Vital. El Testamento Vital es un documento en que una persona manifiesta su voluntad sobre los tratamientos médicos que desea recibir, o no recibir, caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que le haya llevado a un estado que le impida expresarse por sí misma.⁶⁵

En España, La Ley General de Sanidad de 1986 reconoce ya 10s <>. La Asociación Derecho a Morir Dignamente (DMD) ha elaborado su propio modelo de Testamento Vital. En dicho modelo la persona expresa su voluntad inequívoca de no ser sometida a tratamientos que alarguen su vida, caso de padecer una enfermedad irreversible que le cause graves sufrimientos físicos y/o psíquicos, o que la incapacite para una existencia racional y autónoma. También puede solicitar la administración suficiente de fármacos para eliminar sus sufrimientos finales. La vigencia y eficacia del Testamento Vital ha encontrado un cauce paradigmático en Dinamarca. En este país, toda persona puede registrar su declaración en un hospital sabiendo que, automáticamente, el documento habrá de pasar

⁶⁵

PÁNIKER, Salvador. Ob. citada

a un ordenador central que se reparte a todos los hospitales del país. De este modo, cualquier paciente que ingrese en un centro sanitario tiene la garantía de que verá respetada su voluntad. La mayoría de países europeos y, en general, del área occidental tienden hoy a unificar sus legislaciones en torno a la eutanasia. Uno confía en que, tarde o pronto, se alcance la unanimidad en la completa despenalización de la ayuda a morir, para determinados supuestos, y siempre sobre la base del pleno reconocimiento de la voluntad del enfermo. Naturalmente, la sociedad debe protegerse contra posibles abusos. Los principales riesgos son: que el enfermo no haya expresado claramente su voluntad; que la situación no sea irreversible, y que se puedan producir daños a terceros. Para obviar el primer riesgo está, precisamente, el Testamento Vital (por supuesto siempre revocable), y que cuanto más razonado y especificado sea, más fuerza habrá de tener.⁶⁶

2.2.5. La disponibilidad de la propia vida en España

Miguel Ángel Núñez Paz, al tratar el tema, Derecho a la Vida y Constitución señala que otro problema fundamental es el de la disponibilidad de la vida por parte de su titular ya que es decisivo para la valoración del suicidio y particularmente, de la eutanasia, dilucidar si tal disponibilidad es o no contraria a los preceptos constitucionales.

Un importante sector de opinión dentro de la doctrina ha considerado sin embargo, que al ser las conductas suicidas atípicas habría que deducir su licitud y, consecuentemente, la disponibilidad de la vida por parte de su titular, pero se ha negado que tal disponibilidad alcance a determinados comportamientos cuando son ejecutados por terceros.

El problema radica ahora en dilucidar si el reconocimiento del derecho a la vida como derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución española puede modificar los anteriores planteamientos.

⁶⁶

PÁNIKER, Salvador. Ob. cit.

En la doctrina existen varios criterios, la posición más radical es la mantenida por COBO DEL RIO y CARBONELL MATEU, para quienes el suicidio es una decisión a la que todo hombre tiene derecho, situando a la libertad en la cúspide del ordenamiento jurídico debiéndose interpretar todos los derechos fundamentales de la persona como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, de la dignidad de la persona humana. En el caso del derecho a la vida, ésta ha de suponer una protección de la misma compatible con la libertad y piensan además que el artículo 15 de la Constitución española debe ser interpretado integrándose con el artículo 10, con lo que “estamos ante un derecho a la vida renunciable en aras al libre desarrollo de la personalidad.

Según los citados autores no se trata de que deba prevalecer la vida sobre la libertad en caso de conflicto sino que sólo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional.

Tal concepción conduce a rechazar la existencia de un deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular, y, en definitiva estima que no sería inconstitucional una destipificación de las conductas hoy contenidas en el artículo 143 del Código Penal español.

En forma más radical mantiene un punto de vista QUERAL JIMENEZ, quien declara que los valores superiores recogidos en el artículo 1.1. de la Constitución española deben interpretarse como expresión equivalente a “orientación última del ordenamiento jurídico” como “guía operativa en interpretativa” y “determinación que en cada caso persiga la solución que mejor favorezca la libertad..”, y afirma que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, la libertad, la justicia y el pluralismo político impregnan todo el ordenamiento jurídico, resalta la primacía de tales valores sobre cualquier otra consideración jurídica o política, siendo una realidad y no una entelequia. Y, si bien observa que la vida es el “sustrato material” sobre el que el sujeto edifica su patrimonio político, “si alguien solicita o consiente que su vida sea abreviada en

relación a la duración que cabría esperar, no parece que entre en juego la prohibición de la renuncia a un derecho fundamental, sino la renuncia, en uso de la libertad, a continuar sufriendo la vida misma”. Dado que, según el citado autor, debe partirse de que el núcleo esencial de la libertad del hombre es la posibilidad de ejercerla, y no existe el deber de vivir, “se ha de dar la debida protección jurídica a quien así decide y a quien lo auxilia siempre que se cumplan unas determinadas condiciones”.

El autor llega a afirmar que “cabe dudar razonablemente que la vida sea un valor”, ya que piensa que la Constitución no declara expresamente que el bien vida sea un valor superior del ordenamiento jurídico y sí establece que la libertad es un valor constitucional fundamental. Así pues, la antijuricidad de la conducta del que pone fin a la vida del desahuciado, a petición de éste, debe quedar desplazada por la primacía que en nuestro ordenamiento jurídico tiene la libertad personal, en el sentido de autodeterminación ante el bien jurídico vida que, en las relaciones entre particulares, no se pone en juego como derecho fundamental. Y si bien piensa que ello no implica que se instituya el deber de matar, en ciertas circunstancias, el no autorizar, por parte del Estado, la práctica de la muerte del solicitante para casos límite, supondría que el Estado está infringiendo a los dolientes tratos inhumanos. No aceptar tal solicitud, a la vista del artículo 15 de la CE, podría plantearse problemas jurídico constitucionales con la esfera penal.⁶⁷

2.2.6. El derecho a morir dignamente

Una de las doctrinas mejor desarrolladas sobre el derecho a morir es la española, habiendo debatido el tema desde hace muchos años, y en el que se considera a la dignidad como uno de los elementos que deben procurar a la persona a decidir sobre su vida.

⁶⁷ AGUADO CORREA Teresa, CABALLERO BRUN, Felipe y Otros “Derecho Constitucional Penal”, José Urquiza Olaechea/Nelson Salazar Sánchez (Coordinadores), Editorial IDEMSA, Primera Edición, Lima – mayo 2012, pp.202-208.

Se considera que la muerte digna es la muerte que, deseada por una persona, se produce asistida de todos los alivios y cuidados paliativos médicos adecuados, así como con todos los consuelos humanos posibles. En otras palabras; una muerte digna es el hecho y el derecho a finalizar la vida voluntariamente sin sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal. Se indica que, el avance de los medios técnicos, la obsesión por la salud y la prolongación de la expectativa de vida en las sociedades modernas conllevan en la práctica la negación del dolor y de la muerte misma, lo que provoca, más o menos directamente, que el concepto de Muerte Digna, o el más clásico de Eutanasia, estén de absoluta actualidad, discusión y debate⁶⁸.

Este Derecho a morir dignamente ha sido reconocido por el Consejo de Europa, en su recomendación 1418 (Debate de la Asamblea del 25 de junio de 1999, 24ª Sesión) sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos. El mismo se extiende a las siguientes facetas⁶⁹:

- 1) proporcionar una información veraz y completa y respetando, en su caso, el derecho del paciente a no ser informado,
- 2) garantizar que ningún enfermo terminal sea médicamente tratado contra su voluntad,
- 3) asegurar que se respetará el rechazo a un determinado tratamiento médico en el caso de haberse formulado, al respecto, Testamento Vital, Directivas Previas o Voluntades Anticipadas,
- 4) recibir los cuidados necesarios dirigidos para conllevar de la forma más confortable el proceso de enfermedad y muerte,
- 5) recibir el tratamiento para combatir el dolor físico, aunque acorte la vida, y
- 6) recibir el apoyo psicológico para paliar el sufrimiento mental.

⁶⁸ MACÍAS GÓMEZ, Ramón, "El concepto legal de muerte digna", España, 2008, En : <https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf>

⁶⁹ MACÍAS GÓMEZ, Ramón; ob. cit.

En la mencionada recomendación 1418 se dice textualmente que

“...1. La vocación del Consejo de Europa es proteger la dignidad de todos los seres humanos y los derechos que nacen de ella... ...

2. El progreso médico, que hoy hace posible curar enfermedades hasta ahora intratables, el avance de la técnica y el desarrollo de los sistemas de resucitación, que hacen posible prolongar la vida de una persona, retrasan el momento de la muerte.

En consecuencia, con frecuencia se ignora la calidad de vida de los enfermos terminales, la soledad a la que se ven sometidos, su sufrimiento, el de sus familiares y el del personal sanitario *que los trata...*”.

Pero, sin lugar a dudas, lo más importante de esta recomendación es la fijación de unos criterios, que la Asamblea insta a que el Derecho Interno de cada Estado miembro incorpore, para la protección legal y social necesaria contra las amenazas y temores que el enfermo terminal o moribundo afronta, y en particular se pronuncie o efectúe la regulación legal en todo lo relativo a:

- a) El morir sometido a padecimientos insoportables.
- b) La prolongación del proceso de la muerte contra la voluntad del enfermo terminal.
- c) El morir en el aislamiento social y la degeneración.
- d) El morir bajo el temor de constituir una carga social.
- e) La restricción de los medios de soporte vital por razones económicas.
- f) La falta de fondos y recursos materiales para la asistencia adecuada de enfermo terminal o moribundo⁷⁰.

Así, podemos resumir que, en el ámbito internacional europeo, la Muerte Digna se configura dentro de los siguientes parámetros:

⁷⁰ MACÍAS GÓMEZ, Ramón; ob. cit.

- a) El derecho a la autodeterminación de las personas en fase terminal o moribunda.
- b) Dar eficacia al derecho de la persona en fase terminal o moribunda a una información veraz y completa, pero proporcionada con compasión, sobre su estado de salud, respetando, en su caso, el deseo del paciente a no ser informado.
- c) Hacer posible que el enfermo terminal o la persona moribunda pueda consultar a otro médico distinto del que le atiende habitualmente.
- d) Garantizar que ningún enfermo terminal o persona moribunda sea tratada contra su voluntad y que en esta materia el enfermo no actúe bajo la influencia o presión de un tercero. Además, se debe garantizar que su voluntad no se genere bajo presiones económicas
- e) Asegurar que se respetará el rechazo a un tratamiento específico recogido en las “directivas avanzadas” o que lo dispuesto en el Testamento Vital de un enfermo terminal o persona moribunda será respetado. Por otra parte, se deben definir criterios de validez sobre la coherencia de tales “últimas voluntades”, así como sobre la delegación en personas próximas y el alcance de su autoridad para decidir en lugar del enfermo. También se debe garantizar que las decisiones de las personas próximas que se subrogan en la voluntad del paciente –que habrán de estar basadas en los deseos expresados con anterioridad por el paciente o en presunciones sobre su voluntad-, se adoptarán sólo si el paciente implicado en esa situación no ha formulado otros deseos expresamente o si no hay una voluntad reconocible. En este contexto, siempre debe haber una conexión clara con los deseos expresados por la persona en cuestión en un periodo de tiempo cercano al momento en que se adopte la decisión -deseos referidos específicamente para el momento de morir-, y en condiciones adecuadas, es decir, en ausencia de presiones o incapacidad mental. Se debe asimismo garantizar que no serán admisibles las decisiones subrogadas que se basen en los juicios de valor generales imperantes en la sociedad. En caso de duda, la decisión se inclinará siempre por la vida y su prolongación.
- f) Garantizar que -no obstante la responsabilidad última del médico en materia terapéutica- se tendrán cuenta los deseos expresados por un

enfermo terminal o persona moribunda en relación con formas particulares de tratamiento, siempre que no atenten contra la dignidad humana.

g) Asegurarse de que, en situaciones en las que no exista directivas anticipadas o Testamento Vital, no se infrinja el derecho del paciente a la vida. Es necesario definir, en el futuro, un catálogo de tratamientos que, en ningún caso, pueden ser omitidos o retirados⁷¹.

En el ámbito jurídico español el artículo 143 del Código Penal Español de 1995 abordó, por primera vez, un tratamiento penal diferenciado con respecto al homicidio, a la cooperación, auxilio y ejecución del suicidio, de la Eutanasia o de la Muerte Digna. Se regula la conducta específica de la cooperación y ejecución de la muerte de otro, en caso de enfermedades terminales o incurables con padecimientos permanentes, como supuesto típico determinado y con una importante atenuación de la pena. De ello trataremos más adelante.

Sabemos que definir "muerte digna" no es tarea fácil, pues la muerte es tema tabú en nuestra sociedad occidental. En el mito de Sísifo, un personaje decía que el mayor bien que tiene el ser humano es su inconciencia respecto de la muerte, y decía bien, pues lo normal es que pasemos la mayor parte del tiempo haciendo planes para el futuro y, sólo ante la muerte de una persona cercana o al enfrentarnos a una enfermedad grave, es que nos dejamos rozar por la posibilidad de nuestra propia muerte.

Elio Segreccia, en su Manual de Bioética⁷², cita a P. Ariés, que se refiere a la muerte como tema tabú en los siguientes términos:

(...) En el siglo XX la muerte ha reemplazado al sexo como principal interdicción. En otro tiempo se decía a los niños que los había traído la cigüeña, pero ellos asistían a la gran escena del adiós en la recámara y a la cabecera del moribundo. Hoy los niños son iniciados,

⁷¹ MACÍAS GÓMEZ, Ramón; ob. cit.

⁷² SEGRECCIA, Elio, "Manual de Bioética", México Editorial Diana, 1996

desde la más temprana edad, en la fisiología del amor y del nacimiento; pero cuando preguntan por qué ya no pueden ver a su abuelo, en Francia se les responde que se fue a un largo viaje muy lejos, y en Inglaterra, que reposa en un hermoso jardín en el que florecen las madreselvas. A los niños no los traen ya las cigüeñas, pero los muertos desaparecen entre las flores (...)

El tema de la muerte se complica aún más si tratamos de calificarla con un adjetivo: digna. En ese sentido no todas las muertes son iguales, pero, con el propósito de acercarnos a un consenso, es importante tratar de definir qué es una muerte digna.

Nancy Hernández⁷³ se refiere a la muerte digna en los siguientes términos:

(...) Para algunos el derecho a morir con dignidad implica el derecho a morir sin dolor, con acceso a los tratamientos modernos que permiten humanizar la muerte. Otros estiman que la dignidad está en devolverle al paciente su autonomía –respetándoles su condición de agente moral autónomo–, es decir, devolverle al paciente el derecho de decisión del que se apoderaron los médicos y familiares para decidir aspectos tales como: si desea rehusar un tratamiento que lo salvará, o una máquina que lo mantendrá artificialmente vivo. Para otros será el derecho a morir en paz con su Dios y consigo mismo, lo cual implica el derecho de saber que está en proceso de muerte a corto plazo y por consiguiente de decidir si quiere hacerlo en el hospital, en medio de sus seres queridos, en fin, con el derecho de tomar todas las decisiones grandes y pequeñas pertinentes a su situación. Para otros, definir el concepto en estudio es imposible, y más bien dependerá del análisis del caso concreto (...) (330-331).

Es claro que la "muerte digna" es un concepto difícil de definir; incluso, es importante su análisis desde la perspectiva bioética. Para desarrollar este concepto hay que considerar todos los elementos que se relacionan durante la enfermedad de una persona: las creencias del propio paciente, sus familiares,

⁷³ HERNÁNDEZ, Nancy, i, "Una muerte digna". En: El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pág. 330.

el personal médico que lo atiende, la legislación vigente en el país, el sistema religioso imperante en el medio, entre otros. Nancy Hernández propone hacer eco de la tesis de Diego García respecto de los agentes que se relacionan cuando se acerca la muerte de un ser humano:

(...) Sostiene el autor que al menos tres elementos deben interactuar para resolver un problema relativo a la atención de la salud de un paciente: la autonomía, la beneficencia y la justicia. La autonomía hace referencia al derecho del paciente a ser considerado como un agente moral autónomo capaz de tomar sus propias decisiones, según su concepción de lo bueno y lo malo; la beneficencia se refiere al criterio moral que esgrime el médico, y el de justicia, al criterio moral de la sociedad. Así pues, en toda relación interactúan al menos el médico, el paciente y la sociedad (puede ser a través del juez, la dirección del hospital, etc.) (...) (333).

Por su parte, E. Doménech Llavería y A. Polaino-Lorente⁷⁴ consideran que una muerte digna tiene estrecha relación con una vida digna:

(...) La muerte digna o indigna del hombre hay que justificarla con otras razones de más envergadura y sustancia. Una muerte será digna si se corresponde con el decoro de la persona a la que sobreviene; de lo contrario, tal muerte será indigna. Pero, como ya se ha dicho, la vida humana es una perfección imperfectible, un bien para un Bien. En consecuencia la muerte será digna si a su través el hombre alcanza ese grado de perfectibilidad al que apunta la perfección de su vida, es decir, al bien absoluto al que se ordena y por el que se esfuerza el bien parcial en que consiste su vida (...).

Para estos autores, la muerte es un hecho ineludible que forma parte de la propia vida; en ese sentido, la vida debe ser vivida con autenticidad. Una vida auténtica permitiría prepararse en forma debida para enfrentar el trance de la muerte:

(...) Con frecuencia las personas viven una existencia inauténtica, una vida que se construye de espaldas al hecho cierto e inevitable de que

⁷⁴ "Comunicación y verdad en el paciente terminal". En: Manual de Bioética General, segunda edición. Madrid: Ediciones Rialp, S.A., 1994, págs. 387-406.

algún día hay que morir. Son personas que se refugian en lo impersonal, haciendo de su existencia algo anónimo (...).

Al ligar en forma tan estrecha vida y muerte, estos autores indican que una muerte digna es el resultado de haber vivido con dignidad. Este principio es aplicado también a la inversa; según ellos, no podría vivirse una vida digna si no se tuviera certeza de la muerte.

Es claro que existen múltiples criterios en relación con la muerte y, en particular, con lo que representa morir con dignidad para cada persona. En ese sentido, la Sala Constitucional está en la obligación de sopesar tales criterios y resolver de manera justa y acorde con los principios que sustentaron la redacción de nuestra Carta Magna.

El primer caso de importancia que sobre el tema conoció el indicado tribunal, fue resuelto en julio de 1992. A esa fecha, la amparada había fallecido. En los días que precedieron la llegada de su muerte, la paciente recibió la atención que requería, pues la misma Sala ordenó la entrega de los medicamentos necesarios para aliviar sus dolencias.

Para resolver este asunto, la Sala debía definir, primeramente, el derecho que se pretendía amparar en este recurso. La Constitución Política protege la vida del ser humano, pero ¿qué se dice en nuestra Carta Magna respecto de la muerte? En todo caso, debemos reconocer que el estadio que precede a la muerte es parte de la vida. La muerte es sólo un instante en el cual cruzamos una línea. La única diferencia entre este estadio pre muerte y la vida misma es que en esta última etapa de nuestra vida tenemos total conciencia de nuestra mortalidad. La sombra de la muerte cubre totalmente este período.

2.2.7. Conceptos similares al de la muerte digna

El profesor español Ramón Macías, señala que no cabe duda de que la Eutanasia, el Suicidio Asistido o la Muerte Digna son conceptos que muy a menudo, y sobre todo a nivel periodístico, se confunden; y es que, en muchas ocasiones, devienen sinónimos. Muerte Digna y Eutanasia se deben diferenciar, por las características propias de la tipología de la Eutanasia entre las que cabe distinguir:

- La Eutanasia directa consiste en adelantar la hora de la muerte en caso de una enfermedad incurable, y que admite dos posibilidades; la Eutanasia directa y activa que es la acusación de la muerte indolora a petición del afectado cuando se es víctima de enfermedades incurables progresivas y la Eutanasia directa y pasiva por la que se precipita la muerte mediante la abstención de efectuar actos médicos necesarios para la continuación de la precaria vida objeto de la misma.

- La Eutanasia indirecta en la que la intención básica no es acortar la vida sino aliviar el sufrimiento, consiste en procedimientos terapéuticos que suelen tener como efecto secundario la muerte; por ejemplo, la sobredosis de morfina para calmar los dolores, cuyo efecto secundario, como se sabe, es una abreviación de la vida.

Otros conceptos similares a diferenciar de la Muerte Digna son los siguientes:

- **Sedación terminal:** es la práctica médica de inducir el sueño del paciente, para que no sienta dolor, ello, casi siempre, acortará la vida del enfermo.

- La Muerte Digna y la Cocotonasia se diferencian en que la segunda consiste en una “Eutanasia” que se impone sin el consentimiento del afectado.

- La Muerte Digna y la Distanasia en realidad son términos antagónicos la distanasia procura posponer el momento de la muerte recurriendo a cualquier medio artificial, con el fin de prolongar su vida a toda costa, llegando a la muerte en condiciones inhumanas.

- **La Eutanasia Eugenésica**, propia de concepciones filo-nazis, consiste en causar la muerte de un ciudadano con la finalidad de mantener “la salud social” y, junto a ella, La Eutanasia **Económica** tiene por finalidad la eliminación de enfermos, cuyo mantenimiento de la vida constituye una alta carga económica al erario público⁷⁵.

⁷⁵ MACÍAS GÓMEZ, Ramón; ob. cit.

2.2.8. La autonomía del paciente y su derecho a la toma de decisiones luego de ser informado.

Como es bien sabido, el consentimiento informado no es sino un modelo de relación clínica fruto del resultado de la introducción de la idea de autonomía psicológica y moral de las personas en el modelo clásico de relación médico-paciente, basado hasta entonces, exclusivamente, en la idea de beneficencia paternalista. El ejercicio de la autonomía de las personas, de los pacientes, exige que se cumplan al menos tres condiciones:

1. Actuar voluntariamente, es decir libre de coacciones externas
2. Tener información suficiente sobre la decisión que va a tomar, es decir, sobre el objetivo de la decisión, sus riesgos, beneficios y alternativas posibles.
3. Tener capacidad, esto es, poseer una serie de aptitudes psicológicas - cognitivas, volitivas y afectivas- que le permiten conocer, valorar y gestionar adecuadamente la información anterior, tomar una decisión y expresarla.⁷⁶

Dentro de esto, cabe resaltar el cumplimiento del requisito de competencia o capacidad, que es uno de los elementos clave de un proceso de consentimiento informado. Sólo si el paciente es competente podrá tomar decisiones autónomas sobre su salud. Sin embargo, éste es, con toda seguridad, el elemento del consentimiento informado que plantea mayores dificultades de valoración en el contexto clínico-asistencial, fundamentalmente porque todavía no existen criterios, estándares y protocolos consensuados para su adecuada evaluación⁷⁷.

La capacidad que puede evaluar un profesional de la salud es la capacidad de obrar natural o de hecho, también denominada competencia en el lenguaje habitual de la bioética, terminología recientemente incluida en la Ley

⁷⁶ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000200006

⁷⁷ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000200006

21/2000 sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica de Cataluña, en el Reino de España. Los profesionales no tienen potestad para establecer por su cuenta la capacidad de obrar legal de un paciente. Éstas son cuestiones que vienen dadas por el ordenamiento jurídico.

La capacidad natural o de hecho se refiere a las aptitudes psicológicas internas que permiten a una persona gobernar efectivamente su vida, de tal modo que podamos concluir que sus decisiones son auténticas, es decir, que reflejan adecuadamente su propia personalidad, su autonomía moral. Lo que sucede es que esta capacidad de hecho tiene siempre un correlato jurídico que llamamos "capacidad de obrar de derecho o legal".

Si cuestionamos la capacidad de hecho de una persona mayor esto tiene automáticamente consecuencias en la esfera de su capacidad de derecho: le retiramos la potestad jurídica para que ejerza activamente y por sí mismo sus derechos y obligaciones, y buscamos a otra persona, su representante, para que lo haga en su lugar.⁷⁸

La relación entre ambas es compleja. Lo importante es saber si esa limitación de la capacidad es potencialmente transitoria o permanente. En el contexto clínico más habitual lo más frecuente es que hablemos de situaciones potencialmente transitorias. Pero obviamente en determinados campos clínicos, como la psiquiatría o la geriatría, la incapacidad puede devenir permanente

Para diferenciar mejor a efectos prácticos ambas situaciones, tiende a recurrirse a los términos en negativo. Así, se habla de: "Incapaz", el que no tiene aquí y ahora capacidad de hecho o natural, y como consecuencia de ello pierde transitoriamente su capacidad de derecho. Por ejemplo, un paciente en delirium tremens, en encefalopatía hipercápnica severa o, simplemente, dormido con anestesia general. "Incapacitado", el que no tiene de forma

⁷⁸ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000200006

permanente capacidad de derecho o legal, porque un juez ha emitido una sentencia de incapacitación que así lo establece, por padecer una alteración mental que disminuye su juicio, su capacidad de hecho, de forma habitual y no meramente circunstancial. Por ejemplo, un paciente en estado vegetativo permanente, un psicótico con gran deterioro o una demencia avanzada.

La evaluación y determinación de la competencia de un paciente es una tarea que entraña una enorme responsabilidad ética y jurídica. Establecer la incompetencia de un paciente es afirmar que, aquí y ahora, no puede ejercer su autonomía moral ni su derecho, legalmente reconocido, al autogobierno personal, esto es, a tomar por sí mismo una determinada decisión sanitaria, y que son otras personas las que deberán tomarla en su lugar. Con ello se inaugura el complejísimo campo de las decisiones de representación o sustitución que comporta importantes problemas éticos y jurídicos que no se abordarán aquí.

En este sentido conviene tener en cuenta, en primer lugar, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, del Consejo de Europa, denominado popularmente Convenio de Oviedo, y en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2003. Los artículos 6 y 7 de dicho convenio versan sobre el problema de la falta de capacidad para consentir libremente. En el informe explicativo del convenio pueden encontrarse, además, amplios comentarios de dichos artículos⁷⁹.

Obviamente será el profesional quien deba valorar si dicho paciente está o no capacitado en ese momento para tomar esa decisión concreta. Por tanto, hablamos, en primer lugar, de capacidad natural o competencia. Así lo establece, por ejemplo la ley catalana (una de las que sobre los derechos de información en su artículo 3.2 (en la línea apuntada por el grupo de expertos en información y documentación clínica⁶ que convocó el Ministerio de Sanidad en

⁷⁹ http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352008000200006

1997 y que junto con otras iniciativas regionales parece que, por fin, va a traducirse en una necesaria ley de ámbito estatal):

Si el paciente, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de sus situación, debe informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas. En caso de que el paciente fuera ya a priori un incapaz de derecho por ser, por ejemplo, un menor inmaduro o un incapacitado judicial, quienes deberán tomar decisiones serán sus representantes legales, por ostentar la patria potestad o la tutela. Conviene hacer notar, en cualquier caso, que la incapacidad natural o legal del paciente no exime al profesional de realizar un proceso de consentimiento informado. Solamente cambian los destinatarios de dicho proceso, que en tales casos serán los familiares o representantes legales de manera preceptiva.

La ley catalana, ya mencionada, en su artículo 7.2, denomina estas situaciones como de «otorgamiento del consentimiento por sustitución». Pero esto no quiere decir que no se cuente con el paciente en función de sus posibilidades concretas. En su artículo 3.2, la citada ley establece que, «en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación». así prescribe:

Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo
2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en

consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales. La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso⁸⁰

2.2.9. El derecho a ser informado y la capacidad de decisión en el Perú:

En el Perú Ley General de Salud N° 26482, prescribe el derecho a ser informado de un tratamiento médico:

Artículo 4.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada

80

http://riillo.educsalud.cl/Capac_Etica_BecadosAPS/La%20capacidad%20de%20los%20pacientes%20para%20tomar%20decisiones%20P%20Simon.pdf

legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso. En caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos. El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.

De alguna manera en el artículo 5° de la mencionada ley, se registra el derecho de los pacientes a ser informados

Artículo 5.- Toda persona tiene derecho a ser debida y oportunamente informada por la Autoridad de Salud sobre medidas y prácticas de higiene, dieta adecuada, salud mental, salud reproductiva, enfermedades transmisibles, enfermedades crónicas degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades y demás acciones conducentes a la promoción de estilos de vida saludable. Tiene derecho a recibir información sobre los riesgos que ocasiona el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción, la violencia y los accidentes. Así mismo, tiene derecho a exigir a la Autoridad de Salud a que se le brinde, sin expresión de causa, información en materia de salud, con arreglo a lo que establece la presente ley.

2.2.10. El derecho de los enfermos

La doctrina española relacionada con la Bioética, establece que al enfermo le asiste el derecho de estar informado sobre la prescripción de medicamentos y las decisiones terapéuticas tomadas por el juicio del médico,

las cuales en el mejor de los casos están enmarcadas en una suerte de paternalismo. La relación médico paciente ha sufrido cambios que han dejado obsoleto los modelos clásicos paternalistas, a las personas se les ha reconocido derechos y valores en todos los modos de la relación humana, lo que hace que los pacientes exijan que sean respetados estos derechos a la hora de tomar decisiones que les implican. Esta situación reconocida como derechos de las personas ha generado el resurgimiento de una disciplina como la Bioética.

El reconocimiento de los derechos del paciente no debe entenderse como una concesión, sino como corolario de la dignidad y autonomía de las personas, y por lo tanto, como una obligación en la relación médico-paciente. Sin embargo existe desde décadas anteriores estudios sobre la influencia de factores extra médicos en la prescripción de medicinas. El médico apenas ha dispuesto del tiempo necesario para asimilar los nuevos conocimientos clínicos y técnicos que se han ido produciendo y no es raro que los avances en los campos del Derecho y la Ética, que han dado lugar a nuevas formas de pensar y de vivir y nuevas formas de relación clínica, hayan quedado relegadas toda vez que no fueron consideradas en la formación integral del médico. Se empieza a hablar de Bioética pero existen dificultades en acercarse a ella, lo que hace que al estructurarla como una disciplina⁸¹

Uno de esos derechos, conforme ya lo hemos expuesto es el denominado consentimiento informado que es la manifestación voluntaria, libre y racional realizada por un paciente, de aceptación a un tratamiento, luego de haber sido informado del mismo y de habersele respondido todas sus dudas de manera adecuada y suficiente. El Consentimiento Informado es la aceptación de una intervención médica por el paciente, en forma libre, voluntaria y consciente después que el médico le haya informado de la naturaleza de la intervención con sus riesgos y beneficios, así como de las alternativas posibles con sus respectivos riesgos y beneficios condiciones que debe reunir el paciente para que el consentimiento sea considerado valido, en este sentido

⁸¹ ZÁRATE CÁRDENAS, Eduardo. "Los derechos de los pacientes y el consentimiento informado", Revista Semestral de la Universidad Antonio Abad del Cusco, 2004, p.p. 4 s.s.

deben conjugarse ciertos elementos básicos: Competencia Información Voluntariedad, basándose en normas, directivas y buena voluntad será muy difícil de concretizar sus fines. Se debe empezar por la información, formación y adquisición progresiva de nuevas actitudes. El médico toma decisiones que afectan o alteran la vida y costumbres del paciente sin mayor explicación y sin que el paciente tenga conocimiento aduciendo que son decisiones técnicas y profesionales. En una sociedad donde el conocimiento esta globalizado y se propugna la ética de los derechos ciudadanos, los conceptos médicos clásicos entran en revisión.

Al entender de Eduardo Zárate⁸² los derechos de los pacientes deben ser resumidos en los siguientes:

- Recibir atención de salud sin discriminación,
- Conocer al personal que atiende al paciente,
- Recibir información y orientación sobre el funcionamiento y servicios del establecimiento donde se atiende
- Formular reclamos o sugerencias y recibir respuestas escritas.
- Acceso a la información y resguardo de la confidencialidad de su ficha clínica,
- Decidir libremente si desea ser partícipe de actividades de docencia e investigación,
- Recibir indicaciones claras y por escrito sobre los medicamentos que se recetan,
- Informarse sobre los riesgos y beneficios de procedimientos diagnósticos y tratamientos que se indiquen para decidir respecto de la alternativa propuesta.

Pero el medico Zárate Cárdenas precisa que para ejercer el derecho a ser informado debe reunirse algunas características como:

- Competencia: solo una persona competente puede dar un consentimiento informado valido legalmente, ya sea el paciente y/o

⁸² ZÁRATE CÁRDENAS, Eduardo, Ob. cit.

familiar. En el caso de menores de edad o de enfermos mentales corresponde asumir esta competencia al familiar o tutor responsable.

- Información.- es el medio con que cuenta el paciente para poder opinar y tomar libremente las decisiones que considere pertinentes. La información debe ser previa a los procedimientos y/o tratamientos que se deben efectuar al paciente.
- Voluntariedad.- para que el consentimiento sea válido debe ser otorgado libremente y sin ninguna coerción, sobre el proceso de decisión del paciente. Ejemplo un médico no puede solicitar el consentimiento de su paciente planteándole la disyuntiva de firmar o no ser atendido.

Señala además la existencia de casos en los que se podrá ejercer el derecho a ser informado, como:

- Renuncia expresa del paciente.- en este caso debe existir algún familiar o sustituto legal dispuesto a asumir la responsabilidad de las decisiones.
- Tratamientos exigidos por la ley.- ejemplo vacunaciones nacionales como parte de una política sectorial o en caso de epidemias o desastres naturales.
- Posibilidad de corregir una alteración inesperada en el seno de una intervención quirúrgica inesperada.
- Situaciones de emergencia en salud, en las cuales el profesional se obliga a actuar con tiempos cortos.

Sin embargo, debe señalarse que hasta hace poco tiempo la toma de dediciones médicas había dependido del criterio exclusivo del médico. Los médicos en su afán científico debían de intentar por todos los medios de aplicar los tratamientos indicados, podían manejar u ocultar la información, valerse de la coacción o del engaño bajo un manto de cientificismo. Todo ello en el declarado propósito de beneficiar al enfermo y su familia. En los últimos años se ha comenzado a pensar que el paciente debe de participar en la toma de decisiones médicas.

El paciente debe de decidir de acuerdo con sus propios valores y prioridades que no necesariamente pueden de coincidir con los del médico. Este es un derecho que pretende reconocer el consentimiento informado y está recogido en la ley de salud vigente en el Perú. Este nuevo contexto replantea reestructurar toda la relación médico paciente. Argumentos que han sido usados en contra del Consentimiento Informado.

- El paciente no puede comprender adecuadamente la información.
- Los enfermos no desean ser informados de malas noticias.
- La información suele asustar desproporcionadamente al paciente y puede inducirle a rechazar intervenciones que solo con llevan un riesgo mínimo.
- El mismo médico rara vez conoce los datos con la precisión y la certeza que requieren los pacientes Los tres primeros argumentos son subjetivos, en la óptica tradicional de considerar al paciente como un ente pasivo, sujeto de intervención y con una visión paternalista.

El último argumento es fácilmente corregible a través de los programas de Educación Continua de las universidades y sociedades científicas. En que respecta a la gravedad del paciente, se ha discutido sobre el alcance de la información que debe de darse al paciente, pues algunos estiman necesario silenciar la gravedad del caso, mientras que otros consideran que al paciente terminal hay que decirle la verdad.

En nuestro criterio al paciente hay que decirle “la verdad soportable” para evitar una crueldad innecesaria y perniciosa para el propio paciente. Se habla en estos casos del “privilegio terapéutico del médico” lo que provoca un conflicto entre el derecho de la autodeterminación del paciente y el principio de asistencia, por lo que debe de primar factores psicológicos y humanos por parte del médico al abordar esta cuestión. Teniendo siempre presente que debe ser siempre el interesado quien desea o no conocer su propia situación.

Las explicaciones impartidas a los pacientes para obtener el Consentimiento Informado deben hallarse, por lo tanto, adaptadas a su

capacidad de comprensión y a los distintos factores subjetivos y objetivos por lo que serán muy variables en función de cada supuesto, aunque parece conveniente que, la información no genere en el paciente un aumento desproporcionado de su angustia e inquietud, en tal forma que la forma de abordar el tema por el médico debe representar un elemento decisivo en este aspecto⁸³.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

3.1. Presentación y análisis de los resultados

En el presente aspecto presentamos a continuación las sentencias que formaron parte de la muestra materia del presente estudio, y que directa o indirectamente se refieren al tema del trabajo que se ha realizado: la vigencia del derecho a morir de manera asistida.

La selección de la muestra, fue proporcionada mediante el propio sistema de búsqueda proporcionada por la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe, por lo que los expedientes seleccionados fueron:

5212-2011-HC
8089-2013-HC
6678-2013-HC
1251-2013-AA
437-2015-AA
4134-2015-AA
745-2013- AA
5321-2014-AA
753-2015-AA
5312-2014- AA
914-2012-AA
526-2016- AA
5139-2014-AA
1748-2013-AA
514-2014-HD
493-2013-AA
3987-2015-HC
6085-2014-HC
2627-2016- HC
1581-2014- AA
5154-2014-HC
1350-2015-HC
3737-2013-HC

1391-2016-HC
2623-2016-HC
5873-2013-HC
4486-2016-HC
1836-2013-AA
6108-2014-HC
3545-2013-HC
6712-2015-HC
5318-2015-HC
6802-2013-HC
104-2014-HC
7176-2013-HC
8572-2013-HC
7165-2013-HC
1341-2013-HC
860-2014-HC
1805-2015-HC
3463-2013-HC
3422-2014-AA
7339-2013-AA
8096-2013-HC
0031-2003-HC
02677-2010-PHC
00466-2013-AA
5842-2006- PHC
3655-2012-AA
2953-2009-HC

Entonces, luego de analizadas las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional que formaron parte de la muestra, y que se relacionan todos de manera indirecta con el derecho a morir, podemos establecer.

Al realizar un trabajo con presentación de información cualitativa, no consideramos necesaria la implementación de tablas, pues, las sentencias

fueron tratadas no como producto de la investigación, sino como medio de referencia para poder proponer las bases de la probable existencia de un derecho a morir, como parte de un ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

a) Relación directa del contenido de las sentencias analizadas, con el contenido del derecho a morir

Ninguna de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional se refieren directamente con el derecho a morir, es decir con la probable existencia de un derecho a la muerte asistida, como producto de la decisión de un paciente con desarrollo de enfermedad terminal.

En algunas de la sentencias se hace alusión al derecho al consentimiento informado, especialmente para referirse a las personas que se encontraban en incapacidad de ejercer dicho derecho, como comentaremos.

Sin embargo, las sentencias estudiadas, sí puede ser tomadas como base para formular supuestos válidos que lleven a configurar la vigencia de un probable derecho a morir de manera asistida.

b) El derecho a la defensa como fundamento del derecho de petición y la vigencia de solicitar la aprobación de una muerte asistida.

De antemano en este análisis señalamos que nuestra legislación nacional no permite el derecho a morir de manera asistida, es decir, que sea el propio paciente con enfermedad terminal quien decida concluir con sus días, es más el Código Penal sanciona toda forma homicidio, e incluso también el homicidio denominado piadoso o eugenésico. Sin embargo, como parte del ejercicio de defensa es posible discutir la vigencia del principio del derecho, y de abrir una posibilidad real para así lograr el reconocimiento del derecho a morir de manera asistida.

Sobre el derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha abierto la posibilidad de proteger constitucionalmente los derechos y obligaciones cualquiera fuera su naturaleza, lo que por cierto abre la posibilidad de discutir el

derecho a morir de manera asistida, y esto porque si bien el Código Penal peruano sanciona la muerte por terceros, mediante el delito de homicidio, es cierto también que el propio artículo 20 del mismo Cuerpo de Leyes nos brinda la oportunidad de aplicar una causa de justificación a partir de la falta de antijuricidad por operar el consentimiento penal, que implica que sea la propia víctima la que determine su muerte, mediante un acto de ejercicio pleno de la libertad, por ello habrá de mirar siempre la siguiente resolución:

“La Constitución reconoce el derecho de defensa en el artículo 139° inciso 14, y en virtud de éste garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Así, el contenido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” (Sentencia 1748-2013-AA).

c) Derecho a la autodeterminación a estar informado

Este derecho reconocido constitucionalmente, se considera que muy bien puede servir de sustento para procurar el reconocimiento del derecho a morir con asistencia, pues, la autodeterminación del paciente para estar informado de los padecimientos que supone la enfermedad que padece, implica por una parte tener acceso a conocer los diferentes estadios por los que va a transcurrir la enfermedad que padece, pero sobre todo consideramos que tiene derecho a conocer los tratamientos paliativos, sus ventajas y sus desventajas, y entre ellos estar debidamente enterado de los momentos en los que podría seguir con capacidad para decidir su propia muerte.

El contenido de la sentencia que reseñamos no es directa, como tampoco la autodeterminación a estar informado para decidir la aplicación de la muerte asistida, sin embargo consideramos que lo resuelto en la sentencia que referimos muy bien puede relacionarse como supuesto de la vigencia de un derecho a estar informado plenamente sobre la enfermedad terminal que padece.

Conforme se aprecia del petitorio de la demanda, lo que el actor pretende es acceder a información que la emplazada custodiaría respecto de su vida laboral entre enero de 1959 hasta diciembre de 1992, situación que evidencia que el derecho que el recurrente viene ejerciendo es el de autodeterminación informativa y no el de acceso a la información pública, como erróneamente lo invoca.

Al respecto, este Colegiado en anterior jurisprudencia ha establecido que:

“(...) la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o con el fin de que se incluyan. (Sentencia N° 514-2014 /HD).

d) Sobre el derecho constitucionalmente protegido

Se considera que la protección de los derechos frente al reconocimiento del derecho a una muerte asistida, tiene que ver con derechos fundamentales: el derecho a vivir dignamente hasta el final de los días, y el ejercicio de la libertad con expresión manifiesta de capacidad de dicho derecho.

No se trata de la constitución de un derecho, sino que precisamente al paciente de enfermedad terminal debe garantizarle la vigencia plena de esos derechos fundamentales que están muy vinculados con su propia naturaleza de persona humana: el derecho a tener una vida digna desde que nace hasta que muere, y el derecho a que como parte del ejercicio de su libertad decidir no someterse a padecimientos y dolores extremos en su salud, cuando se padece enfermedad terminal irreversible.

Por ello, el derecho a morir de forma asistida no es un derecho nuevo, sino que se encuentra inmerso o dentro de dos derechos fundamentales que siempre han estado vigentes, incluso de manera no declarativa, por ello resulta vigente el contenido de la siguiente resolución:

“Es en este sentido que este Tribunal se ha pronunciado en la sentencia 1254-2004- PA/TC, al sostener que: "la alegación de poseer derechos adquiridos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derechos; por consiguiente, cualquier otra opinión vertida con anterioridad en que se haya estimado la prevalencia de la cosa decidida, sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes. (Sentencia N° 493-2013/AA)

De igual forma resulta importante considerar el contenido de la siguiente sentencia constitucional, en la que se precisa que el derecho para merecer amparo constitucional debe estar al menos vinculado con otro u otros derechos fundamentales, y como hemos expresado, que en el presente caso sí hay vinculación directa con derechos fundamentales existentes desde siempre y reconocidos de manera expresa.

Bajo esta perspectiva entonces resulta pertinente leer:

2. En el presente caso, se evidencia que el recurso de agravio no está referido a una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional. Al respecto, un recurso carece de esta cualidad cuando no está vinculado al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; cuando versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; o, finalmente, cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia.

3. Expresado de otro modo, y teniendo en cuenta lo precisado en el fundamento 50 de la sentencia emitida en el Expediente 00987-2014-PA/TC, una cuestión no reviste especial trascendencia constitucional en los siguientes casos: (1) si una futura resolución del Tribunal Constitucional no soluciona algún conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión de derecho

fundamental comprometida, se trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional; o, (2) si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado y no median razones subjetivas u objetivas que habiliten a este órgano colegiado a emitir un pronunciamiento de fondo. (Sentencia N° 3987-2015/ HC)

e) Ejercicio del derecho a la libertad

Sostenemos que el derecho a morir de forma asistida, es un derecho constitucional que se encuentra enmarcado dentro del derecho a la libertad, y bajo esta condición merece ser amparado constitucionalmente. Se ha leído que no todos los derechos merecen ser atendidos desde dicha óptica, y esto lo encontramos manifiesto en el contenido de la sentencia que reseñamos:

La Constitución establece expresamente en el artículo 200 inciso 1 que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo contra una presunta afectación del derecho a la libertad personal o sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para ello debe examinarse previamente si los hechos cuya inconstitucionalidad se denuncia revisten relevancia constitucional y si agravan el contenido constitucionalmente protegido de la libertad. Es decir que para la procedencia del hábeas corpus el hecho denunciado debe necesariamente redundar en una afectación directa y concreta en la libertad personal. (Sentencia 3737-2013-HC)

f) Derecho a probar nuestros argumentos

En el ejercicio del derecho a decidir sobre la muerte asistida, necesariamente debe establecerse un procedimiento, el mismo que deberá ser expresado a través de la afirmación de ciertas condiciones que deben ser probadas por quien pretende acceder a ejercer su derecho a una muerte digna asistida.

Es el derecho a probar a través del cual vamos a acceder a la tutela del derecho a morir de manera asistida. Entre los postulados que deberán

probarse, se considera que deberá tenerse por acreditado: a) la existencia de una enfermedad terminal, b) el estado de avance de la enfermedad en el solicitante, c) los trastornos psíquicos y físicos que habrían de originar en el paciente si es que se permite el avance de la enfermedad; d) la capacidad de ejercicio del paciente; e) constatación de su entendimiento al momento de ejecutar la decisión.

Por esta razón, la presente resolución del Tribunal Constitucional deviene en muy importante:

7. El derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos (Sentencia 3545-2013/HC)

Asimismo, este aspecto también lo advertimos en el siguiente contenido de la resolución del TC

Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado" (Sentencia N° 6712-2005/HC)

g) Derecho a la dignidad

Este supuesto reviste vital importancia también para considerarlo como supuesto del denominado derecho a morir de forma asistida, de tal manera que teniendo el Estado la obligación de proteger la dignidad precisamente por ser persona humana, porque todo lo que haga el país va a tender a individualizar a la persona para hacerlo una persona con identidad, con suficiencia, con

oportunidad, con independencia y sin subordinación alguna, en la que se piense y haga todo pero a partir del propio desarrollo individual.

Por esta razón, uno de los aspectos fundamentales, tiene que ver con superar el estado de padecimiento al que se ve sometido una persona con enfermedad terminal y precisamente porque dichos dolores han de resultar innecesarios y han de ir mostrando el lado más crudo de la realidad humana: afectación física, agudización de los estados psicológicos, desesperación y angustia, todo esto sumado a que se conoce que el desenlace va a ser el mismo, esto es, la muerte de la persona.

Entonces, se considera que corresponde al Estado brindar una alternativa para que sea el propio paciente quien pueda decidir poner fin a todos los dolores en razón a que es persona, y que no es posible que esté sometido a graves dolencias que menoscaban directamente lo más importante de la persona como es la dignidad como ser humano, debiendo en todo caso el Estado garantizar el ejercicio de este derecho altamente facultativo, por lo que el derecho a morir en forma asistida deviene en un imperativo que el Estado debe reconocer tarde o temprano.

Por ello es que resulta importante considerar la siguiente resolución emitida por el Tribunal Constitucional:

Si bien es cierto que los hechos denunciados por el demandante no guardan una relación directa con la libertad individual; no puede dejarse de advertir que el caso de autos compromete otros derechos fundamentales susceptibles de tutela, tales como el fin resocializador de la pena y el principio-derecho de dignidad humana. (Sentencia 5212-2011- HC)

E incluso, al tratar de fundamentar en extenso, este derecho, se cree que la negación de la salud contenida en una enfermedad terminal termina afectando el derecho a disfrutar de otros derechos por parte del enfermo, especialmente el de disfrutar de un ambiente propicio a su naturaleza y a su propio ser, conforme podemos apreciar en la siguiente resolución:

En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, debe tutelarse el ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido (Sentencia .Nº 1251-2013-AA)

O por ejemplo el contenido de la siguiente resolución:

Conforme ha sido señalado por este Tribunal, el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida tiene, en lo esencial, un contenido vinculado a la protección del medio ambiente, y está compuesto por (i) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado, y (ii) por el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado.

En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, debe tutelarse el ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido (Sentencia .Nº 1251-2013-AA).

h) El desarrollo del derecho a la salud

El derecho a tener salud es también un derecho fundamental, es un derecho crucial para garantizar el desarrollo de la persona, pero también es un derecho complejo que tiene varios aspectos, pero implica también el derecho del paciente a estar informado sobre su enfermedad y sobre su tratamiento.

Supone ante todo que el enfermo pueda ejercer su derecho a tomar decisiones en ejercicio pleno de su capacidad real y transparente, por ello se considera que el paciente debe estar en condiciones de decidir no sólo el

tratamiento a seguir, sino también deberá considerarse que esté en condición de optar por ejercer su derecho a morir en forma asistida:

Que, finalmente, en cuanto al aducido peligro a la salud física y mental de la beneficiaria que se refiere en los hechos de la demanda, se debe indicar que dicho alegato no merece un pronunciamiento de fondo, puesto que aquel no especifica hecho concreto que genere la amenaza o la violación del derecho a la salud de la beneficiaria en el marco de su reclusión judicial, pues únicamente se argumenta que se le viene causando daño porque no puede atender a sus hijos y que es víctima de las atrocidades de una "malvada mujer" [sic] que ha conseguido enfermarla; alegatos que no explicitan en qué actos concretos consistiría el agravio del derecho a la salud que se invoca.(Sentencia 8096-2013-HC).

No debe dejarse de lado que el padecimiento al que puede ser sometido el paciente, resulta ser el principal problema que va a terminar acabando con la salud de la persona, y que en todo caso resulta irreversible por cuanto se trata de una enfermedad terminal:

Cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía. (Exp. N°. 00032-2010-PI)

Como parte del ejercicio del derecho a la salud, se considera también el derecho de la persona que es paciente, es también el derecho a ser informado sobre la enfermedad que padece, su tratamiento, las secuelas de la misma, y esto con la finalidad de tomar las decisiones que corresponda, en su oportunidad:

Que independientemente del resultado de la demanda de autos, este Colegiado considera importante recordar que el literal a.3) del artículo 15.4 de la Ley General de Salud N° 26842, reconoce que toda persona tiene derecho a otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, cuando se trate de exploración, tratamiento o

exhibición con fines docentes. En estos supuestos, el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

Así pues, para que en los establecimientos de salud mental la exhibición de los internos o pacientes con fines docentes sea constitucional se requiere que, previamente, éstos hayan otorgado por escrito su consentimiento informado. (Sentencia N° 02677-2010-PHC/TC)

El derecho informado sólo puede tener sentido en la medida en la que se puede tomar decisiones:

Que el artículo 200°, inciso 2, de la Constitución, prescribe que el proceso de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los derechos de la libertad individual, la libertad de información y la autodeterminación informativa. De otro lado, el Código Procesal Constitucional, en su artículo 4°, precisa que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. (Sentencia N° 00466-2013-AA)

En esto, el Tribunal Constitucional ha establecido el derecho de los pacientes a que sus decisiones sean respetadas:

En la demanda de autos la violación de la libertad individual está íntimamente relacionada con la violación del derecho fundamental a la salud de los favorecidos dentro de la SHA del INESM'HD-HN', aunque tampoco puede negarse la existencia de vinculación con otros derechos fundamentales, sobre todo con la integridad personal. Con relación a la salvaguardia del derecho a la salud, se conoce que la vía procesal adecuada habría de ser el amparo [artículo 37°, inciso 24) del CPCos]. Sin embargo, la interrelación entre este derecho y la libertad personal es innegable, más aún en casos relativos a problemas o desórdenes de salud mental, hecho que motiva que la propia Organización de Naciones Unidas - en adelante, ONU- haya señalado que no

es admisible someter a algún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos aprobados por la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros, sin prolongarse más allá del período estrictamente necesario para alcanzar tal propósito, siempre que se realice en condiciones dignas y bajo el cuidado y la supervisión inmediata y regular de personal calificado [Décimo Primer Principio Fundamental, punto 11 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental -en adelante, PPEM-, emitida por la Asamblea General de ONU, a través de la Resolución 46/119 de fecha 17 de diciembre de 1991]. Es válido recordar que este Tribunal ya ha señalado la integralidad e indivisibilidad entre ambos derechos dentro de un PHC [fundamento 42 de la STC N.º 1317-2008-PHC/TC]. (Sentencia 5842-2006- PHC).

3.2. Presentación del Modelo Teórico

3.2.1. Base filosófico – legal

Hace poco tiempo impresionó la noticia de la muerte de Maynard, y se relataba su historia conforme ahora lo citamos

Brittany Maynard había anunciado su muerte para hoy, 1 de noviembre de 2014. Si tal cosa sucediera sería porque ella, de 29 años de edad, lo habría decidido así. No se trata, según ha explicado en un vídeo, de que no quiera vivir, sino de que quiere evitar el padecimiento que les ocasionaría a ella y a su familia el cáncer terminal de cerebro que le ha sido diagnóstico. Brittany Maynard ha podido decidir el día de su muerte pero no el lugar donde fallecerá: ella vivía en la ciudad de Oakland, en el Estado norteamericano de California, donde no encontraba ayuda médica para cumplir su propósito, y ha tenido que mudarse a Portland, en el Estado de Oregón, cuya legislación sí permite a las personas que se encuentren en una situación como la suya obtener auxilio para morir sin padecimientos y en el momento que ellas decidan.

Para poder ejercer este derecho, Brittany Maynard ha tenido que obtener la residencia en Portland, conseguir una casa allí, registrarse electoralmente, y todo ello ha sido posible gracias a que cuenta con los medios económicos necesarios y el apoyo de su familia, cosa que, obviamente, no ocurre en muchos otros supuestos.

Si esta tesitura es compleja en Estados Unidos, al menos allí cabe ejercer ese derecho trasladándose a otra parte del territorio. Tal cosa es legalmente imposible en España y en la inmensa mayoría de los Estados del mundo. En nuestro país, la ayuda que recibirá Brittany Maynard sería considerada una cooperación criminal –recuérdese, entre otros, el caso de Ramón Sampedro- y encajaría en el delito previsto en el artículo 143.4 del Código Penal: “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 [prisión de dos a cinco años] y 3 [prisión de seis a diez años] de este artículo”.

El caso de Brittany Maynard es, pues, otro ejemplo de lo que Stefano Rodotà llama “ciudadanía censitaria” o “turismo de derechos”; es decir, una situación en la que el disfrute de un derecho -aquí el de decidir el momento y las circunstancias de la propia muerte- está subordinado a la disponibilidad económica para trasladarse a lugares que reconocen derechos negados en el país o, como en este supuesto, Estado de residencia.

La cuestión es, al menos desde mi punto de vista, cuánto tiempo vamos a tolerar que se nos siga protegiendo de nosotros mismos, que se nos siga prohibiendo auto-determinarnos personalmente. En palabras de Ronald Dworkin (*El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*), la autonomía alienta y protege la capacidad general de las personas para orientar sus vidas según su

criterio, el criterio de lo que es importante por y para ellas. Es momento, pues, de reivindicar nuestra autonomía personal para el último viaje.

Es verdad que en muchos casos nada impide que alguien, por los motivos que sean, se quite la vida pero -recordemos de nuevo a Ramón Sampedro- bastantes personas no podrían hacerlo aunque quisieran; por este motivo, una juez del Tribunal Supremo de la provincia canadiense de la Columbia Británica declaró inconstitucional, en 2012, la ley nacional que prohíbe el suicidio asistido por discriminar a los enfermos físicamente discapacitados. En segundo lugar, en el caso de las personas que no tengan impedimentos físicos para poner fin a su vida cabe preguntarse por qué tendrían que pasar ese trance en soledad y acudiendo a procedimientos que les pueden ocasionar grandes padecimientos físicos y psicológicos. Pero no se trata de una cuestión de medios, sino de respeto al libre desarrollo personal y a la dignidad humana, que, según el artículo 10 de nuestra Constitución, son fundamento del orden político y de la paz social.

Y frente a quienes teman que el reconocimiento del derecho a morir pueda provocar la muerte de personas que no desean tal cosa, basta con prever, como se hace en la legislación holandesa, que debe tratarse de una petición voluntaria y bien meditada, que se constata un padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora, que se ha informado a la persona de su situación y de las perspectivas de futuro y que el procedimiento está a cargo de profesionales de la medicina, que deben actuar con el máximo cuidado y profesionalidad.

En palabras de Brittany Maynard, “no inicié esta campaña porque quiera publicidad. Lo hice porque quiero un mundo donde todos tengan acceso a una muerte digna, como yo. Mi viaje es más fácil gracias a esta decisión”⁸⁴

Pero sin duda que la decisión a la muerte asistida es un tema netamente personal pero que implica al Estado, en la medida que

⁸⁴ “El derecho a morir-Eldiario.es http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/derecho-morir_0_319518946.html

corresponde a éste dejar de lado toda aquella norma que la impida y a la vez propone la legislación administrativa que la permita, pero otro lado, ha de corresponder exclusivamente a la persona adoptar la decisión cuando concurren los supuestos administrativos para su procedencia.

Así, consideramos que hay supuestos legales, altamente referidos a los derechos de las personas, como por ejemplo lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

Todo a favor de la dignidad, nada contra ella, es una obligación del Estado y a la vez una garantía de las personas para desarrollarse como tal, pero también para no ser sometido de manera natural al padecimiento de los fuertes dolores que implica padecer de una enfermedad terminal, en el que el diagnóstico sea irremediamente la muerte.

Por esta razón, se cree que no resulta válido someterse de manera “voluntaria” a los designios de la naturaleza, y que supone la imposición de una enfermedad con la secuela que ello implica, pues nada mejor y oportuno que recordar el concepto de dignidad que propone el profesor Edgar Carpio

Edgar Carpio Marcos⁸⁵ “El principio de dignidad comporta también exigencias destinadas a garantizar al hombre como sujeto anónimo perteneciente a la familia humana”.

Entonces, consideramos que el derecho a morir de forma asistida tiene se sustenta en dos derechos fundamentales, con sustanciales al hombre, como es el de salvaguarda de su dignidad, y la capacidad para decidir libremente.

⁸⁵ Carpio Marcos Edgar. Constitución Comentada. Edic. Gaceta Jurídica. Lima-2005-Pag.319.

3.2.2. Base constitucional

Al inicio de este aspecto, asumimos lo escrito por el profesor César Landa Arroyo, quien señala quien señala que⁸⁶:

“La dignidad humana es el eje central de La Constitución Peruana, tiene carácter vinculante y obliga a las instituciones a brindar prestaciones de servicio adecuadas al principio. Los conflictos más graves los de carácter penal que afecta la esencia de la persona humana, como la libertad y el patrimonio deben ser interpretados desde esta perspectiva. Hay que tener en cuenta siempre la conexión entre dignidad y constitución y debe valorarse la fuerza transformadora de la dignidad humana en el desarrollo político, económico, social y cultural de la sociedad”

La dignidad implica el respeto a la unidad de vida del hombre, está más allá de las propias normas que no crean dicho derecho, sino que lo reconocen como el que rige todos los demás derechos esenciales, por lo que entonces el Estado se obliga a garantizar, incluso hasta antes de la muerte, y que consideramos que no tiene tan sólo hacer prevalecer la salud, sino sobre todo que la enfermedad no sea una ocasión de tortura, ni de alta pena y dolor contra el paciente. Dejar de considerar esto resulta ser atentatorio contra la dignidad tan presente en toda la vida de los hombres.

Nuestra Constitución Política del Estado reconoce su obligación de respetar y procurar el respeto de la dignidad de la persona, en el artículo 1° que señala:

“Artículo 1°: Persona Humana: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”

⁸⁶

LANDA César. Dignidad de la persona humana. En *Ius Et Veritas* N. 2. año X Lima. 2001. Pag. 17

Es decir, de manera declarativa se indica que el propósito de la existencia del Estado es precisamente procurar el respeto de la dignidad de los ciudadanos.

Junto a ello, el derecho a la libertad supone para los ciudadanos el ejercicio de la capacidad para decidir. Dicho derecho queda registrado en el artículo 2° de la Constitución Política del Estado, que a la vez resulta ser el reconocimiento a la capacidad de decidir, y conforme hemos expuesto, la capacidad para decidir sobre optar por el derecho a morir de manera asistida.

3.2.3. Las normas ordinarias

Ninguna norma ordinaria avala la posibilidad de la figura del suicidio asistido en caso de enfermedad terminal, e incluso se la sanciona penalmente.

El artículo 113 del Código penal señala que:

Artículo 113.- Instigación o ayuda al suicidio-

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.

Tampoco la Ley General de Salud N° 26842, tampoco se ha previsto la posibilidad del suicidio asistido, y esto resulta entendible en la medida en la que existe normas de carácter prohibitivo que convierten al suicidio asistido en un delito sancionado incluso con pena privativa de la libertad.

3.2.4. La propuesta

El Derecho a morir dignamente ha sido reconocido por el Consejo de Europa, en su recomendación 1418 (Debate de la Asamblea del 25 de junio de 1999, 24ª Sesión) sobre la Protección de los Derechos Humanos

y la Dignidad de los Enfermos Terminales y Moribundos. El mismo se extiende a las siguientes facetas:

- 1) Proporcionar una información veraz y completa y respetando, en su caso, el derecho del paciente a no ser informado,
- 2) Garantizar que ningún enfermo terminal sea médicamente tratado contra su voluntad,
- 3) Asegurar que se respetará el rechazo a un determinado tratamiento médico en el caso de haberse formulado, al respecto, Testamento Vital, Directivas Previas o Voluntades Anticipadas
- 4) Recibir los cuidados necesarios dirigidos para conllevar de la forma más confortable el proceso de enfermedad y muerte,
- 5) Recibir el tratamiento para combatir el dolor físico, aunque acorte la vida.
- 6) Recibir el apoyo psicológico para paliar el sufrimiento mental.

Legislación internacional en la que ya se reconoce el derecho de los enfermos a llevar con dignidad su enfermedad, su tratamiento y a ser auxiliado en el desarrollo de la misma, sobre todo en la forma cómo van a soportar el dolor para el caso de las enfermedades terminales.

Pero, sin lugar a dudas, lo más importante de esta recomendación es la fijación de unos criterios, que la Asamblea insta a que el Derecho Interno de cada Estado miembro incorpore, para la protección legal y social necesaria contra las amenazas y temores que el enfermo terminal o moribundo afronta, y en particular se pronuncie o efectúe la regulación legal en todo lo relativo a:

Entonces, en el ámbito internacional europeo, la Muerte Digna se configura dentro de los siguientes parámetros:

- a) El derecho a la autodeterminación de las personas en fase terminal o moribunda.
- b) Dar eficacia al derecho de la persona en fase terminal o moribunda a una información veraz y completa, pero proporcionada con compasión, sobre su estado de salud, respetando, en su caso, el deseo del paciente a no ser informado.
- c) Hacer posible que el enfermo terminal o la persona moribunda pueda consultar a otro médico distinto del que le atiende habitualmente.
- d) Garantizar que ningún enfermo terminal o persona moribunda sea tratada contra su voluntad y que en esta materia el enfermo no actúe bajo la influencia o presión de un tercero. Además, se debe garantizar que su voluntad no se genere bajo presiones económicas.
- e) Asegurar que se respetará el rechazo a un tratamiento específico recogido en las “directivas avanzadas” o que lo dispuesto en el Testamento Vital de un enfermo terminal o persona moribunda será respetado. Por otra parte, se deben definir criterios de validez sobre la coherencia de tales “últimas voluntades”, así como sobre la delegación en personas próximas y el alcance de su autoridad para decidir en lugar del enfermo. También se debe garantizar que las decisiones de las personas próximas que se subrogan en la voluntad del paciente –que habrán de estar basadas en los deseos expresados con anterioridad por el paciente o en presunciones sobre su voluntad-, se adoptarán sólo si el paciente implicado en esa situación no ha formulado otros deseos expresamente o si no hay una voluntad reconocible.

Por esta razón proponemos

Modificación del artículo 7° de la Constitución Política del Perú

Artículo 7°: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por si misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su

dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

En todo se reconoce el derecho de los ciudadanos cuando padezca enfermedad grave con carácter terminal, a expresar su voluntad consciente de someterse al procedimiento del derecho a morir dignamente en forma asistida, procedimiento que debe ser debidamente regulado”.

CONCLUSIONES

1. Los supuestos jurídicos constitucionales del ejercicio de la libertad individual que sostienen la posibilidad de ejercer el derecho a una muerte con asistencia se fundamentan en: la dignidad de la persona, el ejercicio del derecho de acción, el ejercicio de la defensa técnica, el derecho a la autodeterminación a partir de estar afirmado, la calidad de ser un derecho que se encuentra anteriormente reconocido, el ejercicio pleno del derecho a elegir como parte del ejercicio de la libertad, derecho a probar nuestra afirmaciones, el propio derecho al desarrollo de la salud.
2. Los supuestos que respaldan el reconocimiento del derecho a la muerte asistida, lo encontramos en el derecho a vivir dignamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a al ejercicio de nuestra capacidad para decidir, lo encontramos en la Constitución Política del Perú, en sus artículo 1° y 2°.
3. El fundamento legal que el derecho a la muerte asistida queda proscrito por ahora es por el contenido del artículo 112 del Código Penal referido al homicidio piadoso, sin embargo dicha imposición para el caso de dicha figura que se propone, puede ser antijurídica en la medida en la que debe tenerse en cuenta el artículo 20. 10 del Código Penal, sin embargo para que ello ocurra debe modificarse la Constitución Política del Perú, conforme lo proponemos en este trabajo de investigación.
4. Consideramos que con el desarrollo de derechos constitucionales como el derecho a la salud, se puede establecer el denominado derecho al consentimiento informado que supone que el paciente conozca los pormenores de su enfermedad, pero a la vez se debe reconocer su capacidad para decidir el tratamiento que permitirá aplicarle.
5. De igual manera, debe establecerse un procedimiento que permita acceder al ejercicio del derecho a morir por asistencia, y se propone: determinación del padecimiento de una enfermedad terminal en el solicitante; determinación de la aplicación de la institución del derecho a la muerte

asistida; determinación de la fecha en la que se hará efectiva esta decisión; determinación de las consecuencias civiles, si así se decidiera.

6. En el derecho comparado que prevén la posibilidad de sostener un derecho a la muerte digna, lo encontramos en la decisión de la Corte Constitucional Colombiana, al señalar que el derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profunda aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano prohibido por la Constitución de Colombia en el artículo 12; En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, al referirse , que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que le solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad y de su autonomía como sujeto moral ; La jurisprudencia Constitucional de Costa Rica , ha referido que el derecho a morir con dignidad implica el derecho a morir sin dolor, con acceso a los tratamientos modernos , estiman que la dignidad esta en devolverle al paciente el derecho de decisión de morir del que se apoderaron los médicos y familiares.

RECOMENDACIONES

1. Fomentar los debates sobre este tema en los cursos de Seminario de Derecho Constitucional, de tal manera que se vayan incorporando nuevos elementos teóricos a fin de que se establezca la posibilidad de reconocer el derecho a una muerte digna asistida.
2. Desarrollar con mayor conocimiento, mesas redondas, paneles, foros, en los que desde diversos puntos de vista, se vaya delineando el derecho de las personas a decidir sobre sus vidas, pero sólo en circunstancias determinadas, conforme hemos explicado.
3. Proponemos la modificación del artículo 7º de la Constitución del Perú en los siguientes términos: Artículo 7º: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por si misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

En todo se reconoce el derecho de los ciudadanos cuando padezca enfermedad grave con carácter terminal, a expresar su voluntad consciente de someterse al procedimiento del derecho a morir dignamente en forma asistida, procedimiento que debe ser debidamente regulado”.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA**, Teresa; **CABALLERO BRUN**, Felipe y Otros, “Derecho Constitucional Penal”, José Urquiza Olachea/Nelson Salazar Sánchez (Coordinadores), Editorial IDEMSA, Primera Edición, Lima- mayo 2012.
- ALEXIS**, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales“, Traducción y Estudio Introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008, Primera reimpresión de la segunda edición 2008
- BADILLO O’FARRELL**, Pablo. “¿Pluralismo versus multiculturalismo?”, citado por MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. Anuario jurídico y económico escurialense, época II – Nº XL (2007)
- BARR**, Nicholas, “Economics of the Welfare State”, 4a, ed., Oxford University Press, 2004.
- BENDA**, Ernesto. “Manual de Derecho Constitucional”, Madrid - Barcelona, Marcial Pons, segunda edición, 2001
- BERNAL PULIDO**, Carlos, “El Derecho de los Derechos”, Universidad Externado de Colombia, Segunda reimpresión, septiembre de 2011.
- BERLIN**, Isaiah. “La traición de la libertad. Seis enemigos de la libertad humana”, Alianza Editorial, Madrid, 1988, 2ª ed.
- BOBBIO**, Norberto. “Igualdad y libertad”, Paidós, Barcelona, 1993.
- CAMPS CERVERA**, Victoria. “Paternalismo y bien común”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 05 (1988).
- CARPIO MARCOS**, Edgar, “Constitución Comentada”.Edic. Gaceta Jurídica. Lima-2005.

CARRILLO SALCEDO, J.A., “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo”, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

“Comunicación y verdad en el paciente terminal”. En: Manual de Bioética General, segunda edición. Madrid; Ediciones Rialp S.A., 1994.

DWORKIN, Ronald, “Justice for Hedgehogs”, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

EPICURO “Carta a Meneceo”, Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Jufresa, Madrid, 1994.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan “El derecho a la Autodeterminación Terapéutica en la Fase Terminal”, Dialogo con la Jurisprudencia, Actualidad, análisis y critica jurisprudencial” N°140, mayo 2010, año15, Gaceta Jurídica

FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Cabo, Antonio de y Pisarello, Gerardo (eds.)

FIORAVANTI, Maurizio, “Constitución de la antigüedad a nuestros días”, trad. De Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio, “Los derechos fundamentales”, 6a.ed., trad de Manuel Martinez Neira, Madris, Trotta, 2009.

GARCIA TOMA, Victor, “Derechos Fundamentales”, Editorial ADRUS, 2a Edición corregida y aumentada, 2013.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús., “La Dignidad de la Persona”, Madrid, Civitas, 1986.

HÄBERLE, Peter, “El Estado constitucional”, Lima, UNAM – PUCP, 2003.

HERNANDEZ Nancy, “Una muerte digna”. En el Juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derecho Humanos, 1993.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. “El Derecho de la Constitución”, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1994

KANT, Emmanuel, “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, en Mardomingo, José (Trad.), Ariel, Barcelona

KANT, Emmanuel, “Introducción a la teoría del derecho”, traducción y estudio introductorio por Felipe Gonzales Vicen, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.

LANDA ARROYO, César, “Dignidad de la persona humana”, en Id., Constitución y fuentes del Derecho, Lima, Palestra, 2006

LAPORTA, F.J., “El concepto de los derechos humanos”, en Soriano R.; Alarcón C.; Mora J. (Directores y Coordinadores de la edición), Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I, Ediciones Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 1ª Edición, 2000

MEDINA FRISANCHO, José Luis. “La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial, Un estudio sobre el Alcance de la Autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económicas – financieras”. Editorial Grijley. Lima

MESÍA RAMÍREZ, Carlos, “Derechos de la persona: dogmática constitucional”, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

PANIKER, Salvador, “El derecho a morir dignamente”, Anuario de Psicología. Volumen 29.Nº 83-90, Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona, España.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “La Dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho”.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Los Valores Superiores”, Madrid, Tecnos, 1984

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio y otros. “Curso de derechos fundamentales: Teoría general”. Madrid, Universidad Carlos III, 1996

PICHÓN DE LA CRUZ, Junior. “La Unión Civil y el Matrimonio Igualitario como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y la ética privada de los ciudadanos”. En *Gaceta Constitucional*. Tomo 111. Marzo 2017.

ROJAS BERNAL, José Miguel. “Entre el liberalismo y el paternalismo: dos visiones paralelas en el Estado Constitucional”, en *Revista Gaceta Constitucional*, 44 (2011).

ROXIN Claus, **MONTOVANI** Ferrando, **BARQUIN** Jesús, **OLMEDO** Miguel, **MENDES DE CARVALHO** Gisele, **REYNA** Luis “Eutanasia y Suicidio, Cuestiones Dogmática y de Política Criminal”, Ara Editores, Primera Edición, Perú 2008.

RUBIO CORREA, Marcial, “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Lima, PUCP, 199, Tomo I.

RUBIO CORREA, Marcial; **EGUIGUREN PRAELI**, Francisco; **BERNALES BALLESTEROS**, Enrique, “Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución”, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera reimpresión enero de 2011.

SAGUES, Néstor Pedro, “Manual de Derecho Constitucional” ,Editorial Astrea, ciudad de Buenos Aires, 2007.

SECRECCIA, Elio, “Manuel de Bioética”, México Editorial Diana, 1996.

SOLARI, Gisele, “Filosofía del derecho privado”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1950, T. II

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Las garantías de libertad. Colección de garantías individuales”. México, D.F., Poder Judicial de la Federación. 2005.

ZARATE CARDENAS, Eduardo, “Los derechos de los pacientes y el consentimiento informado”, Revista Semestral de la Universidad Antonio Abad del Cusco, 2004.

LINKOGRAFÍAS

STC 02273-2005-PHC/TC (caso Quiroz Cabanillas), fundamentos 5 y 9 (El Peruano, 24 de octubre de 2005).

STC 1417-2005-AA/TC (caso Anicama Hernández), fundamento 21 (El Peruano, 12 de julio de 2005).

STC 00228-2009-PA/TC. (Caso Flor de María Ibáñez Salvador), fundamento 21 (22 de marzo de 2011).

STC 10087-2005-PA, fundamento 5

.STC 02868-2004-AA/TC. (Caso José Antonio Álvarez Rojas), fundamento 13 (24 de noviembre de 2004).

STC Exp. N° 02016-2004-AA/TC. F.j. 19

STC 01575-2007-PHC/TC (caso Venturo Ríos), F.Js. 23, 25 y 28.

Informe N° 05-2014-JUS-DGDH, emitido por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a propósito de la Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2647/2013-CR.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA C-075/07 (caso del régimen patrimonial de las uniones homosexuales), de 7 de febrero de 2007, fundamento 6.2.3.1.

CARMONA CUENCA, Encarnación, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario*

multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, España, núm. 2, 2006, p. 178,

http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/des_cargas/02_EST_05_carmona.pdf (consultada el 5 de septiembre de 2011).

GARCIA FALCONI, José “Derecho a una Muerte Digna”,

www.derechoecuador.com/index.php?opcion=com_content&view=article&id=6213:derecho-a-una-muerte-digna&catid=31;derecho-constitucional&Itemid=420, fecha de consulta 19 de noviembre 2012., pp.1 a 6.

“El derecho a morir” -Eldiario.es

http://www.eldiario.es/agendapublica/impacto_social/derecho-morir_0_319518946.html

MACÍAS GÓMEZ, Ramón, “El concepto legal de muerte digna”, España, 2008;

En [https:// www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf](https://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z15.pdf).

MARTÍNEZ SEMPERE, Eva. El derecho a una vida digna hasta el final: suicidio y eutanasia, Ética y Derecho, Universidad de Sevilla, En:

http://institucional.us.es/revistas/Araucaria/A%C3%B1o%202_n%C2%BA3/Cap%202%20El%20derecho%20a%20una%20vida%20digna.pdf

RAMIREZ HERNÁNDEZ, Rebeca. “El Derecho a una Muerte Digna en la Jurisprudencia Constitucional”

[http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica_10/03 - ENSAYO2.htm](http://www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica_10/03_-_ENSAYO2.htm). Fecha de consulta 20 de mayo 2012