



Expediente :
Especialista :
Escrito : 01
Sumilla : **Interposición de demanda de amparo**

SEÑOR/A JUEZ/A DEL JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, representada por el señor Defensor del Pueblo, Walter Francisco Gutiérrez Camacho, designado mediante Resolución Legislativa del Congreso N° 005-2016-2017-CR, publicada el 7 de septiembre de 2016, en el Diario Oficial *El Peruano*, identificado con DNI N° 25527627, con domicilio procesal en la sede institucional ubicada en Jr. Ucayali N° 388, Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima, y con Casilla Electrónica N° 15670; nos presentamos ante usted y respetuosamente exponemos:

Que, en ejercicio de las atribuciones que nos confieren la Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, **INTERPONEMOS DEMANDA DE AMPARO CONTRA NORMA LEGAL**, que deberá entenderse contra:

- **SEGURO SOCIAL DE SALUD (EsSalud)**, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, siendo que la demanda deberá entenderse con su **PROCURADOR PÚBLICO** a quien se le deberá notificar en: Av. Salaverry N° 655, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.
- **MINISTERIO DE SALUD (Minsa)**, siendo que la demanda deberá notificarse a través de su **PROCURADOR PÚBLICO** en: Av. Gral. Salaverry N° 801, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.



- **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (Minjusdh)**, en tanto órgano que refrendó el Decreto Legislativo N° 635 (Código Penal), que contiene la norma que vulnera y amenaza los derechos fundamentales de nuestra representada, para lo cual deberá notificarse a través de su **PROCURADOR PÚBLICO** en: Calle Scipión Llona N° 350, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima.

I. PETITORIO:

1.1. Se declare inaplicable el artículo 112° del Código Penal (Dec. Leg. N° 635), que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte, ciudadana peruana, identificada con DNI [REDACTED] diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis. Ello, con la finalidad de que ella pueda elegir, sin que terceros sean procesados penalmente, el momento en el cual las emplazadas deberán procurarle un procedimiento médico de eutanasia, para el cese de su vida cuando, debido a los intolerables dolores de la enfermedad que padece y a las condiciones de deterioro de su salud que derivan de esta, prolongar su existencia sea incompatible con su dignidad.

1.2. Se declare inaplicable el artículo 112° del Código 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 la muerte en condiciones dignas, así como a sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y, una amenaza cierta e inminente a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

1.3. 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:

a) Respetar la decisión de nuestra representada de poner fin a su vida a través del procedimiento médico de la eutanasia, en virtud del reconocimiento a su derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas. Por "eutanasia" se entenderá la acción de un profesional 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) 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 de eutanasia, 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 encargarán de la ejecución de la eutanasia.

c) 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 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 esta 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 las 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).

1.4 Como consecuencia de lo anterior, se ordene al Ministerio de Salud, en tanto ente rector del sector salud¹:

a) Respetar la decisión de la Sra. Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida, a través de la aplicación de la eutanasia, en virtud del reconocimiento judicial del derecho a la muerte en condiciones dignas, así como de los demás derechos fundamentales vinculados;

b) 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.

1.5 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

¹ Decreto Legislativo 1161, artículo 4A y artículo 7 literal a.



reconocimiento judicial del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

II. LEGITIMIDAD PARA OBRAR:

El artículo 162 de la Constitución Política consagra a la Defensoría del Pueblo como un órgano constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad. Bajo ese rol de garante, ha asumido el deber especial de proteger al ciudadano frente a cualquier actuación irregular o abusiva del Estado, con el fin de resguardar su dignidad, en tanto valor supremo que constituye la base de todo sistema democrático.

En esa medida, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520, ha precisado sus competencias constitucionales, entre las cuales se reconoce la facultad de interponer demandas de amparo:

“Artículo 9.- El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:

[...]

2.- Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200 de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la de Acción Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.”

Del mismo modo, en concordancia con la disposición anterior, el Código Procesal Constitucional reconoce expresamente la legitimidad que ostenta la Defensoría del Pueblo para interponer demandas de amparo en favor de un tercero, precisamente atendiendo a nuestro rol de garante de los derechos fundamentales:

“Artículo 40.- La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales”.



De ahí que el ordenamiento constitucional le permita iniciar demandas de amparo contra el hecho u omisión de cualquier funcionario que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, que no son tutelados a través del proceso de hábeas corpus y habeas data, así como también frente a aquellos actos lesivos que puedan provenir de una norma legal, conforme lo prevé el artículo 3 del Código Procesal Constitucional (CPC).

Cabe destacar que la Defensoría del Pueblo, como institución promotora y defensora de los derechos fundamentales, ha litigado en diversos casos que representaron una amenaza o vulneración de derechos de la ciudadanía. Lo ha hecho, por ejemplo, en los siguientes procesos:

- + Proceso de amparo interpuesto el 14 de junio de 2013 contra diversos artículos de la Ley 29248, Ley del Servicio Militar, modificada por el Decreto Legislativo 1146, por contravenir los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y al reconocimiento de la personalidad jurídica (Expediente 16580-2013-0-1801-JR-CI-01).
- + Proceso de amparo presentado el 22 de julio de 2014 contra la Inspectoría General de la Policía Nacional del Perú por la afectación del derecho al debido proceso en sede administrativa, en sus manifestaciones del derecho a la prueba y la debida motivación, en perjuicio de una comisionada que fue objeto de agresiones durante el ejercicio de su función defensorial (Expediente 30763-2014-0-1801-JR-CI-07).
- + Proceso de hábeas corpus iniciado el 28 de noviembre de 2017, a favor de una suboficial, contra la Comandancia General del Ejército por la vulneración de su derecho a la libertad individual en conexidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que se produjo con la sanción de 6 días de arresto en rigor por haber mantenido una relación sentimental (Expediente 09188-2017-0-0401-JR-PE-01).

Asimismo, ha participado en otros procesos constitucionales para respaldar la defensa de los derechos fundamentales a través de la modalidad del *amicus curiae*. Algunos de los casos más emblemáticos se mencionan a continuación:

- + Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 30793, Ley que regula el gasto de publicidad estatal peruano, por la vulneración del derecho a la



libertad de información de las personas (Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC).

- + Proceso de Acción Popular contra el artículo 16-A del Decreto Supremo 019-2017-JUS, que prohíbe conocer la información pública contenida en correos electrónicos institucionales, por contravenir el derecho de acceso a la información pública y los principios de transparencia y máxima publicidad (Expediente 00110-2018-0-1801-SP-CI-04).
- + Proceso de amparo interpuesto contra el Reniec por la denegatoria al reconocimiento de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, debido a que dicha decisión lesionaba los derechos a formar una familia, a la igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos demandantes (Expediente 01739-2018-PA/TC).

Como se puede apreciar, la Defensoría del Pueblo goza de una amplia legitimidad para la defensa de los derechos fundamentales de las personas. En tal sentido, no solo se encuentra facultada para incidir, ante las diversas entidades que forman parte de la administración pública, en la formulación de sus políticas públicas, sino también iniciar y/o intervenir en los procesos constitucionales a favor de la ciudadanía en general, conforme lo prevé la Constitución Política, el Código Procesal Constitucional y nuestra Ley Orgánica.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO:

La presente demanda de amparo contra norma legal busca proteger y garantizar los derechos fundamentales lesionados y amenazados de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte. Nuestra representada padece de polimiositis (**ANEXO 01-A; 01-D; 01-G; 01-k**), una enfermedad **incurable, degenerativa y progresiva, en etapa avanzada**, que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos 12 meses.

Los fundamentos de hecho que a continuación se señalan se basan en el Informe Médico que se adjunta a este documento (**ANEXO 01-D**), suscrito por el Dr. Gonzalo Ernesto Gianella Malca, médico cirujano (██████████) especialista neumólogo (Registro de especialista N. 022913), que labora actualmente en la Clínica Ricardo Palma, con una experiencia de 24 años como



médico cirujano (desde 1996) y 15 años de médico especialista en neumología (desde 2005). Asimismo, ha sido médico asesor en la Defensoría del Pueblo en dos periodos: entre 1998 al 1999 y entre 2005 al 2011 (**ANEXO 01-J**).

Para la elaboración del referido informe, el Dr. Gianella revisó documentos médicos de la Sra. Ana Estrada Ugarte remitidos por EsSalud ([REDACTED]) (**ANEXO 01-A**), así como información directa enviada por nuestra representada vía cuestionarios por correo electrónico. Estos documentos fueron obtenidos a partir de una solicitud de la Defensoría del Pueblo de acceso al historial clínico, donde se adjunta el consentimiento informado emitido por la Sra. Ana Estrada (**ANEXO 01-C**). El análisis realizado por dicho profesional busca presentar un informe que cumpla con criterios de objetividad e imparcialidad, enfocado en la situación y pronóstico médico integral de nuestra representada. Por ese motivo, se recurrió a un profesional que no sea un especialista tratante en el demandado EsSalud.

Finalmente, el recuento de estos hechos se encuentra complementado con distintos testimonios que nuestra representada ha manifestado a través de su blog en Internet, "Anabuscalamuertedigna.wordpress.com" donde reflexiona sobre su derecho a la muerte digna, así como frases recogidas de medios periodísticos en donde ella ha declarado. En el video elaborado por la Defensoría del Pueblo (**ANEXO 01-E**), la Sra. Ana Estrada Ugarte confirma la autoría de los textos incluidos en dicho portal web.

1. Del resumen de la enfermedad:

La enfermedad de la Sra. Ana Estrada Ugarte dio sus primeros brotes cuando ella tenía 12 años. Tras ser evaluada por varios especialistas, a los 14 años, se le diagnosticó, en un primer momento, dermatomiositis, una enfermedad que afectaba sus músculos y en parte, la piel. El diagnóstico requirió de exámenes y procedimientos médicos invasivos como biopsias de músculo hasta en tres oportunidades.

Ella recuerda este episodio de la siguiente manera:

"A los 14 años mi padre me llevó a la ya inexistente clínica Italiana a ver a un neurólogo que le habían recomendado. Él ordenó varios exámenes y análisis y



al fin encontraron el diagnóstico: polimiositis. Me derivó al reumatólogo que sería mi doctor por los siguientes 20 años. El doctor Armando Rojo. Mi padre suele contar la llamada urgente del doctor al recibir mis resultados: "¡tiene que traerla ahorita, no podemos esperar más tiempo, tenemos que empezar tratamiento ya mismo!". Y empezamos.*

*Mientras me daban cortisona, el doctor dudaba y quería asegurarse del diagnóstico, así que indicó una biopsia muscular. Creo que esta fue la primera experiencia de dolor e invasión a mi cuerpo. **Grité como loca y tan fuerte que mi padre, que estaba en la sala de espera, entró a la fuerza y abrió la puerta. Lo sacaron y siguieron con el procedimiento. Los corticoides hincharon mi cuerpo y deformaron mi rostro.** Yo tenía 14 años y todo revuelto: estaba con mi primer enamorado y eso era lo más importante en mi vida y todo lo demás era irrelevante. Las citas al doctor y las sesiones de fisioterapia eran lo más aburrido, yo solo quería dar esas largas caminatas de la mano con él pero cuando mi cuerpo comenzó a hincharse y me veía horrible le dije que ya no quería verlo. Esta sería la primera renuncia que tuve que hacer en mi vida²."*

Lo que siguió fue una lenta progresión de sus síntomas musculares. Las molestias en la piel no siguieron pasados los primeros años de la enfermedad. Pero a los 20 años, la debilidad muscular empezó a interferir con su capacidad de moverse, obligándola a usar una silla de ruedas, debido a que sus piernas ya no le respondían. Ella ha recibido varios tratamientos a este tipo de enfermedades. Entre ellos, cursos de medicación como corticoesteroides (prednisona), azatioprina, metotrexato, ciclosporina, y otros. Pese a estos intentos de tratamientos la enfermedad continuó en su lenta progresión.

El deterioro de su cuerpo lo describe en las siguientes palabras:

*"...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,***

² "El Debut". <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/02/10/el-debut/>



mi mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo morir³.

Para buscar una solución a su problema, la Sra. Ana Estrada Ugarte acudió al National Institute of Health en Bethesda, Estados Unidos (**ANEXO 01-H**), donde confirmaron lo que decían los especialistas locales (**ANEXO 01-G**): aparte de recomendarle un tratamiento con inmunoglobulinas, no se podía hacer más por ella. Al regresar de esta consulta internacional, Ana recibió un tratamiento con inmunoglobulinas. Dada la falta de una respuesta clínica significativa y, por estar asociado con múltiples efectos adversos potenciales, no recibió terapia desde aproximadamente el 2006, salvo las reevaluaciones extensas para observar la progresión de su enfermedad, como la hospitalización para estudios en EsSalud en el 2010.

En los años siguientes y tras suspender los intentos de tratamientos a falta de respuesta, la enfermedad de la Sra. Ana Estrada Ugarte siguió progresando. "Como en otros problemas musculares progresivos, luego de la incapacidad para moverse, la siguiente área afectada es la capacidad para respirar y limpiar las secreciones respiratorias (toser, botar flema)"⁴, señala el Dr. Gianella (**ANEXO 01-E**). Así, desde el 2015, Ana empezó a tener molestias respiratorias, con problemas frecuentes de acumulación de secreciones respiratorias. Como es común en estos casos, el no poder movilizar sus secreciones debido a una pobre reserva respiratoria, se complica con infecciones. En abril de 2019, 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.**"⁵

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. Fue una experiencia muy dolorosa para ella, al punto que, hoy, no quisiera regresar y

³ "La muerte Digna (segunda parte)". En: <https://anabuscamuertedigna.wordpress.com/2019/01/31/la-muerte-digna-segunda-parte/>

⁴ Informe Médico elaborado por el Dr. Gonzalo Gianella. Anexo 01-D. P.2

⁵ "La muerte y el Estado". En: <https://anabuscamuertedigna.wordpress.com/2019/04/01/la-muerte-y-el-estado/>



vivir una situación similar. Durante ese período, ella tuvo diversas complicaciones de infecciones respiratorias, comunes a estos casos, y recibió cursos de antibióticos y cuidados con medidas invasivas para mantenerla con vida. Entre ellos, el uso de tubo endotraqueal (intubación), ventilación asistida, catéteres endovenosos centrales (que se insertan en las venas grandes del cuello). También se le colocó un tubo de traqueostomía y una gastrostomía. La traqueostomía sirve para aminorar la incomodidad del uso de un respirador y la molestia de aspirar secreciones en una persona que necesitará esta ayuda artificial por mucho tiempo. La gastrostomía es una sonda de alimentación para personas con problemas para tragar, que va directo a su tubo digestivo. Luego de la hospitalización, se mantuvo la sonda para facilitar la administración de medicamentos y mejorar su nutrición.

Nuestra representada recuerda los meses que vivió en Cuidados Intensivos y Cuidados Intermedios en el hospital Rebagliatti, como una experiencia traumática y dolorosa:

*"Estuve 3 días en esa clínica pero no tenía seguro privado y me trasladaron al hospital Rebagliatti. Lo que siguió a eso, fue la peor etapa de mi vida. Después de estar 15 días intubada, los médicos indicaron que debían realizarme la traqueostomía. Yo acepté inmediatamente porque ya no soportaba ese tubo en mi boca. En consecuencia, estuve 3 meses en UCI y 3 más en UCIN (Unidad de Cuidados Intermedios). **Cada día en ese lugar, cada minuto de dolor, cada ataque de pánico, cada alucinación visual y auditiva, cada segundo de terror, cada aguja al despertar o de madrugada, cada enfermera, cada lágrima mía y de mi familia, cada invasión a mi cuerpo; en fin, cada momento en ese lugar, deberá tener su propio texto. Por ahora les estoy enumerando los hechos que se convirtieron en la ruta que me llevó a buscar la muerte digna**⁶."*

En su blog, ella relata un episodio referido al tratamiento que recibía de parte del personal de salud en aquel hospital, de la siguiente manera:

"...el baño se convertiría en el peor momento del día en ese lugar. Sin cuidado, entre técnica y enfermera, conversaban de sus vidas: la técnica sostiene el cuerpo y la enfermera lava, pero ninguna me mira el rostro para saber si estoy

⁶ "La muerte Digna (segunda parte)". En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/01/31/la-muerte-digna-segunda-parte/>



*sintiendo dolor cuando por ejemplo **jalaban la sonda vesical y sentía que se me desgarraba la uretra o cuando, a pesar de mi mirada de pánico y mi gemido terminaron arrancando mi traqueostomía. (...)***

*Aproximadamente al mes de estar en UCI, le dije a mi hermano que le diga a Linda, mi asistente, que traiga su máquina para que me rape el pelo. Recuerdo que me dijo "no, hermana, esperemos un poco, ya vas a salir, tu pelo es lindo, tu pelo no". Siempre usé mi pelo largo y me gustaba mucho. Pero en UCI las enfermeras y técnicas realizan el baño diario muy temprano apresuradas porque tienen muchos pacientes más. Así que entraban, sin decir nada, me descubrían, me quitaban la camisa y empezaba la tortura. **Todo lo hacen con guantes, obviamente, así que el jebe del guante frotando mi cabello era muy doloroso. Me di cuenta que ya no saldría de ese lugar, tomé esa decisión, raparme. Un dolor menos. Cuando Linda entró con su máquina trató de convencerme a que solo me cortara un poco. Rápame, le dije llorando.** La enfermera llamó a mi hermano para firmar el consentimiento, me miró una última vez como pidiéndome que me retracte. Firma⁸."*

En declaraciones al Semanario Hildebrandt En Sus Trece, la Sra. Ana Estrada declaró en octubre de 2019 en relación a su hospitalización en el Hospital Rebagliati, lo siguiente:

*"Estaba paralizada, con depresión, porque había perdido mi vida anterior. **Yo morí aquel día que fui internada en el hospital Rebagliati. Perdí todo lo que había construido, perdí mi vida.** Todo me recordaba a mi vida anterior. Era un duelo. Yo había perdido a alguien que era a mí misma. **Esa frase que tanto se usa de estar muerta en vida es real**"*

A inicios del 2016, la Sra. Ana Estrada Ugarte fue trasladada de Cuidados Intermedios del Hospital Rebagliati a su casa, donde su padre, en su representación, firmó un documento donde aceptó los riesgos que derivan de ello, entre los cuales destacan infección respiratoria-neumonía-broncoaspiración a repetición-traqueitis, infección del sotoma de la traqueostomía, paro respiratorio o muerte, obstrucción de la cánula de traqueostomía (**ANEXO 01-K**). En este escrito, el modelo elaborado por

⁷ "La piel que habito". En: <https://anabusalamuertedigna.wordpress.com/2019/09/09/la-piel-que-habito/>

⁸ "Muñeca". En: <https://anabusalamuertedigna.wordpress.com/2019/05/08/muneca/>

⁹ Semanario Hildebrandt en sus Trece. Edición de la Semana del viernes 11 al jueves 17 de octubre de 2019, P.33.



Essalud indica que el tratamiento que recibe no garantiza la mejora de la enfermedad de nuestra representada.

El programa Clínica en Casa al que se trasladó está supervisado por médicos intensivistas que la visitan regularmente (cada semana en promedio). Además, recibe un personal de enfermería, evaluaciones por personal de nutrición, evaluaciones psicológicas y los insumos médicos que se requieran (incluyendo un respirador artificial). Como consta en la historia clínica, ella es monitorizada regularmente por este servicio a domicilio. No tiene un momento a solas y ha perdido toda experiencia de privacidad dada la presencia continua y/o permanente de personal médico en su cuarto. Su regreso a casa, lo describe de la siguiente manera:

*"Ya llegamos. Me bajaron de la ambulancia, entramos al sótano y estuvimos un momento mientras todos coordinaban. De pronto veo a Humberto, el conserje de mi edificio, nos miramos: "señorita Ana", me dijo entre lágrimas y cubriéndose el rostro. **Algo ocurrió en ese encuentro y después lo entendí: yo había muerto ese 18 de julio de 2015 y regresó un pedazo de piel con huesos de 35 kilos con la cabeza rapada, era casi un cadáver.** Entré a mi departamento y estaban mi madre con 5 personas desconocidas sonriendo y dándome la bienvenida. Sentí que algo no estaba bien. No me alegré. Me llevaron a mi cuarto y de pronto éramos como 15 personas entre mi familia y el personal que se ocupaba de instalarme. Fueron horas. Hubo descordinaciones, discusiones, todos entre la angustia y la turbación a mi alrededor. Ahí empezó otra difícil etapa: **me iba enterando cada día de mi propia muerte; es decir, lo había perdido todo, mi vida, mi independencia, mi trabajo, mi espacio, mi privacidad y todo lo que había dejado el día que salí en brazos de mi hermano**¹⁰."*

Otro aspecto de su vida privada, que es también expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, e incluye el ejercicio de su libertad sexual, fue también despojado, como así lo describe en un episodio en el que tuvo que hacer un escrito legalizado por su abogado y el del Hospital Rebagliati para consignar su responsabilidad plena por cualquier incidente que derive de tener relaciones sexuales¹¹:

¹⁰ "La muerte Digna (segunda parte). En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/01/31/la-muerte-digna-segunda-parte/>

¹¹ Ibidem.



"Fue un escándalo con los doctores cuando se enteraron que quería tener relaciones sexuales, porque mi condición es como si estuviera hospitalizada. Fue una lucha, primero conmigo para salir de rótulo del paciente, porque un paciente hospitalizado es visto como un cuerpo enfermo. Pero era importante recuperar el deseo que había perdido. Tiene que ver con lo erótico, y lo erótico tiene que ver con la vida¹²".

La estadía de la Sra. Ana Estrada Ugarte en casa bajo este sistema de cuidados domiciliarios no ha estado exenta de problemas. Su historia clínica (**ANEXO 01-A**) señala que sufre de episodios frecuentes de deterioro en su salud, mayormente asociados a procesos infecciosos. Durante estos episodios ha sido común el uso de antibióticos endovenosos y exámenes auxiliares. En ese periodo, Ana cuenta que la debilidad aumenta, y ha requerido en ocasiones ayuda para alimentarse haciendo uso más frecuente de la sonda de su gastrostomía. Sobre la necesidad de usar el respirador artificial, **desde su llegada a casa, la Sra. Ana Estrada Ugarte requiere usar este dispositivo a diario.** Con variaciones, puede estar varias horas al día respirando sin ayuda (de 4 a 6 horas como máximo). El resto del tiempo ella necesita el respirador para mantenerse. No usarlo le provoca una sensación de agotamiento y fatiga, comunes en estos casos. Vivir con estos malestares los relata del siguiente modo:

*"Esto no se supera, se aprende a vivir con esto. **Uno aprende a vivir con el sufrimiento, pero no lo supera.** Hay esa falsa idea, pero no, uno aprende a vivir con la tristeza, la angustia, el dolor¹³".*

La condición médica de la Sra. Ana Estrada Ugarte es el de una persona con una avanzada enfermedad muscular que ya le ha limitado grandemente su capacidad motora, que afecta su respiración de manera significativa y de modo intermitentemente, su deglución (**ANEXO 01-E**). Ella es dependiente para la mayor parte de sus actividades diarias (como su aseo personal, necesidades fisiológicas, preparar y tomar sus alimentos). Requiere además ayuda para moverse (usa una silla de ruedas autopropulsada) y para traslados mínimos (por ejemplo, para pasar de la silla a su cama). Este grado de dependencia se

¹² Hildebrandt en sus Trece. Edición de la Semana del viernes 11 al jueves 17 de octubre de 2019, P. 38.

¹³ Semanario Hildebrandt en sus Trece. Edición de la Semana del viernes 11 al jueves 17 de octubre de 2019, P. 38.



ha mantenido estable en los últimos 12 meses, pero comparativamente hay un lento deterioro desde que llegó a casa el año 2016. En sus palabras:

*"...de tener una asistente personal durante muchos años, cuando salí del hospital, pasé a convivir con 4 a 5 enfermeras las 24 horas de cada día de mi vida y el baño, **ese momento en la ducha donde puedes sentir el agua que te cae en el rostro y el chorro que se va por el desfogue llevándose tus penas, ya nunca más lo tuve.** Ahora todo procedimiento es en cama y nunca más me levantaré para ver mi cara reflejada en el espejo y así tratar de armarme, conocer mis pliegues, mi anatomía, mi mirada, la mirada que verán los demás. Ese insignificante acto que haces cada mañana sin darte cuenta, yo no lo tengo más¹⁴."*

2. Del diagnóstico y pronóstico:

El diagnóstico de la Sra. Ana Estrada Ugarte fue primero de una dermatomiositis (**ANEXO 01-D**), pero su enfermedad ha evolucionado como un problema estrictamente muscular. En general, las enfermedades que comprometen a los músculos se llaman miopatías y pueden tener distintos orígenes. Esto también se conoce como polimiositis. Cuando no se puede identificar una causa del daño muscular, se dice que el origen de esta condición es primaria.

Las causas más comunes de las miopatías primarias son aquellas en las que el organismo mismo se agrede. Ahí, parte de la agresión a los músculos ocurre mediada por el sistema inmune, que se encarga, entre otras cosas, de defendernos de infecciones. Si bien pueden existir otros mecanismos para el daño muscular en las miopatías primarias, el daño autoinmune es el más frecuente. La Sra. Ana Estrada así lo describe:

*"Es una enfermedad autoinmune. Les explico: todos tenemos un sistema inmunológico que detecta la presencia de algo extraño que quiere hacernos daño (un virus, por ejemplo) y lo ataca. Pero en este caso, el sistema se vuelve loco y no reconoce entre lo extraño y lo propio (ojo con esto, lo desarrollaré en un próximo texto), entonces termina atacando a nuestro propio cuerpo. **En la***

¹⁴ "La piel que habito". En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/09/09/la-piel-que-habito/>



polimiositis ataca a los músculos y produce tal inflamación muscular que la persona pierde fuerza¹⁵.

En el caso de nuestra representante, el problema es primario muscular y de origen autoinmune. Por ello, se usan cursos de medicamentos para disminuir la capacidad de su sistema inmune de reaccionar, como los inmunosupresores. **Estos tienen inherentes una serie de efectos adversos, como el aumento del riesgo de infecciones (ANEXO 01-D).**

Si bien existen tratamientos para las enfermedades autoinmunes, estos tienen probabilidades de éxito variables. Como en todas las enfermedades, hay personas que no van a responder a los tratamientos. De acuerdo con el Dr. Gianella, “[D]esafortunadamente Ana es una persona con una miopatía primaria renuente al tratamiento, siendo lo más probable que su debilidad muscular progrese en el tiempo¹⁶”.

El pronóstico de la Sra. Ana Estrada Ugarte es complejo. **Su necesidad de ayuda es altamente probable que empeore y requiera en el futuro mayor ayuda para la satisfacción de sus necesidades básicas.** Es altamente posible también que su necesidad para alimentarse por medio del uso de la sonda se haga más frecuente o permanente. Y sobre la respiración, de su estado precario de pocas horas al día sin el uso del respirador artificial podría pasar a un uso permanente. Como señala el Dr. Gianella, “si bien los cuidados paliativos cumplen un rol importante en el cuidado de pacientes con enfermedades avanzadas e incurables, es el respeto a la subjetividad con respecto al dolor y sufrimiento de cada persona el principal bien a proteger, algo que se enmarca usualmente dentro del respeto de la dignidad y la autonomía de las personas¹⁷”.

En resumen, **la Sra. Ana Estrada Ugarte es una persona con una enfermedad muscular idiopática progresiva que ha comprometido su capacidad motora y respirar de manera severa.** Si bien mantiene un grado de independencia, requiere una silla de ruedas para moverse, ayuda de terceros para trasladarse fuera de la silla y para la mayor parte de las actividades diarias

¹⁵ “El debut”. En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/02/10/el-debut/>

¹⁶ Informe Médico elaborado por el Dr. Gonzalo Gianella. Anexo 01-D. P.5

¹⁷ Ídem. P.7



y, soporte con un respirador artificial la mayor parte del día. Es, por tanto, una persona con una enfermedad muscular avanzada que **requiere el uso de medidas artificiales de soporte vital para mantenerse con vida.**

3. La voluntad de la Sra. Ana Estrada Ugarte

Frente a la evidente progresión de su enfermedad y a la ausencia de tratamientos para mejorarla, la Sra. Ana Estrada Ugarte ha solicitado tener control del final de su vida, a fin de ejercer su derecho a la muerte en condiciones dignas, así como su derecho fundamental a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir tratos crueles e inhumano (**ANEXO 01-I**). El deseo de ejercer estos derechos nace a partir de una decisión meditada y ponderada que ella describe de la siguiente manera:

*"...les diré de mi deseo de morir porque llevo 3 años investigando, preguntando, contactando, 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 el de ayudar y apoyar a un ser amado a hallar su muerte y ponerle 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 lloramos.¹⁸"*

El proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe (como respiradores, sondas, etc.) y llegará un momento en el que estas serán insuficientes para mantenerla con vida (**ANEXO 01-D**). Sin embargo, el progreso de esta enfermedad requerirá de mayor sofisticación (máquinas más complejas) y ello generará complicaciones causadas por la misma terapia. La mayoría de estas medidas no son naturales y tienen intrínsecas complicaciones, que, además, producen incomodidades, sufrimiento y mucho dolor.

¹⁸ "La muerte digna". En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/01/20/la-muerte-digna/>



Por eso, en base al curso de la enfermedad incurable que padece, la misma que es y será aún más, fuente de sufrimientos físicos y psicológicos que harán incompatible prolongar su existencia con la idea que comparte de dignidad humana, es que defendemos el derecho de nuestra representada a decidir disponer de su vida, permitiéndole el acceso a una muerte digna que le posibilite ejercer igualmente sus derechos a la dignidad, a la vida digna, al desarrollo de libre personalidad y a no sufrir de tratos crueles e inhumanos. Como señala la Sra. Ana Estrada, se trata de una cuestión de elegir "el cómo, cuándo y dónde morir"¹⁹. Ella lo describe de la siguiente manera:

*"¿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 antidepressivos 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.²⁰"*

Es importante reiterar que nuestra representada busca que el Estado reconozca, proteja y garantice estos derechos que hoy están siendo lesionados y amenazados con la prohibición penal. En otras palabras, 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 y por un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el Perú. Así, ella sostiene:

*"...no sería justo pedirle a alguien que lo haga. No quisiera un castigo para esa persona. **Yo no quiero morir de forma clandestina. De esa manera triste, trágica, terrible. No quisiera que se hable de un suicidio, de que fui una suicida.** La muerte asistida no es un suicidio, es un procedimiento médico que puede preparar a mi familia. Es distinto ser recordada como una*

¹⁹ "La muerte y el Estado". En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/04/01/la-muerte-y-el-estado/>

²⁰ "La muerte digna". En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/01/20/la-muerte-digna/>



*suicida que como alguien que decidió morir de una forma digna. Tiene que ver con la memoria. **Es lo que le da sentido a la vida**²¹”.*

Definiciones:

Para efectos de esta demanda, y a fin de uniformizar los términos empleados en el desarrollo del presente caso, a continuación, se establece un listado de definiciones vinculadas al procedimiento médico de la eutanasia y específicamente al pedido de nuestra representada. Ello, debido a que, a nivel nacional e internacional, los conceptos varían en su contenido. Se señalan, por tanto, las siguientes definiciones:

- Suicidio asistido o auxilio al suicidio: Es la acción que realiza un tercero que, sin contribuir a formar la voluntad de la persona que quiere suicidarse, ayuda o auxilia a otro a que esta se concrete. Aquí, la voluntad de quien desea acabar con su vida ya está formada, a diferencia de la “instigación” al suicidio, donde el instigador “siembra esa idea”. El artículo 113 del Código Penal sanciona este último hecho como “ayuda al suicidio”, con una pena privativa de libertad de una a cuatro años.
- Eutanasia: Del griego “Eu” (buena) y “thanatos” (muerte), que significa ‘buena muerte’. Supone la intervención de un/a profesional médico que, a petición expresa de un paciente, que padece una enfermedad incurable, realiza una acción dirigida a producir su muerte y así poner fin a sus dolores. Es la causación de la muerte sin dolor de un enfermo incurable para poner fin a sus padecimientos²². De conformidad con la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asociación Médica Mundial la eutanasia es “el acto deliberado de poner fin a la vida, a petición propia o de algún familiar”²³.
- Homicidio piadoso: Es el nombre asignado al artículo 112 del Código Penal que sanciona como delito a “el que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin

²¹ Hildebrandt en sus Trece. Edición de la Semana del viernes 11 al jueves 17 de octubre de 2019. P.38.

²² González Rus, Juan José. Lección 2. Formas de Homicidio (II). Derecho Penal. Parte Especial. P.112.

²³ María Pilar Lampert Grassi. La Eutanasia en la Legislación Nacional y Extranjera. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, P.1, disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=70184>.



a sus intolerables dolores". Tiene una pena de cárcel no mayor de tres años.

- Cuidados paliativos: Para la Asamblea Mundial de la Salud los cuidados paliativos constituyen "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"²⁴
- 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, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos"²⁵.

IV. Fundamentos de Derecho:

1. Normatividad adjetiva

- Artículo 112 CP -
 - 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.

Se solicita, a través del presente amparo contra norma legal, la inaplicación del respectivo artículo legal, cuyos efectos jurídicos desplegados, desde su entrada en vigor, crean una situación jurídica que impide reconocer y garantizar el derecho a la muerte en condiciones dignas, así como otros derechos fundamentales, y operativizar con ello, el procedimiento de la eutanasia a pedido consciente y expreso de nuestra representada, debido a su prohibición penal. Esto permitirá, a su vez, que quede sin efectos las respectivas normas

²⁴ Resolución WHA 67.19 de la Asamblea Mundial de la Salud del año 2014, Párrafo 5.

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-970/14. Fundamento 5.3 En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>



jurídicas que recogen y refuerzan esta prohibición penal, tal como sucede con el artículo 15.3 de la Ley General de Salud²⁶.

Sobre el carácter autoaplicativo de la disposición legal cuestionada:

Como ya se precisó, el artículo 3 del CPC exige que la demanda de amparo contra norma legal se presente ante la amenaza o vulneración de actos que tengan como sustento los efectos de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución. La consecuencia, en ese sentido, de declarar fundada la demanda, será la inaplicabilidad de la citada norma en el caso específico que genera la vulneración y amenaza de derechos fundamentales.

A través de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) ha ido precisando qué debe entenderse por norma 'autoaplicativa'. Así, ha sostenido que se trata de una norma "creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación"²⁷, "que, en forma directa incide en el ámbito subjetivo del demandante"²⁸.

También ha señalado que es aquella que "no requiere de actos concretos de aplicación, ya que desde su sola entrada en vigencia genera una serie de obligaciones a sus destinatarios"²⁹ o "cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia"³⁰.

Todas estas definiciones, permiten concluir que una norma 'autoaplicativa' es una norma con rango legal (ley) que **no necesita de un desarrollo normativo adicional para que surta efectos jurídicos, pues una vez entrada en vigencia, resulta inmediata e incondicionada**. Tampoco requiere de otros actos intermediarios o de ejecución, en la medida que su sola

²⁶ Artículo 15.3 de la Ley General de Salud. Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

- Atención y recuperación de la salud. (...)

- e) A que se respete el proceso natural de su muerte como consecuencia del estado terminal de la enfermedad. El Código Penal señala las acciones punibles que vulneren este derecho.

²⁷ Tribunal Constitucional. Exp. N° 1136-97-AA/TC, f. j. 2.

²⁸ Tribunal Constitucional. Exp. N° 1445-2002-AA/TC, f. j. 2.

²⁹ Tribunal Constitucional. Exp. N° 2670-2002-AA/TC, f. j. 2.

³⁰ Tribunal Constitucional. Exp. N. 01567-2014-PA/TC, f. j. 16.



existencia repercute en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

El Supremo Intérprete de la Constitución distingue así, entre “amparos contra actos basados en aplicación de normas” y “amparos contra normas autoplicativas”, donde lo primero refiere a un supuesto donde el acto de aplicación es el que se reputa como lesivo o amenazante, mientras que, en el segundo, se evalúan los efectos perniciosos de una norma autoaplicativa o de eficacia inmediata³¹.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos en este último supuesto, donde los efectos jurídicos de la citada norma penal crean una situación jurídica inconstitucional que impide el ejercicio del derecho fundamental a decidir las circunstancias en las que la Sra. Ana Estrada Ugarte desea tomar el control sobre su vida y poner fin a sufrimientos intolerables que experimenta producto de la enfermedad que padece, a partir de una muerte digna. Esto, pues el artículo 112 del Código Penal, al ser una norma-acto con un mandato prohibitivo, impide que profesionales médicos puedan ejecutar el procedimiento médico de la eutanasia cuando así lo solicite nuestra representada de manera expresa y clara, así como también impide alguna regulación sanitaria sobre la eutanasia para la aplicación en un caso determinado.

Por esas consideraciones, consideramos que la demanda satisface el requisito de procedencia, de acuerdo el artículo 3 y 5 del CPC. Es importante recordar que, acorde al artículo III del Título Preliminar del CPC, las exigencias de formalidades previstas deben adecuarse al logro de los fines de los procesos constitucionales. En este caso, el objetivo es el reconocimiento y materialización de los derechos fundamentales lesionados y/o amenazados por parte de los demandados.

Sobre el rechazo al tratamiento médico

El pedido presentado requiere de una precisión sobre los alcances del derecho a decidir en qué circunstancias poner fin a la vida, cuando esta resulta incompatible con la dignidad humana. Según la Ley N° 26842, Ley General de

³¹ Tribunal Constitucional. Exp. N. 01567-2014-PA/TC, f. j. 21.



Salud, ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo, así como también establece que toda persona tiene el derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento médico y a que se le explique las consecuencias de esa negativa (artículo 4 y artículo 15.2 literal g).

Así, la norma establece que “ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo³²”, y agrega que tiene derecho a ser informada sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa³³. Ello, puede, a su vez, expresarse de manera anticipada, una vez conocido el plan terapéutico contra la enfermedad.

Dicha ley constituye, como lo veremos más adelante, un reconocimiento del Estado del espacio de libertad y autodeterminación de una persona que, tomando una decisión consentida e informada en base a la información que le brindan los profesionales de la salud sobre la posibilidad de ejercer este derecho y las consecuencias que tiene en su salud, acepta que ello podría generarle una mella a su integridad o vida al rechazar el tratamiento. En casos como estos, ya el Estado asume, con un existente reconocimiento legal de dicho derecho, que su deber de preservar la vida o proteger la salud de sus ciudadanos es desplazado frente al derecho a la autonomía del individuo.

En estos escenarios, se privilegia el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal. Así, el Estado se distancia del modelo de la beneficencia de la ética médica, en virtud del cual se busca realizar acciones para promover el bien de la persona y preservar la vida a todo costo sin importar la voluntad de la persona, **hacia un modelo de la autonomía, que toma a la persona a quien se le sugiere el tratamiento como la más capacitada y legitimada para decidir en base a sus valores y creencias personales.**

El derecho a rechazar un tratamiento médico guarda íntima relación con el consentimiento informado exigible para todo acto médico. El artículo 4 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud establece que ninguna persona puede ser

³² Art.4. la Ley N° 26842, Ley General de Salud

³³ Art.15.2, literal g. la Ley N° 26842, Ley General de Salud.



sometida a un tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo (o el de la persona llamada a darlo). Si la persona no consiente, el profesional de la salud no debe proporcionárselo, originándose el derecho a no ser sometido a un tratamiento sin su autorización, lo que, en una faz positiva, se manifiesta en el derecho a rechazar expresamente, en todo o en parte, el tratamiento ofrecido. Este derecho alcanza casos en donde, incluso el rechazo al consentimiento genera consecuencias mortales para la persona que lo solicita.

Si bien este supuesto constituye la regla, tendría una excepción: casos de emergencia. Esto, pues el artículo 4 precisa “que se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia”, y el artículo 17 del Reglamento de la Ley de derechos de los usuarios de los servicios de salud, aprobado por DS 027-2015-SA, señala que no procede este derecho “cuando la persona usuaria del servicio de salud se encuentre en estado de emergencia (...)”. A consideración de la Defensoría del Pueblo, la única manera de interpretarlo es de conformidad con el artículo 15.3 e) que reconoce el respeto de toda persona al proceso natural de su muerte y el 15.2 g), sobre el derecho a rechazar anticipado el tratamiento que reciba a futuro. Es decir, si una persona está en situación de emergencia porque hay un riesgo inminente a su vida, y rechaza recibir tratamiento alguno, la única manera de respetar el proceso natural de la muerte es respetando su decisión de no recibir tratamiento médico (aplicación del literal e) del artículo 15.3 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud).

Como puede observarse en este supuesto no existe ninguna innovación, sino simplemente el respeto a un derecho reconocido por la legislación nacional. Lo mismo ocurre si ya ha emitido su consentimiento a rechazar tratamientos de manera anticipada. Esta lectura nos lleva a sostener que esta excepción solo podría aplicarse en los supuestos en donde la persona no ha declarado su voluntad de rechazo a tratamientos con anticipación y no tiene manera de declararla cuando su vida o integridad está en riesgo (situación de emergencia), con lo cual la única persona que podría decidir sobre sí es un representante que no tendría derecho a rechazar tratamientos médicos en su representación.

El otro supuesto donde no operaría el derecho a rechazar un tratamiento médico o cirujano debe interpretarse con el artículo 15.4 a.1 de dicha Ley, que regula los supuestos en los que se garantiza el consentimiento informado. Este precisa que no procede en casos de emergencia, “de riesgo debidamente comprobado



para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública”, con lo cual, **el rechazo a recibir tratamiento o a no continuarlo tiene su límite en los derechos de terceros.** En otras palabras, la autonomía de la persona se respeta siempre que no vulnere otros derechos.

Ahora, si bien este reconocimiento del rechazo al tratamiento médico es importante de cara a este caso pues es expresión del respeto a la autonomía de la persona por parte del Estado, no es el derecho que la Sra. Ana Estrada Ugarte solicita sea reconocido. Es necesario, por eso, reiterar que **el pedido no es “que la dejen morir” no ofreciéndole los tratamientos requeridos a partir del ejercicio de su derecho a rechazar el tratamiento, sino que el Estado la deje decidir** y controlar, en uso de su autonomía y en ejercicio de su libre desarrollo a la personalidad, así como de su derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos, las circunstancias (cuándo, cómo y dónde) en las que ella desee disponer de su vida, cuando prolongarla le genera una afectación irreversible a su dignidad, así como dolores intolerables. Hoy, el ejercicio de esta libertad de decisión exige, para materializarse, la participación de terceros que podrían verse ilegítimamente involucrados en un proceso penal, dada la criminalización del procedimiento médico de la eutanasia, bajo el delito de homicidio piadoso.

Se busca, por tanto, garantizar el derecho fundamental de una persona a tomar decisiones sobre un aspecto de trascendental importancia para uno, en el momento, quizás, más álgido de la vida. El pedido, por ende, para ser plenamente satisfecho requiere la creación de una junta médica interdisciplinaria³⁴ que garantice la mejor manera de respetar, proteger y

³⁴ La interdisciplinariedad de los Comités es una característica que se presenta en los países que han legalizado la aplicación de la eutanasia para garantizar el derecho a la muerte en condiciones dignas y que utilizan este tipo de órganos para viabilizar las decisiones de los pacientes que desean ejercer ese derecho. Por ejemplo, en Colombia estos comités fueron dispuestos por la sentencia 970-14, indicando que sus funciones debían ser (fundamento 7.2.5): “acompañar a la familia del paciente y al paciente en ayuda psicológica, médica y social, para que la decisión no genere efectos negativos en el núcleo familiar, ni en la situación misma del paciente. Esa atención no puede ser formal ni esporádica, sino que tendrá que ser constante, durante las fases de decisión y ejecución del procedimiento orientado a hacer efectivo el derecho. Además, dicho comité deberá ser garante y vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los términos de esta sentencia y la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso. Igualmente, en caso de detectar alguna irregularidad, deberá suspender el procedimiento y poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible comisión de una falta o de un delito, si a ello hubiere lugar”. Asimismo, la Resolución 1216-2015 emitida por el Estado colombiano, define estos Comités como de tipo Científico-Interdisciplinarios para el Derecho a Morir con Dignidad, teniendo como función vigilar y ser garante de que todo el procedimiento para morir con dignidad se desarrolle respetando los términos de la sentencia T-970 de 2014 y que se garantice la imparcialidad de quienes intervienen en el proceso, para lo cual deberá realizar las verificaciones que sean del caso.



asegurar la voluntad de la persona, a través del diseño y aplicación de una regulación sobre la materia.

Por tanto, es importante reiterar que el reconocimiento legal del derecho a “negarse a recibir o continuar el tratamiento médico” no satisface el derecho que, en este caso, se está buscando reconocer: **el de decidir de manera informada y expresa controlar el fin de la vida debido a dolores intolerables y condiciones de deterioro que vulneran la dignidad de quien padece una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva.** Además, en su caso el no recibir tratamiento médico no necesariamente conduce al fin de la vida, sino a una situación de incertidumbre permanente que niega el libre ejercicio de una persona de decidir cuándo, cómo y dónde morir en condiciones de dignidad, además de constituirse en una fuente adicional de sufrimientos producto de la enfermedad.

Bajo el *status quo* legal vigente, la Sra. Ana Estrada se vería obligada a optar entre dos opciones de similar situación aflictiva: continuar con el tratamiento médico que recibe, que como hemos visto le genera condiciones de indignidad en el presente caso que se acrecentarán en el futuro dado el deterioro de su salud y el alto grado de dependencia de las medidas de soporte vital (uso de máquinas, imposibilidad de moverse sin ayuda, etc.) o, negarse a recibir o continuar el tratamiento y con ello provocarle una situación de incertidumbre respecto a su deceso, que además sería dolorosa e indigna.

2. De la vulneración de los derechos constitucionales:

a. Derecho a la muerte en condiciones dignas

El amparo contra norma legal que la Defensoría del Pueblo presenta busca no sólo impedir la criminalización del procedimiento médico de la eutanasia (vía inaplicación del artículo 112 del Código Penal), sino el reconocimiento de un derecho fundamental que subyace a ello. Sostenemos así, que **no se justifica perseguir penalmente este hecho, pues la conducta que describe el delito de homicidio piadoso no sólo es de riesgo permitido** (lo que será analizado más adelante), sino que representa el acto de brindar las condiciones suficientes para ejercer un derecho fundamental: el de morir en condiciones de dignidad, entre otros involucrados detrás de este procedimiento.



Si bien ni la Constitución Política del Perú, ni los tratados internacionales sobre derechos humanos contemplan una regulación expresa y positiva de este derecho fundamental, es posible sostener que se trata de un derecho de naturaleza innominada, recogido en el artículo 3 de la Carta Magna. Este precisa:

Artículo 3º.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Así, los derechos no enumerados, también llamados “innominados” o “implícitos”, son novedosas maneras de concebir la capacidad de realización que tiene el ser humano³⁵, a pesar de no encontrarse expresamente reconocidos en la Constitución, es decir, positivados. En esa línea, en palabras del máximo intérprete de la Constitución:

“...los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva puesto que en la medida en que el ordenamiento jurídico, no crea estricto sensu los derechos esenciales, sino que se limita a reconocerlos, su individualización puede operar no sólo a partir de una opción valorativa o principista como la reconocida en el artículo 3 de la Constitución Política del Perú, sino también apelando al ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante del contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional³⁶”.

³⁵ Sáenz Dávalos, Luis. “Los derechos no enumerados y sus elementos de concretizaciones”. En: Sáenz Dávalos, Luis (coordinador). *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009. P. 13.

³⁶ STC Exp. 6546-2006-PC/TC. 7 de noviembre, 2007.



No es posible restringir el listado de derechos fundamentales a los contemplados expresamente en la Constitución, pues el texto positivo se limita a reconocer, mas no a crear, los derechos que se fundan en la dignidad del ser humano. Por eso, se sostiene que este acto tiene efectos declarativos, antes que constitutivos. El TC, en esa línea, ha reconocido una serie de derechos fundamentales autónomos no expresamente positivizados en la Constitución, como, por ejemplo, el derecho al agua potable³⁷, el derecho a la verdad³⁸ o el derecho a la alimentación³⁹.

En esa línea, en la doctrina se han desarrollado criterios para poder reconocer un derecho no enumerado. Así, se indica que deben cumplirse los criterios de fundamentalidad, especificidad normativa y conformación o adecuación constitucional⁴⁰.

El criterio de fundamentalidad exige que el carácter fundamental de un derecho se encuentre en la Constitución⁴¹. Como hemos indicado líneas atrás, el artículo 3 de la Constitución señala expresamente los principios que pueden servir como sustento para reconocer derechos no enumerados.

En este caso, **el derecho a la muerte en condiciones dignas se encuentra sustentado en el principio de dignidad humana, pues la muerte constituye una fase esencial de la vida**. No es un fenómeno meramente pasivo que nos ocurre, frente al cual permanecemos inertes, sino que es un acto en el que nuestra libertad y autodeterminación puede intervenir, en cierta medida⁴². Este ámbito de libertad nos permite decidir el momento y las circunstancias de consumir nuestra muerte, lo que adquiere mayor importancia cuando la persona se enfrenta a condiciones que hacen insufrible prolongar la existencia.

Para Martha Nussbaum, “no morir de forma prematura o [morir] **antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla**”

³⁷ STC Exp. 6546-2006-PA/TC.

³⁸ STC Exp. 2488-2002-HC/TC.

³⁹ STC Exp. 01470-2016-PHC/TC.

⁴⁰ SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: SAENZ DAVALOS, Luis (coordinador). P. 134. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

⁴¹ SOSA SACIO, Juan Manuel. Ob. Cit. P. 120.

⁴² TABOADA, Paulina. “El derecho a morir con dignidad”. En: *Acta Bioethica*. Año VI, nº 1. Universidad de Chile, Santiago, 2000. P. 94.



forma parte del listado de capacidades básicas que constituyen requisitos constitutivos de la dignidad⁴³. La idea de una vida que no merece ser vivida supone reconocer que existen circunstancias que hacen incompatible la subsistencia fisiológica del ser humano con el respeto a su dignidad. En suma, **el derecho a morir en condiciones dignas no sólo parte de reconocer la autonomía del individuo de decidir sobre su propia existencia, sino que se desprende de la necesidad de asegurarle condiciones mínimas de subsistencia que, precisamente, permitan a la persona vivir dignamente.**

El criterio de especificidad normativa, por su parte, hace referencia a la estructura y a los alcances del derecho fundamental que debe tener el derecho no enumerado `construido⁴⁴. En ese sentido, es necesario especificar quién es el titular del derecho, el sujeto obligado a efectivizarlo y el mandato concreto al que obliga el derecho⁴⁵. Con relación a los alcances, este no debe hacer referencia a aspectos vitales muy particulares o detallados -como, por ejemplo, un derecho a usar barba-, sino que debe describir supuestos protegidos de modo general.

El contenido del derecho a la muerte digna consiste en una libertad protegida del titular a decidir el momento y las condiciones en que pondrá fin a su vida, procurando con ello evitar que siga soportando un grave padecimiento físico y psicológico. Este derecho, a su vez, **exige por parte del Estado la obligación de brindar a los sujetos titulares las condiciones necesarias** para poder hacerlo efectivo (entre otros, protocolos de atención médica y disponibilidad de profesionales médicos y de la salud capacitados).

El criterio de adecuación constitucional, finalmente, supone que el nuevo derecho no tenga contenidos normativos claramente proscritos por el ordenamiento constitucional⁴⁶. En este punto es importante anotar que si bien la Constitución impone al Estado la obligación de proteger y preservar la vida

⁴³ NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades: Propuestas para el desarrollo humano*. Paidós, Barcelona, 2012, P. 50.

⁴⁴ SOSA SACIO, Juan Manuel. Ob. Cit. PP. 123 y 124.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*. P. 125.



de las personas⁴⁷, este deber estatal se circunscribe a impedir que terceros pongan fin a la vida de una persona de forma arbitraria. La protección del derecho a la vida en modo alguno puede llevarnos a forzar a una persona a seguir viviendo en contra de su voluntad y, con ello, obligarla a soportar graves sufrimientos. En esa línea argumentativa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha señalado que “no cualquier privación de la vida será reputada como contraria a la Convención, sino solo aquella que se hubiera producido de manera arbitraria”⁴⁸.

A consideración de la Defensoría del Pueblo, no es posible sostener que la muerte como consecuencia de la decisión libre e informada de no seguir tolerando graves padecimientos constituya un supuesto de privación arbitraria de la vida. En consecuencia, resulta claro que **la norma constitucional que exige al Estado proteger la vida frente a privaciones arbitrarias no se contrapone al reconocimiento del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas.**

Además de los criterios señalados para el reconocimiento de un derecho innominado, también se toma en consideración un análisis de subsidiariedad. De este modo, como ha señalado el TC⁴⁹, la apelación al artículo 3º de la Constitución está reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un **derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que en modo alguno pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido.**

En otras palabras, el derecho fundamental que ha de reconocerse no debe poder ser abarcado en su integridad por el resto de los derechos expresamente recogidos en la Carta Magna. Esto, pues **se trata de un derecho que se ejerce en condiciones específicas y extraordinarias, donde se busca efectivizar el último espacio de libertad que tiene una persona para disponer sobre su vida y su cuerpo, cuando prolongar su subsistencia representa una afectación irreversible a su dignidad y una forma de trato cruel e inhumano.** Es decir, el contexto en el que se invoca y se ejerce

⁴⁷ STC Exp. 02278-2010-HC, f. j. 7.

⁴⁸ Corte IDH. Corte IDH. Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017. Párrafo 103.

⁴⁹ STC Exp. N° 01865-2010-PA/TC, f. j. 22.



tiene particularidades específicas que se circunscriben a la última etapa o al corolario de la vida, la muerte, que busca consumarse en condiciones de dignidad. La muerte no es un fenómeno ajeno a todo ser humano, y al ser inevitable, decidir cómo pasar por este trance final de la vida debe ser reconocido como un derecho fundamental autónomo.

Recogiendo la experiencia comparada en la región, es necesario remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que determinó como derecho autónomo, independiente, aunque relacionado con la vida y otros derechos, el derecho a la muerte digna. Así, señaló lo siguiente:

“No es posible considerar la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía, así como tampoco es dable entenderlo como una parte del derecho a la vida. Sencillamente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que goza de todas las características y atributos de las demás garantías constitucionales de esta categoría. Es un derecho complejo, pues depende de circunstancias muy particulares para constatarlo y autónomo en tanto su vulneración no es una medida de otros derechos. En todo caso, es claro que existe una relación estrecha con la dignidad, la autonomía y la vida, entre otros⁵⁰”.

Reconocer un derecho no recogido expresamente en la Constitución, como pasó con el derecho al agua potable o a la verdad, no implica negar que su contenido esté vinculado con otros derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso del derecho al agua potable, es posible sostener que su ámbito de protección se relaciona con el derecho a la salud o al medioambiente, mientras que, como dice el TC, en el derecho a la verdad, también se encuentran comprometidos otros derechos como la vida, la libertad o la seguridad personal⁵¹.

Lo que distingue estos derechos vinculados del derecho fundamental innominado es, señala el TC, el “objeto perseguido”, así como “el telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar⁵²”. Como ya se dijo, **la finalidad, en este caso, recae en la necesidad de materializar un derecho que se ejerce en condiciones muy particulares en el ciclo de vida de una**

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-970/14. Fundamento 5.3.

⁵¹ STC Exp. 2488-2002-HC/TC, f. j. 14.

⁵² STC Exp. 2488-2002-HC/TC, f.j.14.



persona, como son los últimos momentos que un individuo tiene para ejercer su autonomía, cuando prolongar su existencia, debido a una enfermedad o a un accidente, representa una afectación a su dignidad humana.

Asimismo, es importante reiterar que, al tratarse de un derecho fundamental, no sólo se requiere la ausencia de una potestad coactiva que impida la muerte por parte de terceros (obligación negativa del Estado de dejar hacer) en el ejercicio de la libre voluntad, sino, a su vez, la prestación de salud (obligación positiva de hacer) que, garantice la eficacia de este derecho de manera oportuna, eficiente y en condiciones de calidad. De lo contrario, se correría el riesgo de vaciarlo de contenido. En otras palabras, la prohibición penal del artículo 112 supone además **una lesión a este derecho en tanto impide la existencia de una regulación administrativa que materialice el acceso y ejercicio efectivo de este derecho a decidir.**

Sin perjuicio del reconocimiento a este derecho, la imposibilidad de poder efectivizar el procedimiento médico de la eutanasia a través de una regulación específica, sin que existan terceros criminalizados por este actuar, a pedido expreso y consciente de nuestra representada constituye también una vulneración de los siguientes derechos fundamentales.

b. Derecho a la dignidad

La dignidad, como hemos precisado líneas arriba, constituye el fundamento de los derechos fundamentales y la base del derecho innominado antes delimitado. Sin embargo, también es un derecho fundamental autónomo con contenido propio que le es exigible al Estado Social y Democrático de Derecho respetar, proteger y garantizar.

La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad y al debido proceso⁵³. En tanto principio actúa como un parámetro para la aplicación y ejecución de las normas, y como derecho fundamental constituye un ámbito de tutela y protección autónomo⁵⁴. Precisamente, en atención al reconocimiento de la dignidad como

⁵³ STC Exp. 02273-2005-HC, f. j. 9.

⁵⁴ Ídem, f. j. 10.



Un derecho fundamental, las personas pueden exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección.

En relación con el contenido del derecho a la dignidad humana tenemos la **obligación de no instrumentalizar**, la cual supone que “ninguna persona puede ser tratada como mero medio para lograr fines ajenos, ni ser rebajada a la condición de objeto”⁵⁵. Como señala Häberle, “la persona no ha de convertirse ni en objeto de procedimientos estatales ni en objeto de procedimientos sociales”⁵⁶.

En el caso de nuestra representada, el interés del Estado de preservar su vida, aun por encima de su autonomía y libertad de disponer de ella, cuando esta resulte incompatible con su idea de dignidad, **implicaría una instrumentalización de la persona para fines sociales que la despojan de su individualidad y capacidad de autogobernarse**. Esta aproximación hace surgir la pregunta de si la vida pertenece a los seres humanos que la viven, o como dice Siverino, “a un ente trascendente de la que emanaría (y por ende es sagrada, y como tal indisponible), o bien a la comunidad, por lo que estamos obligados a conservarla y hacerla valiosa socialmente”⁵⁷. Sostener algo así, sin embargo, contravendría el artículo 1 de la Constitución, en virtud del cual la persona y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, por ende, están al servicio de la persona, y no viceversa.

Por otro lado, el derecho fundamental a la dignidad incluye también la **obligación de optimizar la existencia humana digna**. De este modo, “toda persona debe ser promovida en el desarrollo de su existencia, inicialmente a través de la satisfacción de sus necesidades básicas, pero inclusive previéndose las prestaciones necesarias para que cada persona elija su propio plan de vida y lo pueda llevar a cabo”⁵⁸. La maximización del derecho a la dignidad implica,

⁵⁵ Gutiérrez Camacho, Walter y Sosa Sacio, Juan Manuel. “Artículo 1. Dignidad de la persona”. En: Walter Gutiérrez Camacho (director). *La Constitución Comentada*. Tomo I. Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013. P. 40.

⁵⁶ Citado por: VON MÜNCH, Ingo. “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 2, Núm. 5, Mayo-agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982. P. 19.

⁵⁷ Siverino Bavio, Paula. A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo, un análisis desde el ordenamiento jurídico peruano. En: https://www.academia.edu/35788354/A_prop%C3%B3sito_del_derecho_a_la_disposici%C3%B3n_del_propio_cuerpo_un_an%C3%A1lisis_desde_el_ordenamiento_jur%C3%ADdico_peruano. P. 9.

⁵⁸ Citado por: Von Munch, Ingo. Loc.Cit.



tanto el aseguramiento de un mínimo de capacidades (o de recursos y prestaciones sociales), como la posibilidad de desplegar libremente la propia personalidad, impidiéndose la existencia de trabas ilegítimas. En ambos casos se trata de asegurar o promover el ejercicio de la autonomía, idea que está igualmente en el contenido del derecho a la dignidad humana.

En esa línea, la dignidad está estrechamente relacionada a la autonomía personal o capacidad para decidir racional o moralmente sobre sí⁵⁹. Bajo ese paraguas, se entiende al ser humano como un sujeto libre, en el que el poder público estaría impedido de intervenir arbitrariamente en las decisiones libres de las personas -más, si son ámbitos privados e íntimos-. Esta visión se relaciona a la anterior sobre la obligación de optimizar la existencia humana, pues establece el **deber del Estado de fortalecer las capacidades básicas de los individuos para que estos se erijan como sujetos realmente autónomos, libres, con capacidad de autodeterminarse**⁶⁰.

Como bien sostienen Aguilera & González, "la dignidad humana significa autonomía, esto es, libertad para escoger la forma de vida que cada uno prefiera, con la salvedad de que al escoger la forma de vivir no se quiera transgredir y violentar la dignidad y la forma de vivir de otro⁶¹". Ello, implica, por tanto, reconocer al ser humano como ser autónomo para adoptar sus decisiones, por ende, para ser soberano sobre el manejo de su vida. De ahí que Carlos S. Nino reconociera que la personalidad moral (aquello que permite ser titular de derechos humanos) se conforma, entre otras propiedades, por la autoconciencia y más aún, la capacidad para tomar decisiones y consentir las consecuencias de los propios actos⁶².

Esto nos lleva a sostener que, si bien la dignidad de la persona es un bien intangible, la autonomía de la que goza permite delimitar si esta se ha vulnerado o no. Como dice Von Münch, "si el propio afectado es de la opinión que su dignidad no ha sido violada mientras que otras personas piensan que sí se ha producido una violación de la dignidad del afectado, por regla general debe ser

⁵⁹ Sosa, Juan Manuel. Necesidades Humanas básicas y fundamentación de los derechos. Editorial Académica Española. 2017. P.90.

⁶⁰ SOSA, Juan Manuel. Op. Cit. PP. 92-93.

⁶¹ Aguilera Portales, Rafael. & González Cruz, Joaquín. Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia. P.161.

⁶² Nino, Carlos Santiago. La Constitución de la democracia deliberativa. Gedisa, Barcelona, 1997.P.80



determinante la opinión de la persona afectada, pues a ésta no es dable imponerle las concepciones morales de terceros⁶³”.

Ronald Dworkin, por su parte, ha sostenido que no reconocer el derecho a morir de aquellas personas que presentan enfermedades graves e irreversibles puede devenir a su vez en la vulneración del derecho a su dignidad, a partir de las siguientes reflexiones:

“Muchas de ellas sienten ansiedad ante la sola idea de que sean sus familiares y amigos quienes tengan que afrontar los costos de mantenerlas con vida, sean éstos emocionales o financieros. Y muchas otras se horrorizan ante el pensamiento de que se malgasten en ellas recursos que podrían ser utilizados para el beneficio de otras personas que viven vidas genuinas y conscientes. Esta variedad de preocupaciones explica el horror que muchos sentimos ante la idea de existir sin ningún sentido como un vegetal durante años. Pensamos que **una existencia puramente biológica, sin inteligencia, sensibilidad o sensación, no es solamente un asunto de indiferencia, sino algo malo para nosotros, algo que daña nuestra vida considerada como un todo**⁶⁴”.

Ahora bien, es importante mencionar que, ante casos como el de la Sra. Ana Estrada Ugarte, el Estado tendría a disposición una alternativa que busca disminuir la agonía y el sufrimiento, propios de la enfermedad que aqueja a personas con dependencia funcional y ciertos criterios de complejidad, que es el programa de cuidados paliativos. Esta alternativa sería ofrecida a la afectada vía su prestador de salud: EsSalud.

La Directiva de Gerencia Central de Prestaciones de Salud N° 05-GCPS-ESSALUD-2017 “Organización y Funcionamiento de las Unidades de Cuidados Paliativos en EsSalud”, define en el subnumeral 6.2.1 en qué consisten las prestaciones y quiénes son los potenciales beneficiarios:

⁶³ Von Munch, Ingo. Op. Cit. P.22.

⁶⁴ Dworkin, Ronald. El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana. Lima: Palestra Editores, 2019. P. 168.



“a. Las prestaciones se otorgan a pacientes y familias con enfermedades oncológicas y no oncológicas a través de la prevención y alivio del sufrimiento, tratando los problemas físicos, psicológicos, sociales y espirituales.

b. Los Criterios de elegibilidad para determinar el nivel de atención de cuidados paliativos está basado en la dependencia funcional, criterios de complejidad e inestabilidad clínica y condición psicosocial del paciente”

La medida tiene un carácter preventivo y de mitigación del sufrimiento para un paciente con determinados requisitos. Por ejemplo, bajo este esquema de prestaciones de salud de EsSalud, una persona con una enfermedad degenerativa e incurable, cuyos síntomas generan condiciones incompatibles con su idea de dignidad, recibe la misma respuesta (ofrecimiento de cuidados paliativos) que una persona en el mismo estado, cuyas condiciones no le generan dicha incompatibilidad.

En otras palabras, no existe ningún tratamiento diferenciado en la prestación del servicio de salud en base al criterio de indignidad determinado por la persona. Se presenta en este contexto un desfase entre lo que considera el médico que, desde una perspectiva objetiva, pueden ser los dolores de una enfermedad acreditada que se haga necesario paliar, y lo que experimenta una persona que establece con un alto grado de subjetividad los sufrimientos físicos y psicológicos que vive, así como las condiciones que para esta son indignas.

Como bien sostiene la Corte Constitucional de Colombia: “Aunque se pueda establecer médicamente que una enfermedad implica mucho dolor (aspecto objetivo), limitar esa certeza a un concepto médico choca con la idea misma de autonomía y libertad de las personas. **Nadie más que el propio paciente sabe que algo le causa un sufrimiento de tal gravedad que se hace incompatible con su idea de dignidad.** De esta manera, será la voluntad del paciente la que determine qué tan indigno es el sufrimiento causado, aunado a los exámenes médicos⁶⁵”.

Por su parte, según refiere Álvarez Del Río, “[L]a atención paliativa debe formar parte de la atención de todos los pacientes que están muy enfermos y ya no

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-423/17. Fecha: 4 de julio, 2017. Fundamento 5.3.5. i En: http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/T-423-17.pdf



tienen posibilidad de curarse. Pero no siempre serán suficientes para aliviar su sufrimiento físico; **además, puede ser que el dolor sea emocional o existencial, que la persona no quiera vivir en un cuerpo en el que ya no se reconoce y sobre el que ha perdido todo control.** El sentido de integridad y dignidad son subjetivos y muy personales y, por eso mismo, muy respetables. Para algunos enfermos estos aspectos serán decisivos para querer adelantar su muerte ⁶⁶

En esa línea, decidir cuál es la vía más idónea para satisfacer los derechos fundamentales de una persona que desea ejercer su derecho a la muerte en condiciones dignas, exige una ponderación que debe ajustarse a las características específicas de cada caso. Esta evaluación también fue abordada por el citado tribunal colombiano al comparar el procedimiento médico de la eutanasia con el programa de cuidados paliativos y sostener que “si bien existe una multiplicidad de términos que pueden generar confusiones en la escuela médica, las autoridades jurídicas e incluso, en la opinión pública, lo cierto es que, gracias a esa cantidad de prácticas médicas, cada paciente, dependiendo de su deseo, podrá optar por una u otra⁶⁷”.

Por ese motivo, **el programa de Cuidados Paliativos no constituye una alternativa idónea para satisfacer el derecho a la dignidad de la persona que busca una muerte digna** por dos razones: primero, porque **niega su autonomía y voluntad de decidir sobre su vida**, cuando la enfermedad le genera dolores y condiciones de indignidad que ya no esté dispuesta a seguir tolerando, y segundo, porque, en consonancia con la libertad de decidir, **no siempre se garantiza que el estadio final de la vida no genere sufrimiento, ya que estos serían ‘disminuidos’ en la medida de lo posible, pero no desaparecerán.** El dolor, además, constituye una variante que, en buena cuenta, depende del criterio subjetivo de la persona y en la etapa final de la vida, el sufrimiento físico aumenta, condicionado también por las circunstancias de dependencia en las que la persona se encuentra, mellando también su integridad psíquica. Por ende, no hay certeza ni garantía de que la muerte se dé realmente en condiciones dignas, libre de sufrimientos y dolores intensos, con la aplicación de este programa de cuidados paliativos.

⁶⁶ Álvarez Del Río, Asunción. Elementos para un debate bioético de la eutanasia. En: “Eutanasia: hacia una muerte digna”. Colegio de Bioética y Foro Consultivo Científico y Tecnológico. P.42.

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-970/14. Fundamento 3.2.13. Fecha: 15 de diciembre, 2014. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>.



c. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad reconoce al ser humano espacios de libertad para estructurar su vida personal y social, los que constituyen ámbitos sustraídos de cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales. Es un derecho reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho a su "libre desarrollo".

En palabras del TC:

"[e]l derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de **actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad**. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen **ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal** que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Así, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que el mencionado derecho tiene sustento constitucional directo, consolidando el reconocimiento de diversos ámbitos de decisión individual que están relacionados con la personalidad del ser humano, tales como el derecho al esparcimiento o diversión⁶⁸, el derecho a la visita íntima de las personas privadas de libertad⁶⁹, el derecho a la autodeterminación reproductiva⁷⁰, la libertad sexual para adolescentes entre los 14 y 18 años de edad⁷¹, como complemento indesligable de las libertades de expresión y de información⁷² y el acto de fumar⁷³.

⁶⁸ STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC, f.j. 49.

⁶⁹ STC Exp. N° 1575-2007-PHC/TC, f.j. 24 y 25.

⁷⁰ STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC, f.j. 6.

⁷¹ STC Exp. N° 0008-2012-PI/TC, f.j. 22.

⁷² STC Exp. N° 0015-2010-PI/TC, f.j. 16.

⁷³ STC Exp. N° 0032-2010-PI/TC, f.j. 24.



Por su parte, la Corte IDH (caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica), al desarrollar el contenido del artículo 7 sobre el derecho a la libertad, ha señalado lo siguiente:

“...este constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado **el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones**⁷⁴”

La libre decisión de no prolongar una vida que, a criterio de su titular, vulnera su dignidad humana, a causa de una intolerable y dolorosa enfermedad incurable, está vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Por este motivo, en la medida que dicha decisión respete los derechos fundamentales de otros seres humanos⁷⁵, **el Estado no sólo no puede prohibir que sea llevada a cabo, sino que, incluso, resulta exigible garantizarlo, en tanto se trate de un derecho fundamental.** Como ha señalado el TC, “la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son ejes centrales del sistema de valores reconocidos por la Constitución, siendo el soporte de la totalidad de los derechos fundamentales (...)”⁷⁶.

El libre desarrollo de la personalidad supone la autonomía del sujeto para determinar su proyecto de vida, lo que implica también la posibilidad de ponerle fin cuando considere que algún padecimiento imposibilita su plena realización. Como ha dicho el TC⁷⁷, **la posibilidad de intervención estatal sobre la libertad de acción de las personas solo debe ocurrir en circunstancias excepcionales**, teniendo como exclusiva finalidad la

⁷⁴ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre, 2012. Párrafo 142.

⁷⁵ STC Exp. N° 01423-2013-AA, f.j. 7.

⁷⁶ STC Exp. N° 06113-2008 AA/TC, f.j.2.

⁷⁷ STC Exp. N° 00032-2010-AI/TC, f. j. 50.



optimización de un bien constitucional de la propia persona. Los límites a dicho derecho deben fijarse únicamente para evitar que el ejercicio de esta libertad perjudique a los demás.

En esa línea, a consideración de la Corte Constitucional de Colombia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se vulnera “cuando a la persona se le impide en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas en su vida o valorar y **escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, y permiten su realización como ser humano**⁷⁸”.

En ese contexto, el tribunal hace una importante distinción entre las “políticas perfeccionistas” y las “medidas de protección coactivas”, donde las primeras implican la imposición del Estado de un modelo de realización personal, mientras que las segundas expresan la protección de intereses que son, a su vez, valores del ordenamiento constitucional. Las primeras (perfeccionistas) serían inconstitucionales, pues, agrega, no es compatible que un Estado reconozca la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, y luego con la amenaza penal, imponga “un determinado modelo de virtud de excelencia humana⁷⁹”.

Si bien un sector de la doctrina sostiene que la intervención penal consistente en prohibir y sancionar la conducta del homicidio piadoso tiene como sustento la obligación del Estado de proteger y preservar la vida de las personas, **para la Defensoría del Pueblo, esta opción, constituye un supuesto de perfeccionismo inadmisibles en un Estado de Derecho, pues implica imponer un modelo de realización personal a un individuo**, que se basa en sostener que no es posible concebir el cese de la vida como una vía idónea para poner fin a sufrimientos intolerables, negándole su capacidad de entender la vida de una manera distinta a la visión hegemónica compartida por el Estado o la sociedad.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-429/94. Fecha: 29 de setiembre, 1994. Fundamento 2. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-429-94.htm>

⁷⁹Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-309/97. La Corte aquí reiteró su rechazo a las medidas proteccionistas, que había sentado ya sobre la penalización del consumo de drogas (C-221/94). Fecha: 25 de junio, 1997. Fundamento 8. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-309-97.htm>



Al respecto, Carlos S. Nino, citado por el TC, señala que el paternalismo estatal implica *“imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente”⁸⁰*, mientras que el perfeccionismo se basa en *“imponer ideales personales o planes de vida, que los individuos no han elegido”*. Siendo así, la criminalización del derecho a la muerte en condiciones dignas es un supuesto perfeccionista inadmisibles que exige que una persona adecue su proyecto de vida a lo que el legislador o cierto sector de la población considera moralmente virtuoso, esto es, seguir viviendo pese a los padecimientos físicos y psicológicos que ello conlleva.

d. Derecho a la vida digna

Hablar de la existencia de un derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas supone también hablar de un derecho a la vida en estas condiciones. El caso que nos ocupa, a criterio de la Defensoría del Pueblo, debe remitirse al análisis del derecho a la “vida digna”. Este se deriva de una interpretación conjunta del artículo 1 de la Constitución, en tanto consagra a la dignidad como valor supremo del Estado, y del artículo 2, inciso 1, que reconoce el derecho fundamental a la vida.

Según el TC, el derecho de las personas a vivir dignamente consiste en lo siguiente:

“El artículo 2, inciso 1 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la vida y al bienestar de la persona humana. (...) [D]ebe precisarse que la Constitución no protege el derecho a la vida de las personas bajo cualquier circunstancia o condición, sino que garantiza a ellas el derecho a la vida con dignidad”.

Con ello, se pretende interpretar la vida no en términos biológicos, sino en función de condiciones básicas de dignidad. Como señala la Corte Constitucional de Colombia, **“no se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta**

⁸⁰ *Ibíd.*



obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico⁸¹”.

Frente a esta circunstancia, cabe preguntarse, **¿qué vida protege el Estado?** La vida de la persona no es la misma que la vida biológica del viviente ser humano. Durante siglos, el concepto de ‘persona’, fuertemente impactada por la Iglesia Católica, desde una teoría clásica, consideraba la ‘vida de una persona’ no como un asunto biológico, sino como un hecho espiritual, un “espíritu encarnado en un cuerpo, un cuerpo sacralizado, desbiologizado⁸²”. Solo quienes tenían ‘alma’ podían considerarse personas, por ende, seres vivientes. La existencia de la persona se determinaba a partir de categorías abstractas distintas a lo biológico (racionalidad, libertad, moralidad, espiritualidad). Esta aproximación, sin embargo, fue desplazada en el tiempo por una mirada ‘teológica-biológica’. A mediados del siglo pasado, gran parte de la Iglesia empieza su cercanía formal de la ciencia médica a la biología.

A los debates sobre fertilización in vitro y las técnicas de trasplantes de órganos, que fortalecieron la fusión del concepto de vida de la persona con el de vida del viviente biológico, se sumó el del genoma humano y la posibilidad de modificar las características del individuo como especie, donde los genes aparecían como la verdad última para determinar personalidades y crear el concepto de ‘persona’. Estas ideas reforzaron el deseo de varias posturas, desde las más conservadoras hasta las más progresistas, de definir a la persona a partir de indicadores biológicos⁸³, que llevaron a unir el concepto de vida de la persona con vida biológica. La teología, la política y el derecho replicaron este discurso.

El debate sobre qué vida se protege tiene, por tanto, distintas aproximaciones relacionadas a la teología, la ciencia, la biología o los valores sociales y los dispositivos del poder. Así, hay quienes sostienen que el derecho a la vida protege no sólo el soporte biológico, sino el de una vida en condiciones dignas, otros dicen que protege la existencia, y otros reconocen que, aun cuando este derecho pueda proteger algo más complejo, el soporte biológico es necesario porque sólo un ser humano vivo puede ser titular de derechos y deberes⁸⁴.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-239/97. Fundamento 3.

⁸² Siverino, Paula. Mujica, Jaris. Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida de la persona y el derecho a la vida. En Revista Derecho PUCP. N.69, 2012. P.84.

⁸³ Ídem. P.86.

⁸⁴ Ídem. P.90.



Para la **Defensoría del Pueblo**, sin embargo, no es posible mantener el **discurso de una protección a la vida pretendiendo reducirla a su existencia biológica**. Entender así el derecho a la vida, como señala Siverino & Mujica, “lleva a una concepción casi parasitaria del individuo que debe sostener este valor biológico superior a sí mismo, a su biografía, su identidad, su humanidad misma, en razón de que es el antecedente material que lo soporta, desconociendo las condiciones de humanidad que le dan sentido a esta existencia, que no sólo es biología sino fundamentalmente biografía⁸⁵”.

En una línea similar, el TC tampoco ha sido ajeno a esta concepción de vida más allá de los términos biológicos, aceptando la necesidad de concebir la existencia del ser humano en condiciones de dignidad⁸⁶:

“Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, **extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas (...)**”

Por su parte, la Corte IDH ha precisado en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, sobre el derecho a la vida del artículo 4 de la CADH, que “[U]na de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de **generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan**⁸⁷”.

Ambos tribunales reconocen, por tanto, que el derecho a la vida no debe confundirse con el derecho a la subsistencia física. Y es que, **la vida de la persona humana no puede reducirse netamente a una visión naturalista que desconozca la necesidad de contar con condiciones mínimas que le permitan autodeterminarse** y dirigir materialmente su existencia hasta el final de sus días.

⁸⁵ Ídem. P.92.

⁸⁶ STC Exp. 00925-2009-HC, f.j.7.

⁸⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párrafos 162 a 163.



En conformidad con este discurso, en lo que respecta a las obligaciones internacionales del Estado para garantizar este derecho, la Corte presupone que “ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁸⁸”. Esto último refiere a las medidas necesarias para garantizar el acceso a condiciones que garanticen una vida digna.

En este caso, como lo hemos reiterado antes, **siendo la titular del derecho a la vida digna quien busca disponer de ella, no estamos frente a un supuesto de privación arbitraria de terceros**. A pesar de su innegable importancia, el derecho a la vida no es un derecho absoluto, por ende, no toda muerte resulta de vulnerar este derecho. Aunque la Corte IDH no define qué se entiende por ‘arbitrariedad’, sí ha desarrollado ejemplos para medirlo. Algunos ejemplos son las muertes que resultan del uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en el desempeño de sus funciones para mantener el orden público, son amparadas por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) si cumplen estrictamente con criterios de legalidad, proporcionalidad y necesidad. El derecho internacional humanitario (DIH), por su parte, en contextos de conflicto armado, permite delimitar cuándo, en el marco de las hostilidades, las muertes causadas por agentes del Estado son conforme a las costumbres y leyes de la guerra, y, por ende, son o no arbitrarias⁸⁹. Ninguno de estos casos responde al contexto del presente caso.

A nivel del sistema universal de protección de derechos humanos, por otro lado, al interpretar el derecho a la vida, recogido en el artículo 6 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General número 36 del año 2019 sostuvo que supuestos eutanásicos como los descritos en el presente caso no constituyen una vulneración de esta disposición. Así, dijo en sus palabras:

“los Estados partes [pueden permitir] [no deben impedir] a los profesionales médicos proporcionar tratamientos o recursos médicos con

⁸⁸ Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. CADH Comentado. Ayala Corao, Carlos. & Rivero, María Daniela. P.128.

⁸⁹ CIDH, caso M-19. Párrafo 169.



vistas a **facilitar la terminación de la vida de adultos [catastróficamente] aquejados de dolencias, como los heridos mortalmente o los enfermos en fase terminal, que padecen graves dolores y sufrimientos físicos o psíquicos y desean morir con dignidad[1]**". Esto implica necesariamente la obligación de contar con los mecanismos necesarios e idóneos para corroborar que se trata de una decisión libre, informada, explícita e inequívoca por parte de los pacientes, a efectos de protegerlos de presiones o de abusos⁹⁰".

No resulta contrario al PIDCP, por tanto, que los Estados permitan a los profesionales médicos poner fin a la vida de las personas que así lo desean expresamente y que padecen graves sufrimientos, siempre que se garanticen las medidas adecuadas para asegurar que se trata de una manifestación auténtica de voluntad clara y expresa, que se encuentra libre de presiones, situaciones de error o contextos de vulnerabilidad extrema que la pongan en duda.

En esa línea, el delito de homicidio piadoso **le impone a la Sra. Ana Estrada Ugarte la obligación de prolongar su existencia física, despojada de las condiciones mínimas que requiere para vivir con dignidad, impidiéndole a su vez, poder contar con el espacio de libertad necesario para optimizar su vivencia** humana, lo que implica el que ella pueda **decidir en qué circunstancias disponer de su vida**, cuando esta sea fuente de sufrimientos físicos y psicológicos no deseados. Finalmente, este delito le obliga a vivir en condiciones precarias, de dependencia absoluta hacia medidas de soporte vital, con constantes intromisiones de terceros para mantener una vida en términos estrictamente biológicos.

e. Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos

A nivel de la Constitución, el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos deriva del reconocimiento al derecho fundamental de toda persona,

⁹⁰ Texto original en inglés: "States parties that allow medical professionals to provide medical treatment or the medical means in order to facilitate the termination of life of afflicted adults, such as the terminally ill, who experience severe physical or mental pain and suffering and wish to die with dignity, [21] must ensure the existence of robust legal and institutional safeguards to verify that medical professionals are complying with the free, informed, explicit and, unambiguous decision of their patients, with a view to protecting patients from pressure and abuse."



recogido en su artículo 2.1 a “la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. En lo que respecta a la prohibición de otros malos tratos inhumanos o humillantes, en su artículo 2.24h señala:

“Nadie debe ser víctima de **violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes**. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

Esto debe leerse en conformidad con las definiciones y obligaciones recogidas en instrumentos internacionales y regionales que el Perú ha suscrito. Estos se integran al derecho nacional, conforme al artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, que indica que las normas relativas a los derechos y libertades que reconoce la Constitución deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

En esa línea, el Estado peruano es parte de una serie de tratados internacionales -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Belem Do Para, Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Contra la Mujer, Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o Degradantes, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura- que lo comprometen a **respetar, proteger y garantizar el derecho de las personas a no sufrir tratos crueles e inhumanos**. Ello se condice con el artículo 5 de la DUDH, así como el artículo 5 de la CADH.

Si bien los ‘tratos crueles’ y ‘tratos inhumanos’ no tienen una tipificación autónoma como delito en el Código Penal -a diferencia del delito de tortura⁹¹-,

⁹¹ Artículo 321.- El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años.



el Segundo Informe Anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Defensoría del Pueblo⁹², define a tales conceptos de la siguiente manera:

- Tratos crueles.- Entendidos como aquellos actos que deliberadamente producen dolor y sufrimiento, pero que por su intensidad no son lo suficientemente severos para ser considerados y calificados como un acto de tortura. Pueden ser actos de violencia física, moral o psicológica, presentados en un contexto similar al de tortura, pero con menor intensidad en su conducta.
- Tratos inhumanos.- Hacen referencia a aquellos actos que provocan una afectación al núcleo esencial de la dignidad. Conductas que vulneran la propia condición y naturaleza humana y que pueden concurrir a través de daños corporales (más allá del sufrimiento físico o psicológico) con una provocación de sensación de precariedad en la existencia humana de la víctima; asimismo, pueden presentarse en esta modalidad actos de afectación tanto física como psíquica.

En el caso que nos convoca, los efectos físicos y psicológicos que derivan de la enfermedad que padece nuestra representada, y el deterioro progresivo de su salud, incluirán, acorde al Informe Médico presentado por el Dr. Gianella (**ANEXO 01-D**), basado en su historial clínico (**ANEXO 01-A**), la postración total o incapacidad total de movimiento, la mella en su facultad para respirar o alimentarse, el desarrollo de infecciones respiratorias, el uso de medidas artificiales de soporte vital y las complicaciones derivadas de ello que conllevan a mucho sufrimiento, molestia y dolores abiertamente intolerables (**ANEXO 01-E**). Este pronóstico respalda la tesis de que nos encontramos ante una situación de amenaza cierta e inminente del derecho de la Sra. Ana Estrada a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:

a. Resulte con lesión grave.

b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.

c. Padece de cualquier tipo de discapacidad.

d. Se encuentra en estado de gestación.

e. Se encuentra detenida o recluida, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito.

Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.”

⁹² Segundo Informe Anual Lima, junio de 2018. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. P.22.



En ese sentido, la imposibilidad de hacer valer el derecho a la muerte en condiciones dignas a falta de regulación legal y la criminalización de la eutanasia, no sólo implica la negación del Estado de la autonomía y libertad de decisión de una ciudadana sobre un bien del que es titular, sino que **conllevaría el incumplimiento del deber de respetar y garantizar el derecho que le asiste a no sufrir tratos crueles -debido a los dolores, molestias y el sufrimiento que no desaparecerá con tratamiento alguno- y tratos inhumanos -debido a la afectación al núcleo de su dignidad humana y la sensación de precariedad en la existencia humana que ello le genera-**.

A consideración de la Defensoría del Pueblo, no es este un caso de tortura, entendida esta en los términos que ofrece la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura de 1984⁹³, pues no se trata de actos infligidos directamente por un funcionario público (o bajo su consentimiento o aquiescencia), ni se llevan a cabo con el propósito de obtener una información, o castigarla o intimidarla.

Sin embargo, a nuestro parecer, estamos frente a un caso de trato inhumano (o cruel). **Constituye así, un ataque al principio de humanidad, en el sentido que está predominando la crueldad, o sea, la imposición de un dolor o sufrimiento**⁹⁴. En esa línea, la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-239 de 1997, bien ha precisado que **“condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no solo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (C.P., art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”**.

3. Derecho comparado:

⁹³ Según el artículo 1.1 es: “todo acto por el que se inflija intencionadamente a un persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que se haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de la función pública, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”.

⁹⁴ Bajo Fernández, Miguel. Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante. Madrid, 1993. P.717.



A nivel comparativo, son pocos los países en la región que han legalizado o autorizado en ciertos casos, el derecho a decidir sobre una muerte digna de personas que padecen enfermedades incurables, terminales o, incluso en estado de vegetación, como resultado de accidentes.

En Latinoamérica, el único Estado que ha reconocido el derecho de la muerte digna, a partir de la despenalización en ciertos casos del delito de homicidio piadoso, es Colombia en 1997, llegando a contar, incluso, hoy, con un protocolo para aplicar el procedimiento de la eutanasia de 2015. En Argentina, se ha avanzado por la vía jurisprudencial el reconocimiento de este derecho, que, sin embargo, tiene una definición distinta a la desarrollada en este trabajo.

Los otros países que han dado un paso adelante en la despenalización del suicidio asistido o de la eutanasia -dependiendo de la regulación penal de cada país-, son Países Bajos, Bélgica, Suiza, Canadá, Luxemburgo, ciertos Estados de Estados Unidos como Oregón, Washington, Colorado, California, New Jersey, y recientemente, en setiembre de 2019, la Corte Constitucional italiana declaró no punible el suicidio asistido si se realiza bajo ciertas condiciones –enfermedad irreversible, sufrimiento físico o psicológico, consentimiento claro, sedación profunda, control de autoridades y consulta a un comité ético⁹⁵, y exhortó al Congreso a legislar sobre la materia. Este último caso representa un hito, dada la fuerte tradición católica en Italia.

En esa línea, a fin de tener una visión comparativa sobre las vías que llevaron a ciertos Estados a optar por el reconocimiento de este derecho, en adelante, desarrollamos los casos de Colombia, Argentina, Países Bajos, Bélgica, Suiza y Canadá en las siguientes líneas.

Colombia:

Sentencia C-239-79 del 20 de mayo, 1997:

En este caso se discutió la constitucionalidad del delito de homicidio por piedad (también llamado pietístico o eutanásico) regulado en el artículo 326 del Código Penal Colombiano, a partir de una demanda ciudadana de inconstitucionalidad

⁹⁵ Ufficio Stampa della Corte costituzionale. Comunicato del 25 settembre 2019. // Traducción: Oficina de Prensa del Tribunal Constitucional. Comunicado del 25 de setiembre, 2019. En: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190925200514.pdf



contra esta disposición. Los argumentos de los demandantes eran que este delito no debía regularse como un homicidio con pena atenuada, sino como un homicidio simple, ya que, señalaban, nadie podía disponer de la vida de otro, por ende, este tipo penal constituía una "autorización para matar".

La Corte Constitucional de Colombia en 1997, sin embargo, determinó que, bajo ciertas condiciones -esto es, cuando la muerte la practica un médico, el paciente tiene enfermedad terminal y hay un consentimiento libre e informado-, el acto de cesar con la vida no es delito, pues opera una causa de justificación que el derecho ampara. Forzar a las personas que lo solicitan a seguir viviendo, cuando por las circunstancias extremas en las que se encuentran no es ni deseable ni compatible con su propia dignidad, sería, afirma el tribunal, **"tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles"**⁹⁶. La persona que realiza el acto debe estar necesariamente motivado por poner fin al intenso sufrimiento de otra persona.

Además, el fallo reconoció que el derecho a vivir en forma digna implica el derecho a morir dignamente, este último siendo un derecho fundamental autónomo que el Estado debe garantizar, aunque relacionado con la vida y otros derechos. Esto es, **elevó a la categoría de 'fundamental' el derecho a morir dignamente**. Es decir, que el deber del Estado de proteger la vida no puede imponerse a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Por eso, señaló que prolongar la existencia a quienes padecen de profundas aflicciones, no sólo es un trato cruel e inhumano, sino **una anulación de su dignidad y autonomía como sujeto moral**⁹⁷. La resolución termina exhortando al Congreso a redactar lo antes posible una regulación de la muerte digna, conforme a los principios constitucionales y las elementales consideraciones de humanidad.

Sentencia T/970/14 del 15 de diciembre, 2014:

Este caso surge a partir del pedido de una ciudadana colombiana con cáncer de colon, diagnóstico de metástasis y en etapa terminal, de practicarse la

⁹⁶ Corte Constitucional del Colombia. Sentencia C-239 de 1997. Fundamento 1.

⁹⁷ Corte Constitucional del Colombia. Sentencia C-239 de 1997. Fundamento 3.



eutanasia. La paciente ya había recibido tratamientos de quimioterapia sin recibir los resultados esperados. Por ese motivo, manifestó su voluntad de no seguir recibiendo tratamiento, al precisar que este le causaba “intensa astenia, adinamia, cefalea, náuseas y vómito”. En varias oportunidades, le pidió a su médico que le practique la eutanasia, quien le dijo que no podía aceptarlo porque eso era un homicidio que no podía avalar. La Entidad Promotora de Salud (EPS) también negó su pedido porque no había forma de verificar que sufría de “intenso dolor” y, además, el legislador no había emitido una ley estatutaria que delimitara el procedimiento.

Si bien la peticionaria falleció en el trámite de la acción de tutela, el tribunal señaló que la EPS vulneró sus derechos fundamentales y se pronunció sobre las reglas que debían seguirse para garantizar el procedimiento de la eutanasia y con ello, el derecho a morir en condiciones dignas. Para entonces, no existía una legislación que resulte aplicable, por lo que las directrices debían delimitarlo. La sentencia le exigió así, al Ministerio de Salud emitir en 30 días las directrices para que todo el sector salud les garantice a los pacientes con enfermedades terminales que lo requieran, su derecho a morir dignamente.

El tribunal precisó que, con el precedente constitucional de 1997, la ausencia de regulación había impedido materializar esta garantía. Por eso, estableció las condiciones, los sujetos activos y sujetos pasivos, los contenidos de las obligaciones y la forma de garantizar el derecho a morir con dignidad, a fin de asegurar la primacía de la Constitución ante la inexistencia de la reglamentación respectiva. El fallo, reitera, a su vez, **el derecho a morir dignamente como un derecho autónomo, independiente, pero relacionado con la vida y otros derechos.**

Resolución 1216 de 2015

En cumplimiento de la sentencia del 2014, el Ministerio de Salud emitió la Resolución 1215 que reguló los parámetros generales para garantizar el derecho a la muerte digna. Este deberá cumplir los siguientes elementos: 1) la autonomía del paciente, 2) celeridad, 3) oportunidad, 4) y la imparcialidad de los profesionales de la salud que intervienen.

Además de la Resolución 1216 de 2015 el Ministerio de Salud expidió la Resolución 4006 de 2016, a través de la cual **creó un Comité Interno en esa**



entidad para controlar los procedimientos que hagan efectivo este derecho, con el fin de realizar un análisis y control exhaustivo sobre los reportes remitidos por los Comités Científico-Interdisciplinarios que hayan autorizado tales procedimientos.

Sentencia T-423/17 de julio, 2017

La señora Adriana, madre de Sofía de 24 años, diagnosticada con tumor neuroectodérmico primitivo, presentó una acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, la ESE Hospital San Vicente de Arauca y la Nueva EPS, al considerar que vulneraron los derechos a la salud y a morir dignamente de su hija. En agosto, 2016, su hija decidió no continuar con el tratamiento y le pidió al médico internista que le practicara la eutanasia quien, junto con la EPS, se negaron, aduciendo que no tenían un médico especialista en oncología en dicha zona para conformar un Comité Científico Interdisciplinario.

Sofía enfrentó varias trabas administrativas para acceder al procedimiento de la muerte digna. Finalmente, falleció durante la revisión del trámite, tras realizarse el procedimiento de la eutanasia. Si bien es cierto, la práctica se llevó a cabo, no se garantizaron oportunamente los derechos cuya protección invocaba, pues se prolongó injustificadamente su sufrimiento físico y psicológico como consecuencia de los obstáculos administrativos. La Sala consideró así, que:

“Sofía y su familia **vieron prolongado su sufrimiento ante la imposición de diferentes trabas administrativas** que al final se convirtieron en todo lo que ellos buscaron [sic] evitar al acudir al juez constitucional, esto es, la demora en la realización del procedimiento, la falta de ayuda psicológica antes y después de la práctica de la eutanasia, el abandono de su EPS y de las autoridades estatales, entre otras.⁹⁸”

En ese sentido, el tribunal estableció que el trámite al que fue sometida Sofía, contrario a su deseo de morir dignamente, rodeada de su familia y en su hogar,

⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-423/17. Julio, 2017. Fundamento 6.2.2. En: http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/img_bol08/T-423-17.pdf



vulneró su derecho fundamental a la salud, a una vida en condiciones dignas y a morir dignamente⁹⁹.

Argentina

D.M.A. s/ declaración de incapacidad.

En julio de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina reconoció el derecho de todo paciente a morir con dignidad. El concepto en Argentina, sin embargo, no es el mismo que se discute en este caso. No obstante, cabe hacer algunas precisiones sobre la regulación en dicho país. La 'muerte digna', entendida en los términos en los que precisa el tribunal, se circunscribe al derecho de toda persona de no prolongar artificialmente la vida.

El caso discutido involucró la suspensión de medidas de soporte vital dirigidas a ello en una persona en estado de inconsciencia, producto de un accidente automovilístico, que le generó una lesión severa cerebral que lo llevó a estar 20 años (desde 1994) internado sin poder comunicarse, dependiente de un respirador artificial. El paciente estaba en estado vegetativo y no había forma de reconstruir su voluntad porque no había dejado testamento de vida.

En dicho país, la llamada "Ley de Muerte Digna" del 2012 contemplaba la posibilidad de tomar decisiones informadas sobre el final de la vida, incluyendo, directivas anticipadas, de rechazo a un tratamiento médico. Sin embargo, en el caso del paciente, este no había dejado nada por escrito. La ley no incluye los supuestos que se conocen como 'eutanasia' o 'muerte asistida', pues siguen sancionados por el artículo 83 del Código Penal que castiga el delito de "instigación o ayuda al suicidio", que sería el supuesto donde encajaría la eutanasia.

La Corte, por tanto, en su fallo de 2015 reiteró que ese no era un caso de eutanasia. Así, dijo: "La solicitud de cese de soporte vital no importa una práctica eutanásica vedada por la ley, sino que constituye una abstención terapéutica que sí se encuentra permitida". En el caso en cuestión, las hermanas del paciente D.M.A declararon que tenían un recuerdo de que su hermano habría preferido no continuar viviendo. Ello permitió reconstruir su voluntad y

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-423/17. Fundamento 7.4.b.



practicarle la “muerte digna”, entendida en términos de retirarle las medidas de soporte vital.

En Argentina, la mencionada ley se aplica cuando ya cualquier intervención terapéutica no repercute en un beneficio o una mejora del paciente, sino que puede causar un deterioro en la calidad de vida. Esto recibe el nombre de Limitación del Esfuerzo Terapéutico (LET) que, como ya se dijo, permite a una persona dejar directivas anticipadas para cesar el tratamiento médico que recibe.

Países Bajos/Holanda

En Países Bajos, desde 1973, no es responsable penal el médico que, bajo ciertas condiciones, realiza el procedimiento de la eutanasia a pacientes con enfermedad incurables -al margen de la causa de la enfermedad-, gracias a un fallo del tribunal de Leuwarden. En 2001, sin embargo, recién se legisla y despenaliza la eutanasia.

Hasta dicho año, si el profesional de la salud no cumplía con determinados presupuestos, corría el riesgo de ser procesado penalmente por el delito de homicidio. Al fallo de 1973 que regula las prácticas eutanásicas, le siguió otro de 1981 de un tribunal de Rotterdam que también precisó que el suicidio asistido (o auxilio al suicidio) no era punible si el sujeto que lo solicitaba había razonado conscientemente su decisión y no existía alternativa razonable.

La vía jurisprudencial, así, fue trazando las bases para legislar la eutanasia años más tarde. En 1990, el gobierno holandés, estableció una comisión presidida por un miembro de la Corte Suprema Holandesa y en 1994, se emitió por primera vez un decreto que buscaba reglamentar los casos de “muerte activa sin enfermedad terminal, de eutanasia y de auxilio al suicidio”. Se establecieron medidas de salvaguardia para controlar que estas prácticas estuvieran orientadas por la voluntad libre e informada del paciente.

En 1994, llegó a los tribunales el caso del psiquiatra Zaak Boudewijn Chabot acusado del delito de suicidio asistido practicado a una paciente con depresión, quien le había pedido expresamente que deseaba morir y no quería recibir



tratamiento psiquiátrico¹⁰⁰. La Corte Suprema Holandesa absolvió a Boudewijn y amplió los supuestos permitidos por ley a los pacientes sin enfermedad incurable en estado terminal. Con este precedente, la eutanasia podía practicarse para casos donde i) existía un sufrimiento insoportable, ii) el tratamiento médico no producía los efectos esperados, iii) era una enfermedad terminal, y iv) era practicada por un especialista médico.

Finalmente, en el 2001, se reglamenta la eutanasia para personas enfermas con dolores intensos sin posibilidad médica de sanación o curación. El cambio significó pasar de su despenalización por la vía judicial a su plena legalización, reconociendo que detrás de este procedimiento existe un derecho del paciente a la muerte digna, lo que fue recogido en la "Ley de Tratamiento de la Vida o a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio".

Así, esta ley no sólo buscaba fijar en el Código Penal los requisitos objetivos en virtud del cual, la eutanasia o el suicidio auxiliado dejaría de ser punible, sino, garantizar que el Estado no incurra en muertes indeseadas o evite abusos. Esto debía conseguirse a través de mecanismos de salvaguarda que garantizaran que todas las decisiones para ejercer este derecho sean producto de una voluntad del paciente lo más libre e informada posible. De ahí que la norma contenga al máximo detalle un gran número de medidas preventivas para impedir malas prácticas.

Bélgica

En el caso de Bélgica, la ley reconoce el derecho a morir dignamente desde 2002 ("Belgian Act on Euthanasia¹⁰¹"). Esta regula el supuesto de la eutanasia, práctica que define como "el acto, practicado por un tercero, que pone intencionalmente fin a la vida de una persona a petición suya¹⁰²". Un presupuesto para acogerse es que la persona sea mayor de edad o sea un menor emancipado y tenga capacidad legal, así como conciencia al momento de hacer el pedido. Además, exige la ley que la solicitud sea "voluntaria, razonada y reiterada"; es decir, no puede existir de por medio presión alguna que induzca al paciente a tomar dicha decisión.

¹⁰⁰ Palacios, Marcelo. Soy Mi Dignidad. Eutanasia y Suicidio Asistido. P. 116.

¹⁰¹ En: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/01/BE-ley-eutanasia-ESP.pdf>

¹⁰² Artículo 2 de la Ley del 28 de mayo 2002 relativa a la eutanasia completada por la ley del 20 de noviembre, 2005. En: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/01/BE-ley-eutanasia-ESP.pdf>



En cuanto a la condición objetiva del paciente, la norma no distingue el estado de enfermedad terminal o crónica y precisa, en su artículo 4, que debe encontrarse “en una situación médica con pronóstico de no recuperación y padezca un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable, sin alivio posible resultado de una afección accidental o patológica grave e incurable¹⁰³”.

Esta regulación prevé también el supuesto de las “declaraciones anticipadas”. Esto es, indicaciones por escrito que se dan con antelación a los médicos de la voluntad de la persona de practicarse la eutanasia, en caso de estar en algún supuesto que le impida manifestar su voluntad, por ejemplo, accidentes o enfermedades imprevistas. A diferencia de la ley holandesa, esta ley reconoce que toda muerte dada en este contexto se reputa como una “muerte natural¹⁰⁴” para efectos civiles, lo que impacta, por ejemplo, en los contratos de seguros de vida.

Suiza

En Suiza, la eutanasia es un delito prohibido por el artículo 114 del Código Penal suizo. Es una prohibición penal basada en valores cristianos y en la tradición de dicho país¹⁰⁵. El suicidio asistido -esto es, el acto de facilitar a una persona que desea morir las herramientas para que lo haga- no lo está. La única excepción a esta regla es cuando el tercero que ayuda lo hace por razones egoístas, personales o económicas¹⁰⁶, supuesto en el que se prevé una pena de hasta 5 años de cárcel, según el artículo 115 del Código Penal¹⁰⁷. Por esa razón, toda persona que ‘ayude a morir’ son voluntarios, y no necesariamente tiene que ser personal sanitario¹⁰⁸.

¹⁰³ Artículo 4 de la Ley del 28 de mayo 2002 relativa a la eutanasia completada por la ley del 20 de noviembre, 2005. En: <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/01/BE-ley-eutanasia-ESP.pdf>

¹⁰⁴ “Artículo 15. La persona fallecida como consecuencia de una eutanasia efectuada según las condiciones impuestas por la presente ley es declarada fallecida de muerte natural a todos los efectos, incluidos a los relativos a los contratos de seguros. Las disposiciones del artículo 909 del Código civil se aplicarán a los miembros del equipo de cuidados mencionado en el art.3”.

¹⁰⁵ The World Federation of Right to Die Societies. Worldmap. Switzerland. En: <https://www.worldrtd.net/worldmap>

¹⁰⁶ Montes, Luis. Qué hacemos por una muerte Digna. P. 42.

¹⁰⁷ Código Penal Suizo. En: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201601010000/311.0.pdf>

¹⁰⁸ María Marcos, Ana. & De la Torre Diaz, Francisco. Y de nuevo la Eutanasia. Una mirada nacional e internacional. Editorial Dykinson. Madrid, 2019. P.109.



En noviembre 2006, un Tribunal Federal suizo afirmó que el suicidio asistido era legal, y derivaba del derecho a decidir de las personas sobre su salud. En esos casos, con la receta de un médico, un paciente puede ingerir una dosis letal de barbitúricos, o puede aplicarse una inyección intravenosa a sí mismo¹⁰⁹. Además, se señaló que esto solo operaba para personas conscientes, que actúen tras una reflexión seria, y padezca una enfermedad incurable o mortal a corto plazo. Un año después, en 2007, el mismo Tribunal Federal sostuvo que esta disposición podía ampliarse a casos en donde las personas estuvieran aquejadas también de problemas psíquicos o psiquiátricos. Para 2013, una sentencia amplió estos supuestos para personas sanas sin enfermedad terminal, que lo requieran solo por el sufrimiento vital que experimentan, algo que ha sido descrito como un concepto general e impreciso¹¹⁰.

Al día de hoy, existen cinco organizaciones en Suiza que apoyan a las personas que solicitan ayuda al suicidio: EXIT Deutsche Schweiz, EXIT ADMD Suisse Romande, Dignitas, Lifecircle y ExInternational. De estas, cuatro son suizas, y una es internacional. Las dos primeras (EXIT) están una en los cantones de habla germánica y otra en los cantones franceses, donde solo pueden tratarse ciudadanos suizos y extranjeros con residencia legal. Las otras dos Dignitas y Lifecircle, que son accesibles para todas las personas de cualquier país del mundo¹¹¹.

En mayo de 2011, en el cantón de Zúrich, a través de un referéndum, **el 85% de la población votó en contra de penalizar el suicidio asistido**, y más del 78% rechazó, a su vez, que solo quienes vivieran un año mínimo en el cantón de Zúrich pudieran acceder a este derecho. En otras palabras, respaldaron el actual marco jurídico que permite a personas extranjeras acceder al derecho a decidir poner fin a sus vidas.

Canadá

En 2009, la ciudadana canadiense Gloria Taylor fue diagnosticada con esclerosis lateral amiotrófica (ELA), una enfermedad neurodegenerativa que al 2010 le impidió poder movilizarse por cuenta propia, debiendo contar con asistencia en

¹⁰⁹ Vida Digna. Eutanasia en Europa y en otros lugares. En: <https://www.vida-digna.org/eutanasia-en-europa-y-otros-lugares>

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ María Marcos, Ana. & De la Torre Díaz, Francisco. Op.Cit. P.105.



todas sus actividades cotidianas. En sus palabras, ella no quería morir "lentamente, pieza por pieza"¹¹². Esta situación de dependencia llevó a la Sra. Taylor a buscar la libertad de morir en condiciones de dignidad. Sabiendo que no podría ser asistida sin que terceros fueran perseguidos penalmente, presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el delito de suicidio asistido ante la Corte Suprema de Columbia Británica.

A su demanda se unieron Lee Carter y su esposo, Hollis Johnson, quienes habían ayudado a inicios del 2010 a la madre de la primera, Kathleen Carter, a obtener su muerte digna en Suiza, a escondidas. Kathleen Carter había sido diagnosticada con estenosis espinal, condición que evolucionó rápidamente, lo que la llevó a pedirle a su hija y yerno que la apoyaran en acabar con su vida. Por ello, Lee Carter y Hollis Johnson realizaron todos los actos necesarios de manera clandestina, para evitar su persecución penal y la acompañaron en el proceso.

La demanda fue estimada en primera instancia en el 2012, otorgando una dispensa de un año sobre esta ley, declarada inconstitucional, para que la señora Taylor pudiera hacer uso del suicidio asistido. Sin embargo, la decisión fue apelada. Entonces, se argumentó que el juez no habría contado con los requisitos para modificar una decisión anterior (Rodríguez vs. Columbia Británica), declarando infundada la demanda. Este caso llegó a la Corte Suprema de Canadá y en 2015 determinó que la prohibición absoluta del suicidio asistido era inconstitucional. Para entonces, la señora Taylor había fallecido antes de que la primera apelación fuera resuelta.

La Corte Suprema de Canadá **consideró que esta prohibición absoluta "creaba un deber a vivir" y no un "derecho a vivir"**, lo que ponía en cuestionamiento la legalidad de cualquier tipo de consentimiento al retiro o rechazo de los tratamientos que salvan o mantienen la vida. Asimismo, consideró que la interferencia del Estado o de terceros en la toma de decisiones fundamentales y personales sobre aspectos médicos, causando la imposición de dolor y estrés psicológico, vulneraba los derechos de la demandante.

¹¹² Gimbel García, José Francisco. Eutanasia y suicidio asistido en Canadá. En: http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2016-19-7110/pag_351.pdf. P. 356.



La Corte Suprema determinó que se vulneraba la dignidad de la demandante, ya que por sus condiciones personales no se le permite culminar con su vida, supuesto que se autoriza en otros casos donde no se requiere la asistencia de terceros. **El tribunal hizo así, énfasis en que la prohibición absoluta es excesiva, ya que la finalidad que persigue no se dirige a preservar la vida ni prevenir el suicidio, sino a prevenir que las personas en situación de vulnerabilidad sean inducidas a cometer suicidio en un momento de debilidad**¹¹³. Tomando en cuenta ello, concluye que al menos en ciertos casos, **la limitación de los derechos no está vinculada al objetivo de proteger a las personas vulnerables**¹¹⁴.

De un análisis de proporcionalidad, la Corte concluye que **si bien la medida es idónea no es necesaria**, ya que es posible para el personal médico aplicar los estándares de consentimiento informado, añadiendo a ello, un criterio especial para asegurar que conozcan completamente su diagnóstico, pronóstico y la gama de opciones disponibles. A partir de este fallo, en 2016, el Parlamento de Canadá publicó la ley del suicidio asistido que despenaliza la ayuda al suicidio cuando así lo soliciten adultos que padecen enfermedades incurables o graves bajo la supervisión de personal médico¹¹⁵.

La ley presenta como condiciones:

1. Que la persona cumpla con los requisitos para acceder a los servicios públicos de salud canadienses. – Requisito dirigido a evitar el turismo de eutanasia.
2. Tenga al menos 18 años y sea capaz de decidir respecto a su salud.
3. Padezca una condición médica grave e irremediable.
4. Solicite voluntariamente ayuda para morir, no por presiones externas.

¹¹³ Supreme Court of Canada. Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5, [2015]. Fecha: Febrero, 06. [“Applying this approach, we conclude that the prohibition on assisted dying is overbroad. The object of the law, as discussed, is to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a moment of weakness. Canada conceded at trial that the law catches people outside this class: “It is recognized that not every person who wishes to commit suicide is vulnerable, and that there may be people with disabilities who have a considered, rational and persistent wish to end their own lives” (trial reasons, at para. 1136). The trial judge accepted that Ms. Taylor was such a person — competent, fully informed, and free from coercion or duress (para. 16)"] (Fundamento 86, página 46)”. En: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>

¹¹⁴ Supreme Court of Canada. Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5, [2015]. Fecha: Febrero, 06. [“It follows that the limitation on their rights is in at least some cases not connected to the objective of protecting vulnerable persons. The blanket prohibition sweeps conduct into its ambit that is unrelated to the law’s objective.”] (Fundamental 86). En: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14637/index.do>

¹¹⁵ Statutes of Canada 2016. Chapter 3. June 17, 2016. Disponible en: https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/2016_3.pdf



5. Otorgue consentimiento informado, habiendo conocido medios alternativos.

En ese contexto, la ley define como enfermedad irremediable aquella que “está en un estado avanzado de irreversible declive en las capacidades”, y otros. Asimismo, determina que, si bien la muerte “debe ser previsible”, ello no implica que se deba conocer a ciencia cierta el tiempo de vida que le queda al paciente.

4. **Atipicidad de la conducta recogida en el artículo 112 del Código Penal**

Como ya se ha reiterado, el presente amparo contra norma legal busca inaplicar el artículo 112 del Código Penal que regula el delito de homicidio piadoso, dado que el despliegue de sus efectos jurídicos genera una situación jurídica que vulnera el derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas, así como otros derechos fundamentales, ya reseñados líneas arriba. La criminalización del procedimiento médico de eutanasia opera así, como un obstáculo para el ejercicio de estos derechos fundamentales, tanto por la prohibición subyacente a los profesionales médicos como por la imposibilidad de crear una regulación sanitaria sobre este procedimiento debido a la norma penal.

Si bien esta no es la única conducta penada detrás del ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas, ya que también está el artículo 113 del Código Penal, que sanciona la participación de un tercero en el suicidio ajeno, sea porque lo instiga o auxilia en dicho objetivo, el supuesto regulado en **el homicidio piadoso del artículo 112 es el que se adecúa al solicitado por nuestra representada Sra. Ana Estrada Ugarte**. En este caso quien ejecutaría el acto de cesar con la vida es un tercero (esto es, quien domina el hecho), como ocurre en la eutanasia cuando el procedimiento lo realizan profesionales médicos, y no uno mismo.

Dadas las circunstancias en las que se encuentra, y el pedido expresado por la Sra. Ana Estrada Ugarte, este caso responde al supuesto recogido en el artículo 112 del Código Penal, pues para materializar sus derechos, se requerirá la participación de terceros (profesionales médicos) que podrían verse ilegítimamente involucrados en una persecución penal en su contra, si no se solicitara la inaplicación del artículo. Así, el mismo dice lo siguiente:



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

Para la Defensoría del Pueblo, **la conducta previamente descrita constituye un supuesto atípico que no representa la creación de un comportamiento de riesgo penalmente prohibido** para un bien jurídico que el Estado ha de tutelar. De hecho, consideramos que sancionar penalmente este acto en un Estado Social y Democrático de Derecho conlleva a la vulneración de un derecho fundamental, como es el derecho a la muerte en condiciones dignas, que tiene como fundamento la dignidad de la persona humana, y la vulneración y amenaza cierta e inminente de otros derechos fundamentales.

En consonancia con nuestro mandato de defender y promover los derechos fundamentales de la persona humana, consideramos que **es ilegítima, por tanto, la intervención del *ius punendi* que resultara de verificarse el supuesto regulado por el delito de homicidio piadoso**, y desde ya, genera una situación jurídica inconstitucional en un Estado de Derecho. De ahí que se solicite inaplicar el artículo 112 del Código Penal, pues la conducta del tercero que el tipo penal describe antes que constituir un delito, es el acto, a través del cual, se garantizan los derechos fundamentales de la peticionante.

a. Precisiones sobre el delito de homicidio piadoso

Sobre el tipo penal de ‘homicidio piadoso’, cabe hacer algunas precisiones de la conducta que sanciona. Lo primero es que la ‘eutanasia’, regulada en el artículo 112, no recoge el mismo supuesto que el ‘suicidio asistido’, del artículo 113 del Código Penal.

En el primer caso, no solo se trata del derecho a disponer libremente de la vida independiente a través del acto suicida, sino sumado a ello, de no ser sometido a sufrimientos o dolores intolerables en vida que mellan la integridad psicofísica de una persona. Es decir, en este último caso, **el acto de quitar la vida tiene un móvil piadoso relacionado a un supuesto de enfermedad, lo que**



explica el menor reproche socio normativo en la pena abstracta (2 días a 3 años de pena privativa de libertad) a diferencia del acto suicida (de 1 año a 4 años de pena privativa de libertad).

Además, a diferencia del primer caso, en el suicidio asistido (no el instigado)¹¹⁶, el sujeto pasivo -titular del bien jurídico-, en ejercicio de su autonomía, es quien 'ejecuta' su muerte, mientras que el sujeto activo -quien realiza la conducta típica- es quien asiste a otro a acabar con su vida brindándole las herramientas para consumarlo. Lo que se recrimina en este caso es que terceros interfieran en la libre disposición de la vida por parte de su titular. Este último delito -suicidio asistido- recoge, en realidad, una forma de participación que realiza el sujeto activo porque quien realmente dominaría el hecho de la muerte es el sujeto pasivo, quien decide el cómo y el cuándo efectivizar el suicidio.

Ahora bien, un sector de la doctrina penal distingue entre eutanasia activa y eutanasia pasiva¹¹⁷. El primero exigiría un despliegue médico donde se le suministra a la persona un fármaco para poner fin a la vida, mientras que el segundo, implicaría dejar de hacerlo o interrumpirlo. El caso de una persona, cuyo deseo es ser desconectado de un aparato de soporte vital estaría en este último escenario, según señala Claus Roxin¹¹⁸. En ese caso, aunque podría parecer un comportamiento activo que implica desplegar una acción física, lo que importará es el significado social que se le otorga, esto es, que el acto, en realidad, supone interrumpir o suspender un tratamiento que estaba ya en curso.

La llamada 'eutanasia pasiva', sin embargo, recoge, en realidad, el supuesto de la Limitación del Esfuerzo Terapéutico (LET). Esto es, el retiro de medidas artificiales de soporte vital o no inicio de estas -respirador, tubos de alimentación, traqueostomías- al considerar que suponen una prolongación del sufrimiento, que no aporta beneficios de confort. Estos actos estarían permitidos por ser penalmente atípicos, pues forman parte del derecho fundamental a la integridad corporal, donde la persona decide "hasta dónde continuar o no iniciar un tratamiento que sólo prolongará la agonía, ante la

¹¹⁶ Artículo 113.- El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

¹¹⁷ Tratamiento Jurídico-Penal de la Eutanasia. Claus Roxin. En: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html

¹¹⁸ *Ibidem*.



opción de la medicalización de la muerte¹¹⁹”, así como su derecho a rechazar tratamientos médicos, desarrollado líneas atrás. Desconectar, por ejemplo, a una persona del respirador formaría parte del acto de “dejar morir”, pero no un supuesto de eutanasia donde no se buscaría acortar la vida, sino deliberadamente ponerle fin.

En esa línea, no compartimos la distinción entre eutanasia activa y pasiva. Por tanto, **al referirnos al procedimiento médico de la eutanasia, ello aludirá a los supuestos de la denominada ‘eutanasia activa’, que son los que finalmente recogen el artículo 112** del Código Penal sobre homicidio piadoso, y que supone la participación de un tercero de cesar con la vida de otro, a pedido expreso y consciente de este, debido a los dolores intolerables que la enfermedad que padece le genera.

Por otro lado, si bien la redacción del tipo penal no es clara en la finalidad del acto de matar (“*para poner fin a sus intolerables dolores*”), el supuesto penalmente sancionado requiere que exista el expreso y consciente pedido del sujeto pasivo dirigido a acabar con su vida. Por tanto, no es un pedido “para aliviar el sufrimiento” de este grave padecimiento, lo que nos colocaría en el supuesto de cuidados paliativos, sino es una solicitud para expresamente acabar con la vida, debido a los sufrimientos que experimenta de una grave enfermedad incurable.

Es importante reiterar que, **desde 1991 el legislador reconocía ya que hay determinadas circunstancias que acompañan un acto homicida que lo hacen menos grave que el tipo base del delito de homicidio**, lo que explica la existencia de un tipo penal atenuado. Como sostiene la Corte Suprema, esto no significa que el legislador desprecie la vida, sino que “pondera que hay casos límite en los que debe considerar otros factores igualmente relevantes, como el dolor ante el ser amado que pide una muerte digna, los dolores que atraviesa la víctima, la imposibilidad de una vida digna y sin dolores con posterioridad¹²⁰”.

¹¹⁹ Siverino, Paula. A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo, un análisis desde el ordenamiento jurídico peruano. P.22.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente R.N. N. 2507-2015 LIMA. Fundamento 3.1.2.



Esto es expresión así, de un desvalor social que percibe que, aunque el acto pondría en riesgo la vida -entendida en términos biológicos-, otras variables justifican el menor reproche socio normativo, como la autonomía del titular de la vida que pide cesar con ella, los dolores que vive, y la motivación especial del acto por parte del sujeto activo.

b. Bien Jurídico protegido.

Todo delito debe necesariamente proteger un bien jurídico. Por 'bienes jurídicos', entiéndase las condiciones imprescindibles para que las personas puedan desarrollarse en libertad; condiciones que la sociedad (y con ello, el ordenamiento jurídico) estima necesario proteger¹²¹. **Solo se justifica, por tanto, la prohibición penal de una conducta y su criminalización si con ello se protege un bien indispensable para garantizar el libre desarrollo de la persona humana.**

Dada la ubicación sistemática que tiene el delito de 'homicidio piadoso' (también llamado 'pietístico' o 'eutanásico') en el Código Penal, al encontrarse recogido en el Capítulo 1, Homicidios, del Título 1 sobre Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, es posible afirmar que este busca proteger el bien jurídico "vida humana independiente".

Se trata, por tanto, de un tipo penal atenuado del delito base 'homicidio simple' recogido en el artículo 106 del Código Penal. Debido a la motivación del acto – el sujeto activo actúa por un móvil de piedad a favor de otro, no de uno- y la condición objetiva del sujeto pasivo –es un enfermo incurable con dolores intolerables-, tiene una pena atenuada de hasta 3 años de pena privativa de libertad, en respeto al principio de proporcionalidad y al de culpabilidad. Este tipo penal contempla, por tanto, una condición subjetiva que recae en la motivación altruista del acto de quien actúa por misericordia y compasión para cesar el sufrimiento de otro, y una objetiva, que se verifica en la situación de la persona que tiene dolores intolerables derivados de una enfermedad incurable.

En este caso, **el legislador penal ha decidido proteger el bien jurídico 'vida independiente' por encima de la autonomía y el libre desarrollo**

¹²¹ Meini, Ivan. Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Fondo Editorial PUCP. 2014. P. 30.



de la personalidad de una persona que siendo titular de este dispone libre e informadamente del mismo. Y ello se evidencia en el requisito de la solicitud 'expresa y consciente' de la persona, esto es, del sujeto pasivo.

La decisión del legislador penal de sancionar esta conducta soslaya que el bien jurídico 'vida' no debe entenderse desde una perspectiva netamente "biológica", como ya lo señalamos antes al desarrollar el derecho a la vida en condiciones dignas. Como dice Bajo Fernández, **la vida que se protege debe ser la deseada, querida, admitida:** "cuando nos referimos a la vida del mismo sujeto que libremente la rechaza, por ser vida no deseada, imponerle el deber de vivir sin más, es no respetar la voluntad ajena¹²²". No es posible, por tanto, reducir el bien jurídico protegido a la mera subsistencia de la persona humana.

De hecho, desde que el artículo 108 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, reconoce como 'muerte legal' o 'ausencia de vida humana', el momento a partir del cual cesa de manera definitiva la actividad cerebral de una persona, por más que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica, es posible afirmar que la vida no puede interpretarse bajo una mirada netamente naturalista.

En ese sentido, el bien jurídico ha de entenderse no sólo en términos de vida deseada, sino de 'proyecto de vida'. Ello se encuentra articulado, a su vez, con el derecho fundamental a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Ese fue el sentido que le otorgó en 1991, el Grupo de Estudios de Política Criminal (integrado por un buen número de destacados catedráticos y profesores de derecho penal españoles), cuando a través del "Manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida", señaló que "**la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido¹²³**".

Dicho grupo de penalistas señaló, en su momento, que "los límites del deber de tratamiento médico no pueden estar determinados únicamente por las posibilidades técnicas del mantenimiento de la vida, sino que éste ha de fundamentarse en una finalidad curativa, incompatible con estados irracionales

¹²² Bajo Fernández, Miguel. Op. Cit. P.254.

¹²³ <Manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida>, en GEPC. Viernes, 16 de noviembre, 1991. En: https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1992-30121901224



γ degradantes de mantenimiento y prolongación de la existencia¹²⁴". De ahí que concluya que **no es punible la provocación de la muerte "a petición expresa y seria del afectado para poner fin a una situación de sufrimiento o dolor, grave e irreversible, no soportable ya por el sujeto, que no pueda ser suprimida por medios distintos"**. Esto es, el supuesto aquí discutido del delito de homicidio piadoso.

c. Tipicidad objetiva

El análisis de 'tipicidad objetiva' exige determinar cuándo el comportamiento desplegado por el sujeto activo genera una situación de riesgo penalmente prohibido. Es importante reiterar aquí que el ejercicio de los derechos fundamentales reclamados, hoy, implican necesariamente colocarse en el supuesto penalmente prohibido del artículo 112 del Código Penal. Por esta razón, le solicitamos inaplicar este artículo, cuyos efectos inconstitucionales, dada su naturaleza autoaplicativa, resultan lesivos desde ya para los derechos fundamentales que nuestra representada reclama.

El reconocimiento de estos derechos exigirá que un/os profesionales médicos los materialice/n, a partir del despliegue del comportamiento prohibido por esta ley penal, a partir de la creación de la respectiva regulación. Ello hace necesario analizar los elementos objetivos y subjetivos que recoge este tipo penal, pues aquello permitirá confirmar que nos encontramos estrictamente frente a un supuesto de hecho que, de declararse fundada la demanda, no deberá surtir efectos. Para saber, entonces, si nos encontramos en este escenario, han de verificarse los siguientes elementos objetivos del tipo:

- Enfermedad incurable:

Según la redacción del tipo penal analizado, no es requisito que la enfermedad que aqueja a la persona sea de naturaleza terminal o lo conduzca a la muerte necesariamente en un corto plazo. **Bastará que se trate de una enfermedad "incurable" que le produzca a la persona "intolerables dolores" (ANEXO 01-A; 01-C; 01-D; 01-G).**

¹²⁴ <Manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida>, en GEPC. P.1220.



Así, si bien existen legislaciones comparadas (como las reseñadas líneas arriba), que vinculan el concepto de eutanasia con el supuesto de una persona que padece de una 'enfermedad terminal' -esto es, cuya muerte sea próxima o dentro de los seis meses siguientes-, esto último no es un elemento constitutivo de dicho procedimiento.

Según el DeCS (Descriptor en Ciencias de la Salud), la eutanasia refiere al acto o a la práctica de matar o permitir la muerte por causas naturales por razones de compasión, es decir, para liberar a una persona de una enfermedad "incurable, un sufrimiento intolerable o una muerte indigna¹²⁵". En enero de 2002, por su parte, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos sostuvo que este procedimiento consistía en la "conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico".

En otras palabras, acorde a estas definiciones de eutanasia, no sería requisito necesario de esta el que exista un supuesto de enfermedad terminal, sino que bastaría que se trate de una enfermedad 'incurable' o 'grave e irreversible', como lo reconocen las definiciones antes señaladas, y claro está, que medie el consentimiento libre, serio e informado de la persona, quien padece de graves sufrimientos que derivan de su condición médica. Para el supuesto típico, en esa línea, **bastaría que el sujeto pasivo que solicita el cese de su vida tenga una enfermedad 'incurable'**, como es el presente caso.

- Intolerables dolores:

El concepto de 'intolerables dolores' recogido en el tipo penal debe abarcar **no sólo los padecimientos estrictamente físicos, esto es, los que impactan directamente en la estructura somática de la persona que padece los dolores** (intensos padecimientos, por ejemplo, musculares, óseos,

¹²⁵ Descriptores en Ciencias de Salud (DeCS). Biblioteca virtual en salud. En: http://decs.bvs.br/cgi-bin/wxis1660.exe/decserver/?IsisScript=../cgi-bin/decserver/decserver.xis&previous_page=homepage&task=exact_term&interface_language=e&search_language=e&search_exp=Eutanasia



de algún sector del aparato digestivo o propios del sistema nervioso, etc)¹²⁶, **sino también los de naturaleza psicológica o moral**. Esto es, aquella aflicción y pesadumbre que se desarrolla en el fuero interno de la persona dado el progresivo deterioro de su salud y calidad de vida.

De acuerdo con la definición ofrecida por la Asociación Internacional para el Estudio del Dolor (IASP), el dolor es una "sensación desagradable y una experiencia emocional asociadas con un daño tisular actual o potencial, o descrita en términos de tal daño¹²⁷". Así, Morano y Prada señalan que el **dolor que vive cada individuo es "el resultado de una interacción de múltiples variables biológicas, psicológicas, sociales y culturales¹²⁸"**.

Esto significa que, no basta con que exista una situación objetiva, exteriorizada y constatada médicamente, sino que es fundamental también tomar en cuenta la condición subjetiva de la persona, en virtud del cual, este da cuenta de las aflicciones internas que le genera su propia vivencia o experiencia, como resultado de la situación médica que vive. Esto, debido a que, nadie se encuentra en mejor condición que la persona, quien conoce y siente directamente la intensidad de los dolores y los efectos generados por el mal que le aflige.

En el supuesto de nuestra representada, la constatación de estos dolores se da no solo porque así lo determina el diagnóstico clínico de la enfermedad que padece (polimiositis) **(ANEXO 01-A; 01-D)**, sino porque ella reitera que la situación que le aqueja implicará prolongar la vida en condiciones que ella considera indignas, por lo que, estos graves sufrimientos la pueden conducir a desear disponer de ella, a través de un procedimiento médico de eutanasia, en el momento en el que ella lo considere oportuno.

Así, como sostuvo la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia C-239, uno de los presupuestos para morir dignamente, es que se verifique un criterio objetivo y otro subjetivo. El primero hace referencia a la calificación de un especialista de la enfermedad que padece el o la paciente, mientras que el

¹²⁶ Medina Frisancho. José Luis. La Eutanasia en el Código Penal Peruano. Un Análisis Dogmático a partir de una perspectiva crítica. P.7.

¹²⁷ International Association for the Study of Pain. IASP Terminology. En: <https://www.iasp-pain.org/Education/Content.aspx?ItemNumber=1698#Pain>

¹²⁸ Moreno, Carlos. Prada, Diana M. Fisiopatología del dolor clínico. Capítulo 2. P.9.



segundo refiere al sufrimiento intenso que vive el mismo paciente. Como bien sostiene el tribunal, “[N]adie más que el propio paciente sabe que algo le causa un sufrimiento de tal envergadura que se hace incompatible con su idea de dignidad¹²⁹”. En ese sentido, los ‘dolores intolerables’ constituyen un concepto que, en buena parte, es definido por el o la paciente.

- La solicitud ‘expresa y consciente’

El supuesto regulado por el delito de homicidio piadoso no es el de una persona que consciente de manera pasiva el cese de su vida, sino es el de uno que expresamente lo solicita. Es decir, existe de por medio una intervención activa del sujeto pasivo de pedir de manera clara y expresa que un tercero disponga, con autorización del titular, de su bien jurídico ‘vida independiente’. En otras palabras, es algo más que una mera conformidad o aceptación de la persona.

Desde que se especifica que **la voluntad debe ser “expresa” queda descartado que pueda tratarse de manifestaciones de voluntad “tácita” o de un consentimiento “presunto”**, donde se presume que la persona hubiera querido esa opción, si tuviera las condiciones para poder expresarse (los casos de pacientes en estado vegetativo, por ejemplo). El caso que nos ocupa, sin embargo, es el de una persona que, en la actualidad, goza de sus plenas facultades mentales que le permite ejercer su libertad de decisión de manera informada, libre y meditada para poder solicitar el procedimiento médica de la eutanasia.

Así lo evidencia la constancia de la psicóloga Ruth Kristal Mitastein, en el **ANEXO 01-F**, al señalar que **“las funciones mentales superiores, tales como el estado de conciencia, la memoria, la atención, la concentración, el juicio y la capacidad de abstracción de la Sra. Ana Estrada Ugarte están perfectamente conservadas¹³⁰”**. Asimismo, la especialista precisa que puede sostenerse lo mismo respecto de su **“criterio de realidad y la capacidad de discernimiento entre lo que es bueno y lo que es malo desde una perspectiva moral y de lo socialmente acceptable¹³¹”**. Esto se puede evidenciar asimismo, en el Acta notarial de

¹²⁹ Corte Constitucional de Colombia T-970/14. Fundamento 7.2.2. En: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>

¹³⁰ Constancia de la psicóloga Ruth Kristal. Anexo 01-F.

¹³¹ *Ibidem*.



constatación de Hechos y Referencia de la Sra. Ana Estrada Ugarte adjunto en el **ANEXO 01-B** a esta demanda.

Esto nos lleva a sostener que **se trata de una persona imputable con plena conciencia para comprender la naturaleza de los actos que consiente y el alcance que comportan**. El Estado no debe y no puede desconocer de ninguna manera la plena capacidad jurídica que tiene Ana, en tanto persona con discapacidad motora, para auto determinarse, como así lo reconocen tratados internacionales de los que el Perú es Estado Parte¹³² y el artículo 9 de la Ley 29973¹³³. La Sra. Ana Estrada Ugarte, así, entiende en todos sus extremos el significado del consentimiento otorgado y las consecuencias que derivan de ello, respecto del bien jurídico del que ella es titular, como es la vida independiente.

Incluso, en el supuesto en el que la Sra. Ana Estrada Ugarte se viera eventualmente imposibilitada de manifestar expresamente su voluntad, el Decreto Legislativo 1384 que modifica el Código Civil, agregándole el artículo 659 F, contempla la medida de apoyos a futuro para las personas con discapacidad, en caso de requerir asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. En esa línea, nuestra representada ha dejado constancia expresa de que su padre (FLAVIO ESTRADA NARRO) será quien ejercerá esa función, si fuera necesario, para materializar su derecho a la muerte en condiciones dignas **(ANEXO 01-B)**.

d. Tipicidad subjetiva

Como señalamos líneas arriba, la conducta recogida en la ley penal no representa una situación de riesgo penalmente prohibido, al ser un comportamiento atípico. En esa línea, podría afirmarse que es innecesario seguir con el análisis de la tipicidad subjetiva. No obstante, a efectos de certificar que la conducta que realizarán los profesionales médicos para hacer efectivos los derechos fundamentales de la Sra. Ana Estrada Ugarte, es la que regula el supuesto de hecho de este tipo penal, se considera importante

¹³² Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad de las Naciones Unidas.

¹³³ Artículo 9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.



desarrollar los elementos subjetivos, pues sin estos, estaríamos en un escenario distinto donde matar a otro podría ser sancionado como un caso de homicidio simple. Los efectos jurídicos que se solicitan inaplicar son los del artículo 112 del Código Penal, de ahí, la necesidad de verificarlos.

Por 'tipicidad subjetiva' se entiende la exigencia del sujeto activo de conocer el riesgo para el bien jurídico que supone el comportamiento que este realiza¹³⁴. Acorde al tipo penal referido, quien ejecuta el procedimiento expresamente solicitado de la eutanasia tendría que estar motivado por razones de 'piedad'. Es decir, **debe actuar necesariamente con un propósito altruista, en favor de otra persona, y no en consideración de sí mismo.**

Esta **motivación especial es la que conduce al legislador a adoptar un tipo penal atenuado, acorde al principio de culpabilidad.** Tanto así, que nuestro legislador reconoce como atenuante genérica en el artículo 46.6 del Código Penal el obrar "por móviles nobles o altruistas", lo que disminuye el desvalor del injusto social y habilita al juez a reducir la sanción dentro de los márgenes de la pena abstracta.

Como señala la Corte Constitucional de Colombia, "[E]l sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia¹³⁵". Así como en el caso colombiano, la ley peruana exige una subjetividad adicional al conocimiento del riesgo de la conducta. Este componente adicional, añade el tribunal colombiano, busca distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Por ejemplo, el homicidio piadoso del homicidio simple regulado en el artículo 106 del Código Penal.

Ahora, ciertamente es complicado probar los sentimientos de compasión que motivan internamente a quien ejecuta el acto de la eutanasia. Por eso, hay quienes consideran que este elemento adicional es innecesario en el tipo penal. Como señala Medina Frisancho, "[q]ue la eutanasia sea históricamente una institución de innegable connotación solidaria, honorable y compasiva, no debe

¹³⁴ Meini, Ivan. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Fondo Editorial PUCP. 2014. P.67.

¹³⁵ Corte Constitucional de Colombia. STC. C-239/97. Fundamento 1.b.



significar en modo alguno que los móviles profundos, deseables y esperables en quien ayuda a morir a un enfermo grave tengan que ser elevados a nivel normativo para pasar a formar parte de la estructura típica de la ley penal¹³⁶”.

En todo caso, es importante reiterar que no es necesario para encontrarse en el referido supuesto de la ley penal, pretender interpretar lo que piensa la persona que ejecuta el acto sancionado. Como dice Sánchez Málaga, no se puede verificar empíricamente lo que quiso internamente la persona cuando delinquirió, ni se debe castigar a las personas por sus posibles motivaciones, sino por la realización de hechos exteriores que afecten bienes jurídicos¹³⁷. Por tanto, **al igual que con el dolo -el conocimiento del riesgo por parte del actor-, este elemento subjetivo adicional -por razones de piedad- se imputa a partir de las circunstancias objetivas que rodean al caso, y no intentando explorar la mente del agente¹³⁸.**

Dicho esto, la “piedad” no debe ser entendida en términos coloquiales o genuinos, donde solo personas con un estrecho vínculo sentimental hacia el o la peticionante puedan ser motivadas por tal emoción, por ende, encontrarse en este supuesto típico. La imputación subjetiva, como se dijo, debe darse a partir del contexto objetivo en el que el agente desarrolla su conducta. A partir de estas circunstancias, adquiere sentido normativo el concepto de piedad.

Así, como sostiene Medina Frisancho, **actuará con piedad**, no el médico “caritativo, afectuoso o íntimamente vinculado con el paciente mediante un sentimiento de conmiseración, dolor o amor”, sino **aquel que “a partir de una valoración global del hecho, haya concretado debidamente su actuación en una doble dimensión: una negativa, que supone que en el curso de sus acciones, el agente demuestre la absoluta ausencia de intereses subalternos o ulteriores del autor que evidencien la existencia de fines subrepticios y antijurídicos” y una positiva, “que actúe profesional y diligentemente, por ejemplo, informando al paciente debidamente sobre el contenido, alcances y consecuencias**

¹³⁶ Medina Frisancho, José Luis. La Eutanasia en el Código Penal Peruano. Un análisis dogmático a partir de una perspectiva crítica. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100407_01.pdf

¹³⁷ Sánchez Málaga, Armando. El dolo: ¿fenómeno espiritual o atribución normativa?. 2015, PP. 66-68.

¹³⁸ Meini, Ivan. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Fondo Editorial Pucp. P.254.



de cualquier intervención médica que se piense efectuar (lo que en suma conduce al principio médico de 'consentimiento informado')¹³⁹".

Esto nos lleva a sostener que, para el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte, quienes ejecuten el procedimiento de la eutanasia no deben estar motivados por un sentimiento de misericordia entendida en términos coloquiales, sino que **la "piedad" del sujeto activo debe interpretarse en función de un contexto *eutánico* que permita descartar que el acto busca fines ajenos al cese de los dolores intolerables**, siendo una acción que responde exclusivamente a los deseos y a la autonomía de la persona que realiza el pedido de manera expresa y consciente. Esto bastará para probar la entidad solidaria de dicho obrar y ubicarnos en este supuesto típico, cuyos efectos jurídicos pretenden ser inaplicados.

e. Principio de lesividad

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal señala como principio del ius punendi (el derecho a castigar), la necesaria lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley para que una conducta sea sancionada por el derecho penal, por tanto, sea pasible de recibir una pena. Como se dijo antes, todo delito debe necesariamente poner en riesgo un bien jurídico. Este principio también se conoce como 'exclusiva protección de bienes jurídicos'.

Sobre el mismo, el TC, ha señalado lo siguiente:

"[d]entro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes."

Como sostiene Cancio, la exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos es "un criterio de legitimación dirigido al legislador, que sirve para examinar el

¹³⁹ Medina Frisancho, José Luis. La Eutanasia en el Código Penal Peruano. Un análisis dogmático a partir de una perspectiva crítica. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20100407_01.pdf. P.23.



Derecho tal y como es a partir de cómo debería ser¹⁴⁰". Acorde al supremo intérprete de la Constitución, este principio exige identificar no sólo la "dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes", sino que, dentro de esta lesión, la protección penal debe expresar necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo en sociedad¹⁴¹. Por eso, fundamenta Meini, que "aún cuando el comportamiento en cuestión agite los más profundos sentimientos morales o religiosos, el Derecho penal no está autorizado para intervenir¹⁴²".

En la dogmática angloamericana, el símil de este principio lleva el nombre de "harm principle¹⁴³" (o principio del daño), concepto que ya podía encontrarse en las obras de Stuart Mill¹⁴⁴. La idea que recogen los países de habla inglesa es la misma: es un principio que permite legitimar la represión penal de conductas que significan un menoscabo únicamente de la libertad de terceros (se excluye, por tanto, lesiones a uno mismo o a alguna moral). Es decir, bajo este esquema, solo debe ser delito la lesión de los intereses de otra persona.

Bajo la tesis del 'harm principle', existirá 'daño' solo si se menoscaba un 'interés'. Así, dice Von Hirsch¹⁴⁵ que el interés es el recurso al que una persona (el agraviado) tiene un derecho o una pretensión. Es decir, cuando legítimamente puede exigir a terceros que se abstengan de menoscabar el recurso al que uno tiene derecho. En el caso del homicidio piadoso, no existe 'daño' a la vida que justifique dicha represión, si es el mismo titular de la vida -no un tercero- quien pide cesar con ella, cuando esta no es más compatible con la dignidad humana.

Con mayor razón, si el titular de esta vida no puede hacer efectiva su disponibilidad y necesita, por tanto, de la participación de un tercero para lograrlo. Esto, debido a la obligación que el Estado mantiene de proteger la vida de sus ciudadanos por encima de la voluntad válidamente expresada de sus

¹⁴⁰ Cancio, Manuel. Introducción al Derecho Penal. Principios del Derecho Penal (II). P.87.

¹⁴¹ STC Exp. 0012-2006-PI/TC, f.j. 30.

¹⁴² Meini, Iván. Lecciones de derecho penal – Parte General. Fondo Editorial PUCP. Setiembre, 2014.

¹⁴³ La obra de FEINBERG, comentada por VON HIRSCH, se titula "Harm to Others" de 1984. Von Hirsch, Andrew. Op.Cit. P. 33.

¹⁴⁴ "La única razón para que el poder pueda legítimamente intervenir en la libertad de acción de cualquiera es para prevenir el daño a terceros. No es suficiente hacerlo para garantizar su propio bienestar, físico o moral; aun cuando sus comportamientos vayan contra estándares comunes y actúen de manera inmoral." STUART MILL, J. Sobre la libertad, Alianza, Madrid 1970. P.15.

¹⁴⁵ Von Hirsch, Andrew. *El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"*. En: "La teoría del bien jurídico". Ed: HEFENDEHL Ed. Ronald. ALCÁCER, Rafael. MARTÍN, María. ORTIZ DE URBINA, Marcial Pons, Madrid. 2007. P.42.



titulares. Sobre este punto, es importante reiterar, como sostiene Martínez Sampere, que **no permitir el suicidio asistido y/o la eutanasia a las personas con discapacidad física que así lo han expresado voluntariamente implica una discriminación respecto de quienes sí pueden valerse por sí mismas “porque estas últimas podrían elegir el modo y el momento de morir, mientras que las discapacitadas no”¹⁴⁶**. En esa línea, sería también un supuesto de vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

Como se dijo antes, este delito protege la ‘vida independiente’, por ende, un bien jurídico individual. La gran pregunta que se plantea en estos casos es si el titular puede disponer de él. Quienes sostienen que la vida es un bien indisponible, argumentan que el Estado está obligado a respetar y protegerla frente a ataques ajenos, pero eso no implica reconocerle un derecho de disposición sobre la propia vida, por lo que, el Estado tendría necesariamente que intervenir, vía represión penal, para protegerla al margen de si el sujeto desea o no vivir¹⁴⁷.

Desde esta perspectiva, la razón detrás de no sancionar la tentativa del suicidio sería político-criminal, pues sería innecesaria e inoportuna aplicar una eventual pena. En esa línea, también hay quienes sostienen que la decisión de despenalizar el suicidio surge debido a que esta no era lo suficientemente disuasiva, deshonraba a los parientes del familiar que se había querido suicidar y llevaba “al resultado abyecto de que los pacientes que se restablecían en el hospital de una tentativa fallida de suicidio eran perseguidos de hecho por su fracaso”¹⁴⁸, como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pretty vs. Reino Unido*.

Con este argumento, dicha Corte invalidó el que existiera un derecho a suicidarse y fuere, por tanto, discriminatorio el hecho de que existieran personas que físicamente estarían impedidas de ejercerlo por alguna discapacidad física. Si la vida es indisponible para el titular de esta, sería

¹⁴⁶ Martínez Sampere, Eva. El derecho a una vida digna hasta el final: suicidio y eutanasia. En: *Ética y Derecho*. Araucaria N.3. P.22.

¹⁴⁷ Gonzáles Ruz. Juan José. En: *Derecho Pnal Español. Parte ESpecial*. Coord: Manuel Cobo del Rosal. Madrid, 2005. P.71.

¹⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Caso *Pretty. vs. Reino Unido*. Párrafo 35. En: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4-pretty-c.-reino-unido.pdf>



nefcaz, por ende, el consentimiento que da a terceros para que cesen con ella y, teóricamente haría, antijurídica una conducta típica (ver más adelante).

La postura de indisponibilidad de la vida nos conduciría a afirmar que el “derecho a la vida” que está detrás del bien jurídico protegido comprendería, en realidad, un “deber de vivir”, en nombre de un interés social o de un Estado que reemplaza la libertad individual de las personas para decidir el destino de sus vidas. Sobre este supuesto deber de vivir, la Defensoría del Pueblo en su análisis sobre las transfusiones de testigos de Jehová ya ha referido¹⁴⁹:

“El principal cuestionamiento surge al determinar si este derecho contiene un deber de vivir, así como un derecho a morir. (...) Consideramos que **el derecho a la vida jurídicamente no implica el deber de las personas a vivir** –ello, podría ser impuesto en otros órdenes normativos en la sociedad como el religioso o moral– al punto que el ordenamiento no penaliza la tentativa de suicidio (...).

En la misma línea, en España, Beltrán Aguirre señala:

“De ahí que la decisión libre y consciente de una persona, en plenitud de facultades y al margen de cualquier presión externa, de poner fin a su vida, nunca puede ser castigada o impedida por el Derecho y, por ello, en nuestro país el suicidio no está penado. Por tanto, en mi criterio, **solo la vida deseada libremente merece el calificativo de bien jurídico protegido**, no existiendo un deber jurídico de vivir contra la voluntad personal de no hacerlo. Lo que existe es un derecho a la vida, pero no un deber constitucional y jurídico de tener que vivirla necesariamente¹⁵⁰.”.

¹⁴⁹ Defensoría del Pueblo del Perú. Revista de la Defensoría del Pueblo, Debate Defensorial. Número 4, Año 2002. P.249.

¹⁵⁰ Beltrán Aguirre, Juan Luis. En torno a la constitucionalidad de una posible legalización parcial de la eutanasia. Revista Aranzadi Doctrinal, Nº. 8 (diciembre 2010), 2010. P. 59.



Por otro lado, si bien, acorde a los artículos II¹⁵¹ y III¹⁵² del Título Preliminar de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, la protección de la salud es de interés público y el derecho a la protección de la salud es irrenunciable, este tiene límites y de ningún modo debe entenderse como una obligación de vivir, a como dé lugar, en pos del interés de la sociedad. Así, en palabras de Giancarlo Rolla: “[E]l valor de la dignidad humana termina por prevalecer sobre el principio de indisponibilidad de los derechos fundamentales, con la consecuencia –por ejemplo- de que una persona podría legítimamente renunciar a un derecho fundamental propio (en el caso presente, el derecho a la vida), aun cuando su concreto ejercicio se siguiera entendiendo como una intolerable compresión de su derecho a la autodeterminación y a la dignidad”¹⁵³.

La obligación del Estado de proteger la vida, entendida en términos de subsistencia física, no puede sobreponerse, sin embargo, a la dignidad de sujetos autónomos con capacidad para autodeterminarse. Como se dijo líneas arriba, es una incoherencia sostener dicho argumento, por un lado, y reconocer, por el otro, el derecho de una persona de rechazar tratamientos médicos que, a su consideración, resultan incompatibles con sus convicciones personales o con el concepto de vida digna que tenga.

Como dice González Rus, “negar la disponibilidad de la vida significa reconocer que intereses de naturaleza social (cumplimiento de deberes con el Estado, cargas económicas que asumir o que evitar, etc) o moral (mantenimiento del tabú de la vida, interpretación paternalista desde el Estado de bienestar individual o de qué es lo mejor para el individuo, etc) son más importantes que la libertad individual, hasta el punto de que deben sobreponerse y anular la capacidad personal para decidir lo que se quiere hacer con la propia existencia¹⁵⁴”. Esto tiene aún más respaldo si el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos tienen sustento constitucional, como se explicó líneas arriba.

¹⁵¹ II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

¹⁵² III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.

¹⁵³ Rolla, Giancarlo. El valor normativo del principio de dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones Iberoamericanas, P.475.

¹⁵⁴ González Ruz, Juan José. Op. Cit. P.72.



f. Consentimiento libre como causa de atipicidad

Tal como lo recoge el tipo penal, el acto de matar a otro no se realiza por móviles egoístas, sino por razones de piedad o compasión -entendido ello en un contexto eutanásico-, dirigido necesariamente a poner fin a los dolores intolerables que este padece, a pedido expreso y consciente de la persona. Es decir, hay de por medio la autorización del titular del bien jurídico 'vida independiente' de disponer del mismo.

Si bien el sujeto pasivo solicita a otro que disponga de su vida para cesar con los 'dolores intolerables', producto de la enfermedad que le aflige, a consideración del legislador penal, este acto aún es punible porque detrás de su criminalización está también el deber del Estado de preservar la vida, incluso, por encima de la autonomía del individuo y su derecho a no sufrir malos tratos, crueles e inhumanos.

A consideración de la Defensoría del Pueblo, esta postura recogida en **la ley penal desconoce el amplio respaldo doctrinario y jurisprudencial que sostiene que el consentimiento libre del titular de un bien jurídico individual opera como una causa de atipicidad, o cuando menos, según la literalidad del Código Penal, de antijuricidad, que no hace punible la conducta. Así lo reconoce, cuanto menos, el artículo 20.10 del Código Penal¹⁵⁵**, que reconoce que el consentimiento libre del titular de un bien jurídico individual excluye la antijuricidad de una conducta típica.

Ahora, si bien el Código Civil señala en su artículo 5¹⁵⁶ y 6¹⁵⁷ que el derecho a la vida es irrenunciable, que no puede ser objeto de cesión y que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos", **ello debe ser interpretado a la luz de derechos constitucionales como el libre desarrollo de la**

¹⁵⁵ Artículo 20.10 Está exento de responsabilidad penal: el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición

¹⁵⁶ Artículo 5: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6".

¹⁵⁷ Artículo 6: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sea contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos o tejidos de seres humanos por la ley de la materia".



personalidad y la dignidad del ser humano que lo asume como sujeto autónomo en el gobierno de sí mismo.

Ha de recordarse que **la 'vida' o la 'integridad psicofísica/salud' como 'bien jurídico' no puede confundirse con el objeto material del delito** - persona o cosa sobre la que se despliega la conducta típica-, como podría ser el cuerpo. Aún si, en términos médicos, hay una mella al objeto material, si ello es consecuencia de un acto de libre disposición, no hay lesión al bien jurídico por ser este un medio para satisfacer el libre desarrollo de la personalidad. Como señala Peñaranda, "el bien jurídico de la salud personal no consiste simplemente en su sustrato material, un determinado estado del cuerpo o de la mente, sino que comprende también la relación de ese sustrato con su titular¹⁵⁸".

Esa es la razón por la cual intervenciones quirúrgicas, como la anticoncepción quirúrgica voluntaria o las operaciones de reasignación sexual criticadas, en su momento, por considerar que implican una disminución permanente de integridad sin sentido terapéutico, hoy se admiten como actos que no vulneran el bien jurídico 'salud' y no configuran, por tanto, delitos de lesiones. Lo mismo pasó en sus inicios con la cirugía estética que generó rechazo y duras críticas, despertando un debate sobre si el médico cirujano cometía o no delito de lesiones¹⁵⁹. Los límites de la disposición de nuestros cuerpos son también fruto de cambios sociales. Reitera, por eso, Siverino que solo hay daño jurídico si se transgrede la garantía otorgada por la norma a la persona titular del bien, más que al bien -entendido como el objeto- en cuestión¹⁶⁰. El mismo razonamiento se extiende al bien jurídico individual 'vida independiente'.

La intervención lícita sobre el cuerpo se vincula, entonces, con la libertad de decidir sobre el mismo. Como sostiene Siverino, "**la revolución bioética de la medicina ha transformado al enfermo en un sujeto moralmente competente, capaz en principio de tomar decisiones sobre su propia**

¹⁵⁸ Peñaranda, Enrique. V. Lesiones. Compendio de Derecho Penal (Parte Especial) Volumen I. Colección CEURA. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. P.366.

¹⁵⁹ Cfr. Silva Riestra, Juan. Cirugía estética y delito de lesiones. Revista penal y penitenciaria tomo 3, Ministerio de Justicia e instrucción pública de la Nación, Buenos Aires, 1938.

¹⁶⁰ Siverino, Paula. Op. Cit. P.18.



vida (y, bajo ciertas circunstancias, sobre su propia muerte), **verificándose una apertura del modelo de beneficencia al modelo de autonomía¹⁶¹**".

El consentimiento informado es, pues, expresión del respeto a las decisiones de una persona autónoma sobre sí, en tanto no dañe a terceros. Esta será efectiva si la otorgan quienes estén legalmente autorizadas, esto es, personas con plena capacidad jurídica de decisión, como es el caso de la Sra. Ana Estrada Ugarte. Como dice la Corte Constitucional de Colombia, "el consentimiento implica que la persona posee información seria y fiable acerca de su enfermedad y de las opciones terapéuticas y su pronóstico, y cuenta con la capacidad intelectual suficiente para tomar la decisión".

Para asegurar que esta sea una decisión libre del titular del bien jurídico 'vida' de disponer de ella, **el consentimiento deberá ser informado, lo que constituye un proceso de comunicación efectiva, donde se brinda información clara, suficiente y relevante para asegurar una correcta interpretación de los dichos e intenciones que habilite a la persona** (o a su representante) **a elegir entre posibles opciones**, libre de toda influencia externa. El proceso acabará con una declaración de voluntad que genera la autorización para proceder, la que debe cumplir los requisitos de ser autónoma, intencional y libre de coacción¹⁶².

La delimitación, por tanto, de los bienes jurídicos de "libre disposición" es algo que debe construirse a partir de una interpretación de los fines que persigue este concepto, esto es, como medio para garantizar el libre desarrollo de la persona, que constituye un derecho fundamental. No hay lesión al 'bien jurídico', por ende, no hay comportamiento de riesgo penalmente prohibido, si media el consentimiento libre de su titular. Así, lo establece el Estado en supuestos, por ejemplo, donde se le reconoce a una mujer gestante la posibilidad de solicitar al médico salvar la vida del hijo/a por encima de la suya, en situaciones que complican la salud del primero.

El consentimiento de la persona que solicita cesar con su vida es, así, la piedra de toque que legitima el procedimiento médico de la

¹⁶¹Siverino, Paula. A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo, un análisis desde el ordenamiento jurídico peruano. P.11.

¹⁶² Siverino, Paula. Op. Cit. P.14.



eutanasia y el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas, así como otros derechos fundamentales. A tal punto que, si no mediare el libre consentimiento, el acto de matar a un tercero, aun si el sujeto pasivo tiene una enfermedad incurable y sufre dolores, sería un supuesto de homicidio simple, regulado en el artículo 120 del Código Penal. De ahí la importancia de asegurar un procedimiento detallado y minucioso, en una regulación expresa, que permita certificar con el máximo rigor posible la voluntad libre, inequívoca e informada de la persona en decidir sobre su vida y cuerpo. De lo que se trata aquí es de conquistar un espacio de libertad en un momento álgido y determinante del ciclo de la vida.

Consideramos que, **en casos en donde existe la decisión libre y voluntaria de disponer un bien jurídico del que uno es titular, si no median supuestos de coacción o error, el tercero que contribuye a materializar esta voluntad no realiza un comportamiento de riesgo prohibido**¹⁶³ porque no vulnera el bien jurídico 'vida'. Como ya precisamos anteriormente, no lesiona el bien jurídico 'patrimonio' quien destruye o dona un bien del que es titular, y tampoco vulnera el bien jurídico 'integridad/salud' quien decide someterse a una intervención quirúrgica, aun si ello ocasiona una alteración o una mella a su integridad física (objeto material del delito).

No estamos hablando aquí únicamente de la sola disposición de la vida como bien jurídico individual, donde no media más que la libertad y autonomía de la persona para decidir sobre ella, sino del cese de una vida que, a criterio de su titular, es incompatible con su idea de dignidad humana, pues supone prolongar una subsistencia caracterizada por graves sufrimientos generados por una enfermedad que no va a desaparecer en vida, sino empeorar.

g. Principio de laicidad del Estado

La laicidad es un principio constitucional que se encuentra recogido en el primer párrafo del artículo 50 de la Constitución que dispone que "[D]entro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración". Es decir, no desconoce el rol de la Iglesia Católica

¹⁶³ Meini, Iván. Lecciones de Parte General. Fondo Editorial. Fondo Editorial PUCP. P. 326.



en sociedad, pero **destaca que mantiene una relación de “independencia” y “autonomía” respecto a cualquier organización o autoridad religiosa**, incluida esta.

Esto implica, como ha precisado el TC, que el Estado peruano se constituye “como un régimen de emancipación con las confesiones religiosas y, por ende, no se proclama, ni por la forma ni por los hechos, a ninguna religión como oficial; y su actuación política y normativa se desenvuelve en un ámbito de neutralidad en relación a cualquier creencia en lo religioso¹⁶⁴”.

Ello debe interpretarse de conformidad con los artículos 3 y 43 de la Constitución que recogen los principios de Estado de Derecho, Estado Social y Estado democrático. Ello se compone de dos exigencias institucionales: la **regla de separación entre el Estado y las organizaciones religiosas**, por un lado, y por el otro, **la regla de la neutralidad del Estado frente al fenómeno religioso en la formulación de su actuación pública**.

De esta manera, no cabe abordar el contenido del derecho a la vida o el deber de preservarla desde una perspectiva religiosa, pues en un Estado laico estas consideraciones pueden encontrar un obstáculo con los preceptos constitucionales y su concretización ante casos como el de nuestra representada. Por tanto, **los representantes del Estado en general se hallan vinculados únicamente a las fuentes de derecho y a la Constitución** y no pueden imponer una concepción de lo que estiman justo, en base a la concepción de una determinada religión.

El valor intrínseco que subyace al concepto de vida humana, entonces, debe ser leído a través del carácter laico que reconoce nuestra Constitución, es decir, donde su valía no dependa de la sacralidad o alguna divinidad, sino en las condiciones que cada individuo le atribuye a su propia existencia. Para Manuel Atienza, en opinión que comparte con la de Ronald Dworkin, la protección de la vida humana en un Estado laico radica en el sentido que la persona misma decida otorgarle:

¹⁶⁴ STC Exp. 00007-2014-PA/TC, f.j. 11.



“[E]l valor intrínseco de la vida [...] no puede aplicarse a cualquier forma de vida humana y en cualquier condición; [...] una vez que una vida humana ha comenzado, es tremendamente importante que discurra bien, que sea una buena y no una mala vida, una vida exitosa y no una vida desperdiciada. Mucha gente acepta que la vida humana tiene una importancia inherente en este sentido. Ello explica por qué la gente trata no simplemente de que sus vidas sean placenteras, sino de hacer de ellas algo valioso y también por qué parece una tragedia cuando la gente decide, al final de su vida, que no puede sentir ni orgullo ni satisfacción en relación con la manera como ha vivido”¹⁶⁵.

En suma, **la laicidad comprende una desvinculación orgánica, pero también, como dice el TC, un “distanciamiento que el Estado debe mantener frente al discurso doctrinal de las confesiones religiosas.** Se trata de excluir de los ámbitos del Estado los fundamentos, los postulados o los dogmas de una religión. La consecuencia directa de esto es que no se podrán utilizar ellos como criterios para identificar la acción estatal correcta ni para distinguir la justicia de las decisiones de las instituciones públicas”¹⁶⁶.

Con la penalización de la eutanasia, se impone a toda la sociedad, independientemente de los valores de cada persona, aceptar la ética religiosa en la que se sustenta la prohibición de la eutanasia, que concibe el valor absoluto de la vida humana en cuanto creación divina¹⁶⁷. Por el contrario, **si existiera la posibilidad de efectivizar la eutanasia en determinados casos, como es el de nuestra representada, el Estado asumiría una posición alejada de consideraciones religiosas, conforme al principio de laicidad.** En estos supuestos, el respeto a la libertad de pensamiento y religión se garantiza también respecto a los médicos, a los que se les reconoce el derecho a la objeción de conciencia.

Así, el derecho a la objeción de conciencia se presenta frente a circunstancias en las que el dictado de una obligación genera una situación conflictiva con los

¹⁶⁵ Atienza, Manuel. Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho. Madrid: Pasos Perdidos S.L., 2013. P. 145.

¹⁶⁶ STC Exp. 00007-2014-PA/TC, f. j. 19.

¹⁶⁷ En la doctrina católica, ver Conferencia Episcopal Española, Comité para la Defensa de la Vida. “La eutanasia”: 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos [en línea]. Febrero de 1993. Disponible en <https://www.unav.edu/web/unidad-de-humanidades-y-etica-medica/material-de-bioetica/la-eutanasia-100-cuestiones-y-respuestas>



dictados de la conciencia o de la religión que una persona profesa, motivo por el cual, tras una razonable ponderación de intereses, el objetor puede eximirse de cumplir tal obligación en ejercicio de este derecho. Así, el TC ha señalado que este es parte del derecho a la libertad de conciencia. En sus palabras, **“no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia**, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia¹⁶⁸”.

En este caso, si un profesional médico es designado para integrar el la Junta Médica solicitada a efectos de garantizar el procedimiento médico de la eutanasia, en virtud del reconocimiento de los derechos fundamentales de la Sra. Ana Estrada Ugarte, este tiene garantizado el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia si de ello se deriva una situación irreconciliable con sus convicciones religiosas o personales. En estos casos, **es obligación del Estado asegurar que la decisión de nuestra representada se lleve a cabo, por ende**, deberá buscar otro profesional de la especialidad en su reemplazo que pueda efectuar el procedimiento requerido. Las implicancias éticas que podrían suscitarse podrían superarse con una cláusula de objeción de conciencia en la regulación del procedimiento que permita al profesional médico eximirse de su obligación.

POR TANTO:

A usted, señor/a juez/a del Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima solicito admitir a trámite la presente demanda y, en su momento, declararla fundada por haberse lesionado los derechos fundamentales a la muerte en condiciones dignas, a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y estar frente a una amenaza cierta e inminente al derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Delego representación

De acuerdo con los artículos 74, 75 y 80 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso constitucional, otorgo representación

¹⁶⁸ STC Exp. 00895-2001-AA, f. j. 6.



procesal al abogado Adjunto para los Derechos Humanos y Personas con Discapacidad (e), con efectos generales de representación, Percy Cecilio Castillo Torres, con DNI N° [REDACTED] y registro CAL N° 33374; al abogado, Adjunto en Asuntos Constitucionales (e), con efectos generales de representación, Magno Abraham García Chávarri, con DNI N° [REDACTED] y registro CAL N° 44520; a la abogada con efectos generales de representación, Josefina Miró Quesada, con DNI N° [REDACTED] y registro CAC N° 11205, y, al abogado con efectos generales de representación Nestor Loyola Rios, con DNI N° [REDACTED] y registro CALL N° 8865. Todos ellos con domicilio procesal en nuestra sede institucional ubicada en Jr. Ucayali 394 – 398, Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima, a fin de que intervengan indistintamente en la realización de los actos procesales previstos por ley.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Solicito uso de la palabra para defensa técnica

En observancia del artículo 53 del Código Procesal Constitucional, solicito a su despacho se sirva a programar fecha y hora de audiencia con la finalidad de sustentar oralmente los principales argumentos de nuestra demanda, en este caso que reviste de relevancia constitucional para la defensa de los derechos fundamentales de la Sra. Estrada y el fortalecimiento de un Estado Constitucional de Derecho.

TERCERO OTROSÍ DIGO: Solicito uso de la palabra para informar sobre hechos

De conformidad con los artículos 131 y 132 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicables en lo pertinente de forma supletoria a este proceso de amparo, solicito se conceda el uso de la palabra a la Sra. Ana Estrada Ugarte, identificada con [REDACTED], para que realice un informe de hechos en la audiencia convocada. Para efectos de ello, a fin de minimizar los esfuerzos físicos de nuestra representada en el traslado a audiencia, se solicita dictar los recursos de soporte informático pertinentes para facilitar su intervención oral, pudiendo ser una opción el uso de videoconferencia.

CUARTO OTROSÍ DIGO: Adjunto anexos

Cumplo con adjuntar copia simple de los siguientes anexos:



ANEXO 01-A: Copia de Historia Clínica en CD.

ANEXO 01-B: Copia del Acta Notarial de Constatación de Hechos y Referencia de la Sra. Ana Estrada Ugarte y la psicóloga Ruth Kristal Mitastein de Burstein.

ANEXO 01-C: Copia de la solicitud de acceso al historial clínico presentada por la Defensoría del Pueblo y el Consentimiento Escrito firmado por la Sra. Ana Estrada.

ANEXO 01-D: Copia del Informe Médico del Dr. Gianella.

ANEXO 01-E: Video de la Defensoría del Pueblo sobre condición de Ana Estrada – En CD.

ANEXO 01-F: Constancia de la Psicóloga Ruth Kristal de Burstein sobre estado mental de la Sra. Ana Estrada Ugarte.

ANEXO 01-G: Constancia por Viaje de Salud del Dr. Armando Rojo Mejía, médico reumatólogo, del año 2004.

ANEXO 01-H: Documentos del National Institute of Health, Bethesda, Maryland, Estados Unidos.

ANEXO 01-I: Cuadro sobre el resumen de los derechos fundamentales lesionados y amenazados con el delito de homicidio piadoso.

ANEXO 01-J: Curriculum Vitae del médico cirujano, especialista intensivista y neumólogo, Dr. Gonzalo Ernesto Gianella Malca.

ANEXO 01-K: Carta de Aceptación de Terapia Respiratoria a Domicilio de EsSalud firmado por el padre de la Sra. Ana Estrada, el Sr. Flavio Estrada Narro con [REDACTED]

ANEXO 01-L: Copia de la Resolución Legislativa del Congreso 005-2016-2017-CR, que designa como Defensor del Pueblo al Dr. Walter Francisco Gutiérrez Camacho.



ANEXO 01-M: Copia del DNI del señor Defensor del Pueblo, Dr. Walter Francisco Gutiérrez Camacho.

ANEXO 01-N: Copia del DNI de la Sra. Ana Estrada Ugarte.

ANEXO 01-O: Copia de la Resolución Administrativa 033-2017/DP que designa al Adjunto en Derechos Humanos y Personas con Discapacidad (e) de la Defensoría del Pueblo, Percy Cecilio Castillo Torres.

ANEXO 01-P: Copia del DNI del Adjunto en Derechos Humanos y Personas con Discapacidad (e) de la Defensoría del Pueblo, Percy Cecilio Castillo Torres.

ANEXO 01-Q: Copia del Registro CAL del Adjunto en Derechos Humanos y Personas con Discapacidad (e) de la Defensoría del Pueblo, Percy Cecilio Castillo Torres.

ANEXO 01-R: Copia de la Resolución Administrativa 017-2018/DP, que designa al Adjunto en Asuntos Constitucionales (e) de la Defensoría del Pueblo, Magno Abraham García Chávarri.

ANEXO 01-S: Copia del DNI del Adjunto en Asuntos Constitucionales (e) de la Defensoría del Pueblo, Magno Abraham García Chávarri.

ANEXO 01-T: Copia del Registro CAL del Adjunto en Asuntos Constitucionales (e) de la Defensoría del Pueblo, Magno Abraham García Chávarri.

ANEXO 01-U: Copia del DNI de la abogada Josefina Miró Quesada.

ANEXO 01-V: Copia del registro CAC de la abogada Josefina Miró Quesada.

ANEXO 01-W: Copia del DNI del abogado Nestor Loyola Rios.

ANEXO 01-Y: Copia del registro CALL del abogado Nestor Loyola Rios.

Lima, 31 de enero, 2020



Walter Gutiérrez Camacho

Defensor del Pueblo
Registro CAL 16969

M. Abraham García Chávarri

Adjunto en Asuntos Constitucionales (e)
Registro CAL 44520

Percy C. Castillo Torres

Adjunto en Derechos Humanos y Personas con Discapacidad (e)
Registro CAL 33374