

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
DÉCIMO PRIMER JUZGADO CONSTITUCIONAL
Sub Especializado en Asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi
Esquina de la Av. Colmena con Rufino Torrico - Cercado de Lima

EXPEDIENTE : 00573-2020-0-1801-JR-DC-11
MATERIA : ACCION DE AMPARO
JUEZ : RAMIREZ NINO DE GUZMAN, JORGE LUIS
ESPECIALISTA : ASTETE CORONADO DANIEL ALBERTO
TERCERO : ANA ESTRADA UGARTE ,
CLINICA DE DERECHO PENAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICA
UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU ,
SOCIEDAD PERUANA DE CUIDADOS PALIATIVOS ,
DEMANDADO : MINISTERIO DE SALUD MINSAL ,
PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS ,
PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DE SALUD ,
MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS MINJUSDH ,
SEGURO SOCIAL DE SALUD ESSALUD ,
DEMANDANTE : LA DEFENSORIA DEL PUEBLO ,

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS

Lima, 22 de febrero del 2021

Con el escrito de fecha 18 de febrero de 2021, presentado por la demandante y que se tiene presente.

VISTOS: El expediente, encontrándose el proceso en estado de expedir sentencia, se procede a resolver en atención a los siguientes hechos y considerandos:

I. PARTE EXPOSITIVA:

DEMANDA

La Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor del Pueblo; Walter Francisco Gutiérrez Camacho; promueve un Proceso de amparo, en beneficio de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte contra la El Ministerio de Salud, (MINSAL), Seguro social de Salud (EsSalud) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), a fin de que:

A. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) que tipifica el delito de **homicidio piadoso**, para el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis, ello con la finalidad de que pueda elegir, sin que los terceros sean procesados penalmente, al momento en el cual las emplazadas deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia.

B. Se declare inaplicable el artículo 112° del Colegio Penal (Dec. Leg. N° 635) por considerar que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de la Sra. Ana Estrada Ugarte a una muerte digna, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

C. Se ordene a consecuencia de lo anterior a EsSalud, como entidad encargada de la gestión de las prestaciones de salud de la Sra. Ana Estrada Ugarte: (i) respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; debiéndose entender por “eutanasia” a la acción de un médico de suministrar de manera directa

(oral o intravenosa), un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; (ii) conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes a la emisión de la resolución judicial, para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; entre sus funciones, estará el acompañamiento integral antes y durante el proceso, el aseguramiento del respeto a la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte, el establecimiento de un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia; (iii) brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia. El adecuado ejercicio de este derecho implica que el procedimiento solicitado y diseñado por la Junta Médica debe ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. Para cuando Ana Estrada tome esa decisión, el plan debe estar aprobado y validado por el Ministerio de Salud, para lo cual el Juez deberá establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución de etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación de plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud).

D. Se ordene a consecuencia de lo anterior al Ministerio de Salud, en tanto ente rector del sector salud: (i) respetar la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; en virtud del reconocimiento judicial del derecho a la muerte en condiciones dignas, así como de los demás derechos fundamentales vinculados; (ii) validar en el plazo de 7 días hábiles el plan del procedimiento de eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica para el ejercicio de la muerte en condiciones de dignidad de la Sra. Ana Estrada Ugarte.

E. Se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

II DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS

- a. Derecho a la muerte en condiciones dignas
- b. Derecho a la dignidad
- c. Derecho al libre desarrollo de la personalidad
- d. Derecho a la vida diana
- e. Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos

II. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Expone que, se pretende proteger los derechos fundamentales lesionados y amenazados de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte, quien padece de Polimiositis, enfermedad incurable, degenerativa, en etapa avanzada; que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos 12 meses.
2. Según el Informe Médico de un especialista en neumología, basados en la historia clínica de EsSalud de la beneficiaria y evaluaciones directas, que se pretende, sea independiente, así como de testimonios propios de Ana Estrada, (Tomados de su Blog electrónico), y diversos documentos; se tiene que su enfermedad se inició cuando tenía 12 años de edad y a los 14 se diagnosticó como Dermatomiositis, para lo cual se hicieron biopsias y otras intervenciones dolorosas y traumatizantes. Las primeras medicaciones con corticoides hincharon su cuerpo y deformaron su rostro, cuando tenía

su primer enamorado, lo que en su momento le parecía lo más importante frente a las continuas citas médicas. A los 20 años, la debilidad muscular, la obligó a usar silla de ruedas. Recibió medicaciones con cortico-esteroides, azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros, pese a lo cual la enfermedad ha progresado. Textualmente dice:

"...mientras no tenga el poder de mi libertad seguiré viviendo presa en un cuerpo que se está deteriorando cada minuto y que me atará a mi cama conectada las 24 horas al respirador y empezarán las úlceras en la piel que no son otra cosa que heridas que se expanden y profundizan hasta que se logra ver el hueso. Esas heridas supurarán pus y olerán a podrido y el tejido se va a necrosar. Pero eso será solo el comienzo de sendas infecciones y más medios invasivos y amputaciones y no moriré. Ese infierno será eterno y, repito, mi mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo morir."

3. Ha recurrido a consultas en los Estados Unidos, con el mismo diagnóstico y previsiones que en el medio local, mientras el tratamiento, (con inmunoglobulina y otros), ha resultado infructuoso e interrumpido por periodos ante la falta de respuesta. El 2015, empezó a tener problemas frecuentes por acumulación de secreciones respiratorias, por falta de movilización.

En abril de 2019, Ana Estrada Escribió:

"Esta búsqueda por la muerte se convirtió paradójicamente, en una motivación para vivir. Todavía no he tenido un proceso infeccioso este año y no sé cuándo lo tendré, pero lo que digo es que si yo tuviera el "permiso" del Estado para morir, estoy segura que esos procesos infecciosos no serían así de terribles y los llevaría en paz, con esperanza y libertad".

4. En julio del 2015 la Sra. Ana Estrada Ugarte desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante 6 meses, en los que tuvo complicaciones de infecciones respiratorias y fue intubada, le hicieron catéteres endovenosos y se le hizo una traqueostomía y gastrostomía, para respirar y alimentarse, respectivamente. Consideró ese proceso, traumático; ya que le generó total dependencia, al punto que decidió raparse el cabello, pues era doloroso hasta el lavado de cabellos que se le hacía, con guantes de jebe, con mucha premura y dolor y que en conjunto, significó que perdiera todo lo que significó su vida anterior, además del continuo riesgo de infecciones que significa la traqueostomía (Neumonías, traqueítis, obstrucción de cánula, etc), y la gastrostomía; todo lo cual no significa que mejore su salud general.
5. Posteriormente, se indujo a un programa denominado Clínica en casa, por el cual es monitorizada por EsSalud, con médicos, psicólogos, nutricionistas, etc. Ello significa que ha perdido su intimidad y privacidad, no tiene un momento a solas, perdió su trabajo, lo que considera: *"mi propia muerte"*. Al retorno a su domicilio pesaba 35 kilos, rapada, con la atención de numerosas personas para su instalación y coordinaciones, todo lo cual fue traumatizante.

Considera también una afectación al libre desarrollo de su personalidad, lo que incluye el ejercicio de su sexualidad, pues entre otras cosas; el Hospital Rebagliatti, dispuso que firmara un escrito legalizado por su abogado y un médico, para consignar su responsabilidad por cualquier incidente que derive de tener relaciones sexuales.

6. De manera continua requiere el uso de un respirador artificial, pues solo puede espirar sin ese aditamento 4 o 6 horas al día como máximo, recibe tratamientos contra las infecciones y exámenes auxiliares continuos. Es dependiente para sus actividades de

- vida diaria, como su aseo personal, necesidades fisiológicas, su alimentación, usa una silla de ruedas. No puede trasladarse de la silla a su cama por sí sola.
7. Su diagnóstico es de miopatía primaria, conocida como polimiositis. La causa es inmunológica. En teoría, el sistema inmunológico, encargado de defender el organismo humano, rechaza y ataca sus propios músculos, lo que termina dañándolos. Por ello, se le aplican medicamentos inmunosupresores. Hasta la fecha, su organismo no ha respondido positivamente a los diversos tratamientos.
 8. El pronóstico de su enfermedad es negativo. Es probable que su alimentación por sonda sea más frecuente o permanente, el uso de respirador, igualmente. Frente a ello, es que solicita tener el control de su vida, a fin de poder ejercer el derecho a una muerte en condiciones dignas, lo que describe textualmente:

"...les diré de mi deseo de morir porque llevo 3 años investigando, preguntando, conectando, elucubrando mil formas de hallar la muerte sin que mi familia salga perjudicada. Y hasta he tratado de ahorrar (ingenuamente) para ir a Suiza. Pues bien, me cansé y decido que lo último que me queda por hacer es contarles de mi historia y mi lucha y así encontrar apoyo no solo de los que me conocen sino también de cualquiera que crea en el derecho a la libertad. Creo que no hay mayor gesto de amor que pide ayudar y apoyar a un ser amado a hallar su muerte y ponerla fin al sufrimiento. Es una decisión que tomé el día que volví a UCI por segunda vez por una recaída con neumonía. Cuando la ambulancia llegó a mi casa para llevarme al hospital, mi hermano llegó en ese instante y escuché que dijo a todos que esperen un momento, pidió a la enfermera que salga del cuarto y nos quedamos a solas. Se acercó a mi cama y oramos."
 9. El proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe (como respiradores, sondas, etc.) y serán insuficientes para mantenerla con vida. Requerirá de mayor sofisticación (máquinas más complejas), mayor dolor, incomodidad y sufrimiento físico y psicológico. y ello generará complicaciones causadas por la misma terapia. Sin embargo, dice:

"¿por qué querer morir si soy capaz de encarnar la fiera tibieza del amor hasta llegar a explotar de felicidad? ¿Tan egoísta soy que no pienso en los que me aman? ¿Estoy deprimida y solo necesitaría antidepresivos para pensar "positivo"? ¿A dónde se fue la fuerza de la "guerrera", luchadora", "ejemplo y lección-de-vida"? Pues aquí estoy, con más fuerza que nunca para pechar y gritar al mundo que quiero mi derecho a elegir y decidir sobre mi vida y mi cuerpo. Y, les tengo noticias, lo intenté, pero no lo puedo hacer sola. Por eso hago este blog y la publicación de mi vida que no solo tratará de mi enfermedad sino también de la niña deprimida y sola, de la adolescente perdida y, finalmente, de todo este camino recorrido hasta aquí?"
 10. Busca que se reconozca, proteja y garantice los derechos que, están siendo lesionados con la prohibición penal: precisa que no se trata de buscar la muerte a como dé lugar, sino de decidir sobre el fin de la vida como resultado del ejercicio de un derecho y por ende, de una decisión libre, informada y legitimada en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Perú.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA. Procuraduría del MINSA.

11. Se apersona el Procurador Público y contesta la demanda, solicitando se declare la Improcedencia de la demanda, exponiendo que; en este caso se trata de establecer si corresponde a la demandante el derecho a poner punto final a su vida y elija, cómo, cuándo y dónde morir. Al respecto, el Numeral 1 del artículo 2° de la Constitución

Política, establece el derecho a la vida, su identidad, integridad moral, psíquica y física, su libre desarrollo y bienestar y a su vez el artículo 1° establece que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El Código Penal, en su artículo 112 regula el homicidio piadoso, sancionando con pena privativa de libertad no mayor a tres años.

12. Así, la Señorita Ana Estrada, dado su grave estado de salud, solicita la aplicación de la eutanasia, siendo que, para su caso, solicita que este acto sea llevado a cabo por un médico, lo que no está permitido, pues la norma dice *“El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”*. La norma hace referencia a una enfermedad incurable y ese es uno de los escollos desde el punto de vista legal que sería un impedimento para que el Juez Constitucional pueda declarar la inaplicación del citado artículo para el caso concreto. Empero, hay enfermedades que, siendo incurables, pueden ser tratadas, como el asma, la gripe, etc. La polimiositis, resulta ser una enfermedad incurable conforme lo refieren los médicos y expertos consignados en la demanda; sin embargo, pese a no ser una enfermedad que esté en fase terminal (no hay evidencia que dicha enfermedad esté en esa etapa) es una enfermedad cuyas características en el caso concreto, no encajarían de manera puntual en el art. 112°, nos habla de intolerables dolores; y según la demanda, la Señorita Ana estaría sometida a tratos crueles e inhumanos; sin embargo, en la demanda, no acredita y no aporta prueba o evidencia que dicha enfermedad le haya causado intolerables dolores, sino que como consecuencia de la enfermedad incurable que padece viene siendo sometida a tratos crueles e inhumanos; por lo que no se ajustaría a la norma, cuya inaplicación se demanda.
13. Si bien es cierto el artículo 112° del Código Penal, es una norma autoaplicativa, no es cierto que dicha disposición crea una situación jurídica inconstitucional, que impida el derecho de la Sra. Ana Estrada Ugarte a tomar el control sobre su vida y disponer de manera consciente poner fin a sus sufrimientos por la enfermedad incurable y degenerativa que padece, a ejercer su derecho a una muerte digna.
14. La demandante solicita un procedimiento a seguir, en caso se declare fundada la inaplicación del artículo 112° del C.P. establecer plazos perentorios de cumplimiento obligatorio para la ejecución, de las etapas previas (conformación de la Junta Médica por parte de EsSalud, diseño del plan por parte de la Junta Médica, validación del plan por parte del Minsa y aprobación final de EsSalud). Luego; que el Juez ordene al Ministerio de Salud: a) Respetar la decisión de la Sra. Ana Estraga; b) Validar en el plazo de 7 días hábiles del plan de procedimiento de la eutanasia diseñado y propuesto por la Junta Médica. En ese sentido, señala que el MINSa no está facultada a realizar los procedimientos para la ejecución respecto de la inaplicación del artículo 112 del C.P. En tanto que, conforme al literal a) del artículo 5° del Decreto Legislativo 1161, el Ministerio de Salud es el órgano rector de la política de salud a nivel nacional, y como tal *está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno*; siempre que esta no transgrede la normatividad vigente. Nótese, además que, la Sra. Estrada es una paciente atendida por ESSALUD; entidad que finalmente de ser el caso, le correspondería la conformación de la Junta Médica, la elaboración del protocolo y otros para su ejecución.
15. El Ministerio de Salud, como órgano rector de la política de salud a nivel nacional, no puede dictar normas, ni aprobar, ni validar procedimientos de una Junta Médica para un

caso particular, porque ello no forma parte de la política de salud que, es de carácter general a nivel nacional, y menos es aceptable que el Juez Constitucional ordene al Ministerio de Salud a cumplir con el procedimiento médico aprobado por una Junta Médica para un caso concreto; ello porque es contrario a la norma, pretender que el MINSA actúe en contra de las facultades que tiene como órgano rector.

16. Respecto de la pretensión de que el Ministerio de Salud cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, que involucren el reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos, se opone, en tanto ello no puede hacerse mediante una Directiva y menos de manera general. En todo caso, el Juez Constitucional estaría facultado a dictar una sentencia exhortativa para que el Poder Legislativo legisle sobre la eutanasia.
17. Por el artículo 4° de la Ley 26842, Ley General de Salud, el Estado está obligado a preservar la vida y la salud de los ciudadanos, bajo ciertos parámetros como es, que el tratamiento médico o quirúrgico tiene que ser informado y la negativa del paciente al tratamiento o intervención exime de responsabilidad al médico tratante y a la entidad. En ese sentido discrepan de los fundamentos de la demanda, en el extremo negado que la interpretación del demandante sea cierta, ello no es suficiente, pues para ejercer plenamente sus derechos a la dignidad, a la vida digna, a decidir sobre cuándo, cómo y dónde acabar con su vida, vía la eutanasia, se requiere una norma expresa que desarrolle el derecho a la eutanasia.
18. Considera que no podría el Ministerio de Salud emitir normas o directivas generales a partir de un caso particular, *porque el Minsa tiene como función central ser ente rector en materia de salud, es decir está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno.* El Minsa solo podría emitir los, protocolos, directivas y el tratamiento a seguir, siempre que la eutanasia sea legislada en nuestro país.
El Juez constitucional solo podría, emitir el protocolo o directiva para el caso concreto, la misma que no podría ser de carácter general o que tenga efectos extensivos para otros casos similares.
19. Conforme al Código de Deontología Forense del Colegio Médico del Perú y del Código Internacional de Ética Médica elaborado por la Asociación Médica Mundial, sostienen la plena vigencia del Juramento Hipocrático por el que *debe cuidarse la vida de los pacientes y enfermos a toda costa, y debe respetarse el proceso natural de la muerte, sin acudir a métodos de acortamiento de la vida (eutanasia).*
20. Existe debate sobre el concepto o significado de dignidad humana y calidad de vida. Unos identifican lo indigno, como la carencia o falta de capacidad para la autodeterminación frente a circunstancias difíciles como las que atraviesa la Sra. Estrada. Otro sector de la doctrina sostiene que la dignidad humana no puede ser reducida a la calidad de vida, en tanto ésta se mide por las condiciones físicas y psíquicas que permiten el desarrollo armónico de la personalidad, pues podría haber condiciones físicas y psíquicas contrarias a la dignidad humana, pero no la convierten necesariamente en una vida indigna; por lo que este sector de la doctrina concluye que no sería ética la eliminación deliberada de la vida porque la dignidad no dependería de las condiciones físicas o psíquicas precarias.

EXCEPCIÓN Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

21. Deduce excepción de *falta de legitimidad para obrar pasiva* del Ministerio de justicia y derechos humanos. Fundamenta este medio de defensa expresando que las pretensiones de la demanda, tienen por finalidad la inaplicación del artículo 112 del Código Penal y actos de ejecución relacionados, pero en ninguno de estos, se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que el MINJUS haya afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial, por lo que este emplazamiento es un grave error.
22. Señala asimismo que, de acuerdo al criterio de la demandante, se le emplaza porque este sector refrendó la norma o que sería el defensor de la constitucionalidad de las normas. Así, el MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas, como ha ocurrido en innumerables casos. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto, donde haya una norma legal relevante para resolver el caso que viole los derechos fundamentales o principio constitucionales. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la Acción Popular.

Sobre el fondo.

23. Conforme señala la propia demandante, no existe una regulación nacional sobre la Eutanasia, por lo que recurre a esta vía. Así, pretende que la sentencia sea por sí misma un protocolo médico y regulando el procedimiento administrativo, de modo tal que, el Juez Constitucional, se convierta en órgano legislador, lo que contraviene a nuestro sistema democrático.
24. Fundamenta que el Amparo no es un procedimiento para constituir derechos. El Juez no legisla, ello afecta el principio de corrección funcional como límite de la interpretación de los derechos fundamentales que, supone que el Juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales. Consideran así, que, si no existe un marco legal, no es posible que el Juez resuelva en el sentido que se solicita. El marco legal debe dictarlo el legislativo.
25. Expone que, en el caso de Colombia, que cita la demanda, existió en efecto, una decisión del Tribunal Constitucional, pero que esta resolvió, exhortar al legislativo para que legisle este derecho y solo con una norma dictada por el legislativo, se hizo posible el ejercicio del derecho como tal.
26. Expone asimismo que, la Carta Americana de Derechos Humanos no regula ni la Corte se ha pronunciado en este extremo, por lo que no puede haber afectación de este derecho en el plano convencional. Añade que el Tribunal Europeo se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el tema de la muerte digna, sin embargo, estudiada su jurisprudencia, se observa que tiene a dejar que sean los Estados nacionales, los que regulen a través de su órgano legislativo, lo que en efecto han hecho varios Estados, mientras que otros no, lo que en ningún caso significa la afectación de los derechos convencionales.

Bajo esos fundamentos, se considera que, la falta de regulación, por sí misma no viola derecho fundamental alguno, ni de la Constitución ni de la Carta Americana de Derechos Humanos.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA. PROCURADOR PUBLICO DE ESSALUD.

27. Se apersona el Procurador y expone que, de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 27056, la finalidad de ESSALUD consiste en brindar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos, que en el artículo 39° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo se establece que ESSALUD constituye una entidad administradora de fondos intangibles de la seguridad social, distinguiéndola así de las entidades que realizan actividad empresarial, esto es, de las empresas del Estado. Sobre el principio de legalidad y su cumplimiento por parte de las entidades públicas. El Tribunal Constitucional ha señalado se tiene tres exigencias; existencia de la ley, que esta sea previa y describa un hecho determinado, Asimismo, según la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.
28. El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo que, exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta. ESSALUD, como entidad pública del Gobierno Nacional, se encuentra inexorablemente sujeta al Principio de Legalidad. Todo lo que haga o decida hacer debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera. El funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede hacer lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta. Es un mero “aplicador literal” de la norma. Por otro lado, ESSALUD no sólo se encuentra sujeto a las normas que lo regulan sino también a las políticas nacionales de salud que el Estado emite a través de su ente rector el Ministerio de Salud, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9° de la Constitución Política del Perú, el artículo 7° de la Constitución Política del Perú, que establece que todas las personas tienen derecho a la protección de su salud, medio familiar y comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.
29. ESSALUD es un organismo público administrador de fondos intangibles de la seguridad social con personería jurídica de derecho público interno y, como tal, sujeto al Principio de Legalidad, sólo puede emitir directivas y protocolos médicos dentro los alcances de las disposiciones normativas y reglamentos previamente emitidos por el Poder Legislativo. En esa misma línea, la sola despenalización de la responsabilidad penal de la persona quien por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, no sostiene ni justifica la emisión de directivas y/o protocolos por parte de ESSALUD, ya que necesita de una norma que expresamente desarrolle la figura de la eutanasia como parte de nuestro ordenamiento jurídico. La Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quien representa a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Congreso de la República. Lo que ocurre es que en el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su

fundamento y el límite de su acción. ESSALUD, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa; y no cuenta con norma que la habilite brindar asistencia para finalizar la vida de una persona, cuando su norma de creación dispone todo lo contrario.

“La elaboración de un procedimiento médico se encuentra sujeto a la norma técnica de salud para la elaboración y uso de guías de práctica clínica del Ministerio de Salud.

30. Las Guías de Práctica Clínica que aprueba el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial, son documentos normativos correspondiente al tipo de las Guías Técnicas, y que se aboca al diagnóstico o tratamiento de un problema clínico considerado por la Autoridad Nacional de Salud como un problema de salud pública o una prioridad sanitaria nacional o regional, y que contiene recomendaciones basadas en la mejor evidencia científica aplicable, desarrolladas sistemáticamente de modo que orienten y faciliten el proceso de toma de decisiones al personal profesional para una apropiada y oportuna atención de salud. Se basa en la revisión científica, tecnológica y la experiencia sistematizada y documentada, sobre el tema que aborda. La norma técnica en mención es de aplicación, entre otros prestadores de servicios de salud, a ESSALUD, por lo que, encontrándose dentro de esa disposición legal, emite su directiva con la finalidad de establecer normas, criterios y procedimientos, dentro del marco de acción establecido por el ente rector. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSa), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.
31. No existe una guía ni norma técnica que recoja la figura de la eutanasia. No existen estudios oficiales, en los que se haya identificado los criterios clínicos que definan la procedencia del procedimiento, los pronósticos de los tipos de enfermedades que pueden ser sujeto de este tipo prácticas, las inclusiones y las exclusiones médicas, los tipos de medicamentos a utilizar que garanticen que el procedimiento de la eutanasia sea corto y certero, el procedimiento para la expresión indubitable de la aceptación voluntaria del profesional médico que aplicará el fármaco con el que le quitará la vida a otra persona, etc. En ese sentido, al no existir una norma que expresamente reconozca a la eutanasia, no se han desarrollado procedimientos médicos en los que se establezca el protocolo de acción del personal médico; teniendo en cuenta que un protocolo médico no es una seguidilla de acciones a realizar sino una norma técnica que es resultado del trabajo de un grupo multidisciplinario que se encargue de examinar de manera sistemática cuatro grandes temas íntimamente relacionados a la eutanasia: la correcta definición de intolerable dolor (en esta valoración se reúne tanto la percepción del médico tratante como la expresión del solicitante), la medición del carácter irremediable e inevitablemente incurable del padecimiento, la verificación de la competencia mental y la preservación del juicio, así como los procedimientos más correctos y seguros que garanticen la muerte, en tiempo corto y sin sufrimiento.
32. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector, (MINSa), y estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que EsSalud

no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Las normas técnicas nacen por ley N° 26842, Ley general de Salud y el Decreto legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, que regula lo antes expresado.

Se pretende que el Juez Constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y con ello vulnerando el principio de separación de poderes.

33. Considera asimismo que, se afectan los principios de Separación de poderes y Corrección funcional. El Juez al realizar su labor de interpretación, no debe desvirtuar las funciones y competencias que la Constitución Política del Estado asigna de manera distinta a cada órgano de la Administración. El órgano jurisdiccional puede emitir Acuerdos Plenarios o sentencias con condición de precedentes vinculantes, ello obedece a una necesidad de interpretación legislativa de normas ya existentes, labor distinta de la labor principal del Poder Legislativo; expedir leyes con mandato y fuerza constitucional y legal. La regulación legal de la eutanasia en Perú, es competencia del legislador. Tampoco es amparable el pedido de la emisión de una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte; porque es incongruente con la naturaleza jurídica del proceso de amparo.

Amicus Curiae. Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos.

Se ha apersonado al proceso la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, solicitando incorporarse en calidad de *Amicus Curiae*, lo que esta judicatura accede, considerando que deben escucharse el mayor número de voces. La entidad agrupa a profesionales de la medicina, (Médicos, Enfermera(o)s, Psicólogo(a)s, y Trabajadores Sociales), que se encargan de brindar calidad de vida y evitar el sufrimiento en pacientes con enfermedades que limitan o acortan su vida, especialmente en fase de terminales. Se señala que, existen situaciones en las que en el intento de salvar la vida y salud de la persona se puede caer en situaciones de encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, por lo que es preciso tener presente la proporcionalidad entre la eficacia del tratamiento y el sufrimiento del paciente, así como del consentimiento informado de éste. El consentimiento, debe ser en principio consciente y expreso, incluso mediante expresión de voluntad anticipada, empero, pueden darse situaciones en las que el paciente no pudo o no está en situación de otorgar su expresión de voluntad, como las situaciones de emergencia, en las que se toma la voluntad de los familiares o en todo caso, se considera la expresión de la voluntad tácita, considerando que toda persona, tiene la voluntad de conservar su vida, siendo el médico que aplica el tratamiento, con criterios de proporcionalidad; existiendo por ello el concepto de Adecuación del esfuerzo terapéutico. Uno de los instrumentos, es la sedación paliativa, es la administración de fármacos a un paciente cuya muerte esta próxima reduciendo la conciencia para aliviar el sufrimiento, acción que requiere voluntad expresa, en sus diversas formas.

34. Sobre la autonomía señalan que, en efecto, la muerte digna es un derecho, siendo que la dignidad alcanza hasta más allá de la muerte. El Código Civil proscribía incluso la disposición del cadáver, pero les preocupa que se confunda ello, con la eutanasia, como único mecanismo de muerte digna. No es lo mismo pedirlo sano que pedirlo enfermo, pues la enfermedad condiciona la variabilidad de la manifestación de voluntad, siendo

que en 12 horas una persona puede variar en un 30% y en un mes un 70%, por diversos factores.

35. La voluntad del paciente está regulada en el Reglamento de Ley 29414, artículo 16 con el reconocimiento del derecho de negarse a recibir o continuar un tratamiento siempre que conozca el plan terapéutico contra la enfermedad, lo que no implica el abandono de los cuidados, más bien, se disponen los programas de acompañamiento y cuidados paliativos según sea el caso.
36. Los Comités de Ética Clínica, permiten determinar el tratamiento médico, por ejemplo, cuando no hay suficientes máquinas para mayor demanda de enfermos, o cuando un determinado tratamiento generará mala calidad de vida del paciente, en cuyo caso, este o en su defecto, su familia tienen derecho a rechazarlo, que asimismo ninguna persona puede ser excluida, por ejemplo, por razón de su discapacidad. Por ello, consideran que lo resuelto en esta causa podría generar conflictos éticos entre el personal médico. Como la objeción de conciencia, las medidas para garantizar voluntades sin vicios. En nuestro país existe únicamente un Comité de Ética Clínica que funciona en el Hospital del Niño, dedicada a la resolución y atención de estos conflictos en pediatría, por lo que consideran que es preciso analizar la pretensión desde la perspectiva de los médicos quienes serían los ejecutantes.
37. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú en su artículo 72 indica:
“El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse por tal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona”.
Con lo cual de la demanda va más allá de un reconocimiento de un derecho, enfrentando lo ético y lo jurídico.
38. Los Cuidados Paliativos se plantean como una forma de atención integral, holística de personas con enfermedades severas que limitan o acortan sus vidas, que busca tener impacto sobre la calidad de vida y el alivio del sufrimiento, y que reconocen a la muerte como un proceso natural. Además son: *“(...) Son fundamentales para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas, aumentar su alivio y reforzar su dignidad humana(...)”.*
Los CP comprenden los siguientes aspectos:
 - Políticas apropiadas
 - Disponibilidad y acceso a medicamentos esenciales para dolor y CP
 - Educación para profesionales de salud y público en general
 - Implementación de CP en todos los niveles de atención.
39. El 2018, la Ley 30846, Ley que creó el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No oncológicas, cuya implementación permitirá brindar los cuidados paliativos a las personas que experimentan dolor y sufren como consecuencia de enfermedades crónicas en fase terminal, mediante la atención de sus necesidades físicas, psicológicas, espirituales y sociales, con apoyo a su familia.
La OMS declaró el 2014 los Cuidados Paliativos como un derecho humano, lo que hace vinculante el desarrollo de esta forma de atención al Estado Peruano, de esta manera se estaría reconociendo la necesidad de un sector de la población que actualmente tiene dolor, y sufrimiento intenso, a que se le brinden los cuidados médicos adecuados y proporcionales a fin de tener una muerte digna. Sin embargo, el desarrollo de los CP en el país ha sido limitado, las instituciones que brindan CP están en su mayoría concentradas en la capital y corresponden a una IPRESS del tercer nivel de atención.

Inicialmente era brindado a pacientes oncológicos, pero después se reconoce la necesidad de extender a otras enfermedades.

40. Los CP, al tratar asuntos del final de la vida, donde se toman decisiones difíciles, toman parte importante en la discusión sobre morir con dignidad. Su normativa tiene un referente ético normativo que lo sustenta respetando los Principios bioéticos que los rigen, y los Derechos de los pacientes, curadores o tutores y las familias respectivamente.

Los beneficios de los CP, entre otros son; la menor necesidad de ingresos a Unidades de Cuidados Intensivos de pacientes en la etapa final de la enfermedad, permitiendo la compañía familiar y; el menor uso de tratamientos complejos y de alto costo, que lo que hacen es prolongar agonías y sufrimiento.

41. La muerte digna no es sinónimo de eutanasia, sino que es mucho más congruente con la atención paliativa, lo que podría ayudar a desistir de una probable decisión por la eutanasia; esto con atención a que la voluntad por adelantar la muerte puede estar condicionada. La voluntad de Eutanasia en un paciente con enfermedad en fase terminal es variable constantemente por factores psicológicos, ambientales, familiares, lo cual, con su ejecución apresurada, causa un daño irreparable.

Amicus Curiae PUCP

42. La Clínica Jurídica en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido presentada también por la propia demandante como Amicus Curiae, con un informe en favor de la beneficiaria. Para ello expone que la libertad del individuo frente a los abusos del poder es una preocupación vigente, en el contexto del Estado Social y Democrático el Derecho Penal y forma parte central de esta actividad estatal, estando legitimado y limitado por el derecho del individuo. El Estado para llevar a cabo tales actividades de persecución penal tiene como límite al que debe atenerse el legislador penal se contiene en las disposiciones constitucionales.

43. La dignidad humana, conforme a la teoría kantiana prohíbe al Estado a instrumentalizar a las personas, y le obliga a tratarlas como fines, mas no medios. La autodeterminación de la persona humana es así el límite principal. Esta debe ser entendida como la libertad y capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sí mismas, lo que consecuentemente implica aceptar o rechazar determinadas situaciones o intervenciones que pueden incidir en sus derechos y libertades. Así se establece el consentimiento informado en el ámbito médico que consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre (sin amenazas, coerción, inducción o alicientes impropios), manifestada con posterioridad al acceso y obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible. El consentimiento genera la exclusión de la responsabilidad penal, no especifica si ello se debe a una exclusión de tipicidad o antijuridicidad. Estos conceptos son propios de la teoría del delito. Por un lado, una conducta es típica cuando en ella se presentan todos los elementos del tipo penal, (objetivos y subjetivos). Por otro lado, la antijuridicidad consiste en la contradicción que existe entre la conducta típica y el ordenamiento jurídico, en específico, el mandato normativo. En esa línea, los vicios de voluntad (error, engaño y fuerza) serían irrelevantes para el acuerdo, pero no para el consentimiento, pues este último, como consecuencia de estos vicios, devendría en ineficaz.

Para la validez del consentimiento informado es preciso por ello el carácter previo, que sea libre, sin coacción y sea de carácter pleno e informado.

44. Sobre la disponibilidad del bien jurídico: vida, sostiene que, existe una tesis que sostiene que el Estado debe proteger la vida, aún en contra de la voluntad de su titular, de acuerdo con esta tesis, prevalece la voluntad del Estado, que el derecho a la vida no implicaría un derecho a morir.
45. Sostiene que uno de los hitos de la tesis de la autodeterminación y disposición del bien jurídico: vida, se da en la Sentencia española 120/1990, de fecha 27 de junio de 1990, que se pronuncia sobre el caso de la huelga de hambre en el Centro Penitenciario Soria de Madrid. Esta huelga puso en tela de juicio la intervención paternalista del Estado español para proteger a sus ciudadanos, al alimentar forzosamente a los participantes de la huelga, desconociendo la libertad de decidir que estos tienen sobre su propia vida y muerte.
46. El presunto bien jurídico protegido en el artículo 112 del código penal, debe ser analizando a partir de lo que el Tribunal Constitucional, considera como que, el bien jurídico constituye un mecanismo de limitación, así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal. Respecto a la limitación, el bien jurídico exige que la ley penal sólo describa conductas merecedoras de pena, sea porque lesionan un bien jurídico o lo ponen en peligro.
47. Para explicar el delito de homicidio piadoso expone que debe hacerse un primer acercamiento: vida, por pertenecer, sistemáticamente el delito de homicidio piadoso, al capítulo de delitos contra la vida. Un segundo acercamiento: la concepción sacrosanta de vida, lo que explica la forma de protección de la legislación penal actual. De ello concluyen que, es una intromisión ilegítima a la esfera de autonomía de la víctima consideran que la vida desprovista de autonomía no puede ser objeto de protección del derecho penal. Por el contrario, la autonomía es un presupuesto para la vida concebida como aquella que implica la dignidad de principio a fin. En ese sentido, resulta errónea la aproximación del Código Penal cuando pretende proteger a la vida como una entidad biológica, sin tomar en consideración la dignidad y la autonomía de la persona. Por ello señalan que el artículo 112 del c.p. es incompatible con un Estado Constitucional de derecho. La vida es un bien jurídico inherentemente ligado a la dignidad y la voluntad. No es solo un sustrato biológico. Desde una dimensión meramente biológica, al momento de prohibir y sancionar el delito de homicidio piadoso en el artículo 112º del Código Penal contraviene el contenido que debe tener todo bien jurídico para justificar la intervención del Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho, basado en la autonomía y la libertad de la persona.
48. La protección que debe tener el bien jurídico penal “vida” trasciende del sentido meramente biológico de esta y abarca un fundamento ius-filosófico inescindible de la dignidad y la autonomía de la voluntad. La aplicación del artículo 112º del Código Penal, por tanto, antes que proteger el derecho a la vida (digna), la desprotege, si la entendemos bajo estos términos. De lo anterior se sigue que es perfectamente compatible con los fundamentos del Derecho Penal democrático que ampara la Constitución Política del Perú, la inaplicación del delito de homicidio por piedad en el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte, a efectos de proteger los derechos fundamentales que dicha ley estaría lesionando y amenazando.

Apoyos y salvaguardias y declaración de penúltima voluntad.

49. Con fecha 18 de diciembre de 2020, doña Ana Estrada Ugarte ha otorgado Escritura Pública designando apoyos y salvaguardias, adicionalmente en el mismo documento ha expresado su voluntad de rechazar tratamientos que prolonguen su vida de manera que ella considera injustificada, así como tratamientos, operaciones invasivas que no garanticen un tratamiento efectivo y finalmente, en caso de que se apruebe su pretensión de otorgársele el derecho a la muerte digna o se legalice está otorga facultades a sus apoyos a efecto de que realicen los trámites necesarios para efectivizar y dar cumplimiento a su voluntad. El documento ah sido adjuntado a un escrito presentado ante esta judicatura.

Con lo que la causa está en situación de sentenciarse.

II ANALISIS.

EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LA DEMANDADA.

50. El Procurador de del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deduce excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandada, expresando que, de las pretensiones de la demanda, no se observa que el Ministerio de Justicia deba realizar un acto de ejecución o pueda afectarlo, que tampoco ha afectado alguno de los derechos de la demandante y no ha tenido intervención alguna en la etapa previa al proceso judicial. El MINJUS no necesariamente debe ser emplazado en los procesos donde se haga control difuso de las normas. El control difuso no es un petitorio en sí mismo, sino una institución que debe surgir en el debate del caso concreto. Es distinto el caso de los procesos constitucionales de control normativo, donde el único debate es la constitucionalidad de las leyes en abstracto, como la de Acción Popular.

51. En relación a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la emplazada; se tiene que, esta judicatura admitió la demanda, aceptando el emplazamiento de este Ministerio, en tanto se solicita, la inaplicación de normas del Código Penal, argumentando afectaciones a los derechos constitucionales invocados.

Debe tenerse presente que, el artículo 4° de la Ley 29809, Ley de Organización y funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, establece, en su **artículo 4°** el Ámbito de competencia, precisando en el inciso:

F) Defensa, coherencia y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Por lo que, debe entenderse que es competencia de este Ministerio, pronunciarse sobre el cuestionamiento a las normas de todo el ordenamiento jurídico y, muy en especial de normas relacionadas a su sector, como es el Código Penal, **razón por la que debe desestimarse la excepción deducida**, puesto que la Ley, de manera expresa, responsabiliza a este sector, la defensa del ordenamiento jurídico.

OTRAS CUESTIONES DE PROCEDENCIA.

Principios de Separación de poderes y Corrección funcional.

52. Las demandadas, sin proponer una excepción formal, han señalado, de manera genérica que, las pretensiones propuestas por la parte demandante implicarían una afectación a los principios de Separación de Poderes y Corrección Funcional, en tanto, no solo se propone la inaplicación para el caso concreto, de un artículo del Código Penal, sino la generación de una norma que establezca el derecho a la denominada muerte digna que,

es la pretensión principal de la demandante y en tanto, no solo no está regulado ni permitido, en la legislación peruana, siendo que, por el contrario, está penado en el código penal y que, asimismo, son parte de sus pretensiones; la generación de protocolos para que se hagan efectivas sus propias pretensiones, incluyendo para futuros casos similares, lo que excede a la facultad de interpretación del Juez Constitucional.

53. Analizadas las pretensiones, sin perjuicio del orden propuesto por la demandante, para efectos del análisis de su procedibilidad, vamos a agruparlas de la siguiente forma:

- A. *Declaración judicial de la existencia del derecho a la muerte digna.*
- B. *Inaplicación de norma penal; Art. 112 del Código Penal a fin de que pueda ser asistida, en tanto no le es posible hacerlo por sí misma.*
- C. *Establecimiento de un mecanismo y criterios de aplicabilidad del derecho a la muerte digna.*
- D. *Establecimiento de protocolos para viabilizar la ejecución del derecho invocado, por parte dos instituciones del Estado.*
- E. *Establecimiento de protocolos para casos similares.*

De las pretensiones enunciadas, se tiene que; existe cuestionamiento respecto del enunciado A, en tanto, no existe formal y expresamente este enunciado normativo, siendo que la demandante, sostiene que es posible determinarlo vía interpretación de los derechos fundamentales invocados, de modo que, antes que prohibirlo y sancionarlo, el

Estado está en la obligación de cumplirlo, viabilizarlo y establecerlo formalmente, sobre lo que las demandadas sostienen que, el Juez Constitucional no debería hacerlo, pues ello es una función del legislador.

Respecto del punto B, inaplicación del artículo 112 del Código Penal, el cuestionamiento procesal señala que es, igualmente, la derogatoria de normas es función legislativa.

En cuanto a los puntos C y D, establecimiento de mecanismos, criterios de aplicabilidad y protocolos de ejecución, son también función ajena a la función jurisdiccional, pues tanto la función legislativa, de dictado de políticas generales, como reglamentarias, no corresponden a la labor jurisdiccional

En cuanto al punto E, del mismo modo, consideran que además de ser ajena a la labor jurisdiccional, se pretende una norma de alcance general y no de aplicación al caso concreto.

54. Previo a un pronunciamiento sobre la procedencia de cada uno de estos puntos es menester hacer un análisis interpretativo y doctrinal de la materia a fin de determinar si, en efecto, se afectarían estos principios constitucionales de Separación de poderes y Corrección funcional.

Nuevos derechos y derechos innominados.

55. El Tribunal Constitucional, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la existencia de derechos innominados, derechos nuevos o derechos derivados de

aquellos expresamente establecidos en la tabla del articulado de la Constitución. Pondremos uno, solo por ser ilustrativo y no reciente: (EXP. N° 2488-2002-HC/TC).

*“13. Así, **el derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.*

14. El Tribunal Constitucional considera que, si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar.

15. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

56. En nuestro caso, la demandante invoca la existencia de un *derecho fundamental* a la muerte digna, sobre cuya fundabilidad o no, nos pronunciaremos más adelante, pero que en esta parte, sólo señalaremos que, los fundamentos arriba citados, son parte de una Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Habeas Corpus; vale decir que, se hace en un proceso de garantías constitucionales que se inicia en un Juzgado de primera instancia o especializado, lo que implica que, desde este nivel, era perfectamente posible su construcción argumental y dogmática para pronunciarse sobre la existencia de un derecho, sea este un derecho fundamental o de menor nivel; nótese que, según la propia sentencia, la pretensión fue declarada fundada en la primera instancia. Así, aun cuando no existe en nuestra legislación positiva un enunciado normativo que declare el *derecho a la muerte digna*, procesalmente es posible hacerse desde la interpretación de los derechos fundamentales. Será materia de un análisis más exhaustivo, en adelante, su formulación o negación, siendo que, en esta parte, queremos solo fundamentar la procedencia, de manera general.
57. La demandante ha invocado, como fundamentos que; la prohibición penal, no le permitiría ejercer, los derechos a una muerte en condiciones dignas, su derecho a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y una amenaza cierta al derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos. Sostiene para ello que, viene padeciendo de una enfermedad degenerativa, (polimiositis), incurable e irreversible, que determinará su muerte en tiempo prolongado, en cuyo transcurso se verá sometida a intervenciones y prácticas que le significarán gran sufrimiento, sin que exista la posibilidad de acabar con dicho sufrimiento por sí misma, como forma de ejercer su voluntad, libertad y demás derechos invocados. Así; no existiendo en nuestra legislación una declaración o reconocimiento expreso de ese derecho, sostiene que debe considerarse el principio de *númerus apertus* de nuestro sistema de derechos fundamentales, establecido en el artículo 3° de la constitución Política vigente. En tal sentido, siendo una invocación de un

derecho *no expreso*, es preciso analizar y determinar si en efecto, es atendible la argumentación de la demandante.

El control difuso.

58. El Tribunal Constitucional ha establecido normas para el control difuso, así por ejemplo en el EXP. N° 1680-2005-PA/TC, señala que:

“... el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad de la ley, con efectos particulares, cuando la ley aplicable para resolver una controversia. Se trata de un deber del juez, consustancial a la Constitución del Estado Constitucional. Es una auténtica norma jurídica, constituir la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, un derecho directamente aplicable. Siguiendo al Chief Justice Jhon Marshall al redactar la opinión de la Corte Suprema en el Leading Case Marbury v. Madison, resuelto en 1803, se le cita:

El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales.

En tanto la ley es expresión de la voluntad general representada en el parlamento, su uso debe ser de última ratio. Así, las leyes deben sujetarse a la Constitución, pero también es el límite al ejercicio del control judicial, por lo que debe procurarse una interpretación, dentro de lo razonable y posible, conforme a la constitución”.

59. De esta manera, en nuestro caso, no se trata de una derogación de la norma, que en efecto es facultad del legislativo, tampoco es una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, puesto que la demandante invoca la afectación personal de sus derechos fundamentales, los mismos que serán analizados más adelante, pero que evidencian una relación relevante, en tanto su pretensión es que, en su momento, se le acuda mediante asistencia profesional, a que se dé cumplimiento de su voluntad, en cuyo caso, quien lo haga, sería pasible de ser sancionado, pues dicha acción encuadra en el tipo penal establecido en el artículo 112 del Código Penal, materia de la pretensión.

60. Solo puede hacerse dentro de un caso, puesto a la dirimencia del Juez, siempre que sea relevante para el caso, (Juicio de relevancia). No puede hacerse si no hay suficiente relación, ni por curiosidad académica del juez. En consecuencia, la declaración importa para el caso, tanto la pretensión principal como las accesorias, debiendo quedar acreditada la afectación de la ley a su derecho fundamental. En este punto, queda claro que, siendo un proceso de amparo, los efectos deben ser *inter partes*, esto es que, podría afectar la última pretensión de la demandante, sobre lo que volveremos más adelante.

En efecto, debe hacerse un juicio de relevancia y de proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y de libre determinación.

61. No puede hacerse, respecto de normas cuya validez, el Tribunal Constitucional haya sido confirmada en control abstracto, o sobre los que se establezca una contravención con una norma convencional; sin perjuicio de que, en un caso concreto y distinto a los evaluados por el Tribunal, pudiera demostrarse la afectación, (Balancing). Al respecto, de una revisión de las resoluciones del Supremo intérprete, (Sobre Inconstitucionalidad) y de la Corte Suprema, (Sobre Acción Popular), en caso de alguna norma reglamentaria

relacionada, no se ha encontrado pronunciamiento alguno, como tampoco ha sido invocado o señalado por la defensa.

Queda claro así que, la norma impugnada, no ha sido atacada de inconstitucionalidad, es una norma vigente y autoaplicativa, en tanto no se requiere reglamentación ni remisión alguna para su aplicación en un caso concreto.

Finalmente, debe señalarse que, más adelante deberá hacerse un análisis interpretativo de las posibles hipótesis fácticas de la aplicación de la norma, a fin de establecer en qué casos resultaría o no inaplicable o inconstitucional la norma legal y en su caso, determinar su inaplicación en algún extremo interpretativo.

62. Siendo el tema de fondo, la determinación de estos derechos invocados, por razones de orden procesal, vamos dejar aún sin contestar esta pregunta o como hipotética la cuestión de que le asisten a la demandante los derechos invocados.

En efecto, la parte demandada, (los tres procuradores), han sostenido que, un derecho que no está consagrado en la Constitución, no es posible de ser declarada y menos ejercida en la vía del proceso de amparo, tampoco en otras vías de la jurisdicción constitucional, debiendo dejarse, (invocarse o esperarse), esa facultad para el legislador. Uno de los Procuradores, ha sugerido más bien a la demandante, (siendo que la Defensoría tiene legitimidad para presentar proyectos de leyes), proponerlos ante el Congreso de la República, empero, con lo señalado en estas líneas, podemos sostener que procesalmente, es válido sostener que, el derecho, aun cuando no tenga un enunciado normativo en legislación positiva, reiteramos, es posible derivarlo de los derechos fundamentales, siempre que se cumplan con los requisitos y no se incurra en el exceso que el propio Tribunal Constitucional señala en tales casos. Es preciso además abundar en que existen otros fundamentos que nos obligan a un pronunciamiento sobre la materia puesta a este despacho, como el principio de ***inexcusabilidad***, que implica que, cuando se observa, de manera evidente, la necesidad de resolver un conflicto o declarar el derecho de una persona, no es posible que el Juez deje de atender, bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento.

El principio de inexcusabilidad.

63. En la Constitución peruana de 1979, se elevó al nivel constitucional un principio ya existente, aquel que determina el deber de fallar del juez aún ante la inexistencia de ley.

La Constitución de 1993, igualmente dice:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

64. Este principio, históricamente nace del derecho civil, entendiéndose la necesidad de resolver los conflictos entre privados, aun cuando no existiese una ley que resolviese el caso en concreto y considerando la variedad de las situaciones y el desarrollo de la sociedad que siempre es capaz de presentar nuevas situaciones. El principio tiene larga vida en el Perú. Ya estaba el Código Civil de 1936¹ y, más antes en el de 1852, como heredero de la influencia del Código Napoleónico. Ciertamente es también que, desde sus orígenes, se generó la discusión sobre el papel del Juez, que necesariamente crea

¹ Art. VIII del título preliminar.

derecho, en este punto. En esta causa, se propone igualmente que, sería un exceso que el Juez Constitucional resuelva sin norma expresa del legislador, aun cuando hay normas generales y principios aplicables, en la Constitución y en otras leyes. Es la otra cara del derecho a la tutela jurisdiccional. Claro está que, aun siendo un derecho constitucional, no es aplicable a todo el derecho. Así, en el derecho penal, existe más bien, el principio de legalidad y taxatividad. Esto es que, en el derecho penal, no es posible condenar cuando hay un vacío o laguna en la ley. El acto no establecido positivamente como delito, no es sancionable, aunque socialmente, políticamente o moralmente sea reprochado. Se entiende en este punto, el cuestionamiento de los procuradores, posiblemente desde la perspectiva del derecho administrativo, especialmente desde el derecho administrativo sancionador, donde también, el principio de legalidad, resulta imperativo. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional sustrajo una pasajera atribución de hacer control difuso a los órganos administrativos; pero al mismo tiempo, debe entenderse que la norma administrativa no es tal, si no está conforme a la Constitución

65. En el derecho constitucional y más exactamente en la jurisdicción constitucional, en caso se constate el derecho, por ejemplo, en los principios constitucionales, existe la obligación de fallar, de parte del Juez. Este elemento debe unirse a otros dos; la aplicabilidad de las normas constitucionales a los casos concretos, que se hace efectiva a partir del constitucionalismo de post guerra, corriente que considera que, las normas y principios constitucionales, no solo tienen carácter programático, sino de aplicación inmediata actual y real y, el control constitucional, sobre todos los actos del Estado, de modo tal que, no hay zonas exentas del control de constitucionalidad. Nos explicamos. El Tribunal Constitucional, en numerosas situaciones ha resuelto inaplicando una norma y ante la ausencia de norma expresa, conforme hemos glosado, al inicio de esta resolución, la genera, a partir de los principios constitucionales, a fin de establecer. A) La constitucionalidad de todos los actos de los órganos del Estado y b), resolver conforme al derecho y la Constitución estimando la demanda. Así, se tiene por ejemplo que; de acuerdo a la propia Constitución, las decisiones del Jurando Nacional de Elecciones no pueden ser materia de cuestionamiento en sede judicial, sin embargo, el Tribunal Constitucional, ha resuelto reiteradamente que, no puede escapar al control de constitucionalidad. Así, establece el precedente EXP. N. 0 5854-2005-PA/TC. Caso LIZANA PUELLES:

"5. La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución"², esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

6. Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente."

(...)

Parte resolutive: (Precedente).

"2. De acuerdo con los artículos 201° de la Constitución y 1° de la LOTC, este Tribunal, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, según ha quedado dicho en el Fundamento 35, supra, establece que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que

afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente.”

Reiterando así, se tiene que, desde el derecho civil, se ha entendido tradicionalmente, como una garantía de acceso a la justicia al ciudadano, por parte del Juez. Aun en pleno auge de las corrientes positivistas, se tenía esta institución como una prohibición para el juez, de no dejar de solucionar un conflicto de intereses o de declarar un derecho, a falta de norma expresa o como excepción para la integración con el principio de equidad. Recuérdese que el Código Civil ha tenido tradicionalmente, normas de aplicación de ciudadanía o derechos civiles que se han constitucionalizado con el tiempo.

66. La jurisdicción no puede dejar de ejercer su función de declarar el derecho entre las partes mediante la emisión de una resolución, considerándose la jurisdicción como una potestad, tanto del constituyente como del legislador. En su evolución al derecho constitucional, se convierte auténticamente en una cláusula de autorización a crear derecho para el caso concreto².
67. Tenemos presente que, en la base del Estado Legislativo, se ubica la supremacía de la ley, al ser el producto de la voluntad del soberano. Sin embargo, paradójicamente, si el sistema legal determinase que en caso de laguna, u oscuridad, el Juez tuviera que elevar consulta al legislador, (Pedir norma), nos encontraríamos en una situación en la que el legislador tuviera que emitir la norma en relación al caso en concreto, aunque su eficacia fuese con efectos generales, que además, la norma se tendría que aplicar con efecto retroactivo, cuestiones que, contrariamente al fin propuesto, implicaría la invasión del legislativo en las funciones de la jurisdicción. Surge así, el principio de completitud del sistema constitucional, según el cual, el juez constitucional debe resolver con base a los principios generales, por lo que se considera, como consecuencia que: “No hay vacíos legales, porque hay jueces”.
68. Hans Kelsen, formalmente niega la existencia de las lagunas o de su teoría. Cuestiona la idea de que, partiendo del principio de que; aquello que no está prohibido, está permitido dice más bien que la completitud de la ley, debe entenderse, considerando que, los principios del derecho, son también derecho.

“Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que, si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna"³.

69. Sea cual fuese la teoría que podamos asumir, en nuestro sistema constitucional, el alcance del principio de inexcusabilidad, siendo una norma de excepción, ha determinado al juez, el deber de cumplir con la función jurisdiccional, de pronunciarse, de fundamentar sus resoluciones y con ello de crear la norma para el caso concreto.

² Benavides, Patricio Martínez. Derecho constitucional. El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 1, pp. 113 - 147 [2012]. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006>

³ Kelsen Hnas. Teoría Pura del Derecho. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. México 1982. Pág. 259.

70. El paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional, supone básicamente, la centralidad de la norma constitucional y con ello la labor interpretativa del Juez. Es el paso de identificar la ley con el derecho y el ejercicio de la subsunción, para pasar a la declaración del derecho objetivo, a la luz de los principios procesales y sustanciales contenidos en la Constitución, especialmente en los derechos fundamentales.

Habiendo señalado que, el deber de no dejar de administrar justicia es un principio, de acuerdo al texto de nuestra Constitución, (1993), debe considerarse que no se trata solo de un texto legal con sentido de lenguaje cotidiano. Consideremos así que, jurídica y filosóficamente; principio es un concepto amplio, pero que, para nuestros fines, lo consideraremos como la base de ideales, fundamentos y reglas generalmente aceptadas y aplicables y, punto de partida para el desarrollo de la teoría. Entonces, el deber de no dejar de administrar justicia o principio de inexcusabilidad del Juez, lo reconoceremos como fundamento para elevar su importancia. En palabras de Robert Alexy, como "mandatos de optimización", del sistema judicial, pues si un caso o una persona, necesita de una declaración de sus derechos, será preciso que el Juez se pronuncie; señalando sus fundamentos, (Interpretación), en tanto no solo es una subsunción y, subsecuentemente de la construcción del enunciado normativo. Si tenemos en cuenta que una de las características del Estado, (Inclusive un Estado primitivo), es la de administrar justicia, que la administración de justicia es previa a la norma positiva y que la construcción de los principios es propia del desarrollo jurídico, debemos entender que, en el Estado Constitucional, el principio de no dejar de administrar justicia es un mandato de optimización. Así, siguiendo a este jurista diremos que, para la aplicación de la teoría general de los principios, resulta útil otro principio, el principio de proporcionalidad, sobre el que más adelante, en la aplicación del caso en concreto de la pretensión, volveremos; pero que en esta parte lo enunciamos, para decir que, el principio de inexcusabilidad es tal, en tanto que a él se unen consecuencias jurídicas y fácticas como, el acceso a la tutela judicial, (la otra cara de este principio), y otros como, el monopolio del Estado en la administración de justicia, la propia separación de poderes que se cuestiona y nos ocupa, pues, reiteramos, esperar que el legislativo legisle para el caso concreto, implicaría precisamente la afectación del principio de separación de poderes, aun cuando a futuro, la norma tenga efectos generales. En conclusión, el principio de inexcusabilidad y el de supremacía de la Constitución, son principios de optimización de los citados principios de separación de poderes y corrección funcional, del Estado democrático constitucional y que, para su aplicación, el Juez debe hacer un esfuerzo en el mismo sentido de la teoría desarrollada por Alexy, en tanto lo contrario sería, no otorgar tutela jurídica.

71. La ausencia de norma no es un hecho general y cotidiano. Es una excepción en los estados modernos. Solo para determinar la procedencia de las pretensiones, empero, hemos partido del enunciado de que a la demandante le asistirían los derechos invocados y como tal debiera ser inaplicada la sanción a su caso en concreto y sobre lo que más adelante nos pronunciaremos.

En la práctica jurídica constitucional de hacer el control difuso nos encontramos con varias situaciones, entre ellas las más usuales son, a) Inaplicar una norma al considerarla inconstitucional, dejando el hecho, por ejemplo; sin sanción; b) Inaplicar una norma inconstitucional para dar lugar a la aplicación de la norma establecida en la propia constitución, como en los casos de igualdad de derechos y no discriminación, c) Inaplicar la norma para aplicar otra norma que se considere constitucional, esto es,

cuando el hecho o situación fáctica tiene una cobertura de dos normas o existen norma supletorias; entre otros casos; d) En el presente caso, empero, se nos solicita la inaplicación de la norma penal, (artículo 112 del Código Penal), con lo que, de por sí, ya se estaría estimando la pretensión principal, pero que dadas las características del caso en concreto, en el que, no se solicita que cualquier persona sea la que la acuda, sino que sea el Estado quien lo haga, en ejercicio de sus funciones para dar cumplimiento a su derecho, es preciso, 1) Distinguir los diversos supuestos que tiene la norma legal, 2) establecer los criterios y protocolos de su determinación en modo y tiempo, que son parte las pretensiones subordinadas y 3) los criterios y protocolos de su ejecución una vez determinado el modo y tiempo u oportunidad. Así, en punto 1) ha sido materia de oposición por los procuradores en menor medida que las pretensiones subordinadas. Esto es que, la inaplicación de la prohibición penal como tal, no es el tema central de las contestaciones de demanda, sino la actividad de creación de norma que se pretende y sin cuya determinación, podría hacer que la sentencia resulte inocua, inejecutable e intrascendente en su propio caso.

72. Es decir que, no basta con que se prescinda de la sanción penal, sino que sería preciso, en este caso que, el Estado, por intermedio de sus instituciones médicas, cumpla con los derechos invocados; es decir que se determine cómo, cuándo y bajo qué criterios es que podrá obrar quien realice el acto. Vale decir que, de acuerdo a la experiencia internacional, no es que una vez levantada la sanción penal; cualquier persona y, de cualquier modo, puede acudir a la petición de muerte digna de la persona que lo solicite. Esta es la parte que mayores cuestionamientos ha generado el caso y es la que a criterio de la parte demandada, constituye el elemento que podría afectar los principios de separación de poderes y corrección funcional.
73. Distinto habría sido el caso, de un Amparo en el cual, un médico hubiera asistido en la muerte a solicitud de la persona sufrente y que, al ser pasible de sanción penal, invocase los derechos de *muerte digna* de la fallecida, (con la correspondiente prueba de ello), para que se inaplique a su caso. De estimarse una demanda de ese tipo, no sería preciso establecer criterios, mecanismos ni protocolos para la funcionalidad de este "*derecho*" a la *muerte digna*.
Así, si el solo hecho de legalizar el suicidio asistido, (lo que podría hacerse con una norma legislativa), es de por sí un espacio de debate para cuestionar si puede ser dispuesto por el Juez Constitucional, es más debatible y cuestionable el establecer la funcionalidad de la pretensión.
Más aún, una parte de las pretensiones de la demanda es que el protocolo se establezca para la aplicación en casos similares. Esto es que se establezca una norma general y no para el caso concreto.
74. Sobre la fundabilidad y procedencia de cada una de las pretensiones volveremos más adelante. En esta parte, aunque de forma extensa, solo nos hemos ocupado de la procedencia de la demanda en la vía del amparo, lo que implica la posibilidad de estimar el derecho de la demandante en la vía del amparo y la presunta afectación de los principios de separación de poderes y corrección funcional. Ello poniendo como premisa, aun sin debate, de la fundabilidad de cuando menos la pretensión principal.
75. Es preciso, sin embargo, añadir, ya a modo de conclusión primaria que la labor de interpretación, del juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, conforme señala el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia. Así, esta judicatura, al realizar su

labor de interpretación, cuidará de no desvirtuar las funciones y competencias a fin de que, el equilibrio de poderes inherente al Estado Constitucional y Democrático, se encuentre garantizado.

76. El principio de corrección funcional, o de conformidad funcional; limita las competencias y facultades otorgadas por el esquema constitucional a las instituciones políticas que reconoce. La Constitución de 1993, ha establecido así, el rol del Ejecutivo, como el ejecutor de las políticas de gobierno, el legislativo, como el órgano de fiscalización y formación de leyes y el Poder Judicial, para la administración de justicia con las normas que el legislativo emite. Sin embargo, la estructura del Estado moderno no es tan simple. Existen órganos constitucionales autónomos con diversas funciones, como el Tribunal constitucional que, por definición es un *legislador negativo*, cuando declara la inconstitucionalidad de una norma especialmente, pero también cuando inaplica una norma legal para un caso en concreto, sin perjuicio de las funciones de innovación del sistema jurídico vía interpretación, como ocurre en las sentencias manipulativas o aditivas. Esta facultad de órgano constitucional de legislador negativo excepcional, se extiende al Poder Judicial, (cada uno de los Jueces), cuando se establece el control difuso y de inconstitucionalidad de normas reglamentarias; en cuyo caso, deberá además determinar la consecuencia jurídica. En el caso de los procesos constitucionales, esta facultad se intensifica, pues la inaplicación del caso en concreto puede implicar efectos para la doctrina y casuística en general, aun cuando no se le reconozca a cada Juez la facultad de establecer jurisprudencia vinculante, a lo que se llama efecto de irradiación, en una de sus acepciones.
77. Esta facultad de inaplicar normas legales, en efecto, puede llevar a la denominada hiperactividad de los jueces o activismo judicial. Esta judicatura pretende no caer en esa crítica, menos hacer esa práctica. Consideramos que, en principio, se cae en esa práctica cuando el Juez desarrolla interpretaciones forzadas de la norma constitucional para no cumplir, o no acatar las leyes que dicta el legislativo; tal vez porque no las comparte, porque su moral o su ideología particular lo inclinan a una contradicción con las leyes vigentes o una norma concreta dictada por el legislador en uso de sus funciones.
78. No es activismo en cambio cuando; el debate o cuestionamiento de la norma legal se hace para el estricto cumplimiento de la Constitución, cuando la inaplicación y subsecuente generación de un enunciado normativo para el caso, se hace por estricta necesidad del cumplimiento de la propia sentencia, cuando el conflicto de intereses o la declaración judicial hace ineludible un pronunciamiento del juez en ausencia de norma o cuando al inaplicar una norma legal, por algún extremo de su interpretación, debe establecerse un procedimiento, protocolo o criterios de su cumplimiento. Esta judicatura, considera así, a modo de ejemplo el siguiente caso.

Caso perros guía. Inaplicación, enunciado normativo y protocolos de cumplimiento.

79. El Tribunal Constitucional, en el EXP N 02437 2013-PA/TC, ante una demanda de personas con discapacidad visual a quienes no se les permitía el ingreso con sus perros guía; dispuso inaplicar el artículo 88° de la Ley N.°26842, de la Ley General de Salud y el artículo 8° del Decreto Supremo N° 022-2001-SA, Reglamento Sanitario para las Actividades de Saneamiento Ambiental en Viviendas y Establecimientos Comerciales, Industriales y de Servicios, “... **para permitir que los demandantes con discapacidad visual ingresen en sus instalaciones acompañados de sus perros guía, garantizando su**

permanencia en tales locales de manera ilimitada, constante y sin trabas", lo que significaba el efectivo ejercicio de su derecho en uso de la Ley N° 29830 y de derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, ejercicio de su capacidad, entre otros. El TC así, consideró que la intervención que se hacía al derecho de las personas con discapacidad, en uso de normas sanitarias, era excesiva y desproporcionada, por lo que dispone la inaplicación de las citadas normas sanitarias, permitiendo que los *demandantes*, ingresen sin esa limitación. Para su ejecución, el Juez dispone el **cúmplase** en el plazo de ley. La demandada, en respuesta solicita que **los demandantes**, cuando quieran hacer uso de su derecho **lo hagan, con su debida identificación**, para anunciarse al ingresar a la tienda, a efectos de la ejecución. El suscrito en calidad de Juez de la ejecución,(2° Juzgado Constitucional de Lima), consideró que, el hecho de tener que identificarse, o portar consigo una copia de la sentencia o cualquier otro formalismo implicaba una limitación en sí misma y siendo que en la sentencia establecía que se ejerciese el derecho, *de manera ilimitada, constante y sin trabas*. Era preciso establecer un protocolo de cumplimiento de la decisión del Supremo Intérprete; por lo que se dispuso: 1) La demandada debía instalar en todos sus locales un anuncio por cartel, donde se señale la permisión de ingreso de las personas invidentes con perros guía, (para conocimiento del personal nuevo y del público), 2) la socialización y concienciación a todo el personal de lo dispuesto en la sentencia; 3) lo que se debía acreditar con un informe documentado. El abogado consideró que el Juez estaba legislando e impugnó la resolución, pero la cumplió y está vigente, al punto que se ha convertido en una buena práctica que otras empresas han imitado, sin sentencia ni norma adicional.

80. En el citado caso, el Tribunal inaplica una norma por afectar derechos fundamentales, (Igualdad y otros), no precisamente por ser una norma inconstitucional y dispone la aplicabilidad, sin límites, de una ley existente; sin embargo, la idea de cumplimiento de la demandada, era generar una nueva traba, (que los dos demandantes se identifiquen con sus DNI cada vez que pretendan ingresar), mecanismo que incumplía el mandato de no limitación, pues **no se le exige a ningún otro cliente una identificación previa**; por lo que la forma más adecuada de cumplimiento resultó ser la apertura general para toda persona con las mismas condiciones. Restringir el cumplimiento a los *demandantes debidamente identificados*, habría implicado, además de permitir la afectación del derecho de otras personas con discapacidad visual, una nueva forma de afectación discriminatoria. Así; no puede decirse que el juez legisló, pues la legislación ya existía en la Ley 29830, pero su cumplimiento a partir del caso en concreto, hizo necesario un protocolo en tres pasos; 1, carteles, 2 socialización de la sentencia entre trabajadores y 3, informe, para su cumplimiento de manera *ilimitada, constante y sin trabas*, como era el mandato del Tribunal.
81. Nuestra Constitución en su artículo 1° de los Derechos fundamentales de la persona, y del título I. De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que: "*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*". La demandante ha invocado, en principio estos derechos fundamentales y este artículo constitucional. Se considera que ello es fundamental para determinar la estructura del Estado y su modelo económico, social y sus principios axiológicos. Bajo la lectura de este artículo, debemos tener presente el desarrollo del derecho constitucional que, se inicia con la idea que el Estado debe abstenerse, para respetar el desarrollo de la autonomía de la persona humana que cuenta con

capacidades y potencialidades; pero que al agregarse el concepto de dignidad, pasamos a reconocer la libertad en su estatus positivo por el que se entiende que las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades para realizarse y el Estado debe promocionar y hacer cumplir estos derechos. La dignidad como tal, importa el aspecto corporal y racional; siendo que lo racional implica elementos como su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia.

La dignidad es, de otro lado, una suerte de principio de principios o base de otros derechos, pues sobre esta se construyen otros derechos fundamentales, tanto frente al Estado, como entre los particulares.

82. En el caso que nos ocupa, la demandante fundamenta su derecho a morir en condiciones dignas, con lo que sustenta la primera parte de sus pretensiones, esto es, el reconocimiento mismo a concluir su proceso vital, es decir su vida, pero que, hasta en ese punto, se respete lo que ella considera una condición digna. Considerando además que, en su caso, no podrá ejecutar por sí misma su voluntad, pues se encuentra en una situación de dependencia; plantea dos pretensiones, a) Que se inaplique la sanción penal personal a quien contribuya o haga cumplir esa su voluntad, lo que implica el respeto del Estado por su libertad y que el acto sea legal, y b) Sea el Estado quien haga cumplir, mediante sus órganos ejecutivos o administrativos, (Entre los que deberá encontrarse la o las personas que materialicen esa voluntad); lo que implica la actividad positiva del Estado para hacer efectivo el derecho reclamado por la demandante.
83. La dignidad humana, como derecho fundamental se ha desarrollado en el constitucionalismo, como un elemento muy gravitante después de la segunda guerra mundial y frente al totalitarismo que disminuye la voluntad del ser humano. Reconociendo que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, dotados como están de razón y de conciencia. El propio derecho constitucional, hace al texto constitucional norma de aplicación inmediata. Un fundamento para la aplicación sobre las leyes y de sujeción de estas al derecho fundamental.

Norma autoaplicativa.

84. De conformidad con el artículo 3° del Código Procesal Constitucional, es procedente el Proceso de Amparo contra actos basados en normas, cuando se invoque la amenaza o violación que tiene como sustento la aplicación de normas. Es preciso concordar esta norma con lo establecido en el artículo 200° de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha desarrollado al respecto, la distinción teórica entre normas heteroaplicativas y normas autoaplicativas u operativas; EXP. N.° 01893-2009-PA/TC.

“3. Que las normas heteroaplicativas, también denominadas de efectos mediatos, pueden ser definidas como aquellas normas que, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Es decir, que la eficacia de este tipo de normas está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación. Por ende, la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, sino que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad.

En sentido contrario, las normas autoaplicativas pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derechos. Es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos”.

Así, es ya pacífico sostener que, las normas del Código Penal son operativas o autoaplicativas, en tanto, no requiere Reglamento o acto administrativo previo, que determine su aplicación. Cualquier persona que, “... *por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, ...*” podrá ser denunciado, investigado, procesado y sancionado con la pena establecida en el artículo 112 del Código Penal. Así, no se requerirá que exista acto o reglamento, previos para que se le aplique la norma.

85. En el caso de la demanda, se solicita la inaplicación de esta norma, en tanto considera que, su sola existencia impide el ejercicio de, lo que considera un derecho fundamental a la muerte digna. Sostiene además que en este caso se trata de una **amenaza**, pues considerando como su derecho a la dignidad, autonomía, la libertad, entre otros derechos invocados; en el caso de que solicitara el auxilio a un médico, este se abstendría, bajo la disuasión que surge de la aplicación, indefectiblemente, de la norma. Una de las causas por las que se determina esta distinción, entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas, es que existen además otras vías para cuestionar la inconstitucionalidad o afectación de un derecho fundamental, como la acción de Inconstitucionalidad, por lo que es preciso que exista un acto o amenaza que afecte directamente a quien lo solicita. En el presente caso, la demandante sostiene que la beneficiaria tiene una **condición de salud particular** que en determinado momento **tendría el derecho de solicitar asistencia en concluir su ciclo vital biológico** lo que, esta norma impide. La intención de esta normativa es evitar el control abstracto de las normas en la vía del Amparo. En el presente caso, se ha señalado que esta sería una causal de improcedencia, esto es que la demandante está pretendiendo un control abstracto de la norma; sin embargo, esta judicatura tiene suficientes elementos para determinar que, **a)** Existe una situación concreta y real en el estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada, lo que obliga a determinar si existe o no una amenaza a su derecho, que implicaría una declaración de fondo, antes que una cuestión procesal, **b)** La beneficiaria ha manifestado de forma expresa su deseo de recurrir a terceros para cumplir con su deseo de concluir su vida, lo que además considera un derecho fundamental. Establecer si tiene el derecho o no, es también un pronunciamiento de fondo, **c)** No se trata del derecho del tercero, esto es del médico o Comisión médica ejecutante lo que lo afecta, de manera directa, sino que la norma disuade a estas personas, impidiendo el cumplimiento de lo que considera un derecho fundamental a ser asistida. Así, no observamos que se pretenda un control abstracto. Nótese que el homicidio piadoso, implica necesariamente la participación de dos sujetos activos: 1) El que lo solicita y 2) el que lo asiste o ejecuta el homicidio, siendo que el primer sujeto, (activo y pasivo a la vez), no es punible.

De hecho, esta judicatura no hará un control abstracto de norma alguna, sino que hará un pronunciamiento de fondo en relación a los derechos invocados por la demandante y su beneficiaria. Debe entenderse que, el Juez debe proteger los derechos constitucionales con el mayor criterio de tutela, a fin de que se logre la plena vigencia de estos derechos, incluso cuando la lesión provenga de una norma legal y conservando la validez constitucional de la norma hasta donde sea razonable.

Respecto de lo señalado, Castillo Córdova, dice:

“Una interpretación en contrario será inconstitucional, ya sea porque entonces el poder político (en su función legislativa, judicial o ejecutiva) no está cumpliendo con uno de sus deberes primordiales: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44CP), como

*porque no se estaría cumpliendo con el principal criterio hermenéutico constitucional: la persona humana es el fin y la sociedad y el Estado se encuentran a su servicio*⁴.

Tema probatorio. El estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada Ugarte.

86. El diagnóstico expuesto en el Informe médico adjuntado a la demanda, es el elemento de prueba más evidente del estado de salud de doña Ana Estrada Ugarte. En la demanda se ha narrado sus sensaciones y descrito sus dolencias y la situación de discapacidad progresiva a la que la somete la enfermedad. Clínicamente se le ha diagnosticado Polimiositis, una enfermedad autoinmune que afecta el tejido muscular. Se considera que es incurable, con lo que se tienen en el nivel de la ciencia actual. Es degenerativa, en tanto destruye las capacidades orgánicas de sus músculos y su organismo en general. Es progresiva porque se va agravando con el paso del tiempo, siendo que, se determinaron sus primeros síntomas a los 12 años de edad, y tiene en la actualidad 44 años de edad, fecha a la cual se le considera la enfermedad, avanzada.
87. Como parte de su tratamiento ha consumido o consume principalmente corticoides, medicamentos inmunosupresores, (ciclosporina e imurán), metotrexato e inmunoglobulinas, entre otros.

Ha tenido sucesivas y frecuentes intervenciones médicas, ha estado en Cuidados intensivos y cuidados intermedios en oportunidades, se le ha practicado o aplicado un tubo endotraqueal, una traqueotomía, (para poder respirar), una gastrostomía en cuanto no puede deglutir normalmente o cuando su estado de salud se hace crítico y debe ser alimentada mediante esta sonda, entre otras intervenciones.

Se puede probar y observar los periodos de crisis y mejoras temporales, así como el progresivo agravamiento de sus dolencias, con la historia clínica que adjunta a la demanda en Disco compacto, que se ha tenido a la vista.

Con lo señalado, esta judicatura puede considerar que, en efecto, su grado de dolencia es muy grave, no evidencia una muerte en el corto plazo, pero sí, situaciones insufribles, que afectan sus derechos, su libertad física, su condición psicológica, su desarrollo personal y profesional, pese a muchos esfuerzos, realizados por ella misma y su familia.

SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS.

Derecho a la dignidad

88. En este punto, es preciso tener presente el debate sobre la expresión de voluntad como expresión de la **razón** y fundamento de la dignidad, respecto de la dignidad que debe reconocerse también en las personas con discapacidad psicosocial. La tradición Kantiana ha influido de tal forma en el derecho que, somos tributarios de la diosa Razón. Así, Dworkin, establece una relación entre la razón y la dignidad al punto que, de una primera lectura puede considerarse que solo es digno quien tenga razón y es *solo* pasible de beneficencia quien, a consecuencia de una discapacidad no puede expresar su voluntad o esta, está afectada. Sin embargo, el propio autor, se encarga de distinguir entre lo que es la dignidad, la indignidad, la conciencia de indignidad y la beneficencia. A nuestra consideración, sin embargo, al haberse cargado a la razón, como fundamento

⁴Castillo-Córdova, Luis. Normas Autoaplicativas, Alternatividad y Amparo Contra Amparo en el Código Procesal Constitucional. Pirhua. Revista Jurídica del Perú, (59), 33-45.

de la dignidad, el debate quedó abierto, puesto que no satisface plenamente establecer que hay dignidad después de la razón, solo cuando se ha tenido razón previamente, y sin un fundamento suficientemente claro, respecto de aquellos que nunca tuvieron uso de razón o no la pudieron expresar.

89. El derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Consideramos por ello que, la dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada, en ese punto, su propia autopercepción⁵. La capacidad no puede ser considerada como sinónimo de dignidad o único fundamento de ella, ni siquiera el único receptáculo de la dignidad.

En efecto, la dignidad, se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición. Pero también, por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad.

90. Existen otras facetas de la dignidad, como la que se inicia en su versión de lenguaje común, esto es el de ser “merecedor de respeto”, es decir, la cualidad de la persona que se evidencia por su obra o actitud que lo hace digno, lo que implica; una medida de la justicia. En términos políticos, la dignidad es también base del pluralismo, como respeto de las ideas del otro, empero estas son más bien derivaciones, antes que el aspecto central de la idea que nos ocupa.

Dignidad de personas con discapacidad y dignidad como concepto de interpretación no pacífica.

91. Es necesaria esta reflexión en tanto el concepto de dignidad mismo, ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado y esta judicatura debe exponer su idea sobre este concepto a fin de determinar a partir de ello, lo que se considera como una vida o una muerte digna a partir del texto constitucional. Así, si se considera que la dignidad tiene como fundamento la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que podemos conocer como expresión de voluntad, ello implica la capacidad de razonar. Empero, no podemos considerar, esta como la única medida para reconocer o presumir la competencia y la propia dignidad. La capacidad de tener un mejor, peor, menor o mayor razonamiento o, el que el razonamiento pudiera estar perturbado por diversas causas, (imaginarias o reales), la capacidad de negociar o la imposibilidad de hacerlo, por la deficiencia de los medios para hacerlo, etc, son elementos propios del ser humano y son la mejor medida de su individualización, respecto de los otros seres. Partimos del hecho de que los seres humanos, nos diferenciamos de los otros animales, por el uso de la razón, pero no todos los seres humanos tenemos un coeficiente intelectual homogéneo, considerando además que el IQ es también una medida convencional. Podemos imputar en otros términos este atributo a una persona jurídica o una computadora, esto es capacidad de “elegir” y “razonar”, o la omnipotencia de Dios; empero, no es esta la dignidad ni la libertad que jurídicamente entendemos. La dignidad sin embargo, es base axiológica en la comunidad cristiana como el elemento “otorgado por Dios” que, igualmente sería independiente de la razón y por lo mismo, base para contradecir los fundamentos de la demandante. Consideramos, sin embargo, que el fundamento jurídico que se inscribe en

⁵ El suscrito emitió el 2014, una Sentencia en el Exp. 25158 2013-0-1801-JR-CI-02, haciendo el primer caso peruano de control de convencionalidad de la Convención de los Derechos de la Persona con discapacidad sobre el Código Civil, (ahora modificado), reconociendo el derecho a no ser sujeto de interdicción y el *reconocimiento de su capacidad y dignidad*.

la Constitución, si bien tiene antecedentes de diversa vertiente e interpretaciones también diversas, incluidos los fundamentos religiosos o no religiosos; es fundamentalmente, la idea **respeto por el otro** que, es medida de la justicia que se tiene y se debe, y que, de otro lado, la persona tiene de sí misma.

92. Así, la razón es instrumento de referencia fundamental, pero no es *solo* la razón el elemento que configura la dignidad. En efecto, hace falta un mínimo de razón para hacer efectivo un derecho por uno mismo. La razón, es la base para hacer uso efectivo de la libertad. No es posible elegir, (uso de la libertad), si no se distingue entre las alternativas a elegir. Sin embargo, la justicia no puede tener como única base la capacidad de razonar o de negociar. El acto jurídico puede ser válido aun si se demuestra que la decisión fue emitida sin uso efectivo de la razón, siempre que se pruebe la buena fe y la ausencia de perjuicio.
93. Ana Estrada, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir, es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si eventualmente, no puede expresar su voluntad y lo seguirá siendo si, también pierde el uso de su razón.
94. La dignidad, sin embargo, tiene el componente de la autopercepción. Coloquialmente puede decirse que, una persona no se siente digna de un atributo otorgado, pero ello no implica que jurídicamente se le desconozca ese derecho. Un delincuente, al ser sancionado, perderá su libertad y las mayores restricciones dada su peligrosidad, sin embargo, el sistema jurídico, dispone que, *dentro de lo posible*, debe respetarse su dignidad. Habría que preguntarse, si el delincuente tiene una determinada percepción de su dignidad, pues puede sentirse miserable, como puede sentirse solo restringido de ella y hasta puede concebirse digno o su autopercepción puede estar distorsionada, sin que se anule su percepción o no tenga un juicio moral de su dignidad. Así, tanto la percepción exterior de la sociedad, como moral social, puede presentarse distorsionada, del mismo modo, la auto percepción puede estar distorsionada por diversos elementos, empero, ello no implica que no exista.
95. En otro extremo, una persona con pérdida de sus capacidades cognitivas, (Con Alzheimer avanzado, por ejemplo), podría no tener una percepción de su propia dignidad, empero, no es pura compasión o beneficencia la que debe tener el sistema jurídico y la sociedad respecto de esta persona, sino reconocerle, auténticamente, su dignidad. Sin embargo, esa misma persona, antes de ingresar a esa situación, cuando aún hace uso de su razón y aunque fuere parcialmente, sentirá que, en esa situación futura, habrá perdido su dignidad, porque la medida de su propia percepción de dignidad, será su estado de conciencia y razón. A muchas personas, nada nos da más miedo y sensación de miseria, (Es decir indignidad); que la pérdida de conciencia. A Ana Estrada le atemoriza la posibilidad cierta e indefectible, de perder las facultades físicas para ejercer su libertad, su propio pensamiento que podría estar vigente, pero piensa que se sentirá sumida en la miseria. Es una autopercepción de su dignidad y por tanto de su autonomía. Y, eso debe reconocerle el sistema jurídico, como un derecho, en tanto la medida de su propia percepción de su dignidad es aquella que expresa en el momento de lucidez y razonabilidad.

Apoyos y salvaguardias como expresión de la razón.

96. Reiteramos la idea de que la razón es la referencia de la dignidad, y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que Ana Estrada ha otorgado una Escritura Pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias, en el presente, (18 de diciembre de 2020), cuando está vigente y lúcido su razonamiento, que así lo ha determinado la Notaría, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando sus decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e inclusive su vida. Este acto jurídico, empero, mientras tenga capacidad de raciocinio; es revocable o modificable, en tanto son decisiones unilaterales. No se está amarrando al mástil, como en la figura literaria de Ulises frente al canto de las sirenas. Sin embargo, debe presumirse que ésta sigue siendo su voluntad, cuando no pueda expresar un cambio de esa voluntad o, su raciocinio haya sido afectado por una discapacidad mental.

El ser humano como acto de libertad.

97. El individuo es propietario de su libertad, pero nada lo hará menos libre que la pérdida de razón y consecuentemente, de su conciencia, respecto de esa libertad.

La vida digna, entonces es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella, que nos reconoce el derecho y la sociedad y aquella que percibimos cada uno de nosotros, sobre nuestra propia persona. Para que esto último ocurra, es preciso el uso de la razón y es por eso la mejor referencia de su propia dignidad, sin embargo, esta dignidad trasciende a la razón porque es inherente a la persona humana, sea cual fuere su condición y capacidad.

Hemos hablado también de la expresión de voluntad, lo que a su vez implica el uso de la libertad. La libertad es, antes que la razón, lo que hace al ser humano. Fernández Sesarego, concibe el derecho como libertad y la libertad lo que hace al hombre.

“...somos conscientes en la actualidad que el ser del hombre, aquello que lo hace ser lo que es, no es la razón, sino la libertad. Se ha comprobado científicamente que los mamíferos, especie a la que pertenece el ser humano, poseen psiquismo. Luego, no es la razón, los sentimientos o la voluntad lo que diferencia al ser humano de los demás mamíferos. El ser humano es el único mamífero cuyo ser es la libertad, lo que lo hace capaz de sensibilizar o vivenciar valores abrirse a la espiritualidad, y crear reglas jurídicas. La libertad es lo que hace al ser humano un ente diferente a todos los demás entes del mundo”⁶.

98. Siguiendo a este jurista diremos que, en uso de esa libertad, el ser humano se proyecta, hace planes y su vida es una sucesión, concreción y nuevos planes en una lucha por lograrlos y alcanzar su propia perfección que, aunque no la consiga nunca, determina su dignidad o hace que la dignidad le sea inherente, porque no lo hace objeto⁷, sino fin. A partir del *pienso luego existo o luego soy*, cartesiano el ser humano se percibe a sí mismo, se asume, elige y al elegir, hace uso de su libertad.

99. La libertad está también consagrada en nuestra Constitución, ella es también inherente al ser humano y la libertad significa la autonomía de tomar decisiones, incluso la de vivir. Vivir así, no es un deber, ser libre sí lo es y en esa medida puede proyectar su vida,

⁶Carlos Fernández Sessarego. El Derecho y la Libertad como proyecto. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16375>

⁷“...pienso, luego soy; ésta es la verdad absoluta de la conciencia captándose a sí misma. Toda teoría que toma al hombre fuera de ese momento en que se capta a sí mismo es ante todo una teoría que suprime la verdad, pues, fuera de este cogito cartesiano, todos los objetos son solamente probables, y una doctrina de probabilidades que no está suspendida de una verdad se hunde en la nada; para definir lo probable hay que poseer lo verdadero. Luego para que haya una verdad cualquiera se necesita una verdad absoluta; y ésta es simple, fácil de alcanzar, está a la mano de todo el mundo; consiste en captarse sin intermediario. En segundo lugar, esta teoría es la única que da una dignidad al hombre, la única que no lo convierte en un objeto”. Jean Paul Sartre *El existencialismo es un humanismo*

también su muerte. La libertad, empero, es también un bien que puede ser limitado, de hecho, el ser humano se limita en su libertad para no hacer daño a otros, el Estado es un límite a su libertad, pero es también garante de ella. Al ser límite y garante, es posible que legisle, o decida mediante actos concretos esos límites y, estos son excepcionales.

El dolor

100. El sufrimiento físico o psicológico puede generar un dolor trascendente, esto es que afecte a la condición humana misma, a la dignidad. Frente a ello es un derecho el no sufrir ese dolor, sea por causa de un tercero, del Estado, de una situación estructural o de su salud.

“La vía negativa a la que se refiere Vásquez supone entender que la dignidad lo que viene a fijar es algo así como un “umbral mínimo”, ciertos “mínimos inalterables” vinculados con “nociones negativas” como las de privación, enajenación, vulnerabilidad o incapacidad y que podrían resumirse en esta fórmula: “no ser tratado con crueldad, ni con humillación”.

Aclara además que, si enfatiza la vía negativa, es porque “quizá los liberales hemos puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía”, lo que supone haber descuidado “la otra cara del liberalismo”, lo que Judith Shklar llamo “el liberalismo del miedo” y que significa precisamente la ausencia de temores, o sea, de nuevo el “ser tratados sin crueldad y sin humillación”⁸

101. Los seres humanos tenemos claro que, la enfermedad es sinónimo de dolor y más que eso, es la referencia más cercana al final del ciclo vital. Si bien la salud, es también un concepto no pacífico y discutible, todo ser humano, percibe que la falta de salud es la puerta que se abre a la muerte. Así, todo ser humano tiene ante sí dos opciones; la curación o la muerte. La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso, que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. Una percepción kafkiana. Así, no solo es la falta de razón, la que generaría una pérdida efectiva de dignidad, sino la percepción clara por medio de la razón, de que no es posible hacer uso de su libertad para seguir viviendo de una manera que espera. El dolor, no es solo dolor físico.

102. En el caso de Ana Estrada, puede verse que narra una progresiva pérdida de sus afectos; como la pérdida de su intimidad, la pérdida de los momentos de estar a solas consigo misma y con sus pensamientos, el dolor físico que causan las “atenciones” e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una “carga” para su familia, la pérdida de sus amores y deseos truncos y seguramente una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. Entonces con lo poco que le queda, precisamente de esa libertad que está perdiendo, pide justicia, lo que para ella significa, poner fin, en determinado momento a esa paulatina pérdida de dignidad.

Consideramos así que, esta es una razón para que la justicia exista. El Estado, solo puede respetar ese acto de rebeldía frente a la ley. El Estado no puede dejar de tener piedad⁹.

⁸Atienza, Manuel. Un Comentario sobre el concepto de dignidad. En: Entre la libertad y la igualdad. Ensayos sobre la obra de Rodolfo Vásquez T I. Inst. de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica N° 806. México 2017

⁹En la acepción jurídica de sentimiento de compasión misericordia que produce alguien que sufre o padece, distinta a la acepción religiosa de obediencia de los mandamientos.

103. El suicidio (la tentativa), no es sancionado en las normas positivas, es impune. Si bien la moralidad religiosa de un sector, rechaza este acto, de manera absoluta como una irreverencia a quien la otorgó, sin embargo, hay otro sector y una teoría que admite o deja al debate en determinados casos, precisamente con base al uso de la libertad y la dignidad. Nuestro Estado laico, el sistema jurídico Constitucional de valores cuyo elemento central es precisamente la libertad y la dignidad, tiene una misión más allá del punto vista religioso y es de la parte que nos ocupamos primero, esto es, la de hacer justicia ante el reclamo de una persona.
104. Habíamos dicho que, la medida de esa vida digna es la propia persona. La medida de la intimidad, (un elemento de la dignidad), la puede dar solo la misma persona. En la actual sociedad de masificación de medios, muchas personas exponen sus vivencias en los medios y redes sociales, unos más que otros y el grado de exposición, solo lo pueden dar esas mismas personas, es decir, que cada quien expone lo que considera aceptable y no publica lo que considera su intimidad. Así, solo puede reclamar y proteger el espacio que la misma persona no expuso. De hecho, tiene derecho a proteger ese grado de intimidad que la misma persona considera tal. Ana Estrada reclama estar un tiempo a solas, pues considera que, tener una persona que la cuide las veinticuatro horas al día, implica también que se restrinja o elimine su intimidad, pero hay otra parte que expone, en redes sociales, en medios de comunicación; habrá una parte que aún considera que es su intimidad y tiene derecho a proteger ese espacio, aunque minimizado, es parte de su intimidad y es una circunstancia de afectación a su libertad. De ello podemos concluir que aun el tratamiento en su favor, puede tener una consecuencia que afecte otro derecho, que en algún momento puede ser más apreciable o importante.
105. De este modo, podemos concluir válidamente que, existe el derecho a una vida digna, que tiene como base a la libertad y autonomía; empero, la misma validez de este concepto, implica que exista el derecho a proyectar su vida y en ese proyecto pensar en su final, lo que la demandante considera; una muerte digna. Algunos podrían entenderla, como una muerte natural, una muerte heroica, una muerte trascendente, tal vez sólo una muerte sin sufrimientos de cualquier tipo; es decir libre, como la queremos la mayoría de los mortales. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad, sostiene el derecho a concluir la vida, si la vida carece de dignidad, de morir cuando aún la vida es digna o de no pasar una situación de indignidad que arrastre a la muerte indefectiblemente.
106. En el acto de audiencia, se le preguntó a la demandante a cerca de su estado de salud mental y de ser el caso, de su tratamiento psicológico y psiquiátrico, a fin de determinar con claridad, si esta percepción de indignidad tenía bases en el razonamiento que ella tiene sobre su estado de salud o si independientemente de esas bases fácticas, subyace una condición psicológica únicamente; pues puede considerarse que algunas personas, por cualquier causa, prefieren seguir viviendo a pesar del dolor y deterioro. Es decir que, es preciso distinguir la percepción basada en una situación específica y de dolor o limitación física, causante del sufrimiento; respecto de una patología psicológica, (depresión), que conduzca al deseo suicida.
107. Nuestra legislación, (nuevamente), no distingue entre el suicidio por causas patológicas de la psiquis, respecto de condiciones reales y objetivas que determinen alcanzar el *derecho* que en esta parte hemos considerado. Empero, está claro que el deseo suicida por causas patológicas, a lo que tiene derecho, es a un tratamiento. Una persona que, padece de una enfermedad momentánea o incluso reiterada de acabar con su vida, por

causas atribuibles a una patología, luego de un tratamiento, posiblemente agradecerá a quien lo haya acudido en su momento de crisis, cuando haya vuelto a su normalidad. La autopercepción, en este caso no tendría bases para acceder a un nivel de derecho a acabar con su sufrimiento por medio de la muerte, sino por medio de un tratamiento. En caso de que la afectación psíquica no tuviera tratamiento efectivo, igualmente, ese deseo suicida no es atendible como un derecho, en tanto, la voluntad, la libertad, está afectada de una distorsión por la enfermedad que afecta precisamente su razón y su voluntad, que como hemos dicho, es la medida de su libertad y de su dignidad. Como tal, no es propiamente expresión de su voluntad. En tales casos es, además, sancionable, la asistencia al suicidio, aun cuando reúna las condiciones de piedad y petición de parte.

108. La demandante sostiene como el derecho a “... *decidir de manera informada y expresa, controlar el fin de la vida debido a dolores incurables y condiciones de deterioro que vulneran la dignidad de quien padece una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva*”, añade que, este es un derecho que si bien no está inscrito en el listado de derechos constitucionales en la Carta de 1993, ello no impide que se le considere como tal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3° de la Constitución que establece la *cláusula de numerus apertus* o lista abierta, de derechos constitucionales al ser, la muerte, una fase esencial de la vida misma, que no es posible mantenerse inerte ante ella, cuando la vida no merece la pena vivirla, lo que implica solo reconocer la autonomía del individuo, de decidir su propia existencia con dignidad. Argumenta además que “... *la norma constitucional que exige al Estado proteger la vida frente a privaciones arbitrarias no se contraponen al reconocimiento del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas*”. Sostiene que se trata de un derecho que puede ejercerse solo en condiciones específicas y extraordinarias, donde se busca efectivizar el último espacio de libertad disponible en el cuerpo y su vida, cuando prolongar la vida significa una afectación irreversible a su dignidad y una forma de trato cruel.
109. Uno de los procuradores sostiene que, el hecho de no haberse demostrado que Ana Estrada padezca de *dolores intolerables*, sería fundamento para no inaplicar la norma, en el entendido de que solo se trata de dolor físico. En efecto, Ana Estrada no ha manifestado que padezca de dolores insufribles o intolerables, lo que padece es de una enfermedad incapacitante, lo cual sí es físico. Está perdiendo paulatinamente la capacidad motora y algunas capacidades orgánicas, que algunas intervenciones como la gastrostomía son dolorosas en algunos momentos, pero no es lo que describe como insufribles. Así, según el procurador, no se cumpliría taxativamente con la parte del texto legal que dice, “... *que lo solicita de manera expresa y consciente poner fin a intolerables dolores*...”. En caso fuese válida la interpretación del Procurador que solo puede aplicarse este artículo en caso de *dolores (físicos), intolerables*, deberíamos interpretar, a *contrario sensu*, que en caso de que no existiesen dolores, el homicidio piadoso no es punible, como lo es el suicidio, por falta de tipicidad. Esta judicatura entiende así, sin que ello sea analogía, o interpretación extensiva, que cuando la norma dice *dolores*, se está refiriendo a la sensación íntima de sufrimiento. El dolor finalmente puede ser intolerable para algunas personas más que para otras, frente a una misma lesión y los analgésicos pueden evitar significativamente el dolor, aunque en algunos casos implique afectación de otras sensaciones y de la conciencia.

Homicidio piadoso.

110. Se ha solicitado la inaplicación del artículo 112 del Código Penal cuyo texto dice:

El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Es en efecto una norma autoaplicativa; no requiere acto adicional o reglamento que viabilice su aplicación. En caso una persona, especialmente un médico, (responsable de su cuidado), realice tal acto, será pasible de procesamiento y sanción de oficio.

111. Habíamos señalado antes que, no se trata de un caso ya consumado donde, por ejemplo, un médico a quien se le imputa el hecho típico, haya interpuesto un Amparo. En este caso, es la propia persona que pide ser asistida en la consumación de su muerte quien solicita la inaplicación para su cooperante. Así, el acto, no está consumado, es futuro y no inminente, (en el sentido de próximo en el tiempo), más bien condicionado a la estimación de su pretensión y a su propia voluntad. Sin embargo, de acogerse la pretensión, en el sentido de que estimar el derecho a morir por voluntad propia, pero con ayuda, es ineludible pronunciarse sobre este extremo; pues no tendría sentido considerar que la muerte digna es un derecho y al mismo tiempo, aplicar la sanción a quien ayude a cumplir ese derecho.

Empero, es preciso tener en cuenta que no se trata de un caso consumado, más bien, se solicita su inaplicación para el caso futuro pero factible, de lo que considera el cumplimiento de su derecho a la muerte digna.

112. La demandante sostiene así que, es una norma cuyos *efectos jurídicos crean una situación inconstitucional que impide el ejercicio del derecho fundamental a decidir las circunstancias en las que la señora Ana Estrada Ugarte desea tomar control sobre su vida y poner fin a sus sufrimientos intolerables que experimenta producto de la enfermedad que padece*. Ello, en tanto impide a los profesionales médicos ejecutar el procedimiento médico cuando ello sea factible y así lo decida, que también impide una regulación sanitaria al respecto, por lo que considera procedente. Añade que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin consentimiento previo y como tal tiene derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa, de acuerdo a la Ley general de Salud, lo que constituye el reconocimiento del derecho a la autodeterminación y de tomar una decisión consentida e informada, pero que además, implica que el Estado asume el reconocimiento de que su deber de proteger la salud y la vida de las personas es desplazado por el derecho a la autonomía del individuo, pasando del modelo de beneficencia de la ética médica al modelo de la autonomía que toma a la persona, como la más capacitada y legitimada para decidir en base a sus valores y creencias personales. La regla señalada solo tiene como excepción los casos de emergencia, donde no es necesario recabar el consentimiento informado del paciente o cuando existe riesgo comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública, lo que implica que este derecho tiene su límite en el derecho de los terceros.

113. Reitera que, su pedido no es que la dejen morir rechazando los tratamientos requeridos en su caso, sino que el Estado le permita controlar y decidir en uso de su autonomía y en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, así como a su derecho a no recibir tratos crueles e inhumanos y que, para la materialización de ello, requiere que la participación de terceros, no sea criminalizada.

Cita el caso de la Sentencia 970-14 del Tribunal Constitucional de Colombia, donde se dispuso la creación de comités cuyas funciones fuesen las de acompañar a la familia y al paciente en ayuda psicológica, médica y social para que la decisión no genere efectos negativos, atención que debe ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento, mediante Comités de tipo científico – interdisciplinario para el derecho a Morir con Dignidad, como garantes de todo el procedimiento.

114. Vamos a recoger de la demanda, también las definiciones; teniendo el concepto de: A. Suicidio asistido o auxilio al suicidio, como la acción del tercero que, sin contribuir a la formación de voluntad del suicida, lo ayuda a que se concrete. Distinto a la instigación al suicidio donde el tercero “siembra la idea”, penalizado en el artículo 113 del Código Penal. B. La eutanasia; que supone la intervención de un profesional médico a petición expresa del paciente que padece de enfermedad incurable y que procura poner fin a sus dolores. C. El homicidio piadoso, tipificado en el artículo 112 del Código Penal como delito a el que por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente poner fin a sus intolerables dolores, D. cuidados paliativos. “*un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes (adultos y niños) y sus allegados cuando afrontan los problemas inherentes a una enfermedad potencialmente mortal, planteamiento que se concreta en la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la detección precoz y la correcta evaluación y terapia del dolor y otros problemas, ya sean estos de orden físico, psicosocial o espiritual*” y E. Muerte en condiciones dignas: *Acorde a la Corte Constitucional de Colombia, es un derecho que garantiza que, “luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, lapersona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos”.*

El tipo penal cuestionado, en la doctrina.

115. Existe ya un largo debate en sede nacional sobre este artículo, donde los juristas, se han mostrado mayoritariamente críticos. Así; para Javier Villa Stein¹⁰, este tipo penal se incorpora en el Código Penal de 1991 y considera que:

“Al codificador se le pasó por alto la eventual anticonstitucionalidad del tipo penal creado pues la Constitución de 1979, consagraba en su Art.2 él «derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad» y este derecho de rango constitucional, se ve atacado en la hipótesis de una agonía o muerte indigna. Respecto de la Constitución de 1993, ocurre otro tanto, pues en este caso se colisiona el tipo penal del homicidio pietista, con lo dispuesto. Con el Art. 1 del estatuto peruano que consagra «la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» pues se mata por piedad y en precisa salvaguarda de la vida y muerte digna, este acto de supremo amor no puede ser castigado sin caer en la inmoralidad y la estupidez. El artículo 2 del estatuto peruano asimismo defiende el libre desarrollo de la persona, derecho que igualmente se pone a salvo en la dogmática, pero justa hipótesis del homicidio por piedad”.

El ex Juez hace además un análisis y recuento de las distintas figuras que pueden darse dentro de este artículo del código penal, sobre las que también nos ocuparemos más adelante, para determinar los casos de interpretación conforme a la constitución o en contra de la misma, a fin de determinar su inaplicación. Es de notar también que concluye con un breve comentario sobre el principio de oportunidad y su aplicación al caso.

¹⁰VILLA STEIN, Javier. DERECHO PENAL Parte Especial I-págs: 125 – 136. ED. SAN MARCOS, Primera edición Lima 1997

116. Es interesante un artículo de Reyna Alfaro¹¹, por el recuento que hace de los juristas peruanos y su posición u omisión al respecto, denotando la tendencia mayoritaria por la descriminalización; citando a Salinas Siccha, Villavicencio Terreros, Villa Stein, Chirinos soto, Bramont Arias, García Cantizano y Momethiano Santiago; el autor por su parte sostiene:

“Justamente la configuración de una especie de deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular colisiona con el principio de dignidad de la persona. La configuración constitucional del derecho a la vida no se limita a reconocer el derecho a vivir en términos estrictamente biológicos, si no que comprenden de las condiciones de vida que, en un Estado de derecho, deben necesariamente ser compatibles con el principio de dignidad de la persona. Esta configuración constitucional del derecho a la vida, por otra parte, no puede vincularse a determinadas concepciones religiosas que propugnan la santidad de la vida...”

Más adelante, sobre el bien jurídico; vida y su disponibilidad dice:

“La calificación de la vida humana como bien jurídico absolutamente in disponible 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”.

117. Resultan también importantes las consideraciones técnicas de este tipo penal, al señalar que su principal elemento es que es un homicidio a petición, sea de su forma activa o pasiva, es decir, por acción directa u omisión del acto necesario para que siga con vida y que determine el alargamiento de la vida, siendo que, para el autor, estos casos no serían típicos, puesto que no se provoca la muerte ni se adelanta la misma, solo se hace más tolerable. Precisa que el único sujeto pasivo del delito, es un enfermo incurable, que sufre intolerables dolores y excluyendo a las enfermedades psíquicas, puesto que resulta discutible establecer que la expresión de voluntad se hace en estado de conciencia. Ello implica además que el consentimiento es necesariamente expreso. Precisa además que:

El móvil es indudablemente el piadoso que es uno de los sustentos del menor desvalor de la acción que justifica la menor carga punitiva del homicidio a petición, relacionado a la menor peligrosidad del autor en relación al homicida ordinario. No obstante, conviene recordar —con Eser— que la mayoría de ordenamientos jurídico-penales considera irrelevante el motivo del autor para realizar el homicidio, en la medida que lo realmente trascendente es la petición expresa de morir de la víctima.

118. Asimismo, se puede comprobar que, es solo desde el actual Código Penal que se tipifica este acto como delito; esto es que más antes fue un acto no punible, pues el texto del anterior código de 1924 dice:

*Código penal de 1924. Art 157. El que por **móvil egoísta** instigare a otro al suicidio o lo **ayudare a cometerlo**, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado, con penitenciaría o con prisión no mayor de cinco años.*

Se observa así, que se sanciona solo el *móvil egoísta*, no el móvil piadoso que, al no nombrarse, se entiende que no es punible, por el principio de legalidad y tipicidad penal.

¹¹REYNA ALFARO, Luis Miguel. Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. Bol. Mex. Der. Comp. [online]. 2009, vol.42, n.124 [citado 2021-02-16], pp.235-251. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873.

119. Un artículo más extenso y muy interesante es el de Claus Roxin, con una detallada tipología de la eutanasia y figuras relacionadas, que incluyen el tipo penal del caso que nos ocupa. Esta resolución no pretende ser un recuento de lo señalado por estos juristas, por lo que tomamos de este artículo únicamente la Toma de posición, en tanto considera que:

“Por otro lado, aún hoy en día no pueden ser controladas suficientemente todas las situaciones de profundo padecimiento (65); y suceden realmente casos en los que existe un deseo de morir apremiante y comprensible como lo demuestran sobradamente los ejemplos ya expuestos extraídos de la jurisprudencia. Pero se debe tener presente que, de acuerdo con el Derecho alemán –a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los Ordenamientos jurídicos extranjeros–, la complicidad en el suicidio siempre ha sido impune. La forma de intervenir desarrollada por Hackethal (vid. supra E I) permanece bajo el Derecho vigente como la última salida posible, cuando fracasan todos los medios para hacer superfluo el inaplazable deseo de morir. Si en un caso de esta naturaleza quien desea morir bebe por sí mismo el vaso cuyo contenido le depara una muerte plácida, sólo él ha dado el último paso. Esto me parece siempre más tolerable que un homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado.

Si se tiene esto en cuenta, únicamente subsisten raros y extremos supuestos en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa, por encontramos con una persona deseosa de morir por estar mortalmente enferma y padecer graves sufrimientos, que ni puede ser liberada de sus padecimientos ni está en situación de poner fin a su vida por sí misma. Así, esto puede suceder con una persona completamente paralizada y amenazada por una muerte por asfixia. Me parece que un caso como el resuelto por el Tribunal de Ravensburg (supra D I 4) pertenece a esta categoría. El marido, que en este caso proporcionó la muerte a su mujer mediante la desconexión de un aparato de respiración artificial, tampoco habría merecido pena alguna si, en vez de la interrupción técnica del tratamiento, hubiera recurrido a su muerte directa”¹².

Nótese que el jurista considera que es más tolerable el suicidio por mano propia que el “homicidio ajeno legalmente institucionalizado y procedimentalmente regulado”; sin embargo, considera que en el caso en el que la persona, siendo víctima de sufrimientos desmedidos y deseosa de morir, no puede poner fin a su vida por sí misma, que sería el caso que nos ocupa, dice que este sería un caso “en los que quepa practicar legítimamente una eutanasia activa”.

120. Frente a estas posiciones existen por supuesto, opiniones en contra en la doctrina, basadas fundamentalmente en el valor de la vida como bien absoluto y respecto del cual, diremos que está claro que, la vida, como todo derecho, tiene límites, en nuestra constitución, tales como la pena de muerte en caso de guerra exterior y la defensa propia y situaciones no punibles, como el suicidio, el duelo, el aborto terapéutico, la defensa propia y la acción necesaria de la policía, (actuación conforme al deber). Aun así, es posible defender el fundamento, señalando que dichos límites, debieran ser abolidos. Esta judicatura, al respecto, debe expresar que, no es posible en esta resolución hacer una toma de posición sobre todos los extremos, puesto que no son materia de esta causa, no han sido expuestos por las partes y no es preciso hacer un ejercicio académico, pues precisamente ese es el límite de una decisión jurisdiccional,

¹²Roxin Claus. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA EUTANASIA. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. El Criminalista Digital. Núm. 01 | Núm. 02 | Núm. 03 | Núm. 04 | Criminet | <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=210835>

esto es, el de no hacer pronunciamientos sobre temas que no son puestos a consideración del Juez.

121. Debemos entender así, en relación al caso en concreto que, sobre la base de lo expuesto por la doctrina, la eutanasia en un caso como el de Ana Estrada, más que un homicidio piadoso, como lo denomina el tipo penal en cuestión, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo; ello, teniendo en cuenta que, si no se le hubiera aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella tal vez, ya habría fallecido. Estos tratamientos eran necesarios, los ha deseado y aceptado ella misma, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria; pero, llegado un momento en el que se ofende a su propia dignidad y sin tener al otro lado una real posibilidad de curación y de vida digna; solo se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano. El estado vegetativo, y sus similares clínicos, no son *estados naturales*, dicen los médicos.
122. De otro lado, tenemos presente que, el debate también se ha dado en sede legislativa, así, se tiene conocimiento de la Página Web del Congreso de la República que, el 04 de marzo del año 2015, se presentó un Proyecto de Ley N° 04215/2014 CR, *Ley que despenaliza el homicidio piadoso y declara de necesidad pública e interés nacional la implementación de la eutanasia*, proyecto que no tuviera éxito en el trámite parlamentario. Así mismo, se ha tomado conocimiento por medios de comunicación públicos, que se habría presentado un nuevo proyecto de ley, recientemente, cuyo trámite apenas inicia. No es posible, para esta judicatura, empero, esperar o suspender el proceso, en relación al anterior ni al nuevo proyecto de ley, por las razones que hemos señalado en la primera parte de esta resolución.

La doctrina del doble efecto (PDE).

123. En el debate de la eutanasia, se ha tomado, reiteradamente, como criterio de su fundabilidad, (o infundabilidad), el principio o doctrina del doble efecto. Es de verse que, este principio, se usa extensamente y en diversos grados. En el presente caso, nos guiaremos de Alejandro Miranda Montesinos¹³. Este Principio o Doctrina, nace de la situación en que, para conseguir un determinado fin o efecto bueno, se producirá un efecto malo, dependiendo de la proporcionalidad de uno y otro; es lícito o no, ese acto. La doctrina viene desde Grecia, pasando por los filósofos escolásticos, Santo Tomás de Aquino y vuelve a aparecer entre la moral y el derecho del Common Law del siglo pasado, siendo un hito el caso *Vecco vs Quill* de 1997, en la Corte Suprema de Estados Unidos.
124. En nuestro medio, los denominados límites o excepciones al derecho a la vida, pueden fundamentarse precisamente en este principio, tales como la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, el aborto terapéutico y la praxis médica. En efecto, los médicos a menudo se ven en esta disyuntiva, pues un medicamento alivia o cura un mal, pero tiene efectos secundarios nocivos, donde tendrá que contemplar la proporcionalidad de efecto secundario, si el efecto, secundario es insignificante, el criterio de proporcionalidad, será sencillo, pero a medida que el riesgo o mala consecuencia se incrementa, se inicia el debate sobre la punibilidad. Así, es necesario

¹³Miranda Montesinos, Alejandro. FILOSOFÍA DEL DERECHO. EL PRINCIPIO DEL DOBLE EFECTO Y SU RELEVANCIA EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO. Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3, pp. 485 - 519 [2008]

distinguir entre lo directamente voluntario y lo indirectamente voluntario; esto es, lo que se quiere alcanzar, (fin) y aquellos efectos colaterales que se debe o puede prever, pero que no es el fin ni el medio. En consecuencia, no es responsable, de todos los efectos malos por igual, sino que existe una diferencia entre lo que se pretende y aquello que solo se prevé y será medido en proporción a la importancia de la finalidad de su acción, frente al mal causado.

125. El efecto malo, que *prima facie* sería imputable *ad culpam* al agente por haber sido causado a sabiendas, deja de serle así imputable "consideradas todas las cosas". El principio no opera, pues, como una causa de excusa, ya que el efecto malo no es causado involuntariamente. Tal efecto es considerado en la deliberación que precede a la elección de la acción, y el agente tiene la posibilidad física de evitarlo, absteniéndose de realizar esa acción. Por eso es voluntario. Pero no lo es directamente, porque no es considerado como una razón para la acción, es decir, no es el efecto malo la razón por la que el agente hace la elección que hace. En este sentido, debe decirse que el efecto malo no es querido o buscado por sí mismo, pero sí es deliberadamente aceptado.
126. Esta doctrina establece condiciones para su admisibilidad:
1° que el fin del agente sea honesto; 2° que la causa sea en sí misma buena o al menos indiferente; 3° que el efecto bueno se siga de la causa [al menos] con igual inmediatez que el malo; 4° que el efecto bueno al menos compense al malo". A su vez, si se cumplen simultáneamente los dos requisitos siguientes: (i) que el efecto malo no se busque ni como fin ni como medio; y (ii) que exista una razón proporcionalmente grave para aceptarlo. En *Summa theologiae*, (II—11, q. 64, a. 7, c,) donde expone las razones para probar que no es ilícito a alguien matar a un hombre en defensa de sí mismo.
127. Dice allí santo Tomás que "nada impide que un solo acto produzca dos efectos (duos effectus), de los cuales solo uno sea intencional (sit in intentione) y el otro esté fuera de la intención (praeter intentionem). Tal cosa es precisamente lo que sucede en el caso de la defensa occisiva, pues "del acto de alguien que se defiende a sí mismo pueden seguirse dos efectos (duplex effectus): uno, la conservación de la propia vida; otro, la muerte del agresor" Ahora bien, para que la defensa sea lícita es necesario que exista una debida proporción entre la acción y su fin, ya que "un acto que proviene de buena intención puede hacerse ilícito si no es proporcionado al fin (proportionatus fini). El agente debe estar más obligado a conseguir el primero que a evitar el segundo:
Francisco de Vitoria, recoge la distinción entre matar per se (o ex intentione) y matar per accidens (o praeter intentionem) y recurre a ella, en su tratamiento del *ius in bello*, para justificar la aceptación de bajas civiles como efecto colateral de acciones bélicas.
128. Se da un debate sobre si existen bienes o derechos absolutos, John Finnis, dice que; una doctrina de esta naturaleza elimina por su base la posibilidad de que existan derechos humanos absolutos (como el derecho a no ser privado directamente de la vida como medio para ningún fin ulterior, y otros que constituyen la garantía de la dignidad de las personas), ya que, según ella, no hay formas de tratar a un ser humano respecto de las cuales se pueda decir que, cualesquiera que sean las consecuencias, nadie debe ser jamás tratado de esa forma.
129. El juicio de proporcionalidad o la ponderación no puede medir o comparar bienes de manera simple. Alguien puede defenderse matando a cinco agresores; y la madre puede someterse a la quimioterapia a pesar de que espere mellizos. Dos muertes no son peor ni mejor que una.

130. Así, en la sistematización común de estos autores se dice que la causa o razón excusante (*i.e.*, *el efecto bueno*) debe ser tanto mayor cuanto: (i) *más grave es el efecto malo*; (ii) *más próximo es el efecto malo*; (iii) *más seguro es que se seguirá el efecto malo*; y (iv) *mayor es la obligación de impedir el efecto malo*.

Si el militar, sin otra razón, elige la bomba de mayor potencia, eso no puede ser sino señal de que intentaba la muerte de los civiles, a lo menos como fin secundario o suplementario de su acción. Por el contrario, la falta de proporción entre el efecto bueno y el efecto malo no implica necesariamente que el agente intente el efecto malo.

De lo glosado, sobre las tesis este autor, Alejandro Miranda, podemos concluir que; desde la decisión que un médico toma para recetar a un paciente un medicamento con efectos adversos, hace una valoración del bien que decide proteger, considerando en este caso que, el efecto adverso es menor o más soportable, frente al beneficio que se pretende lograr; de ello pasar a la valoración del excesivo sufrimiento, frente a una vida indigna, es cuestión de asumir cuál es el bien de menor valor y por tanto a sacrificar.

El principio del doble efecto y la eutanasia.

131. Se distingue la eutanasia voluntaria y el suicidio médicamente asistido, cuyo objeto es matar al enfermo para poner fin al sufrimiento; de la sedación terminal o los tratamientos paliativos del dolor que pueden acortar la expectativa de vida, pero que busca únicamente aliviar su dolor, aunque en ellas el agente prevea el efecto colateral muerte. John Finnis¹⁴ dice que, existe una diferencia moral y jurídica fundamental.

132. En los casos Rodríguez vs. British Columbia (1993) y Vacco vs. Quill (1997), las Supremas Cortes de Canadá y de los Estados Unidos, respectivamente, apelan a la distinción entre intención y efecto colateral para justificar el distinto tratamiento que da el Derecho a la eutanasia o al suicidio asistido, por una parte, y a los tratamientos paliativos que aceleran o pueden acelerar la muerte, por la otra.

133. Un debate adicional es la determinación de la intención, pues bajo esta doctrina, el juicio de proporcionalidad mide el efecto más que la intención.

El principio del doble efecto en la protección constitucional de los derechos fundamentales es de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales. En el moderno derecho constitucional, el principio de proporcionalidad, tiene su antecedente, en esta doctrina del doble efecto.

Un ejemplo fue el caso de dos personas que cuestionaban la prohibición de drogas, alegando que era parte de su rito religioso; sobre lo que la suprema Corte de EEUU resolvió que si la intención de la prohibición, no estaba dirigida a afectar la religión, pero esta tenía un efecto colateral, no había afectación de le Primera enmienda que protege el derecho de culto.

134. En otro artículo¹⁵ el mismo autor hace una más extensa explicación con aplicación del principio de dignidad humana, considerando que, si bien hay una faz prohibitiva de este

¹⁴(Finnis J. Intention and Side Effects. En: Frey R, Morris C, editores, Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals, Cambridge: Cambridge University Press, 1991; 32-64. (cita del autor Miranda Montesinos)

¹⁵Alejandro Miranda Ma. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. Revista médica de Chile. Rev. méd. Chile vol.140 no.2 Santiago feb. 2012 <http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872012000200017>. Rev Med Chile 2012; 140: 261-265

principio, según la cual, existen derechos absolutos, que siempre estará prohibido afectar, empero existe una faz permisiva. Así, en el ejemplo del homicidio, esta teoría vendría a decir que se viola la dignidad humana en el homicidio del inocente y, es siempre injusto, si esa muerte es un efecto colateral previsto de lo que el agente elige.

135. Una posición que niegue tanto el consecuencialismo como la faz permisiva del PDE sólo podría decir que el homicidio, como acto siempre prohibido, consiste en (a) realizar una acción positiva de la que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente, o en (b) optar por un curso de acción (acción positiva u omisión) del que se sigue previsiblemente la muerte de un ser humano inocente.

Sin embargo, una norma absoluta que prohíba (b) debe descartarse, pues es imposible de cumplir. Así, un médico que sólo puede salvar la vida de la madre con una acción de la que se sigue la muerte del feto, y viceversa, sería necesariamente culpable de homicidio, lo que es absurdo. Una prohibición absoluta de (a) no produce tal incoherencia, ya que siempre puede cumplirse mediante la omisión. Con todo, cabe objetar que la distinción acción/omisión sólo implica diferencias en el orden de la causalidad física, por lo que no hay razones para sostener que un agente, obligado *prima facie* a evitar dos efectos colaterales malos, esté siempre más obligado a evitar el que resulta de su acción que el que resulta de su omisión, cuando la acción con la que impide uno es la causa del otro. Todo dependerá, aquí, de la razón proporcionada para actuar. En cambio, la distinción; *intentado/colateral* implica diferencias en la voluntariedad, que es de donde fluye la moralidad de los actos humanos, pues los actos se consideran humanos o morales en la medida en que son voluntarios. De ahí, pues, que sea ésta la distinción moralmente relevante para fijar el alcance de una norma moral o jurídica absoluta como la que prohíbe el homicidio.

Considera además que un rigorismo absoluto limitaría inclusive los tratamientos paliativos, pues de esa acción puede preverse la muerte del inocente, incluso como efecto colateral

136. De lo expuesto, podemos decir que; en principio es válido tomar esta doctrina para analizar la licitud del suicidio asistido, en tanto, la prohibición absoluta anularía derechos como la dignidad, la autonomía y la libertad, los mismos que deben incluirse en la mensura de la proporcionalidad, considerando además que no existe, como ya hemos señalado derechos absolutos y que el derecho a la vida, igualmente tiene límites o situaciones de excepción, en la legítima defensa, la actuación conforme al deber de la policía, la guerra, la pena de muerte y aún en los casos del inocente, como la acción terapéutica de efectos nocivos, el aborto terapéutico o situaciones límite, como el ejemplo en el que un salvavidas debe escoger entre dos personas que se están ahogando, sabiendo que dejar por unos minutos el otro, significará su muerte, así; preservar la dignidad, la libertad del solicitante, evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal o incurable, en determinados casos, puede significar también una excepción no punible.

Amicus Curiae. Proponen Cuidados paliativos.

137. Conforme resumimos en la parte expositiva, la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, propone que, en efecto, la muerte digna es un derecho, pero que, no debe confundirse la muerte digna con la eutanasia, pues a criterio de esta entidad, afecta el derecho fundamental, vida. Que, lo que en realidad es muerte digna, es aquella en la que no interviene un tercero, menos un médico en calidad de ejecutante, sino aquella en la que solo se procura evitar el sufrimiento de la persona en la última etapa de su vida.
138. Sobre este extremo debe tenerse presente que, acoger la propuesta de esta entidad, implicaría solo desestimar la demanda, pues **la demandante ya cuenta con cuidados paliativos**, con el Programa Clínica en tu casa de Essalud. Empero, debe considerarse que, siempre será una alternativa para la demandante. En efecto, la muerte digna. No es sinónimo de la eutanasia, pero, no puede considerarse que sea excluyente, conforme señalamos en otra parte, al señalar que no existen bienes jurídicos absolutos.
139. Otro elemento significativo del aporte de esta entidad es el debate ético de los médicos, tanto por el juramento hipocrático y el texto actual del Código de Ética y deontología del Colegio Médico del Perú, como por una eventual objeción de conciencia de algún médico y finalmente el debate jurídico, a cerca de la posible distorsión de la voluntad del solicitante, en relación a la enfermedad como condicionante. Respeto de la objeción de conciencia podemos decir, únicamente que, es una decisión respetable de toda persona, especialmente de un profesional, con base a sus criterios éticos, religiosos, ideológicos o de cualquier índole, por lo que, en caso de disponerse un cuerpo médico ejecutante, éste no podría ser obligatorio.
140. En cuanto a la distorsión o condicionamiento de la voluntad de la persona enferma, en efecto, todo entorno o situación personal influye necesariamente en la persona, en menor o mayor grado. Una persona saludable, tendrá una perspectiva distinta de la eutanasia, pues probablemente no se pondrá en la situación de ser la persona pasiva del hecho y aun cuando racionalmente lo hiciere, no tendrá la carga subjetiva que tiene una persona con enfermedad terminal, del mismo modo que, una persona cuyo familiar está en situación de ser pasible de una decisión de ese tipo. Sin embargo, son condicionantes también la ideología, la religión, la cultura, entre otros elementos aparentemente externos que se internalizan tanto en la persona que determinan sus decisiones. De hecho, en el caso de Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, se observa una posición inspirada en sus ideas religiosas. Ello es legítimo. Todas las personas que profesamos una religión posiblemente tomemos decisiones bajo influencia de nuestras creencias. Sin embargo, las personas en general, tenemos que tomar decisiones de todo tipo y en todas las circunstancias, por lo que no puede discutirse la validez de un derecho ni la licitud de un acto, bajo la subjetividad de que las ideas externas o las circunstancias propias puedan condicionarlas. Presumir una suerte de incapacidad de hecho a todas las personas en esas situaciones, sí sería una afectación de sus derechos. En el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad. Así, una situación de distorsión debe probarse. Lo que sí puede hacerse es asegurar de que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el Caso de Ana Estrada, viene acompañando esta causa y en un último escrito ha adjuntado una Escritura Pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y en relación a su decisión de ser asistida en caso que lícitamente le sea permitido. Esa decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.

Enfermedad terminal e ideación suicida.

141. En relación al cuestionamiento de la distorsión de la voluntad en el momento de la enfermedad, es preciso no solo hacer un ejercicio lógico, sino analizar estudios existentes sobre la materia a fin de no caer en solo conjeturas. En efecto, para fundamentar estas cuestiones, si bien los fundamentos parecen muy atendibles, empero, no son respaldados con prueba o data alguna. Ciertamente, no es posible ponerse en situaciones de laboratorio y muchas veces la propia información estadística puede presentar una faz que a primera vista respalda una posición o una tesis, sin embargo, el apoyarse en datos, resulta ser lo más cercano a una actuación probatoria, siendo que, tanto por las características del proceso de amparo, como por el tema en debate, no es posible hacer una actuación y debate probatorio en forma, respecto de cada uno de los elementos en cuestión y que otros temas son de puro derecho.
142. Así; no es posible, en esta causa, hacer un estudio, encuesta o actividad probatoria para determinar cuántas personas de una muestra pueden tomar una decisión en determinada situación de salud, respecto de la eutanasia asistida; nos permitimos tomar como referencia los estudios que sí existen sobre temas relacionados al suicidio en pacientes de enfermedades terminales, considerando este, como el escenario más cercano. Así, tenemos dos estudios, uno en Lambayeque y otro en Arequipa, sobre ideación suicida en pacientes terminales.

“Niveles de ideación suicida. Los pacientes con cáncer de mama en estadios III y IV, obtuvieron nivel bajo de ideación suicida, evidenciándose en un 100%

Niveles de ideación suicida según dimensión

Con respecto a las dimensiones de ideación suicida: actitud hacia la vida/muerte, proyecto de intento suicida y desesperanza, se evidenció 99 % en el nivel bajo y 1% en el nivel medio. En lo referente a la dimensión de pensamientos/deseos suicidas, fue el nivel bajo el cual obtuvo 100%

Apaza (2012) analizó la ideación suicida con la Escala de Beck en 95 pacientes con cáncer en estadios terminales que recibieron quimioterapia en el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas del Sur de Arequipa, evidenciándose que 29,47% de los pacientes presentan un nivel alto de ideación suicida. Asimismo, se encontró que las personas con edades comprendidas entre 30-60 años evidenciaron 25% de ideación suicida y los participantes entre los 65 y 80 años, 50% de ideación suicida; de los varones encuestados el 57, 14% presenta ideación suicida y las mujeres 42, 86%”¹⁶.

143. Otro estudio muestra:

Nuestro estudio obtuvo una prevalencia de ideación suicida de 9.8%, lo cual guarda congruencia con lo publicado por Hernández y cols (33) quienes refieren que la ideación suicida en pacientes con cáncer varía entre el 1 al 20%. A sí mismo la prevalencia de depresión en nuestro estudio fue del 45.4% dato que es coherente con el estudio publicado por García (34) donde menciona que la prevalencia de depresión en pacientes con cáncer oscila entre 4 a 58% dependiendo del estadio clínico de la población y de los instrumentos utilizados¹⁷.

144. Es preciso tener presente, las diferencias entre; depresión, ideación suicida, (pensamientos relacionados), intentos, (actos tendientes a eliminarse o autolesionarse), y suicidio propiamente dicho.

“En el Perú, se estima que el 25% de la población sufre de depresión, y que de estos un 15% es considerado como grupo de riesgo de suicidio; además, los motivos de la decisión suicida responden, en su mayoría, a conflictos de pareja y familiares (10-12). La tasa de suicidio ha aumentado de 0,9 en el año 2000 hasta 1,01 en el año 2009 por cada 100 000 habitantes (13,14), mostrando un crecimiento que

¹⁶ Laura Fiorela De la Rosa Quiñones¹, Daniela del Carmen Domínguez Castañeda, Marilía Sibebe Cortez Vidal. Ideación Suicida en pacientes con cáncer de mama estadios III-IV, Chiclayo, 3. Revista de Investigación Psicológica, versión On-line ISSN 2223-3032, Revista de Psicología N°22 La Paz 2019. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2223-0322019000200004&script=sci_arttext

¹⁷ Navarrete Velásquez Jean Pool Adrián., Depresión Asociado A Ideación Suicida en Pacientes con Cáncer. Tesis Para Optar el Título de Médico Cirujano. Trujillo – Perú. 2018

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/4276/1/REP_MED.HUMA_JEAN.NAVARRETE_DEPRESI%C3%93N.ASOCIADO.IDEACI%C3%93N.SUICIDA.PACIENTES.CANCER.pdf

podría seguir aumentando y que genera la necesidad de estudiar en profundidad sus factores asociados.”¹⁸

De una muestra de 405 personas con sintomatología depresiva, se encontró así que, el 56% no tenía conducta suicida, (ni ideación ni tentativas), un 23% sí tenía ideación suicida; un 10.1% había tenido una tentativa no grave y un 9.9% había tenido tentativas graves¹⁹.

Así, si comparamos las estadísticas de la población general, respecto de muestras en personas con enfermedades terminales, encontramos que, los grupos con depresión, ideación suicida y tentativas son relativamente similares o pueden variar significativamente, dependiendo del grupo, sexo, edad, etc. Esto es que, antes de que una persona pueda tomar una decisión, debería hacersele un examen de su estado de salud mental y en su caso, disponerse un tratamiento, antes que pueda tomar una decisión, como la que se solicita en esta causa.

Ética médica

145. El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, establece:

Art. 72° El médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico. Ha de entenderse portal, la adopción de medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso. El médico debe propiciar el respeto a las directivas anticipadas del paciente en lo referente al cuidado de su vida. El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona.

Art. 69° El médico debe rechazar toda solicitud u orden para actuar en contra de la dignidad, autonomía e integridad del paciente, sea que provenga de una persona natural o de una persona jurídica.

No son normas exactamente análogas al artículo 112 del Código Penal. Sin embargo, un médico que incurre en un acto contrario a las normas éticas, podría ser sancionado de acuerdo a su Estatuto. Asimismo, un médico por sus propios criterios éticos, podría negarse a participar de una petición como la de Ana Estrada, aun cuando lo ordenase un Juez e inclusive una ley dictada por el Congreso. Al respecto, deben considerarse dos elementos; a) No existe contravención de las citadas normas del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico, b) La participación de un Comité, como el que señala la demandante deberá tener una cláusula de reserva de identidad.

Respecto de las citadas normas debe considerarse, el extremo que se considera que contravendría es la frase: *El médico no debe realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona.* La Sociedad de cuidados paliativos considera que la asistencia en el suicidio, es una acción cuyo objeto directo es la muerte de la persona. La interpretación, sin embargo, debe tener presente el contexto legal externo, esto es que aún sin la norma ética; a) en la actualidad, ese acto es sancionado y debe entenderse que la norma ética se encuadra bajo ese contexto y b) aun con la inaplicación de la norma penal, podría decirse que no está salvada la norma ética, por lo que es preciso tener presente que, el otro extremo del contexto es que en esa norma ética, es evidente que está regulando la decisión independiente del médico, vale decir, sin que el paciente se lo solicite lícitamente, o cuando el paciente lo solicita por una ideación suicida patológica; empero,

¹⁸ Akram Hernández-Vásquez¹, a, f, Diego Azañedo², b, Juan Rubilar-González³, c, Bertha Huarez⁴, d, Leandro Grendas¹, e, g. Evolución Y Diferencias Regionales De La Mortalidad Por Suicidios En El Perú, 2004-2013. Rev Perú Med Exp Salud pública. <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n4/a21v33n4.pdf>

¹⁹ Susana Morales, Orietta Echávarri, Jorge Barros, María de la Paz Maino, Iván Armijo, Ronit Fischman, Catalina Núñez, Claudia Moya, Marietta Monari. Intento e Ideación Suicida en Consultantes a Salud Mental: Estilos Depresivos, Malestar Interpersonal y Satisfacción Familiar. Psykhe vol.26 no.1 Santiago mayo 2017 <http://dx.doi.org/10.7764/psykhe.26.1.939>. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-2282017000100006

si la petición, tiene un fundamento en otros bienes jurídicos que el médico no puede ignorar y que en determinada circunstancia, son de mayor valor que una vida disminuida y dolorosa que debe proteger, en cuyo caso la norma ética queda sin base lógica, pues no es lo mismo que un médico decida por sí y ante sí, aplicar la eutanasia, que, cumplir con la petición de un paciente, que lo hace lícitamente, en uso de una libertad no sancionada penalmente y en uso de derechos como su dignidad, su libertad y su autonomía. Esta es la principal razón por la que en esta resolución hemos sustentado ampliamente los criterios jurídicos, éticos y filosóficos del doble efecto y de los derechos fundamentales inmersos. En general, la eutanasia, es penalmente sancionable, éticamente inadmisibles, sin embargo, tanto penal como éticamente, es preciso hacer un análisis de proporcionalidad entre la acción solicitada y las circunstancias especiales de la persona enferma que generan una situación de no punibilidad. En adelante, haremos un análisis de los modelos de interpretación constitucional en los que se enmarca el criterio que se establece en esta resolución, los que incluyen normas de carácter ético.

146. Otro aspecto que debe ser evaluado es que, no hay un límite preciso entre el **encarnizamiento** y los cuidados paliativos. Ana Estrada ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día; sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. ¿Se puede calificar ello de cuidados paliativos o encarnizamiento progresivo? El médico así, tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos; el encarnizamiento y la eutanasia. Suprimir la respiración, finalmente podría significar una suerte de eutanasia con sufrimiento. Nuevamente, nos encontramos en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad.

Modelos de interpretación constitucional de la eutanasia y concretamente del suicidio asistido.

147. Tomamos como base la tipología elaborada por Fernando Rey Martínez²⁰, sobre este tema en el derecho comparado, y que propone cuatro modelos jurídicos, que los denomina; 1) de la eutanasia prohibida, b) de la eutanasia como derecho fundamental, c) de la eutanasia como libertad constitucional de configuración legislativa y de la eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección jurídica de la vida.

148. La **eutanasia prohibida**, es aquel sistema legal en el que existe una norma específica que lo prohíbe, que podría ser de nivel constitucional o legal. De manera que dentro del propio modelo pueden darse variantes y hasta contradicciones.

Como podemos ver, en el caso peruano, está en este modelo con ciertas contradicciones, pues existen los artículos 112 y 113 que prohíben el denominado homicidio piadoso y la instigación y ayuda al suicidio, sin perjuicio del homicidio como figura típica general, en la que en algunas veces pueden subsumirse diferentes formas de eutanasia; lo que formalmente equivale a una prohibición de la eutanasia. Es preciso, sin embargo, señalar que la Constitución Política no lo prohíbe expresamente, puesto que podría darse el caso en el que, en algún país, esté expresamente señalado en este nivel normativo. También tenemos presente que, la Constitución de 1993 en su artículo

²⁰Fernando Rey Martínez Revista. Eutanasia y derechos fundamentales. DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas – Ano IX – Nº 13- Novembro 2009. 13

1. Inc. 2° establece el derecho a la vida, sin que ello implique que, por ejemplo, el suicidio (Su tentativa) o el duelo sean penalizados; asimismo, en doctrina se entiende como límites al derecho a la vida, el caso de la guerra, la legítima defensa, (Const. art. 2 Inc 23), la actuación conforme al deber de un policía y la pena de muerte, (Const. art. 140), y finalmente la no punibilidad del aborto terapéutico, señalado en el artículo 119 del Código Penal. Así, no es posible interpretar, directamente de la Constitución que, el derecho a la vida sea un derecho absoluto.

149. **La eutanasia como derecho fundamental** y su fórmula legal; como modelo opuesto al anterior, también recoge en sus constituciones y otras normas el derecho a la vida como un derecho fundamental; sin embargo, se establece una relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad y a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y la valoración de la autonomía de la persona; derechos sobre los que se construye el derecho a la eutanasia, al suicidio asistido y a la eutanasia activa directa, (por mano de un tercero). Este modelo es acusado de permisivo y excesivo, que podría permitir el uso abusivo del derecho reconocido y que es el mecanismo abierto para la denominada pendiente peligrosa, donde la vida humana pierde su valor y el Estado, prioriza razones económicas inclusive, antes que la vida humana, al establecer razones de costos de los tratamientos paliativos u operaciones que podrían prolongar la vida. Ciertamente, las acusaciones más graves, no han sido probadas fácticamente, pero está claro que, es el modelo opuesto a la prohibición de la eutanasia y el suicidio asistido. Es importante tener presente que, en este modelo, existe una abundante y estricta legislación y presencia de la acción del Estado en su procedimiento y ejecución, así como un control judicial de los actos, tanto previos como posteriores al acto.
150. Como podemos ver, nuevamente, al caso peruano también puede leerse bajo este modelo, vale decir que, de acuerdo al artículo 1° de nuestra Constitución, la defensa de la persona humana y su dignidad, es el primero entre los derechos fundamentales, al ser el fin supremo del Estado. La lectura constitucional, en relación a la ubicación formal de este artículo de la Constitución, determina la importancia de la *dignidad* y al punto que precede al derecho a la vida, sin perder de vista que la libertad, en sus diversas expresiones, es también un bien protegido, un derecho fundamental; ubicado en un inciso del artículo 2°; de donde se puede colegir que, por encima de la vida biológica, lo que el Estado protege y promueve es la dignidad de la persona, su libertad, siendo su integridad física (La vida biológica), un aspecto de los derechos de la persona humana. De ello, es que la demandante, precisamente interpreta que debe reconocerse como derecho fundamental, la muerte digna, lo que resulta defendible, empero, conforme señalamos antes, nuestro modelo tiene contradicciones, pues existe la norma penal prohibitiva.

La eutanasia como libertad constitucional legislativamente limitable.

151. No ha sido materia de comentario ni alegación en esta causa. Esta teoría, propuesta en España, (antes de la modificación legislativa), se expone que, en términos teóricos, la muerte digna no se desprende de forma directa de los derechos fundamentales. Cuestiona asimismo que la base del derecho a dar fin a la vida por decisión propia, tenga base en el concepto de dignidad. Señala asimismo que, la dignidad es un

concepto muy lato, que es una cláusula muy difusa. Dice por el contrario que el suicidio, en general, es un acto de libertad, si bien no está protegido como derecho. El Poder Público como tal, no puede establecer limitaciones a este acto, en principio por razones prácticas, pues no es posible sancionar al fallecido, pero tampoco lo hace al que lo intentó sin éxito, principalmente porque no hay daños a bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, una prohibición de la eutanasia no es una restricción irrazonable ni arbitraria, porque perseguiría evitar riesgos de abuso y esto último sí es un interés público. Se considera así que, el derecho penal, en atención al interés público puede limitar esa libertad constitucional que permita justificar la penalización de la eutanasia activa directa, pero también despenalizarla bajo ciertas condiciones.

152. En este modelo sí habría diferencias de régimen jurídico relevantes entre la eutanasia activa (libertad constitucional legislativamente limitable) y la pasiva e indirecta (que formarían parte del derecho fundamental a la integridad del art. 15 CE).

A lo glosado, añadiremos que, en el caso peruano, existe como derecho del paciente, la posibilidad de rechazar el tratamiento, aun cuando eso lo conduzca a la muerte, de modo tal que, es parcialmente asimilable a esta figura la Eutanasia pasiva que consiste en la inhibición de actuar o en el abandono en el tratamiento iniciado, evitando intervenir en el proceso hacia la muerte y en su caso la eutanasia indirecta, cuando el paciente ha rechazado el tratamiento, pero se le aplican analgésicos que evitan el dolor, pero que eventualmente aceleran la muerte como efecto secundario.

La eutanasia como excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.

153. Una interpretación que el citado autor propone y que tampoco ha sido debatido en este proceso, empero, siendo una doctrina expuesta en foros académicos, lo analizamos. Consideramos que estos fundamentos son aplicables, en este caso al suicidio asistido o su forma jurídica, *muerte digna*. Esta tipología, parte de la *sospecha*, antes que concebirla como derecho fundamental o libertad. El suicidio no es un derecho, es una libertad fáctica no prohibida. En cuanto a la eutanasia activa directa, considera que debe limitarse para evitar el riesgo de abuso, en tanto implica la participación de un tercero que estaría jurídicamente obligado a poner fin a la vida de quien lo solicite bajo ciertas condiciones, por lo que se le consideraría un **contenido prestacional** administrado y controlado por un órgano del Estado, con controles externos, lo que la haría plenamente constitucional. Así, el Estado protege el bien *vida e integridad personal*, penalizando la acción, pero estableciendo la excepción bajo ciertos supuestos y condiciones en cuanto a los sujetos de hecho habilitantes y los procedimientos, para asegurar la protección constitucional de la vida, la libertad y el consentimiento.

154. Al igual que en los casos anteriores, observamos que, en el caso peruano, este modelo, es compatible con las normas constitucionales vigentes a excepción del artículo 112° del Código Penal que, no precisa excepción alguna. De lo expuesto en esta resolución, se tiene así que, es preciso tener en cuenta que; el derecho a la dignidad, determina al juzgador, al derecho y al Estado la máxima protección de la dignidad de las personas, del bien jurídico; vida, de la integridad física y psicológica de las personas y si se establecen límites al bien jurídico; vida, estos deben ser excepcionales. Es preciso señalar que, el citado autor señala que el suicidio no es un derecho, sino una libertad fáctica, con lo que concordamos, sin embargo, el suicidio se puede dar en cualquier situación, solo importa que la persona esté previamente con vida, empero, en el caso de

la *muerte digna*, encontramos que se trata de una condición especial, de afectación de otros derechos fundamentales de la persona, como la dignidad, la autonomía, la libertad, entre otros, situación que es determinante para configurar el nacimiento de un derecho a tomar decisión, sobre el momento, situación o punto en el que la persona, considera que ya no le es más posible soportar y, la sociedad, por intermedio de los profesionales médicos, está en condiciones de verificar un grado extremo de sufrimiento, con lo que es admisible que tome una decisión, dentro de esta excepción a la legalidad. Este derecho, siendo un derecho derivado de otros derechos, mencionados, si bien no llega a ser un derecho fundamental, es uno que permite abrir esta situación excepcional a la protección penal del derecho a la vida.

155. Habíamos ya señalado que, este bien jurídico tiene límites, que estos límites son excepcionales y claramente regulados; así, en el caso de guerra, el Perú está adscrita a varias normas convencionales sobre el derecho a la guerra, en el caso de la legítima defensa, el código penal, establece como límite el principio de proporcionalidad, en el caso de la pena de muerte, se tiene como excepción la traición a la patria en caso de guerra exterior, asimismo; son excepciones el uso de la fuerza letal por parte de los órganos del Estado, como la policía, en protección a la seguridad pública, cuya acción puede ser impune, (Un policía que da muerte a un delincuente en una situación de peligro, lo hace bajo el principio de la extensión del principio de legítima defensa), siempre bajo criterios de proporcionalidad, la figura del duelo a muerte, principalmente por desuso, las especiales situaciones del aborto terapéutico, que solo lo puede practicar personal médico, en circunstancias precisas, hecho que, igualmente no es un derecho, sino una excepción como la situación de no punibilidad de las aplicaciones médicas de doble efecto. Del mismo modo, la eutanasia activa directa, no puede ser un derecho fundamental, sino que solo algunas de sus excepcionales circunstancias puede ser *no punible*, estableciéndose debidamente la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación extrema, a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía, al libre desarrollo de su personalidad, como es el caso que nos ocupa.

Paternalismo.

156. Señalamos que, de acuerdo con nuestra Constitución Política, el fin supremo de la sociedad y del Estado, es la persona humana y el respeto de su dignidad; ello implica la obligación del Estado de proteger estos bienes jurídicos, siempre que no se afecten estos mismos bienes jurídicos, por lo que debe hacerse en libertad que, es otro de los bienes jurídicos esenciales. Sin embargo, las leyes en algunos casos han establecido que esta protección puede coaccionar al individuo, lo cual debe hacerse muy excepcionalmente. A ello se le ha llamado paternalismo. Dworkin hace una clasificación de este fenómeno político y jurídico de acuerdo a su grado²¹ y, considerando su doctrina general, es claro que no se trata solo de una descripción, sino que toma posición por el mayor grado de libertad. Todas las sociedades realmente existentes, empero, han recurrido a algún grado de paternalismo para organizarse, creando diversos

²¹Dworkin G. Paternalismo.

<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/?fbclid=IwAR0jACoCP2o1be4XgaZRl7gK6FdRbBUmRmi6UEyuKMiVow6osJzpklyz6Mc>

mecanismos como la seguridad social; normas de tránsito, como el casco del motociclista y el cinturón de seguridad de los pasajeros del automóvil, bajo sanciones diversas, desde medidas administrativas hasta la legislación penal, lo que implica un grado de intervención en la libertad del individuo. En el caso de la protección de la vida, se establecen las penas más severas, considerando el bien de mayor importancia, sin embargo, se han despenalizado algunas figuras como el Duelo, principalmente por desuso; pero en el caso del homicidio piadoso, más bien se ha establecido como figura típica, a partir de 1991 en que se promulga el actual código, cuando el de 1924, solo se sancionaba, en caso de móvil egoísta. Al respecto debemos señalar que; conforme al análisis, visto líneas atrás, la casi inexistente casuística de este tipo penal, hemos considerado varias posibilidades; entre ellas la del desuso, que las causas concluyan en etapas preliminares, (Principio de oportunidad), Etc, pero, aún en el caso de la clandestinidad o criptanasia, es menester una nueva regulación; la norma, hasta donde y como la tenemos, resulta entonces, pura e ineficazmente paternalista. Ante esta situación podremos decir que, puede subsistir el paternalismo cuando, por ejemplo, el ejercicio de la autonomía o la libertad no son comprobables.

157. Nos explicamos; el Estado, sin ser su titular, está en la obligación de proteger el bien jurídico, *vida*, aún en contra de la voluntad de su titular si éste está afectado precisamente en su voluntad, como en el caso de las personas con enfermedades mentales donde, lo que se requiere es tratamiento médico. Hemos señalado que, es un derecho fundamental el libre ejercicio de su capacidad de parte de las personas con discapacidad, sin embargo, está claro que, como dice Atienza; ello debe hacerse; “en la medida de lo posible”²², considerando que debe respetarse y promocionarse su voluntad, empero, tanto la figura de los apoyos, como de los casos de protección en crisis, debe hacerse una conjugación fina, entre la voluntad de su titular y la protección; rol que debe ejercer la sociedad y el Estado. Por ello, está claro que la discapacidad, por sí misma, ni es causal de eutanasia, ni de protección de un derecho a muerte digna, por lo que el Estado, debe cumplir su rol paternalista, también “en la medida de lo posible”. De hecho, existen otras situaciones más, en las que el paternalismo debe subsistir; sin embargo, en situaciones donde la libertad y la razón de la persona no está afectada, esta debe ser respetada, precisamente porque es el uso de su libertad y autonomía. Es preciso señalar que, hay en nuestra legislación, otros casos de libertad fáctica o no penalización como, el suicidio o el duelo, figuras no son punibles por razones diferentes al caso del suicidio asistido o muerte digna que tiene características, razones y fines distintos.
158. Sobre la acepción del término de dignidad en relación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Manuel Atienza dice:
*“... las cosas que no pueden ser objeto de apropiación, porque, por esencia, son cosas de nadie: las cosas sagradas, religiosas o santas, como las murallas y las puertas de la ciudad. Y así, la idea de que la persona es un fin en sí mismo -que tiene dignidad- significa que no puede pertenecer a nadie; ni siquiera, digamos, a su portador...”*²³
159. El respeto, protección y promoción del derecho a la vida, en nuestra sociedad es necesaria. Nuestra historia jurídica, política y social es más bien una tradición de poco respeto. En nuestro pasado político reciente, hemos tenido una guerra interna y fratricida, donde la violencia de organizaciones terroristas no respetó este derecho

²²Atienza Manuel. Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. En <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.015>

²³ Op cit

fundamental, ni aun los derechos de la guerra y, del otro lado, generó una respuesta del Estado, también violenta y de poco respeto a la vida. Sabemos además que, este último fenómeno político, tuvo bases en una historia de violencia, desde tiempos coloniales y que, lamentablemente no ha acabado. No se trata de una violencia ejercida sólo, por organismos políticos, sino que está inmersa en la sociedad misma. Según cifras del Banco Mundial²⁴, en el Perú se tiene una tasa de 8,2 homicidios intencionales por cada 100,000 habitantes, (2017), frente a 0,8 por cada 100,000 habitantes en los Países Bajos, en el mismo año, (Diez a uno de diferencia proporcional, en un lugar donde la eutanasia tiene la legislación más liberal). El INEI²⁵ en el 2018, registró 2,452, de ellos 150, se consideraron feminicidios. Por ello es necesario una vigilancia extrema del derecho a la vida pues, pueden ser causa de abuso, por lo que, en democracia, debe regularse y garantizarse el uso y despenalización de toda figura que se despenalice o autorice, con los mecanismos y protocolos que sean necesarios, esto es, con los límites que el derecho penal debe imponer. Es, bajo estos criterios que, **el suicidio asistido, debe considerarse como una libertad constitucional legislativamente limitable, posición distinta a la posición de la demandante que solicita se considere como un Derecho Fundamental**; sobre lo que manifestamos una posición, es decir que como todas las libertades, es un derecho, pero siendo limitable, (contrario a ser promocionable) y derivado, no llega a ser un derecho fundamental.

¿Criptotanasia?

160. Se conoce así, a la realización encubierta o clandestina de prácticas de eutanasia, tanto a petición de los pacientes como sin ella. A efectos de esta resolución, no existiendo un registro formal ni confiable; se ha buscado jurisprudencia o casuística de aplicación del artículo 112 del Código Penal Peruano, primero en libros de la especialidad penal, donde puede ubicarse abundante casuística por cada uno de los artículos del citado código; se ha utilizado buscadores habituales de la internet y el Sistema informático del Poder Judicial y finalmente se ha consultado a algunos Magistrados del área penal, Jueces y Fiscales, sobre casos en esta materia, todo lo cual nos ha sido infructuoso. No se duda que existan casos poco comunes o bibliografía muy especializada que la contenga; sin embargo, es preciso señalar que no es común, no es abundante, que nos permita hacer un análisis de casos concretos para analizar las posibilidades fuera de lo estrictamente doctrinario y teórico, pues pese a que muchos juristas han tratado el tema, (aquí citados varios), y en numerosas tesis sobre despenalización que hemos encontrado, sin embargo, ninguno de los que hemos tenido acceso, adjunta un caso en concreto. De lo que podemos colegir varias posibilidades: a) Nunca o casi nunca se ha cometido este delito desde 1991, fecha de promulgación del Código Penal vigente, ni por particulares ni personal médico, lo cual debe considerarse muy extraño, (Delito huérfano), b) Los casos que hayan ocurrido han sido concluidos en el estadio procesal del Principio de Oportunidad, situación más posible, si no está la presunta víctima para que reclame, los familiares podrían optar por un arreglo económico y la pena conminada lo permite y c) Los casos han sido tramitados bajo otros tipos penales, como el homicidio simple, posibilidad más plausible, en tanto es difícil probar la petición expresa. Precisamente, en

²⁴ <https://datos.bancomundial.org/indicador/VC.IHR.PSRC.P5>

²⁵ Homicidios en el Perú. Contándolos uno a uno 2011- 2018. INEI. P.J. MP.

https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1731/libro.pdf

esta situación, nos ha sido facilitado un único caso. (R.N N° 2507-2015 Lima, de la Sala Penal Permanente. 10 de enero de 2017).

*“3.1.2. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que la pena determinada por el Colegiado Superior es acorde a derecho, en el presente caso, por las siguientes consideraciones. Es indudable que la muerte provocada por el hijo de la occisa no fue un acto abyecto, cruel o motivado por un móvil pueril, despreciable o fútil. En el contexto, en el que se produjo la muerte debe asumirse que el sentenciado fue llevado por una actitud desesperada. El sentenciado es una persona de responsabilidad restringida, no tiene antecedentes penales, nunca mostró actitudes contrarias a la observancia de la norma. **Está probado que su madre le pidió expresamente que le pusiese fin a su vida.** Ciertamente, esta Suprema Corte no está reconduciendo el tipo penal de homicidio piadoso, pero puede soslayar que en puridad, había un pedido constante y apremiante de parte de la víctima...”²⁶ (resaltado nuestro).*

161. El caso, se habría tramitado bajo la tipificación del artículo 107 del Código Penal, (Parricidio), cuya pena máxima es de quince años, empero, considerando la edad del sentenciado, (18 años), y las circunstancias especiales, contempladas en el caso, pues la madre sufría de una enfermedad en estado terminal, estaba probado que reiteradamente había pedido a su propio hijo, que pusiese fin a su vida. El sentenciado no tenía antecedentes penales, ni se observaba un móvil distinto; la Corte Suprema, sin realizar una reconducción del tipo penal, es decir cambiar el tipo penal, como tampoco lo habían hecho las instancias previas; decide ratificar la pena dictada por debajo del mínimo y, además, una pena suspendida.
162. Así, esta judicatura considera que, existe la posibilidad de una situación de hecho en la que se ejecuta la Eutanasia o el suicidio asistido, no contabilizada o subrepticia, *Criptanasia o criptotanasia*, pues casi todos los tipos penales de nuestro código tienen abundante casuística que citar y personas que han sido penadas por estos delitos, sin embargo, resulta extraño que en este tipo penal no encontremos suficiente casuística que analizar, pues diferentes ejemplos habrían permitido ilustrar en qué casos, es razonable la inaplicación, por su inconstitucionalidad y en qué casos, debiera estar protegido por el derecho penal.

Pendiente resbaladiza.

163. La idea de considerar la muerte digna como un derecho, (aunque no fuere un derecho fundamental), y aunque lo sea en casos absolutamente limitados, podría ser pasible de una crítica frecuente que considera que se incrementa la probabilidad de que también sea establecida como derecho o legalizada en otros casos más dudosos, al punto de establecerse sistemas de abuso como el de la Alemania Nazi o tan extensos como el de Holanda, donde supuestamente existiría ya un abuso. En el citado libro de Dworkin, ya había expuestos sus puntos de vista sobre este tema; señalando que precisamente una adecuada regulación evitaría caer en los extremos, que definir reglas dejando claro los casos para el futuro, lo que es preferible que abandonar a las personas que ahora lo requieren, a quienes además se les hace más daño al no aplicar la eutanasia, que asimismo, en los casos de pacientes que no hubieran expresado su deseo sobre este tema, deben pasar por un examen probatorio muy severo, entre otras razones. A lo glosado, consideramos adecuado añadir que, en el presente caso, no se está debatiendo la eutanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es realmente sustancial en tanto, en la eutanasia pura, no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que, en la muerte asistida o muerte digna, implica necesariamente la

²⁶ <https://lpderecho.pe/parricidio-pena-suspendida-joven-ocasiono-muerte-madre-acabar-dolores-r-n-2507-2015-lima/>

voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo. No es posible presumir la voluntad.

De otro lado, hemos señalado en el caso peruano que, el número de casos judiciales de aplicación del artículo 112 del Código Penal es casi de cero, lo que evidenciaría, bien una situación de criptanasia o bien que la norma es innecesaria por desuso. En cualquiera de los casos, requiere un pronunciamiento jurídico o una nueva legislación.

Test de proporcionalidad.

164. El Tribunal Constitucional, ha señalado que, para evaluar la constitucionalidad de una norma o acto basado en norma, es necesario hacer un análisis, teniendo como instrumento el test de proporcionalidad, que tiene como base el principio del mismo nombre. Este principio, surge en el derecho penal a partir de la prohibición del exceso y como un criterio de limitación del exceso de poder y arbitrariedad de las autoridades y policía. Como derecho fundamental, se inicia también en la ley antes que en la constitución. El supremo intérprete, sobre el particular dice en la Resolución N° 050-2004-AI/TC:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran, estos son; el principio de idoneidad o adecuación; por el que debe considerarse que, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo: La idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, el principio de proporcionalidad strictu sensu; por el que se entiende que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”.

165. Con lo señalado en esta resolución, respecto de la opinión de diversos juristas sobre el tipo penal de Homicidio Culposo, introducido en el Código Penal de 1991 y considerando que el Código Penal de 1924 solo castigaba la ayuda al suicidio cuando el móvil era egoísta, tenemos que, la mayoría de los tratadistas dicen que; es inconstitucional porque afecta el derecho a la dignidad de la persona que lo solicita, en tanto, **el sufrimiento extremo destruye fácticamente la libertad, la autonomía y el derecho de dignidad** de la persona, principalmente en su faz de no ser tratado con crueldad ni humillación. Veamos así.

166. **Idoneidad.** Este sub principio, exige que la restricción o medida tomada sea la más idónea para lograr el fin perseguido. El bien jurídico protegido en este delito es la vida humana, de acuerdo a su ubicación en la estructura de nuestro código Penal, junto con los otros delitos de homicidio. Los juristas citados dicen que se debió tomar en cuenta que, si bien este bien jurídico es de capital importancia en nuestro sistema jurídico, desde la Constitución, debió ponderarse que la dignidad estaba también en ese nivel y analizando su ubicación, la dignidad está antes que el bien jurídico, vida.

167. Si bien no es posible hacer una analogía simple, como en el caso de otros bienes, como el caso de la propiedad, donde si se le sustrae a su titular, en contra de su voluntad; es delito, (Robo, apropiación, hurto), si la transferencia se hace con la anuencia del titular, es un contrato, (Venta, donación, etc), o la libertad sexual, si es contra la voluntad de su titular es delito, (Violación), y con su anuencia deja de serlo; sin embargo la solicitud del bien jurídico vida, debe ser analizado con un criterio de proporcionalidad, puesto que no toda petición de ayuda al suicidio puede ser razonable, ni toda ayuda a esa petición puede ser impune; especialmente si el móvil, como lo sancionaba el código de 1924, es un móvil egoísta y considerando que el Estado debe proteger muchos bienes jurídicos, aún en contra de la voluntad de su titular, entre ellos la vida y la propia dignidad. En este punto, reiteramos /y concordamos), lo señalado por Manuel Atienza, en el sentido de que, algunos bienes jurídicos, como la propia dignidad, la libertad, la vida humana y demás derechos fundamentales, si bien tienen un portador o titular, esa titularidad no es exclusiva. No es como un bien mueble o inmueble, sobre el que su titular puede disponer e inclusive destruir o donar si así lo desea. Estos son bienes de todos y el Estado tiene obligación de protegerlos, lo cual no quiere decir que sea el Estado su titular, pero en tanto representa a la sociedad, es preciso que respete, proteja y promueva por su esencialidad. Así, es nulo el contrato, (por el interés público), que disponga de la dignidad de la persona aun cuando lo firme su titular, del mismo modo, el que disponga de su libertad, (esclavitud), o disponga la vida. De este modo, la intervención de su propio titular, como del Estado, en cada uno de estos bienes, solo puede ser limitable de manera excepcional, pero también el paternalismo ejercido con base a esa obligación, no puede llegar a extremos donde afecte de manera desproporcionada los derechos de la misma persona que protege. El Estado protege la libertad de las personas, pero somete a cárcel a quien afecte derechos ajenos, protege la vida de las personas, pero no podría tener desprecio del dolor **extremo** del portador de esa vida, al punto de impedirle acabar su dolor, acabando su vida.
168. Hemos observado en otra parte de esta resolución que, es muy escasa en nuestra jurisprudencia la casuística de este delito, de donde señalábamos que podrían surgir varias hipótesis; la primera que nunca o casi nunca se comete este delito, lo que significaría que el tipo penal es innecesario, pues no tiene sentido sancionar algo que no ocurre; otra hipótesis es que el tipo penal sea suficientemente disuasivo, lo cual es poco probable, pues en delitos cuyas penas son mucho mayores, la disuasión es irrelevante si existen incentivos contrarios. La tercera hipótesis es que existiría un número de delitos que no generan jurisprudencia formal, porque concluyen en las etapas básicas del proceso, como el principio de oportunidad, hipótesis que es más factible en tanto, la familia podría acceder fácilmente a un acuerdo de reparación civil y que la pena señalada para el delito lo permite, pero ello aparentemente es también poco frecuente, (Se corrobora de averiguaciones realizadas por el suscrito), finalmente, es más probable que exista un número no contabilizado de este delito, conocido como criptanasia o criptotanasia, que queda dentro de la familia o en las instalaciones de hospitales, lo cual podría ser más bien peligroso, pues no es posible probar si realmente existe una petición de la persona enferma o el pedido se da en situaciones en las que podría estar afectada la voluntad o la expresión de voluntad.
169. De lo expuesto podemos concluir que; a) La tipificación, técnicamente y principistamente, no es idónea, en tanto existe contradicción con otros derechos fundamentales; asimismo, la codificación precedente solo sancionaba esta figura cuando

el móvil era egoísta, lo que contradice la tendencia despenalizadora en la jurisprudencia internacional, sin que hubiera una motivación fáctica, (muchos casos o delitos) o teórica que, sostenga la medida; considerando que, al sancionar se ha sacrificado otros bienes jurídicos, (dignidad, autonomía), para proteger el bien jurídico vida, frente a la solicitud de su titular que se encuentra en una situación de salud extrema y dolorosa; consideraciones que permiten señalar que esta intervención no es del todo idónea.

170. Es preciso añadir además que, en cuanto a la idoneidad, el tipo penal es por demás impreciso; así, pone como sujeto pasivo a la persona al enfermo incurable, categoría discutible pues son incurables numerosas enfermedades no necesariamente mortales, (Hipertensión, diabetes, etc) que, asimismo, es una contradicción considerar sujeto pasivo a quien realiza una actividad, esto es, realizar la petición expresa y consciente, lo que lo convierte en sujeto activo/pasivo. Aún cuando el verbo rector del delito es *matar*, en la petición expresa, está implícito el acto *suicida*, que es matarse a sí mismo.
171. **Necesidad.** Este sub principio de necesidad, exige examinar si existe algún medio alternativo disponible que permita alcanzar la misma finalidad, en la misma medida, pero con una restricción menor para el derecho afectado. Nuevamente considerando el bien jurídico, vida, debe pensarse que el Estado tiene varias formas de intervención además de la legislación penal, esto es, en qué otra vía puede ser más razonable o menos perjudicial, su regulación, como ocurre en otros países, donde al suicidio asistido es legal, siempre que su ejecución se haga bajo mecanismos y garantías del propio Estado.
172. El Estado, en efecto tiene la obligación de proteger la vida de la persona, incluso contra la voluntad de su titular. Así, en el caso de las personas con depresión, que presentan riesgo suicida, debe acudirles con tratamientos preventivos, con un sistema de soporte y no es posible admitirse una petición de ellas.
173. Además de la despenalización de esta acción, encontramos que existen alternativas a la penalización, por medios no necesariamente disuasivos o de castigo; tales como un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor, que aunada a la cultura social de respeto a la vida y temor de Dios, puede hacer que, muchos enfermos, inclusive en situación de solicitarlo, pueden estar dispuestos a soportar su agonía; de este modo, en caso de una despenalización legal, debería legislarse necesariamente junto con una normatividad que promueva el tratamiento paliativo, otra alternativa podría ser, una mayor limitación del tipo penal, esto es que solo se sancione el hecho ocurrido fuera del servicio de sanidad, es decir que esté prohibido hacerlo por cualquier persona a menos que sea un médico dentro de un establecimiento autorizado y con un protocolo adecuado.
174. De lo expuesto así, podemos decir que la sanción penal, además de ser poco eficiente, como señaláramos líneas atrás, existen alternativas a la ley penal para proteger la vida de la persona enferma aún en contra de su voluntad, (que debe darse en los casos de enfermedad mental, por ejemplo), antes que una medida extrema de sacrificio de otros bienes jurídicos igual o más importantes que la propia vida, dentro de nuestro sistema de derechos fundamentales.
175. **Proporcionalidad en sentido estricto.** Este último sub principio exige analizar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso.

176. La demanda ha fundamentado sus pretensiones en la afectación del derecho a la dignidad, primerísimo de los derechos considerados en nuestra constitución y en nuestro sistema jurídico en general, así como normas internacionales como la Carta Americana de Derechos Humanos en su artículo 11°, la Carta de la Organización de Naciones Unidas en su Preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos el Hombre de 1948, entre muchas otras. Se han fundamentado asimismo derechos relacionados con la libertad o el libre desarrollo de la persona humana y la autonomía; frente a ello, el Código Penal tiene como bien jurídico protegido en el artículo 112° a la Vida de la persona humana, aún contra la voluntad de su titular.
177. La demandante sostiene así que, a partir los derechos enunciados, se puede construir la muerte digna, como un derecho con la categoría de *derecho fundamental*, exponiendo que, una vida biológica, sostenida más allá, no solo de la voluntad de su titular, sino de lo que humanamente es sostenida, como un goce, sino más bien con dolor, con tratos humillantes y crueles, a partir de una enfermedad incurable, discapacitante, degenerativa, progresiva e irreversible, es una vida en al que la dignidad, como derecho ha sido afectada, surgiendo con ello, la necesidad de hacer uso de su derecho a la autonomía y del libre desarrollo de la persona, para poner fin a ese sufrimiento, como un acto de control de su propia vida; lo que se configura como una muerte digna, por lo que solicita la declaración judicial de este derecho.
178. Bajo ese fundamento, expone que su especial situación no le permitiría, además hacer uso de su derecho por sí misma, esto es que no le sería posible poner fin a su vida, (mediante el suicidio), pues la enfermedad la ha postrado en una situación de dependencia que siendo progresiva, hará que se haga más dependiente todavía, al punto que necesitaría de la asistencia de un tercero, para ese acto final; empero, lo requerido está penado en nuestro sistema penal, lo que podría ser suficientemente disuasivo para no poder acceder a esa ayuda, además que, ella misma no quisiera que nadie resulte afectado en sus derechos, con la comisión de un delito; por lo que solicita la inaplicación del delito, a efectos de acceder a esa ayuda, cuando así lo considere, pues ello también sería parte de su derecho.
179. En el desarrollo de esta sentencia, hemos, tomado posición respecto de estos fundamentos y concretamente, respecto de la muerte digna. Sostenemos así que, en efecto, la dignidad es un derecho fundamental de primerísimo orden, reconocido también en casi todos los sistemas jurídicos del mundo y que, puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad, es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho; sin embargo, no es posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica. Asimismo, consideramos que la dignidad, como derecho, se ha tomado principalmente desde la óptica de la razón, sin embargo, este derecho, es tan inherente al ser humano que son tan dignos aquellos que poseen la razón, como aquellos que la han visto afectada, por alguna discapacidad; fundamento que es recogido por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad; no sin reconocer que la razón, es la medida o referencia del uso del derecho a la dignidad, la autonomía, la libertad y muchos otros derechos, pues solo en el momento que se es consciente de todo ello, puede el ser humano hacer uso total y efectivo de estos derechos, pero que debe promoverse el uso y defensa de la autonomía, también de las personas con

discapacidad. Precisamos que, en el caso de Ana Estrada, debe considerarse su dignidad y su derecho, más allá del uso que pueda tener de ella, esto es que, seguirá siendo digna para todo efecto en nuestra sociedad y el Estado, más allá de su discapacidad y aún de la eventual pérdida de su raciocinio. Pero, en la medida que, su razón, es el referente o medida de sus derechos, debe reconocerse también su autonomía y su autopercepción de su dignidad, pues la dignidad, si bien es inherente a la persona; desde el derecho y desde el respeto de la sociedad; es también un bien que debe ser percibido por la propia persona que, debe ser dirigido por ella misma para que realmente exista. Así, la discapacidad y el sufrimiento por causa de la enfermedad y la discapacidad puede afectar el derecho a la dignidad, pero solo en su faz de la autopercepción, más no en la faz externa; por consiguiente; debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica. El Estado, en el caso del suicidio, si bien tiene el deber de protección del bien jurídico; vida, aun en contra de la voluntad de su titular, sin embargo, no puede perseguir a su propio titular, en caso afecte su propia vida, por una cuestión puramente práctica, si logró su cometido, de morir; pero tampoco lo hace, ante el intento fallido de suicidarse; no solo por una cuestión de política criminal, sino porque debe respetar en ese extremo la autonomía de la persona humana y porque no hay afectación directa de bienes de terceros. En el caso de la muerte asistida, existiendo una causal distinta al suicidio puro, que es el principio de solidaridad con el dolor ajeno en casos extremos, como el que nos ocupa, esa libertad fáctica pasa a ser un derecho que permite la limitación de esa obligación de protección del Estado, un límite también a su legitimidad para perseguir el delito y una obligación de viabilizar, dentro de un sistema de garantías y atención prestacional.

180. Así, esta judicatura ha considerado que, existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica. La muerte digna, es un derecho, es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado como lo ha expuesto por la propia demandante y como lo entiende esta judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos, el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.
181. Así, bajo el análisis del sub principio de **proporcionalidad strictu sensu**, la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser **protegido y promovido** por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero **no podría ser promovida**, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. El derecho a la dignidad, debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física

puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que devendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiaria de esta demanda, doña Ana Estrada Ugarte, situación que permitiría, considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del artículo 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado, el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse, siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución.

182. Así, se tiene que el **sujeto activo** del delito de homicidio piadoso, regulado en el artículo 112° del Código Penal, es **cualquier persona** que mata a una persona, teniendo como móvil la compasión o piedad, de quien se lo solicita. Es preciso, empero, desagregar al sujeto activo, pues no es lo mismo que lo haga un familiar, que un tercero ajeno, un médico, ni que se haga en un contexto de eutanasia pura y menos de muerte digna. En el caso del médico que actúa en un contexto de ilegalidad, podría considerarse que la afectación es mayor, en tanto es garante de la salud y vida del sujeto activo/pasivo; el familiar podría tener intereses en conflicto y el tercero ajeno podría tener motivaciones distintas a la compasión.
183. Así, debe considerarse que, el acto realizado por cualquier persona, es ilegal, en tanto no garantiza la autenticidad y firmeza del pedido de la víctima, no se garantiza que exista un abuso, ni que se ejecute con un procedimiento no doloroso. De este modo, si el acto es ejecutado por *cualquier persona* la norma, aun cuando pudiera afectar el derecho de la persona enferma, podría seguir siendo constitucional, pues garantiza que no se abuse ni que exista un móvil egoísta.
184. Por el contrario; si se acredita, de manera previa y mediante un mecanismo o protocolo legal que garantice, la firmeza y autenticidad del pedido del sujeto activo/pasivo, debe considerarse que se acredita el derecho de este. Asimismo, si quien ejecuta actúa se ejecuta lo hace bajo la autoridad y control institucional y es además un profesional médico o un equipo médico, debe considerarse que se garantiza la ausencia de un móvil egoísta y la aplicación de la decisión de *muerte digna*, de manera que no sea dolorosa, (o que sea lo menos dolorosa y menos prolongada posible), a fin de que no afecte física ni psicológicamente, así como que se respete la dignidad del sujeto activo/pasivo y de su familia. En este último caso y solo en este caso, podría considerarse que la muerte digna es constitucional y por tanto, es procedente y fundada la inaplicación de la norma penal.

Pretensiones subordinadas.

185. La demandante ha solicitado en el punto "C" de sus pretensiones que, se ordene al MINSA y EsSalud, respetar su decisión de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), de un fármaco destinado poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin. En consecuencia se disponga a EsSalud, conformar de manera inmediata una Junta Médica interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los 7 días siguientes de consentida la resolución judicial, para:
 - a) La elaboración de un plan que se aplicará en la fecha que la Señora Ana Estrada decida el cumplimiento de su muerte en condiciones dignas, a través de la eutanasia; lo que implica el tipo de procedimiento, el proceso de acompañamiento a la paciente y a su

familia, antes y después del acto final, b) Un protocolo de ejecución del procedimiento de ejecución propiamente dicho que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y la designación de los profesionales médicos que se encargaran de la ejecución de la eutanasia, c) Brindar condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del mismo acto.

Este plan y protocolo, deberá ser aprobado por otra Comisión Interdisciplinaria del MINSA.

Respecto de estos puntos, habiéndose considerado que el procedimiento de Muerte digna, es un derecho; genera una excepción legítima, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida y que el artículo 112 del Código Penal, en efecto, afecta derechos fundamentales, tal como está fundamentado; en consecuencia, es razonable que se estime la pretensión. Asimismo, se tiene presente que EsSalud es la institución que está obligada a otorgar el servicio prestacional de salud a la asegurada Ana Estrada Ugarte, cumple con los requisitos de **institucionalidad** necesarios para excluir la posibilidad de un móvil egoísta y puede conformar médicos que cumplan tal finalidad. Asimismo, debe considerarse que, si bien la institución puede designar médicos para actos médicos comunes, siendo este uno de carácter especial, es preciso que la aceptación del médico o médicos, no tenga el carácter obligatorio, que los nombres de los mismos sean reservados, tanto de quienes lo acepten como de quienes lo rechacen, salvo que los propios médicos que decidan aceptar lo autoricen.

Asimismo, se tiene claro que, el Ministerio de Salud es el órgano estatal que tiene a su cargo la protección de la salud y la vida de los ciudadanos, así como de las políticas generales; por esta razón, es la instancia que dirige, aprueba o elabora directivas, políticas y planes sectoriales y específicos; como así lo ha señalado la Procuraduría, por lo que es esta la institución que debe aprobar el plan y protocolo de cumplimiento de los derechos de la ciudadana Ana Estrada Ugarte. La Procuraduría ha señalado, sin embargo que, no existiendo una ley que señale la legalidad del procedimiento de eutanasia, no podría elaborar planes, directivas u otros documentos; empero, esta judicatura ha sustentado que, de acuerdo a la interpretación de la Constitución y demás derechos fundamentales invocados, existe la necesidad de inaplicación excepcional del artículo 112° del Código Penal, para que no se afecten derechos fundamentales de la ciudadana y se cumpla con su derecho en particular y, que existe el derecho de la misma a que pueda ejercer este acto en uso de su autonomía; en consecuencia, tanto el Ministerio de Salud, como EsSalud, están obligadas a cumplir con sus propios fines y con el derecho de los ciudadanos y sus pacientes, siendo que es elemento central del derecho a la dignidad, el no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, aspecto que ha sido acogido en esta sentencia, para interpretar la existencia tanto del derecho de la ciudadana, como la necesidad de su cumplimiento por medio de sus instituciones.

Por estos fundamentos, el 11° Juzgado Constitucional de Lima, con sub especialidad en asuntos tributarios, aduaneros e Indecopi; con las facultades conferidas en la Constitución Política del Perú, RESUELVE:

Declarar **FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA** interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en beneficio de doña Ana Estrada Ugarte, contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud del Perú, EsSalud, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de

la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos. En consecuencia, consentida que sea la sentencia; se dispone que:

1. Se inaplique el artículo 112° del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte; por lo que los sujetos activos, no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique; en tanto ella, no puede hacerlo por sí misma
2. Se ordene al Ministerio de Salud y a EsSalud, a) respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte, de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia; mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) Ambas instituciones independientemente, deberán conformar sendas Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de 07 días; precisándose que; EsSalud deberá formar dos Comisiones, siendo que la primera tendrá la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna y otra Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud formará una Comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la Comisión de EsSalud.
3. EsSalud deberá brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la Sra. Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida.
4. La Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, deberá presentar con su informe, en el plazo de 30 días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación, en el plazo de 15 días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de 15 días y cumplido que sea el plazo, volverá a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En caso de no satisfacer el segundo informe, solo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobala ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud, deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento.
5. Se declara IMPROCEDENTE, la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la Sra. Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.
6. Notifíquese.