



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Lima, veintidós de julio
de dos mil veintidós.

VISTA; la presente causa en discordia, con los señores Jueces Supremos Calderón Puertas – Presidente, Yaya Zumaeta, Quispe Salsavilca, Cárdenas Salcedo, Yalán Leal, Bustamante Zegarra y Ruidias Farfán; **adhiriéndose** el señor Ruidias Farfán, mediante voto de fecha tres de junio de dos mil veintidós, obrante de fojas quinientos veintiocho a quinientos cincuenta y ocho del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema, al voto de los señores Jueces Supremos Quispe Salsavilca, Yalán Leal y Bustamante Zegarra, obrante de fojas trescientos treinta a trescientos noventa y uno del mismo cuaderno; que **aprueba en parte la sentencia consultada**, contenida en la resolución número seis, de fojas cuatrocientos cincuenta y tres, aclarada mediante resolución número siete, de fojas quinientos treinta y uno.

Y, la **discordia parcial** en la fecha, **adhiriéndose** el señor Calderón Puertas, al voto de los señores Jueces Supremos, Yalán Leal, Bustamante Zegarra, obrante de fojas trescientos treinta a trescientos noventa y uno del referido cuaderno, y al voto del señor Juez Supremo Ruidias Farfán, obrante de fojas quinientos veintiocho a quinientos cincuenta y ocho del cuaderno de consulta, que **aprueba el protocolo de actuación** indicado por el ponente de la presente causa; y, **CONSIDERANDO**:

I. OBJETO DE LA CONSULTA:

Es objeto de consulta la sentencia emitida por el Juez del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y tres, aclarada mediante resolución número siete, de fojas quinientos treinta y uno, ambas del expediente principal, *en el extremo* que, aplicando el control constitucional difuso, **inaplica** al caso concreto el artículo 112 del Código Penal vigente y dispone que los miembros del personal médico, como los sujetos activos, no podrán ser procesados penal ni administrativamente, ni ser sancionados en institución alguna, pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela de muerte digna.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

II. REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO:

Como antecedentes del proceso, se tiene que:

2.1. Demanda.

Con fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte, a folios cincuenta y siete, la Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor del Pueblo, Walter Francisco Gutiérrez Camacho, interpuso demanda constitucional de amparo contra norma legal (inaplicación del artículo 112 del Código Penal al caso concreto), dirigiendo su acción contra el Seguro Social de Salud (EsSalud), el Ministerio de Salud (Minsa) y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus); considerando como derechos vulnerados: el derecho a la muerte en condiciones dignas, derecho a la dignidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida digna y el derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos.

Sostiene como pretensiones:

a) Se declare inaplicable el artículo 112 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de la ciudadana **Ana Milagros Estrada Ugarte (en adelante Ana Estrada)** diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis, con la finalidad de que pueda elegir, sin que los 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, su existencia sea incompatible con su dignidad.

b) Se declare inaplicable el artículo 112 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, por considerar que los efectos desplegados por dicha norma constituyen una lesión al derecho fundamental de Ana Estrada a la muerte en condiciones dignas, así como, a sus derechos fundamentales referidas a la dignidad, vida digna, libre desarrollo de la personalidad y, amenaza cierta a no sufrir tratos crueles e inhumanos.

c) Se ordene a consecuencia de lo anterior a EsSalud, como entidad encargada de la gestión de las prestaciones de salud de Ana Estrada: (i)



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

respetar la decisión de su representada de poner fin a su vida a través del procedimiento médico de eutanasia, en virtud del reconocimiento a su derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas; (ii) conformar de manera inmediata una Junta Médica Interdisciplinaria que deberá iniciar sus funciones dentro de los siete 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; (iii) brindar todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas a través del procedimiento de eutanasia.

d) Como consecuencia de lo anterior, se ordene al Ministerio de Salud, en tanto ente rector del sector salud: (i) respetar la decisión de Ana Estrada de poner fin a su vida, a través del procedimiento técnico de la eutanasia; (ii) validar en el plazo de siete 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 Ana Estrada.

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

Sostiene como argumentos: que pretende proteger los derechos fundamentales lesionados y amenazados de Ana Estrada, quien padece de polimiositis, enfermedad incurable, degenerativa, en etapa avanzada; que deteriora progresivamente sus capacidades motoras y la ha mantenido en un estado de dependencia alta en los últimos doce meses. En teoría, el sistema inmunológico, encargado de defender el organismo humano, rechaza y ataca sus propios músculos, lo que termina dañándolos. Por ello, se le aplican medicamentos inmunosupresores. Hasta la fecha, su organismo no ha respondido positivamente a los diversos tratamientos. El pronóstico de su enfermedad es negativo. Ana Estrada busca que se reconozca, proteja y garantice los derechos que están siendo lesionados con la prohibición penal, precisa que no se trata de buscar la muerte a como dé lugar, sino de decidir



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

sobre el fin de la vida, como resultado del ejercicio de un derecho y, por ende, de una decisión libre, informada y legítima en un Estado Social y Democrático de Derecho.

2.2. Contestación del Procurador Público del Ministerio de Salud.

Mediante escrito de fecha veinte de julio de dos mil veinte, de folios ciento cincuenta y cuatro, la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud contesta la demanda, solicitando se declare improcedente; señaló como argumentos, que el numeral 1), del artículo 2, de la Constitución Política del Estado, establece el derecho a la vida, su identidad, integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar y, a su vez, el artículo 1 dispone que el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El Código Penal, en su artículo 112, regula el homicidio piadoso, sancionando con pena privativa de libertad no mayor a tres años. Así, Ana Estrada, dado su grave estado de salud, solicita la aplicación de la eutanasia, siendo que, para su caso, solicita que este acto sea llevado a cabo por un médico, lo que no está permitido, pues conforme a la disposición antes referida: *“El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”*.

La polimiositis resulta ser una enfermedad incurable, conforme lo refieren los médicos y expertos consignados en la demanda; sin embargo, pese a no ser una enfermedad que esté en fase terminal (no hay evidencia que dicha enfermedad esté en esa etapa) es una enfermedad cuyas características en el caso concreto, no encajarían de manera puntual en el artículo 112 del Código Penal antes referido, pues nos habla de intolerables dolores.

La demandante solicita un procedimiento a seguir, en caso se declare fundada la inaplicación del artículo 112 del Código Penal. Sin embargo, el Minsa no está facultada a realizar tales procedimientos, en tanto que, el literal a), del artículo 5, del Decreto Legislativo 1161, el Ministerio de Salud es el órgano rector de la política de salud a nivel nacional, y como tal *está facultado a formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

nacional (...) aplicable a todos los niveles de gobierno; siempre que esta no transgreda la normatividad vigente. Nótese, además, que Ana Estrada es una paciente atendida por EsSalud; entidad que finalmente, de ser el caso, le correspondería la conformación de la Junta Médica, la elaboración del protocolo y, demás, para su ejecución. El Ministerio de Salud, como órgano rector de la política de salud a nivel nacional, no puede dictar normas, ni aprobar, ni validar procedimientos de una Junta Médica, para un caso particular, porque ello no forma parte de la política de salud que es de carácter general a nivel nacional.

2.3. Contestación del Procurador Público del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Señaló como argumentos que no existe una regulación nacional sobre la eutanasia y la recurrente pretende que la sentencia sea por sí misma un protocolo médico y se regule el procedimiento administrativo, de modo tal que el Juez Constitucional se convierta en órgano legislador, lo que contraviene nuestro sistema democrático. Fundamenta que el Amparo no es un proceso para constituir derechos. El Juez no legisla, ello afecta el principio de corrección funcional, como límite de la interpretación de los derechos fundamentales que supone que el Juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales. Consideran que, si no existe un marco legal, no es posible que el Juez resuelva en el sentido que se solicita.

2.4. Contestación del Seguro Social de Salud.

Por escrito de fecha veintiuno de octubre de dos mil veinte, de folios doscientos treinta y uno, la apoderada judicial del Seguro Social de Salud contestó la demanda; señaló como argumentos que de acuerdo al artículo 1 de la Ley 27056, la finalidad de EsSalud consiste en brindar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como, otros seguros de riesgos humanos; que en el artículo 39 de la Ley 29158, Ley Orgánica del



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Poder Ejecutivo, se establece que EsSalud constituye una entidad administradora de fondos intangibles de la seguridad social, distinguiéndola así de las entidades que realizan actividad empresarial, esto es, de las empresas del Estado. EsSalud, como entidad pública del Gobierno Nacional, se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad.

En esa línea, la sola despenalización de la responsabilidad penal de la persona quien por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente, para poner fin a sus intolerables dolores, no sostiene ni justifica la emisión de directivas y/o protocolos por parte de EsSalud, ya que necesita de una norma que expresamente desarrolle la figura de la eutanasia como parte de nuestro ordenamiento jurídico. EsSalud, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe), dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultado en forma expresa; y no cuenta con norma que la habilite a brindar asistencia para finalizar la vida de una persona, cuando su norma de creación dispone todo lo contrario.

Sostiene que no existe una guía ni norma técnica que recoja la figura de la eutanasia. No existen estudios oficiales en los que se haya identificado los criterios clínicos que definan la procedencia del procedimiento, los pronósticos de los tipos de enfermedades que pueden ser sujeto a este tipo de prácticas, las inclusiones y las exclusiones médicas, los tipos de medicamentos a utilizar que garanticen que el procedimiento de la eutanasia sea corto y certero, el procedimiento para la expresión indubitable de la aceptación voluntaria del profesional médico que aplicará el fármaco con el que le quitará la vida a otra persona.

En ese sentido, al no existir una norma que expresamente reconozca a la eutanasia, no se han desarrollado procedimientos médicos en los que se establezca el protocolo de acción del personal médico. La creación e implementación de un procedimiento médico se sujeta a los lineamientos del ente rector (Minsa) y, estas a su vez, a las políticas nacionales, por lo que



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

EsSalud no puede aprobar procedimientos, juntas médicas ni normas de salud. La sola despenalización es insuficiente. Se pretende que el Juez Constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y, con ello, vulnerando el principio de separación de poderes.

2.5. Amicus Curiae.

2.5.1. Sociedad de Cuidados Paliativos

Se ha apersonado al proceso la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, solicitando incorporarse en calidad de *Amicus Curiae*; señala que existen situaciones en las que en el intento de salvar la vida y salud de las personas se puede caer en situaciones de encarnizamiento o ensañamiento terapéutico, por lo que es preciso tener presente la proporcionalidad entre la eficacia del tratamiento y el sufrimiento del paciente, así como, del consentimiento informado de éste. El consentimiento, debe ser en principio consciente y expreso, incluso mediante expresión de voluntad anticipada, empero, pueden darse situaciones en las que el paciente no pudo o no está en situación de otorgar su expresión de voluntad, como las situaciones de emergencia, en las que se toma la voluntad de los familiares o, en todo caso, se considera la expresión de la voluntad tácita, considerando que toda persona tiene la voluntad de conservar su vida, siendo el médico que aplica el tratamiento, con criterios de proporcionalidad; existiendo por ello el concepto de adecuación del esfuerzo terapéutico.

Los cuidados paliativos (CP) se plantean como una forma de atención integral, holística de personas con enfermedades severas que limitan o acortan sus vidas, que busca tener impacto sobre la calidad de vida y el alivio del sufrimiento, y que reconocen a la muerte como un proceso natural. Además, “(...) *Son fundamentales para mejorar la calidad de vida y el bienestar de las personas, aumentar su alivio y reforzar su dignidad humana (...)*”. Los cuidados paliativos comprenden los siguientes aspectos: - Políticas apropiadas; - Disponibilidad y acceso a medicamentos esenciales para dolor y CP; - Educación para profesionales de salud y público en general; - Implementación de CP en todos los niveles de atención. Los cuidados



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

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

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

2.5.2. Clínica Jurídica en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Clínica Jurídica en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha sido presentada también por la propia demandante como *Amicus Curiae*, con un informe en favor de la beneficiaria. Sostiene que el Estado, para llevar a cabo la persecución penal, tiene como límite las disposiciones constitucionales. La dignidad humana, conforme a la teoría kantiana prohíbe al Estado a instrumentalizar a las personas, y le obliga a tratarlas como fines, mas no como medios. La autodeterminación de la persona humana es así el límite principal. Esta debe ser entendida como la libertad y capacidad de las personas para tomar decisiones sobre sí mismas, lo que, consecuentemente, implica aceptar o rechazar determinadas situaciones o intervenciones que pueden incidir en sus derechos y libertades.

Para la validez del consentimiento informado es preciso el carácter previo, que sea libre, sin coacción y sea de carácter pleno e informado. Sobre la disponibilidad del bien jurídico: vida, sostiene que, existe una tesis que sostiene que el Estado debe proteger la vida, aún en contra de la voluntad de su titular, de acuerdo con esta tesis, prevalece la voluntad del Estado, que el derecho a la vida no implicaría un derecho a morir. Sostiene que uno de los



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

hitos de la tesis de la autodeterminación y disposición del bien jurídico: vida, se da en la Sentencia española 120/1990, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos noventa, que se pronuncia sobre el caso de la huelga de hambre en el Centro Penitenciario Soria de Madrid. Aduce que el presunto bien jurídico protegido en el artículo 112 del Código Penal debe ser analizando a partir de lo que el Tribunal Constitucional considera como que, el bien jurídico constituye un mecanismo de limitación, así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal.

Este Colegiado Supremo, respecto a los *amicus curiae*, debe precisar que si bien es cierto no son parte en el proceso y tampoco pueden presentar recursos o interponer medios impugnatorios; sin embargo, sí están facultados para ilustrar al juzgador en forma escrita u oralmente sobre su opinión jurídica respecto a una materia compleja, como la debatida en esta causa.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al sostener que, bajo la figura del *amicus curiae*, puede intervenir cualquier persona, entidad pública o privada, nacional o internacional, a efectos de ofrecer aportes técnicos o científicos especializados sobre la materia objeto de la controversia constitucional (Fundamento 10 del auto 0025-2013-PI/TC y otros de fecha 17 de noviembre de 2014)¹.

2.6. Sentencia de Primera Instancia.

El Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia contenida en la resolución número seis, de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, de folios cuatrocientos cincuenta y tres; **aclarada** mediante resolución número siete, de fecha ocho de marzo de dos mil veintiuno, de folios quinientos treinta y uno, resolvió declarar **fundada en parte la demanda**, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos; en consecuencia, se inaplique el artículo 112 del Código Penal vigente, para el caso de Ana Estrada; y dispone que los miembros del personal médico, como los sujetos activos, no podrán ser

¹ TRIBUNALCONSTITUCIONAL: Expediente 0013-2021-PI/TC.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

procesados penal ni administrativamente, ni ser sancionados en institución alguna, pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela de muerte digna, siempre que los actos se practiquen de manera institucional y sujeta al control de legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique, en tanto ella, no pueda hacerlo por sí misma.

Sostiene, el Juez de la causa, que el derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Considera que la dignidad es inherente a la persona humana, aun cuando esté afectada en ese punto, su propia autopercepción.

En referencia a la dignidad de las personas con discapacidad y dignidad como concepto de interpretación no pacífica; sostiene que es necesaria esta reflexión, en tanto el concepto de dignidad ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado, por lo que, se debe exponer la idea sobre este concepto a fin de determinar, a partir de ello, lo que se considera como una vida o una muerte digna a partir del texto constitucional y considerar que la dignidad tiene como fundamento la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que se conoce como expresión de voluntad, que implica la capacidad de razonar.

Así, la razón es instrumento de referencia fundamental, pero no es *solo* la razón el elemento que configura la dignidad. En efecto, hace falta un mínimo de razón para hacer efectivo un derecho por uno mismo. La razón, es la base para hacer uso efectivo de la libertad. No es posible elegir (uso de la libertad), si no se distingue entre las alternativas a elegir. Sin embargo, la Justicia no puede tener como única base la capacidad de razonar o de negociar. Ana Estrada, para el sistema jurídico y para la sociedad, es una persona que goza del derecho a la dignidad. Precisamente, en uso de su libertad de elegir, de exigir tutela jurídica y de decidir es que se admite su participación en esta causa, interpuesta por la Defensoría del Pueblo en su beneficio. Seguirá siendo digna si, eventualmente, no puede expresar su voluntad y lo seguirá siendo si también pierde el uso de su razón.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Sobre los apoyos y salvaguardias como expresión de la razón; refiere que la idea de que la razón es la referencia de la dignidad, y ello se reafirma de manera fáctica en el hecho de que Ana Estrada ha otorgado una escritura pública, designando voluntariamente apoyos y salvaguardias (dieciocho de diciembre de dos mil veinte), cuando está vigente y lúcido su razonamiento, que así lo ha determinado la Notaría, para que se obre conforme a su voluntad, cuando no pueda expresarla o cuando haya perdido sus facultades de raciocinio, precisando sus decisiones sobre sus bienes, sus actos jurídicos, su salud e, inclusive, su vida.

Sobre el ser humano como acto de libertad; sostiene que el individuo es propietario de su libertad, pero nada lo hará menos libre que la pérdida de razón y consecuentemente, de su conciencia, respecto de esa libertad. La vida digna es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella, que nos reconoce el derecho y la sociedad y aquella que percibimos cada uno de nosotros, sobre nuestra propia persona.

En torno al dolor refiere que el sufrimiento físico o psicológico puede generar un dolor trascendente, esto es, que afecte a la condición humana misma, a la dignidad. Frente a ello es un derecho el no sufrir ese dolor, sea por causa de un tercero, del Estado, de una situación estructural o de su salud. Si bien la salud es también un concepto no pacífico y discutible, todo ser humano, percibe que la falta de salud es la puerta que se abre a la muerte.

Sobre el homicidio piadoso, señala que se ha solicitado la inaplicación del artículo 112 del Código Penal, que se trata de una norma autoaplicativa, no requiere acto adicional o reglamento que viabilice su aplicación. En caso una persona, especialmente un médico (responsable de su cuidado) realice tal acto, será pasible de procesamiento y sanción de oficio. Es preciso tener en cuenta que no se trata de un caso consumado, más bien, se solicita su inaplicación para el caso futuro, pero factible, de lo que considera el cumplimiento de su derecho a la muerte digna.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

En referencia a la idoneidad, refiere que este subprincipio, exige que la restricción o medida tomada sea la más idónea para lograr el fin perseguido. El bien jurídico protegido en este delito es la vida humana si bien este bien jurídico es de capital importancia en nuestro sistema jurídico, desde la Constitución, debió ponderarse que la dignidad estaba también en ese nivel y analizando su ubicación, la dignidad está antes que el bien jurídico, vida; sin embargo, la solicitud del bien jurídico vida, debe ser analizado con un criterio de proporcionalidad, puesto que no toda petición de ayuda al suicidio puede ser razonable, ni toda ayuda a esa petición puede ser impune.

Sobre el subprincipio de necesidad, considerando el bien jurídico vida, debe pensarse que el Estado tiene varias formas de intervención, además, de la legislación penal, esto es, en qué otra vía puede ser más razonable o menos perjudicial, su regulación, como ocurre en otros países, donde al suicidio asistido es legal, siempre que su ejecución se haga bajo mecanismos y garantías del propio Estado. El Estado, en efecto, tiene la obligación de proteger la vida de la persona, incluso contra la voluntad de su titular.

Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; manifiesta que la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser protegido y promovido por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero no podría ser promovida, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

III. CRITERIOS GENERALES Y ANTECEDENTES SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

PRIMERO: El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta en esta causa; en consecuencia, es necesario tener presente que tanto la doctrina como la legislación comparada y nacional, reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: el Control Difuso y el Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente en cada país.

SEGUNDO: El artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución Política del Perú, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo, de modo tal, que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

TERCERO: Por su parte, el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, promulgado mediante ley N° 31307, en forma textual, establece que *“cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*.

Al respecto, el Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera², precisa que: *“la supremacía de la Constitución, uno de los fines esenciales de los procesos*

² ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA, Eloy: “Código Procesal Constitucional Comentado, Homenaje a Domingo García Belaunde”, Editorial Pacifico, Cuarta Edición, pag. 87, Lima, 2018.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

constitucionales, parte de reconocer que toda Constitución es, entre otras cosas, parámetros de validez formal (procedimientos sobre cómo generar derecho) y de validez material (contenidos de dicho derecho) del ordenamiento jurídico de cualquier Estado y que, por ende, no pueden haber conceptos o procedimientos que pudiesen ser considerados conformes a derecho si no se adecuan a lo que la norma constitucional tiene previsto al respecto”.

CUARTO: El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que: *“cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquiera clase de procesos o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema”.*

QUINTO: Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen normas legales por ser incompatibles con la Constitución. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N.º 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido que: *“6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: **a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*³.

La disposición bajo comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. Es así, que el control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según el tratadista Edgar Carpio, *no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etcétera*⁴.

SEXTO: Asimismo, esta Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente, con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, ha emitido pronunciamiento en la **Consulta N.º 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que el fundamento de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: “**2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, que no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.**” Y en el fundamento 2.5. ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “**i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...) iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre**

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N.º 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N.º 28301.

⁴ CARPIO MARCOS, Edgar: “Control Difuso e Interpretación Constitucional”, Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre 2004, p.29.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

disposición y norma;(...). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)”.

SÉTIMO: De otro lado, también esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce, en la **Consulta N.º 17151-2013 – LIMA** - cuarto considerando - indicó que: *“(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, que todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el ‘iter legislativo’, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental”*.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

OCTAVO: ELEVACIÓN EN CONSULTA.

El presente caso constitucional de amparo, iniciado por el Defensor del Pueblo, Dr. Walter Francisco Gutiérrez Camacho, ha sido elevado a esta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente únicamente en Consulta, al haberse inaplicado el artículo 112 del Código Penal en la sentencia emitida por el Juez Constitucional de Primera Instancia y no haber



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

sido impugnada por ninguna de las partes, conforme lo previsto por el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

NOVENO: NORMA INAPLICADA.

La norma inaplicada por el Juez Constitucional es el artículo 112 del Código Penal, cuyo texto precisa que:

“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”.

Sobre la norma acotada, debemos destacar que se encuentra contenida en el Libro Segundo, Parte Especial, bajo el Título de Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud del Código Penal vigente, con la denominación de Homicidio Piadoso, Homicidio a Ruego u Homicidio a Petición; en consecuencia, en principio, lo que protege este artículo es el derecho a la vida de las personas y se encuentra en una ubicación privilegiada del Código Penal porque el Codificador ha querido ser consecuente, con el artículo primero de la Constitución que establece como fin supremo del Estado y de la sociedad, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Al respecto, el Dr. Francisco Chirinos Soto⁵, citando al maestro Jiménez de Asúa, indica que los llamados homicidios por piedad o por compasión, homicidio altruista o crímenes caritativos tienen su base en la eutanasia, **vocablo que compuso Francisco Bacon que significa “muerte buena”.**

Del análisis de la norma, podemos concluir que el sujeto activo, puede ser cualquier persona, no necesariamente un profesional de la salud o un familiar; el sujeto pasivo necesariamente tiene que ser una persona que padezca una enfermedad incurable, que esté sufriendo intolerables dolores, pero que se encuentre consciente para poder expresar su voluntad; asimismo, es imposible la comisión de este delito por culpa, porque se requiere que el sujeto activo actúe con el propósito deliberado de poner fin a la vida del sujeto pasivo, pero impulsado por un sentimiento de piedad, compasión o

⁵ CHIRINOS SOTO, Francisco: “Código Penal”, Editorial Rodhas, pág.228, Lima, 2004.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

misericordia que provoca una profunda alteración anímica que lo impulsa a actuar en favor de otra persona.

Como lo sostiene el Tratadista Felipe Villavicencio: *“la piedad en sí misma no fundamenta la menor penalidad, sino se necesita de un componente objetivo fáctico como es el poner fin a intensos dolores o sufrimientos que padece el sujeto pasivo”*.⁶

Asimismo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Causa N° 2507-2015-LIMA referida a un proceso de parricidio, sostuvo que: “Es indudable que la muerte provocada por el hijo de la occisa no fue un acto abyecto, cruel o motivado por un móvil pueril, despreciable o fútil. En el contexto, en el que se produjo la muerte debe asumirse que el sentenciado fue llevado por una actitud desesperada.

El sentenciado es una persona de responsabilidad restringida, no tiene antecedentes penales, nunca mostró actitudes contrarias a la observancia de la norma. Está probado que su madre le pidió expresamente que le pusiese fin a su vida. Ciertamente, esta Suprema Corte no está reconduciendo el tipo penal al de homicidio piadoso, pero no puede soslayar que, en puridad, había un pedido constante y apremiante de parte de la víctima que, en atención a su estado psicológico, le exigía dar fin a sus días. El Legislador de 1991, como sucede en la legislación comparada, atento a las especiales características de un homicidio cometido en este contexto, sin dejar de lado la importancia de la vida como bien jurídico protegido, ha previsto penas conminadas proporcionales a la producción de la muerte en estas condiciones.

En el Código Penal vigente se prevé una pena para el homicidio piadoso de una pena no mayor de tres años de pena privativa de libertad. Ello no significa que el legislador desprecie la vida. Solo 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

⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal, Parte Especial, Volumen I, Editorial Grijley, pág. 281, Lima. 2014.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

atraviesa la víctima, la imposibilidad de una vida digna y sin dolores con posterioridad⁷.

Asimismo, debe tenerse presente que, la medida adoptada por el Juez Constitucional involucra la existencia de un protocolo que vincula la participación directa de un médico así como la conformación de una Comisión Médica Interdisciplinaria; en consecuencia, debe precisarse que la inaplicación del artículo 112 del Código Penal no corresponde a la integridad de dicho dispositivo legal, sino que se limita a la parte del mencionado dispositivo cuando comprende dentro de su supuesto de hecho a la actuación de los médicos conforme a un procedimiento reglado establecido previamente.

DÉCIMO: FUNDAMENTACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL DE PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia materia de consulta se sustenta en que la norma inaplicada, artículo 112 del Código Penal, no ha sido atacada de inconstitucional, es una norma vigente y de naturaleza autoaplicativa porque no requiere de reglamentación ni remisión alguna para su aplicación en un caso concreto; asimismo desarrolla el principio de inexcusabilidad, previsto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución, por el cual, el Juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; en cuanto a la interpretación de la norma, sostiene que en esta labor el Juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, razón por la cual, analiza el principio de corrección funcional, concluyendo que los Jueces tienen la facultad de actuar como legislador negativo en forma excepcional cuando aplican el control difuso o la inconstitucionalidad de normas reglamentarias; que no existe activismo judicial cuando el debate o cuestionamiento de una norma legal se hace en estricto cumplimiento de la Constitución o cuando la inaplicación de una norma se hace por estricta necesidad del cumplimiento

⁷ SENTENCIA CAUSA 2507-2015-LIMA:
<https://lpderecho.pe/parricidio-pena-suspendida-joven-ocasiono-muerte-madre-acabar-dolores-r-n-2507-2015-lima/>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

de la propia sentencia o cuando, por algún extremo de su interpretación, debe establecerse un procedimiento, protocolo o criterios para su cumplimiento.

Asimismo, identificando los derechos fundamentales involucrados afirma, que la libertad, consagrada en nuestra Constitución, es inherente al ser humano y la libertad significa la autonomía de tomar decisiones, incluso la de vivir; en consecuencia, vivir no es un deber, ser libre si lo es y por eso, una persona puede proyectar su vida y también su muerte. La libertad, empero, también puede ser limitada, de hecho, el ser humano se limita en su libertad para no hacer daño a otros; el Estado es un límite a la libertad, pero es también garante de ella. Al ser límite y garante, es posible que legisle o decida mediante actos concretos esos límites y estos son excepcionales.

De otro lado, también se invoca el concepto de dignidad, el mismo que ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado; es así que la dignidad tiene como fundamento la libertad de la persona de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida e implica la capacidad de razonar, aunque también presenta excepciones. Por tanto, el individuo es propietario de su libertad, pero nada lo hará menos libre que la pérdida de razón y consecuentemente, de su conciencia, respecto de esa libertad; en consecuencia, la vida digna es aquella que tiene un sentido mutuo, aquella que nos reconoce el derecho y la sociedad y aquella que percibimos cada uno de nosotros.

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

Por último, luego de analizar el tipo penal de homicidio piadoso y desarrollar el test de proporcionalidad, concluye que la demanda debe ser declarada fundada en parte e inaplica el artículo 112 del Código Penal.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

DÉCIMO PRIMERO: TIPO PENAL DEL HOMICIDIO PIADOSO.

En mérito a lo expuesto y lo que parece del contenido la propia sentencia materia de consulta, se advierte que el Juez Constitucional considera que el artículo 112 del Código Penal, es impreciso en su tipo penal porque resulta contradictorio que el sujeto pasivo tenga que realizar una actividad, eso es, la petición expresa y consciente, lo cual lo convierte en sujeto activo/pasivo; asimismo, sostiene que, además, de la despenalización de este delito, existen también alternativas distintas a la penalización, como sería un buen sistema de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor y por último, concluye, sosteniendo que dicha norma es incompatible con los derechos constitucionales a la dignidad, a la libertad y a no ser víctima de tratos crueles e inhumanos normados en los artículos 1 y 2.24, apartado h), de la Constitución Política, cuyos textos prescriben:

- **“Artículo 1.-** *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*
- **Artículo 2.-** *Toda persona tiene derecho:*
Inciso 24): A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
Apartado h): 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”.

DÉCIMO SEGUNDO: PRESUNCIÓN DE VALIDEZ, LEGITIMIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD.

Ahora bien, consecuente con la Doctrina Jurisprudencial Vinculante establecida por esta Sala Suprema, conforme se ha precisado en el Sexto Considerando, se tiene que empezar el análisis del artículo 112 del Código Penal, bajo la presunción que dicha norma es válida, legítima y constitucional; y en efecto, esta norma forma parte del Código Penal que fue promulgado por el Presidente de la República y el Ministro de Justicia, con fecha tres de abril de mil novecientos noventa y uno, mediante el Decreto Legislativo 635, al haberse delegado por el Congreso de la República la facultad de legislar en dicha materia al Poder Ejecutivo mediante las leyes autoritativas números



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

25280 y 25305, el cual se encuentra previsto en el artículo 104 de la Constitución; en consecuencia, en principio, desde el ámbito formal el artículo 112 del Código Penal es una norma válida y legítima, al haberse seguido el procedimiento establecido en la Carta Magna para su promulgación, posterior publicación y con conocimiento del Congreso de la República al tratarse de una norma delegada al Poder Ejecutivo.

Sin embargo, en un Estado Constitucional de Derecho, la validez de una norma no se reduce al ámbito formal; sino, sobre todo, al ámbito sustantivo o axiológico que permita hacer realidad los valores y principios constitucionales sobre la base de la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, como fines supremos de la sociedad y del Estado⁸, como será desarrollado en los siguientes considerandos para un mejor análisis y entendimiento del caso.

DÉCIMO TERCERO: SOBRE EL PARTICULAR CARÁCTER COMPLEJO DE LA MATERIA ELEVADA EN CONSULTA.

Como aparece de la jurisprudencia anteriormente invocada, toda labor de control difuso es una actividad compleja; y esto es así, aun cuando se trate de una sentencia elevada en consulta en donde lo que viene para conocimiento de esta Sala se limita a ser aprobado o desaprobado, pero particularmente, en la presente causa el contenido material de los derechos en colisión atraviesan un tema central en la axiología del ordenamiento jurídico nacional, que convierte su complejidad en sumamente particular, más aún, en una sociedad como la nuestra donde existe pluriculturalidad, con diversas costumbres y formas de concebir la vida.

En efecto, la eventual aprobación de la sentencia consultada llevaría al reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo “el derecho a la muerte digna”, cierto que limitado a un caso en concreto, pero con el contenido de una *ratio decidendi* que en principio, por igualdad y como potencia e impacto, excede el concepto de derecho mismo, para encontrarse en su axiología ética cultural

⁸ Constitución Política: Art.1º:” La defensa de la persona huma y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

como uno de sus elementos fundamentales en mutación que afecta indirectamente el pacto social, porque de ser reconocido como derecho en una simple decisión individual se consagraría una mutación medular en uno de los tejidos neurálgicos de los valores de nuestra sociedad vigente, razón por la cual, la absolución de la consulta requiere un tratamiento especial, más allá de todo formalismo positivista y más aún, cuando el mínimo ético de una sociedad constitucional plural cuya axiología gira alrededor de los derechos fundamentales, es en este tema particularmente sensible propio de los diálogos inconmensurables, donde cualquiera que sea la solución a la presente causa, fácilmente será susceptible de ser estereotipada, razón por la cual, se requiere de un análisis detallado de la introducción, comprensión y alcance de la decisión y su impacto en nuestra sociedad.

Resáltese entonces que el carácter complejo del asunto es de mayor alcance cuando advertimos que en la dogmática de la Constitución, los derechos fundamentales, no diseñan una axiología unívoca, sino polivalente, donde los derechos constituidos como mínimos dan lugar a su vez a diferentes lecturas desde tradiciones distintas, que para efectos de esta decisión aludiremos agrupadas dentro de concepciones pro derecho a decidir versus concepciones pro derecho a la vida.

DÉCIMO CUARTO: JUICIO DE RELEVANCIA E IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA.

El juicio de relevancia, que comprende el ejercicio del control difuso, significa que el órgano jurisdiccional tendrá que justificar y especificar en qué medida la solución del caso controvertido depende de la validez de la norma que se cuestiona, en cuyo caso no es suficiente que la misma sea aplicable y relevante para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses que se conoce, sino que, además, la judicatura exponga en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del conflicto sometido a su conocimiento.

Teniéndose en cuenta, los hechos expuestos en la demanda y la pretensión solicitada, esto es, que se permita a Ana Estrada decidir, cuando sufra



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

dolores intolerables derivados de la enfermedad que padece, el momento del cese de su vida, sin que los terceros que la acudan, puedan ser procesados penal, civil o administrativamente, resulta obvio, como lo ha desarrollado el Juez Constitucional de Primera Instancia y lo ha resaltado la parte accionante, que la Norma Relevante y la que condiciona la decisión de la controversia es **el artículo 112 del Código Penal**, porque justamente criminaliza el homicidio piadoso, al considerar que la vida humana no es un bien jurídico disponible para su titular y el consentimiento que pueda expresar el mismo, solo se considera un atenuante, pero jamás un eximente de responsabilidad.

DÉCIMO QUINTO: INTERPRETACIÓN.

15.1. Importa que el órgano jurisdiccional, agote todos los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad del artículo 112 del Código Penal; pues de existir alguna interpretación que resulte acorde con el texto de la Constitución, ya no sería necesaria la inaplicación de dicha norma para el caso concreto, conforme lo prescrito por la Segunda disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁹.

Sobre el particular, de la lectura de la sentencia de primera instancia, fluyen las razones por las que el Juez considera que no existe interpretación válida de la norma precitada que permita su compatibilidad con la Constitución, al considerar que vulnera varios derechos fundamentales e imposibilita acceder al derecho a una muerte digna; en consecuencia, esta Sala Suprema, en principio, debe identificar y desarrollar los principios y derechos constitucionales relevantes en esta causa, así como precisar los conceptos o definiciones de las figuras jurídicas involucradas.

15.2. Estado Constitucional de Derecho. La mutación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho ha implicado: *“abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos,*

⁹ LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Ley N°283 01: Segunda Disposición Final “Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo".¹⁰

En este orden de ideas, la fuerza vinculante de la Constitución, acoge los principios de Supremacía Constitucional y de Legalidad; en consecuencia, todos los actos de los órganos del Estado, de los propios ciudadanos e incluso las propias leyes quedan subordinadas al texto constitucional porque este se irradia a todo el ordenamiento jurídico; asimismo, nos encontramos con el principio de División de Poderes, o mejor dicho de Funciones o Facultades, las que tienen que ejercerse dentro de los límites fijados por la Constitución.

La función del Juez en un Estado Constitucional de Derecho tiene un rol relevante, y debe intervenir en un proceso de producción de la norma al resolver un caso concreto, interpretándola con discrecionalidad e independencia, validándola constitucionalmente, para brindar soluciones razonables y justas. Conforme lo señala el tratadista Juan Morales Godo: *"El juez, así, se convierte en un elemento tan preponderante como el legislador en la estructura del poder en un sistema democrático. Ya no es la boca de la ley, como lo ideó Montesquieu, sino que es el que ejerce un contrapeso en el ejercicio del poder de las otras funciones del Estado, a través del control de la constitucionalidad de las leyes, por medio del control difuso, y en el defensor y garante de la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos"*.¹¹

15.3. Principio de Primacía Constitucional. Partimos señalando, que nuestro ordenamiento jurídico nacional, se encuentra jerarquizado en varios niveles, donde la Constitución Política se coloca en la cúspide, constituyéndose por tanto, en la norma de mayor jerarquía, prosiguiendo luego a posicionarse las demás disposiciones que componen el sistema legal peruano, entre ellos, los Decretos Legislativos, que tienen rango de ley; esto es, el principio de Primacía de la Constitución que se encuentra consagrado por el artículo 51 de nuestra Carta Magna.

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: sentencia Exp.N°587-2005-PA/TC.

¹¹ file:///C:/Users/p_judicial/Downloads/2397-Texto%20del%20art%C3%ADculo-9298-1-10-20120419.pdf



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

15.4. Principio de Interdicción a la Arbitrariedad. Además, en un Estado Constitucional de Derecho, como lo ha resaltado el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias¹², no existen zonas exentas de control constitucional; en consecuencia, por el principio de fuerza normativa de la Constitución, ningún poder constituido puede contravenir los mandatos y principios constitucionales y por ello desarrolla el principio de Interdicción a la Arbitrariedad: *“el cual tiene un doble significado: i) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad parece como el reverso de la justicia y el derecho; y ii) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como la carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión”.*

En este orden de ideas, aunque el artículo 112 se trate de una norma que forma parte del Código Penal, el cual persigue concretar los postulados de la moderna política criminal y ser una garantía para la viabilidad posible de un ordenamiento social y democrático de derecho y que desde el ámbito formal se encuentre válidamente expedido, como se tiene dicho; sin embargo, tampoco se encuentra exento del control constitucional, pues podría vulnerar los límites materiales fijados por nuestra Carta Magna.

15.5. Constitución y Derecho Penal. El propio Tribunal Constitucional ha desarrollado la relación existente entre la Constitución y el Derecho Penal, precisando que: *“Este proceso de constitucionalización del Derecho nos permite afirmar hoy en día, sin duda alguna, que las bases del Derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución.*

El Derecho penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Constitución le reconoce a toda persona.

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: sentencias Nros.3194-2004-HC/TC, 0057-2004-AI/TC y 0090-2004-AA/TC.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

El tradicional espacio de libertad que tuvo el legislador penal en el Estado legal para determinar los delitos y las penas, en el Estado Constitucional se ve limitado por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de manera tal, que el legislador penal ya no goza de discrecionalidad absoluta en la configuración de las conductas que pueden resultar punibles y de las penas, sino que, bien entendidas las cosas, aquel solo goza de discrecionalidad relativa.

Según este marco de consideraciones, la tipificación de una conducta como delito y la fijación de la respectiva pena, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a la privación o restricción de la libertad personal u otros derechos fundamentales solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes frente a su lesión o puesta en peligro¹³.

En consecuencia, si el Derecho Penal supone una restricción de derechos fundamentales, con mayor razón se hace imperativa la intervención del Derecho Constitucional para supervisar ello y evitar que se cometan excesos.

15.6. Derecho a la Vida. No es casualidad que nuestra Constitución vigente de 1993, establezca como primer derecho fundamental de las personas el derecho a la vida; esto es así, porque el derecho a la vida es el derecho humano de mayor connotación; pero además, también es un valor esencial que sirve de fundamento ontológico para el goce de todos los demás derechos de las personas; en consecuencia, en principio es inviolable, indisponible y establece el deber del Estado de proteger y garantizar el derecho a la vida, desde su inicio hasta el final de la existencia de una persona, como también lo confirman los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos¹⁴.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: sentencias expediente N°s 019-2005, 0012-2006, 0014-2006 y 00062014-PI/TC.

¹⁴ A) Convención Americana de Derechos Humanos: "Artículo 4 Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...)"

B) Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

C) Convenio Europeo de Derechos Humanos: Artículo 2 Derecho a la vida, inciso 1): "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

En ese orden de ideas todos los derechos fundamentales son irrenunciables, porque son inherentes al ser humano; y en cuanto al derecho a la vida el Estado se encuentra imposibilitado de permitir actos que posibiliten, en forma directa o indirecta, la muerte de las personas; en consecuencia, el Estado para garantizar el derecho fundamental a la vida está en la obligación de legislar al respecto y expedir normas de naturaleza civil, penal y otras que permitan proteger y disuadir de actos que puedan vulnerar o atentar contra dicho derecho, obviamente dentro de los parámetros establecidos en la Constitución.

En efecto, no se puede disponer de la vida de una persona, porque la muerte implica, al mismo tiempo, la extinción de los derechos de dignidad, libertad y libre desarrollo de la personalidad; es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha establecido que el derecho a la vida, consagrado por el artículo 4.1. de la Convención, *es fundamental por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos, pues de no respetarse, todos los demás derechos desaparecen, porque se extingue su titular. En consecuencia, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida, pero no sólo el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna; y por tanto, una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana. Concluyendo que el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria¹⁵.*

ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena". Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. inciso 1). Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; inciso. 2) No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (...)"

¹⁵ CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: Casos Comunidad Indígena Yake AXA contra Paraguay, fundamentos 161 y 162. y caso Villagrán Morales vs Guatemala.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en forma reiterativa, como en el Caso *Pretty versus Reino Unido*, ha sostenido que el «derecho a la vida», garantizado por el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no puede interpretarse como algo que incluye un aspecto negativo, es decir, un derecho diametralmente opuesto, a saber, el derecho a morir; tampoco podría crear un derecho a la autodeterminación, en el sentido de otorgar a cualquier persona el derecho de dar la muerte en lugar de dar vida, ya sea a manos de terceros o con ayuda de una autoridad pública; si bien es cierto, la jurisprudencia del TEDH no es vinculante para nuestro medio; sin embargo, sí resulta ilustrativa pues se pronuncia sobre casos similares al de materia de autos.

De otro lado, en el ámbito de Latinoamérica, podemos mencionar a la Corte Constitucional de Colombia, que en la reciente sentencia C-233/21, del veintidós de julio de dos mil veintiuno, resolvió ampliar los casos en que se puede solicitar la eutanasia, aprobada judicialmente desde mil novecientos noventa y siete para enfermedades terminales y ahora también, para enfermedades no terminales; siendo que en su Fundamento 243 concibió de modo opuesto al Tribunal Europeo, al considerar a la muerte digna como un derecho fundamental autónomo.

La Corte Colombiana añadió entonces que, de conformidad con lo sostenido en la Sentencia C-239/1997, el derecho a morir dignamente es un derecho fundamental autónomo, relacionado con la vida y la autonomía, aunque no se reduce a estos últimos. En los apartados sucesivos, se dirigió a identificar con mayor certeza algunos elementos del contenido del derecho y, en especial, del consentimiento del paciente como condición de acceso, el mismo que tiene que ser libre, informado e inequívoco.

Como se tiene dicho, la vida es la condición de posibilidad de todos los derechos, no hay ningún derecho sin la presencia de un ser viviente, por eso, lo que nuestra Constitución Política y las Cartas Internacionales llaman derecho a la vida no es sino, el derecho a que la vida del ser humano, sujeto



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

de derecho, continúe; por eso el derecho a la vida es en rigor -más allá del contenido literal de nuestra Constitución Política y las Cartas Internacionales- el derecho a sobrevivir.

La vida a diferencia de cualquier derecho subjetivo no es algo que merecemos o no, nadie ha merecido vivir para nacer sino todos hemos iniciado nuestra vida sin merecerlo como un “don” o una “gracia” en términos teológicos o “un absurdo” en términos del existencialismo humanista de Sartre, un misterio que causa asombro más allá de toda creencia o en palabras de Rawls de toda “doctrina comprensiva del bien” que afirme tal hecho, sea como recibimiento de la naturaleza, del Cosmos, o en palabras de la cosmo-visión andina de la “Pachamama”.

No obstante, lo anteriormente expuesto, es decir, que existe un derecho a la vida o a sobrevivir, que no se limita simplemente a existir sino que también se proyecta a vivir con dignidad y que no existe un derecho a la muerte, a dejar de vivir o a morir, también debemos reconocer que ningún derecho es absoluto, incluso el derecho a la vida puede tener excepciones, tan cierto es, que, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran reguladas, la legítima defensa, el aborto terapéutico y la pena de muerte para el delito de traición a la patria en caso de guerra¹⁶.

De otro lado, tampoco existiría el deber o la obligación de vivir, pues si bien es cierto en un Estado de Bienestar, se deben procurar las condiciones necesarias para que todas las personas puedan desarrollarse y vivir en condiciones dignas; sin embargo, también es cierto, que se presentan situaciones de diversa índole que no lo permiten y pueden convertir a la vida en un tormento y algunas personas optan, lamentablemente, en forma libre, voluntaria y consciente, dar por concluida su vida por mano propia, es decir, optan por el suicidio, cuya conducta del sujeto activo, que mantiene el dominio del hecho, resulta atípica y no es posible establecer responsabilidad

¹⁶ Constitución Política del Perú: Artículo 140; “La pena de muerte solo podrá aplicarse por los delitos de traición a la patria en caso de guerra (...)”.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

penal alguna. Por tanto, la vida no es una obligación sino un derecho fundamental de las personas.

15.7. “Morir con Dignidad” o “El Derecho a la Dignidad al Momento de Morir”. El contenido de la sentencia consultada no se limita a inaplicar el artículo 112 del Código Penal, sino que justifica esta inaplicación reconociendo el derecho a la denominada “muerte digna¹⁷”, concebido no como un derecho fundamental autónomo sino como un derecho fundamental derivado¹⁸ de otros derechos como la dignidad, autonomía y libertad; ordena que para hacer viable la satisfacción del mismo se requiere de la actuación del Estado y con ello la creación de un Plan o Protocolo con la conformación de Comisiones Médicas Interdisciplinarias “sin cuya determinación podría hacer que la sentencia resulte inocua, inejecutable e intrascendente en su propio caso”¹⁹.

Por consiguiente, es necesario definir qué se entiende por “muerte digna” lo cual es expresado en la sentencia en consulta con las siguientes palabras: *“La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de la decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero no podría ser promovida, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. El derecho a la dignidad, debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal e irreversible”*.²⁰

Como se puede apreciar, detrás del discurso de la sentencia, identificamos las siguientes premisas que debemos hacerlas expresas: El ejercicio del derecho a la muerte digna se determina en el acto de la muerte determinada

¹⁷ Véase Fundamento 180.

Véase Fundamento 71 de la sentencia consultada.

Véase Fundamento 181 de la sentencia consultada.

¹⁸ Véase Fundamento 180.

¹⁹ Véase Fundamento 71 de la Sentencia consultada.

²⁰ Véase Fundamento 181 de la sentencia consultada.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

por la voluntad autónoma. Sin embargo hay que tener presente que en rigor “muerte digna” es el equivalente a “vida digna” en el momento de culminación del proceso biológico del ser humano, pero este es un proceso degenerativo en vida no un acto instantáneo que da fin, el cual tampoco existe en cuanto tal, por cuanto el proceso de muerte, una vez inyectada una sustancia letal, para que determine el último momento de consciencia biológica, no es nunca inmediato y dura un espacio de tiempo que sobrepasa incluso el momento de la declaración de la muerte clínica²¹.

En ese sentido mientras el acto que la sentencia denomina “muerte digna”, es concebida implícitamente como acto instantáneo; su justificación excede el empleo de la medida solicitada y merece ser analizada en detalle, en el horizonte que abordaremos al tocar el tema del Consentimiento Informado y los Cuidados Paliativos. ii) La concepción de la “muerte digna” se convierte en la base argumentativa para declarar fundada en parte la demanda; sin embargo, es posible explorar otra argumentación referida al **“Morir con Dignidad”** o **“el Derecho a la Dignidad al Momento de Morir”**, si concluimos, como se dijo anteriormente, que no hay derecho a la muerte y que la muerte forma parte de la vida; en consecuencia, el derecho a la vida digna se mantiene desde el inicio hasta el momento de la extinción biológica de la vida.

Es así, que la expresión muerte digna convierte en sustantivo a la muerte y adjetivo la dignidad. Sin embargo, la palabra dignidad está concebida en nuestra constitución y en las Cartas Internacionales como una cualidad intrínseca del ser humano, no un adjetivo predicable de un derecho específico sino una cualidad inherente a todo ser humano que de por sí exige respeto y se constituye en el fin supremo de la sociedad y del Estado. Este uso de la misma raíz lingüística transmutada de adjetivo esencial del sustantivo ser humano a adjetivo del sustantivo muerte convertida en núcleo del predicado sintáctico expresa otro sentido de significación, distinto al

²¹ MOODY, Raymond: “Experiencias cercanas a la Muerte”, expresión acuñada por el indicado psicólogo estadounidense en 1975.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

establecido en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha establecido que: *“Desde luego que la consideración de derechos no enumerados debe distinguirse de los "contenidos implícitos" de los "derechos viejos". En ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente. Es lo que sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración de contenido implícito del derecho al debido proceso.*

Ese es también el caso de aquellos "contenidos nuevos" de un "derecho escrito". Y es que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional. Nuestra Constitución Política recoge en su artículo 3° una "enumeración abierta" de derechos, lo cual no obsta para pensar que, en ciertos derechos constitucionales explícitamente reconocidos, subyacen manifestaciones del derecho que antaño no habían sido consideradas.

El Tribunal Constitucional considera que, en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar 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,



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita*²².

Siendo esto así, podemos concluir que no se puede sostener que exista “un derecho a morir” o “un derecho a la muerte” porque la muerte constituye el final natural del ciclo de la vida, entendida como la existencia biológica de un ser humano y que constituye un hecho inexorable, por el cual transitaremos todas las personas, tarde o temprano; sin embargo, sí existe el **derecho a la dignidad al momento de morir o a morir con dignidad** como parte del derecho a la dignidad que acompaña al ser humano durante todo el periodo de su existencia; que conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional, aunque es susceptible de entenderse como parte o derivado del derecho a la dignidad, también es susceptible de ser configurado como un derecho autónomo.

El denominado derecho a la dignidad al momento de morir o a morir con dignidad, forma parte del debate bioético contemporáneo relacionado con el fin de la vida humana, que incluye hasta la voluntad del paciente de disponer de su propia vida en ejercicio de su libertad y autodeterminación conforme a su proyecto de vida.

15.8. Dignidad Humana. El concepto de dignidad humana propiamente no está concebido en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como el presupuesto de todos ellos, pues antes de la enumeración del listado de derechos fundamentales descritos en el artículo 2, nuestra Constitución Política, en su artículo 1 expresa que “La defensa de la persona humana y el respeto de su **dignidad** son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

En ese sentido no es que la “dignidad” no sea un derecho fundamental sino que sin dejar de serlo, es simultáneamente el presupuesto de todo el ordenamiento jurídico, por eso no sólo ha sido mencionada positivamente en el artículo 1 de nuestra Carta Magna sino que ha sido expresada en la Declaración Universal de

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia 0895-2001-AA/TC, Fundamento 5.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Derechos Humanos²³, como esa cualidad valiosa²⁴ preexistente al Estado, que es inherente a todo ser humano, que como tal exige respeto y nos vincula universalmente como “*miembros de la familia humana*”.

No se trata de un texto lírico sino acuñado, a solo tres años después del término de la segunda guerra mundial y por consiguiente post-Auschwitz²⁵ que denota el radical rechazo a las formas más degradadas de intervencionismo Estatal en contra del ser humano individual. El giro cultural inaugurado con esta declaración universal reiterada en múltiples textos constitucionales, al punto que por ejemplo Peter Häberle, estime la dignidad como la premisa antropológica cultural del Estado Constitucional, manifestando que con ella se alude a una cualidad intrínseca del ser humano anterior al Estado y al pacto social cuya sola presencia exige respeto. Es un concepto de “resistencia” de la persona individual contra otra persona, institución, incluido el “interés general”, o “la razón de Estado” o las “mayorías”, que no solo no coincide con la utilidad sino que puede llegar a presentarse como lo que “estorba”²⁶ a ella, siempre a favor de la persona humana singular, cuyo contenido es susceptible de presentarse anti utilitario, anti productivista y contra el principio de las mayorías.

El carácter funcional del concepto de dignidad a nivel jurídico se advierte cuando por ejemplo se presenta como el fundamento de rechazo a toda forma de tortura, al debido proceso, a la no discriminación, a exigencias de derechos sociales, etc. No obstante, esta importancia de primer orden en el derecho, tiene en su contraparte, la presencia de una gran dosis de vaguedad e imprecisión lo que ha llevado a algunos tratadistas a afirmar su inutilidad hasta proponer, pese a su reconocimiento mundial en las declaraciones más fundamentales, su

²³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Preámbulo Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, (...) Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales *en dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse *fraternalmente* los unos con los otros.

²⁴ Javier Goma por ejemplo habla de una cualidad “diamantina” por lo brillante y resistente que exige respeto y puede significar un cuidado defensivo o ofensivo en relación a los derechos y obligaciones del Estado a partir de lo cual se puede concluir soluciones diversas hasta opuestas sobre el contenido y alcance del valor dignidad.

²⁵ Auschwitz es el campo de concentración que sintetiza la brutalidad de la “razón instrumental” ciega sin razón axiológica, inspirador de la mayor indignación mundial y asco mayúsculo que entre otros se expresara sintéticamente por Adorno que sugiriera sustituir la máxima kantiana del imperativo categórico por la máxima: “Obra de tal manera Auschwitz no vuelva a repetirse”

²⁶ Véase Javier Gomá Lanzón. “La dignidad humana”. En: <https://youtu.be/TfDrfx0akJI>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

sustitución por términos más precisos como el de “calidad de vida” o dejar de hablar de ella en su referencia como calidad inherente, para hacer un uso de la misma como de derecho dado, empleando la raíz dignidad como adverbio o adjetivo del objeto de derechos específicos como “vida digna”, “asistencia digna”, “trabajo digno” e identificarlo con la “autonomía”.

En el ámbito del derecho, se expresa ciertamente la necesidad de precisión del concepto de dignidad porque resulta ineludible cuando se quiera realizar el control constitucional sobre alguna norma legal, situación sobre la cual señalamos lo siguiente: i) Existe una corriente liberal que ha dado grandes aportes al derecho, consagrando los principios de la libertad y la igualdad haciéndolas extensivas a todos los seres humanos, más allá de los estamentos y que en su expresión kantiana se expresa como valor intrínseco que significa no ser tratado como puro medio, en la prohibición de ser puramente instrumentalizado, porque es fin en sí mismo, resaltando la cualidad racional como capacidad auto determinativa, pero que advierte límites en la justificación de la dignidad inherente en el momento previo de la persona humana a su capacidad auto determinativa (el periodo de la infancia, o de ciertas discapacidades o situaciones de la edad avanzada), en esa línea, esta filosofía tiende a identificar la dignidad con la autonomía; ii) Desde otra perspectiva de un derecho natural no subjetivista, se tiende a comprender la inherencia de la dignidad para todo miembro de la especie humana, pero su justificación, sino religiosa (lo que tiene el límite de presentarse para un sector no plenamente universal), se limita a fundamentarse en sus propios principios religiosos²⁷, teniéndose presente las variantes cósmicas de la dignidad de los pueblos originarios donde el valor “dignidad” se extiende a todo ser viviente, incluido el Planeta concebido como “Pachamama”²⁸; iii) Finalmente están las corrientes intersubjetivas²⁹, es decir aquellas que encuentran la dignidad en la relación con

²⁷ Tanto en concepciones religiosas judeocristianas, así como el Budismo y el hinduismo. En el judaísmo la idea de presentarse Adán como imagen y semejanza de Dios, o en el Cristianismo en el que todo ser humano tiene la dignidad de ser hijos de Dios “No hay Judío ni Griego; no hay esclavo ni libre; no hay hombre ni mujer, porque todos son uno en Cristo Jesús” Gálatas, 3:28.

²⁸ Léase a Zaffaroni “La Pachamama y lo humano”.

²⁹ Al respecto Haberle dice: “Los conceptos científicos- sociales de la identidad comprueban además otra idea jurídica: en la dignidad humana se concibe la entrada también en relación con el tú. El reconocimiento de la “igual dignidad humana del otro” constituye el puente dogmático hacia la adecuación relativa al tú de la dignidad humana “del uno”, tal como lo han concretizado de manera especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la imagen del hombre o el catálogo de los derechos



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

el otro, sea como interpelante desde el hecho de su rostro que configura una constelación ética de responsabilidad (Levinás) o aquellas que replanteando el concepto kantiano de autonomía y universalidad encuentra en el discurso su carácter, dialógico intersubjetivo donde el encuentro de las libertades comunicativas reconocen la situación ideal de diálogo como un presupuesto contra el fáctico pragmático del habla³⁰, o aquellas que desde una visión amplia de la realidad encuentra en la intimidad corporal el concepto dinámico de la relación con el otro como intersubjetividad vivida (Xavier Zubiri).

En nuestro medio, tenemos que para el maestro Fernández Sessarego, el artículo primero de la Constitución prescribe: *“el deber del Estado de proteger de una manera preventiva, integral y unitaria a la persona. Esta protección comprende tanto su estructura psicosomática como su libertad proyectiva, fenoménica, hecha acto, conducta, comportamiento. Es decir, el proyecto de vida de cada persona”*³¹.

A su vez, el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias ha establecido que la dignidad humana es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales. Que la persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; de allí que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general; es así que, la dignidad humana se erige como legitimadora y limitadora del poder público y que no sólo constituye un principio, sino también un derecho del ser humano.³²

A su turno la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “niños de la calle” desarrolló una interpretación amplia del derecho a la vida para incluir en él las condiciones dignas de existencia, por el cual, los Estados

fundamentales.... La referencia al otro, al prójimo, al Tú y al “hermano” ... es una parte integral del principio jurídico-fundamental de la dignidad humana” Haberle 171-172. *El Estado constitucional. Universidad Nacional de Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Perú.*

³⁰ En esto léase Appel, Habermas, Adela Cortina, Robert Alexy.

³¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “La Constitución Comentada”, Editorial Gaceta Jurídica, Tomo I, pág. 10, Lima 2005.

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencias de Inconstitucionalidad en los expedientes números 0050-2004, 0051-2004, 0005-2005, 0007-2005 y 0009-2005-PI/TC.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él, así como el deber de prevención y la teoría del riesgo, como referente de imputación de responsabilidad internacional.³³

Siendo esto así, la dignidad humana como principio no sólo actúa como criterio interpretativo, sino también como criterio para determinar el contenido esencialmente protegido de los demás derechos y como criterio limitador de las actuaciones del poder público y aún de los particulares; mientras que como Derecho Fundamental permite a las personas exigir su tutela y protección; pero además, la dignidad también es un valor y como tal hace referencia al elemento ontológico de la naturaleza del ser y el libre desarrollo de la personalidad.

Téngase presente que para realizar el control difuso de la Constitucionalidad de las leyes, debemos asumir con seriedad el hecho de la pluriculturalidad de nuestra Nación donde coexisten plurales “doctrinas comprensivas del bien”³⁴, cada una con su tradición particular que conlleva diferentes puntos de vista opuestos en el tema particular, hay que reconocer lo siguiente: **i)** Existen diferentes lecturas de lo que se entiende por dignidad, hecho que depende de la particular “doctrina comprensiva del bien”, es decir aquellas doctrinas o soporte de creencias ideológicas que todo ser humano construye en su vida, lo cual desde el derecho o el juzgador constitucional no puede ser valorado negativamente sino por el contrario debe ser percibida como la fuente de los valores personales de las sociedades democráticas, lo que significa que el carácter no confesional del Estado debe ser interpretado desde un pluralismo que valora positivamente toda doctrina comprensiva del bien, pero que dado precisamente por la situación de coexistencia plural exige la formación de un núcleo mínimo en los derechos fundamentales como el contenido esencial que hace posible la coexistencia y paz social de las sociedades pluriculturales; **ii)** Por consiguiente, desde una sociedad pluralista donde coexisten diversas doctrinas

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Villagran Morales Vs Guatemala.

³⁴ Esta expresión es de Rawls, Adela Cortina prefiere hablar de “éticas máximas” oponiéndolas a las “éticas mínimas”.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

comprensivas del bien, tradicionales y modernas, corresponde realizar el “control difuso” desde una comprensión de los derechos fundamentales con un mínimo intersubjetivo, razonablemente aceptado por la comunidad real e ideal de comunicación (en esto estamos asumiendo la ética discursiva) a partir de lo cual el juzgador está habilitado a ejercer el control de constitucionalidad de una norma legal, distanciándose de la identificación de una particular doctrina comprensiva del bien al punto de desarrollar un concepto de equilibrio del mínimo intersubjetivo que viabilice la convivencia en una sociedad pluricultural;

iii) En el caso submateria advertimos que son los valores de “autonomía” y “dignidad”, los que han servido para ejercer el control jurisdiccional, entonces corresponde revisar críticamente el proceso racional de argumentación que sostiene a la sentencia de Primera Instancia y delimitar con claridad los bienes jurídicos realmente involucrados con la medida de inaplicación del artículo 112 del Código Penal y la real efectivización la medida instrumental del protocolo de actuación a que alude la resolución materia de consulta.

Al efecto, tememos que la sentencia consultada ha hecho expresa una lectura kantiana de los derechos fundamentales, pero si bien ello es necesario, estimamos que no es suficiente, dada la particular complejidad del caso que ya hemos hecho referencia, pues si bien una concepción liberal de la dignidad tiende a consolidar el poder, la voluntad del sujeto racional y su decisión libre (más allá de todo valor objetivo y con el solo límite de otra voluntad humana), ello debe contextualizarse dentro del pluralismo que en el Perú tiene una connotación relevante dada su trayectoria histórica y presencia de un país moderno con otro más profundo dentro de una pluriculturalidad.

15.9. La Condición Indigna en el caso submateria. Mientras el artículo 112 del Código Penal habla de la presencia de *“intolerables dolores” como condición para encontrarse comprendido en el supuesto de la eutanasia, la sentencia consultada habla de “estado incurable avanzado”³⁵.*

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencias de Inconstitucionalidad en los Expedientes números 0050-2004, 0051-2004, 0005-2005, 0007-2005 y 0009-2005-PI/TC.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

En una sociedad capitalista que se basa en la ganancia como motivadora de los comportamientos económicos, correlativa a la productividad y al consumo; la tendencia es una calificación negativa de quien no produce ni consume. En este contexto analizando la situación del adulto mayor se ha descrito a la tendencia del derecho a regular sobre el supuesto de un ser humano en juventud (entiéndase con capacidades comunicativas, de producción y de consumo) como de un derecho neo céntrico que en definitiva consolida las barreras y olvida a las poblaciones diversas a su paradigma.

Esta situación ha llevado desde el campo del derecho, a desarrollar el derecho fundamental a la dignidad, a la sistematización de una serie de reglas tendientes a eliminar las barreras de las poblaciones vulnerables, como son las 100 Reglas de Brasilia, lo que se extiende al supuesto de la discapacidad. El sufrimiento más psicológico que material asume este ingrediente de la moral productiva por lo que percibe una suerte de culpa social.

En la presente causa, Ana Estrada auto comprende su discapacidad creciente e irreversible como una condición indigna al padecer una enfermedad incurable y avanzada porque afecta o limita sus derechos fundamentales; no obstante ello, la dignidad es inherente a todo miembro de la especie humana, en este sentido, todo ser humano es digno, antes que todo reconocimiento estatal, es un reconocimiento que alcanza su carácter jurídico en la intersubjetividad dialógica entre seres humanos, pero donde este reconocimiento dado en nuestra Constitución y en general en todas las Constituciones de los Estados Contemporáneo se auto comprende como a posteriori de una situación originaria previa a la del pacto social y más allá del derecho positivo, así nos reconocemos dignos y al hacerlo también reconocemos la dignidad de todo miembro de nuestra especie humana más allá de nuestra actual capacidad auto determinativa, comprendiendo con ello el momento de nuestro nacimiento como miembro de la especie y el término de la misma, porque la actual presencia del ser no se da en una idea abstracta de ser humano que se restringe a la capacidad de razón, que se autodefine en la formación de un proyecto de vida; sino en la realidad de la intimidad corpórea



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

que en su dinamismo se experimenta en las coordenadas espacio temporal del cuerpo viviente y que dignifica su trayectoria de vida con actos dignos, como condición externa necesaria para posibilitar el desarrollo autónomo de la persona en la consolidación de su personalidad y proyecto de vida.

15.10 Consentimiento Informado. El consentimiento informado, también denominado como “autonomía vital” constituye una de las principales obligaciones de los médicos y forma parte de la denominada “*Lex Artis Ad Hoc*”, que reconoce el derecho de autodeterminación del paciente en armonía con la autonomía de la voluntad y se encuentra previsto en nuestro país en la Ley General de Salud 26842³⁶, por el cual ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico sin su consentimiento previo; pero además, el paciente también puede optar por la negativa a recibir dicho tratamiento médico, lo cual tiene que ser respetado y en todo caso exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud respectivo.

En efecto, un Estado Constitucional no puede desconocer la autonomía y la dignidad de los pacientes que optan libremente por decidir hasta cuánto soportar dolores extremos o padecimientos irremediables y hasta rehusar determinados tratamientos médicos que pudieran prolongar su existencia biológica; y que, además, puede expresarse anticipadamente, una vez conocido el plan terapéutico contra la enfermedad, para poder ser aplicadas cuando el paciente ya no tenga posibilidades físicas de tomar una decisión.

Al respecto, también existen pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre el consentimiento informado, precisando que es una expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud y ha significado en la práctica de la medicina un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, ya que el modelo de toma de decisiones informadas y libres, pasó a centrarse en un proceso participativo con el paciente y ya no en el modelo paternalista en donde el médico, por ser el

³⁶ LEY GENERAL DE SALUD 26842: Art. 4 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 hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

experto profesional en la materia, era quien decidía lo más conveniente para la persona que debía someterse a un tratamiento en particular.

El paciente se encuentra, desde esta perspectiva, empoderado y colabora con el médico como el actor principal en cuanto a las decisiones a tomar respecto a su cuerpo y salud y no es más el sujeto pasivo en dicha relación. El paciente es libre de optar por alternativas que los médicos podrían considerar como contrarias a su consejo, siendo, por ello, la expresión más clara del respeto por la autonomía en el ámbito de la medicina.³⁷

El consentimiento informado para ser válido, requiere de ciertas características como son:

- a) Libre: Debe encontrarse exento de cualquier tipo de presiones, recomendaciones o interferencias por parte de terceros.
- b) Informado: Previamente a la decisión, el paciente debe ser informado en forma minuciosa por el médico respecto a los riesgos, beneficios y alternativas al tratamiento propuesto.
- c) Inequívoco: Decisión consciente y reiterativa.
- d) Revocable: En cualquier momento el paciente puede revocar su decisión, sin necesidad de trámite previo alguno.

15.11. La “Buena Muerte” o Eutanasia. Literalmente la eutanasia significa “buena muerte” porque proviene del griego *eu* (que significa bueno) y *thanatos* (muerte), que constituye un proceso para acelerar la muerte de una persona que padece una enfermedad incurable y con la finalidad de evitarle dolores y sufrimientos innecesarios.

Asimismo, también se la define a la eutanasia como la "ayuda para morir" por la cual una paciente terminal quiere decidir voluntariamente su propia muerte, al respecto Roxin sostiene: *“La eutanasia es la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad*

³⁷ CORTE INTERNAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso I.V vs Bolivia, 30/11/2016.
http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/I.V_14_11_17.pdf.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*presunta para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones”.*³⁸

Este mismo autor reconoce que el enjuiciamiento de la eutanasia pertenece a los problemas más difíciles del Derecho Penal, por tres razones principales: la primera, la falta de una regulación legal expresa sobre la eutanasia; la segunda, porque se tratan de problemas existenciales que tratan sobre la decisión de la vida y de la muerte; y tercera, porque se dificulta un acuerdo entre lo permitido y lo prohibido, ya que no es dominio exclusivo de los penalistas.

Siguiendo con el tema que nos ocupa, se reconoce que la eutanasia puede dividirse en:

Eutanasia Activa: Mediante la cual terceras personas auxilian a un enfermo terminal para poner fin a su vida a solicitud libre y expresa del propio paciente; en consecuencia, requiere de actos de ejecución.

Eutanasia Pasiva: consiste en la sola suspensión u omisión del tratamiento que tienen por objeto prolongar la vida de un paciente terminal que no tiene posibilidad alguna de sobrevivir; esta suspensión puede producirse por voluntad expresa del paciente; en cumplimiento de sus Declaraciones o Voluntades Anticipadas o a solicitud de los familiares y requiere de actos de omisión. Esta última forma de eutanasia, se encuentra relacionada con la denominada **distanasia** o conjunto de acciones para prolongar artificialmente la vida o también denominado como ensañamiento u obstinación terapéuticos.

El debate sobre la eutanasia no es reciente ni pacífico, sino que viene desarrollándose desde hace muchos años y a nivel global, con la idea de poder regular socialmente que una persona pueda elegir el final de su existencia conforme a su proyecto de vida y en ejercicio de sus derechos de libertad, autonomía y de dignidad; además, que hoy en día, con el avance de

³⁸ ROXIN, Claús: “Tratamiento Jurídico-Penal de la Eutanasia”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Número 01, 1999.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

la ciencia médica, se ha incrementado el promedio de esperanza de vida y, más aún, algunas máquinas pueden suplir las funciones que realizan algunos órganos del cuerpo humano y sostener durante un tiempo prolongado la vida de una persona, sin lograr su curación o una mejora significativa en su calidad de vida.

Al respecto, existen posiciones polarizadas, unas a favor y otras en contra; sustentadas en valores éticos, morales, religiosos, filosóficos y también constitucionales y de bioética; y no sólo en el ámbito de la doctrina sino también en la Jurisprudencia de Tribunales Internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en las propias legislaciones internas de los países; es así que la eutanasia actualmente es legal sólo en algunos países como Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, España, Portugal, Nueva Zelanda, Estado de Victoria en Australia y Colombia; mientras que el suicidio asistido en Suiza y en varios Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque todos estos países establecen diversos requisitos para poder realizar estas prácticas.

Por tanto, para analizar el tema de la eutanasia, que va más allá de tesis contrapuestas, en una sociedad plural, respetuosa y libre, como la nuestra, debe estar inspirada en el principio de tolerancia y ser abordada en forma interdisciplinaria.

15.12. Los Cuidados Paliativos o la Ortotanasia. La Ortotanasia consiste en que la muerte del paciente se produzca en el momento biológico natural que le corresponda, sin acelerar ni retrasar dicho momento, pero en condiciones que no produzcan dolor, en paz y con acompañamiento tanto al paciente como a los familiares y así lo reconoce expresamente el artículo 15.3 inciso e) de la Ley General de Salud 26842.

Asimismo, mediante Ley 30846, de fecha veinticuatro de agosto del dos mil dieciocho, se creó el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y no Oncológicas, cuyo objetivo general es



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

asegurar la inclusión de los cuidados paliativos en el Sistema Nacional de Salud, a fin de lograr la máxima calidad de vida posible para el paciente, su entorno familiar y cuidadores; y asimismo, comprende apoyo espiritual y psicológico y las medidas necesarias, con enfoque intercultural, que demandan los enfermos crónicos y terminales; y recientemente el Ministerio de Salud mediante la Resolución Ministerial N° 939-2021/MINSA ha aprobado el Plan de Desarrollo para los años 2021-2023.

Entonces, los cuidados paliativos constituyen una actividad humanitaria que responde a la dignidad del paciente y se diferencia de la eutanasia porque no existe ninguna acción ejecutiva para causar la muerte del paciente en forma directa o indirecta; sino que se limita a aliviar el dolor y mediante la sedación reducir la conciencia del paciente para aliviarlo del sufrimiento de la agonía; pero sin buscar la muerte del mismo, para lo cual se requiere también del consentimiento informado del propio paciente, que puede ser expresada en ese momento o contenida en un documento de voluntad anticipada; caso contrario, serán los familiares del paciente quienes deben aceptar o rechazar los cuidados paliativos.

La investigadora Paulina Taboada, en el contenido de su artículo “Derecho a Morir con Dignidad”³⁹, en base al informe del Comité de expertos de la Organización Mundial de la Salud, resume los objetivos de los cuidados paliativos en:

- *Reafirmar la importancia de la vida, considerando a la muerte como un proceso normal;*
- *Establecer un proceso que no acelere la llegada de la muerte ni tampoco la posponga;*
- *Proporcionar alivio del dolor y de otros síntomas angustiosos;*
- *Integrar los aspectos psicológicos y espirituales del tratamiento del paciente;*
- *Ofrecer un sistema de apoyo para ayudar a los pacientes a llevar una vida lo más activa posible hasta que sobrevenga la muerte;*

³⁹ TABOADA R., Paulina: artículo “Derecho a Morir con Dignidad”, Acta Bioethica 2000; año VI, n° 1. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2000000100007>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

- *Ofrecer un sistema de apoyo a la familia para que pueda afrontar la enfermedad del paciente y sobrellevar el período de duelo.*

Y luego sostiene, que todo lo anterior exige desarrollar un cuerpo de conocimientos médicos que permita aliviar efectivamente las molestias que presentan los pacientes y destaca el efecto negativo que la despenalización de la eutanasia está teniendo para el desarrollo de la Medicina Paliativa, al disponer de una salida “fácil” ante situaciones difíciles”.

Siendo esto así, en cualquier análisis sobre la eutanasia no pueden soslayarse los cuidados paliativos como una opción para poder ser tomada en cuenta por los pacientes de enfermedades terminales que busquen aliviar el sufrimiento no sólo físico sino psicológico de su persona como de sus familiares.

15.13. Declaraciones Anticipadas De Voluntad o Directivas Anticipadas.

Son las declaraciones de voluntad que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, expresa su voluntad libre, consciente e inequívoca para someterse o para no someterse a determinados tratamientos y/o procedimientos médicos.

Como se tiene dicho, la Ley General de Salud 26842, modificada por la ley N° 29414, expresamente en el artículo 15.2, inciso g), reconoce el derecho del paciente no sólo a expresar su negativa a recibir un tratamiento o procedimiento médico; sino también, permite que el paciente pueda expresarse anticipadamente, una vez conocido el plan terapéutico contra la enfermedad diagnosticada.

Asimismo, aunque en la norma acotada no se ha establecido formalidad alguna; sin embargo, teniéndose en consideración la naturaleza de la voluntad expresada por el paciente, esta debe constar en forma indubitable, lo cual amerita que se realice ante un Notario Público que pueda dar fe de dicho acto.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

DÉCIMO SEXTO: ESTADO DE SALUD DE ANA ESTRADA UGARTE.

Conforme lo establecido por el Juez Constitucional de la causa, con autoridad de cosa juzgada, en los considerandos 86 y 87 de la sentencia elevada en consulta y que fluye de los medios probatorios presentados en autos y con los informes orales técnicos realizados por los profesionales médicos designados por las partes ante esta Sala Suprema, se encuentra acreditado que:

16.1. Ana Estrada Ugarte a los 14 años de edad, empezó a tener problemas de salud que afectaban el normal desenvolvimiento de sus músculos, siendo diagnosticada con la enfermedad de polimiositis, que es incurable, degenerativa y progresiva porque se va agravando con el paso del tiempo, produciéndole discapacidad física de sus miembros inferiores y superiores, requiriendo de apoyo y asistencia de personal médico para satisfacer todas sus necesidades básicas.

En efecto, comenzó con problemas musculares, luego incapacidad para moverse y actualmente con 45 años de edad se han incrementado problemas para respirar y deglutir normalmente los alimentos, por lo cual, se le ha realizado una traqueotomía (tubo endotraqueal) para poder respirar y una gastrostomía (sonda) para poder alimentarse; ha recibido frecuentes intervenciones médicas, tanto en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) como en la Unidad de Cuidados Intermedios y desde el año 2016 es beneficiaria del Programa Clínica en Casa-Ventilación Mecánica a Domicilio proporcionado por EsSalud.

16.2. De otro lado, desde el ámbito psicológico, conforme al Informe Médico de fojas treinta y uno, Ana Estrada está actualmente ubicada en el tiempo, espacio y persona y sus funciones mentales superiores, como estado consciencia, memoria, atención, concentración, juicio y capacidad de abstracción están perfectamente conservadas, al igual que su criterio de realidad y capacidad de discernimiento, como también lo ha podido constatar directamente este Colegiado Supremo durante su participación en la Audiencia de Vista de la Causa en la cual no sólo informó sobre hechos sino



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

que también respondió a las preguntas que se le hicieron en forma coherente.

16.3. En cuanto a la enfermedad de polimiositis, los médicos Selva y Trallero del Hospital General Universitario Vall d'Hebron de la ciudad de Barcelona, España⁴⁰, tienen publicado un estudio denominado “la Polimiositis y otras Miopatías Inflamatorias”, indicando que se consideran enfermedades sistémicas, ya que, aunque el principal órgano diana es el músculo estriado, otras estructuras, como la piel o el sistema articular, se afectan con frecuencia. También los órganos internos, en especial el pulmón, forman parte del espectro clínico de estas enfermedades.

Asimismo, precisan que pueden considerarse dentro del grupo de enfermedades raras debido a su baja incidencia, porque según estudios epidemiológicos llevados a cabo en diversos puntos del mundo establecen una incidencia anual media de 2,1 a 7,7 casos nuevos por millón de habitantes y año.

También destacan que la afección respiratoria es la manifestación más frecuente en estos pacientes, así como la neumopatía intersticial, artritis y bronquiolitis organizativa con neumonía organizativa focal. En unos pocos casos, la evolución es hacia la insuficiencia respiratoria ventilatoria como consecuencia de la claudicación de la musculatura respiratoria, por lo que, la ventilación mecánica externa puede actuar de puente evitando la muerte del paciente o la necesidad de intubación orotraqueal.

16.4 Por último, el Juez de la Causa, si bien concluye que no se evidencia una muerte a corto plazo; sin embargo, sí se aprecia un grado de dolencia muy grave por las situaciones insufribles que afectan la libertad física de Ana

⁴⁰ SELVA O'CALLAGHAN, ALBERT Y TRALLERO ARAGUÁS, ERNESTO: “Miopatías inflamatorias. Dermatomiositis, polimiositis y miositis con cuerpos de inclusión”. <https://www.reumatologiaclinica.org/es-miopatias-inflamatorias-dermatomiositis-polimiositis-miositis-articulo-S1699258X08724641>.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

Estrada, su condición psicológica y su proyecto de vida personal y profesional.

DÉCIMO SÉTIMO: DESIGNACIÓN DE APOYOS, SALVAGUARDIAS Y DECLARACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD EXPRESADAS POR ANA ESTRADA UGARTE.

17.1. Conforme aparece de la escritura pública de fojas trescientos sesenta y seis, Ana Estrada, con fecha dieciocho de diciembre del dos mil veinte, ante la Notaría Rosalía Mejía de la ciudad de Lima, ha designado sus apoyos titulares y sustitutos quienes se encuentran obligados a respetar su voluntad y preferencias; y de lograr que se reconozca judicialmente su derecho a la muerte digna o eutanasia que realicen todos los trámites necesarios para poner fin a su vida.

17.2. Pero, además, ha expresado sus declaraciones anticipadas, entre otras, sobre su salud, es así que, para el caso de encontrarse en estado de coma su voluntad es:

- a) Que no se prolongue su vida artificialmente, ni la conecten a un respirador artificial, ni que practiquen su alimentación por vía gaseosa o por entubamiento directo u otras máquinas que resulten indispensables para mantener sus funciones vitales.
- b) Que tampoco se le aplique quimioterapia, radioterapia o braquiterapia ni ninguna similar.
- c) Que se Rechace todo procedimiento tendiente a la resucitación y los tratamientos invasivos como diálisis que prolonguen artificialmente su vida.
- d) No ser internada en un centro hospitalario, sino permanecer en su domicilio por todo el tiempo que resulte posible y que se le administren drogas para aliviar el dolor y evitar el sufrimiento, aunque ellas puedan acelerar su muerte.

17.3. En consecuencia, Ana Estrada, en ejercicio de los derechos de autodeterminación del paciente y de autonomía de la voluntad y con la facultad que le concede la Ley General de Salud 26842, ha expresado en



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

forma libre, consciente e informada su voluntad de cómo actuar cuando su estado de salud sea crítico y se encuentre en una etapa terminal de su existencia.

DÉCIMO OCTAVO: TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA EL CASO CONCRETO DE ANA MILAGROS ESTRADA UGARTE.

18.1. Definición. El denominado “Test de Proporcionalidad”, “Test de Razonabilidad” o “Test de Razonabilidad o Proporcionalidad⁴¹” en un método que permite implementar una herramienta hermenéutica para realizar el control de constitucionalidad conforme con el avance de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre esta materia, a fin de establecer si la norma materia de cuestionamiento vulnera algún o algunos de los principios y derechos que la Constitución reconoce.

18.2. Fundamentación del Juez Constitucional de Primera Instancia. En principio, para determinar si el artículo 112 del Código Penal supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, debe estar precedida de la identificación de los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención.

El Juez Constitucional de origen, en el considerando 164 y siguientes de la sentencia materia de consulta, desarrolla el test de proporcionalidad, aunque lo realiza en forma general, sin concentrarse en el caso específico de Ana Estrada; indicando que el bien jurídico protegido por el delito de homicidio piadoso es la vida humana; sin embargo, debe ponderarse que la dignidad humana, se ubica antes en nuestra Constitución y también menciona los derechos a la libertad, a la autonomía y a no ser tratado con crueldad ni humillación.

En principio, respecto a este último derecho mencionado en la sentencia del Juez Constitucional e invocado en la demanda por la parte actora como no sufrir tratos crueles e inhumanos, esta Sala Suprema considera que lo

⁴¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia 0027-2006-PI, del 21 de noviembre de 2007.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

previsto en el apartado h) del inciso 24, artículo 2 de la Constitución Política del Estado, está referido a que nadie debe ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, que constituyen la más grave afrenta a la integridad personal de un ser humano y que por lo general se relaciona a la actuación directa o indirecta del Estado.

Sin embargo, en el caso materia de consulta, no se acredita de qué forma se esté violentando este derecho a la ciudadana Ana Estrada o que exista una amenaza cierta y de inminente realización, conforme lo prescrito por el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, porque la misma recibe por parte de EsSalud los cuidados y tratamientos médicos pertinentes para su enfermedad y conforme a los requerimientos de su estado de salud; en consecuencia, no se puede sostener, ni considerar que, en este caso se produzcan actualmente actos crueles e inhumanos o humillantes en su contra o que exista una amenaza que ello pudiera ocurrir en el futuro, porque la finalidad de los tratamientos o terapias médicas es la curación o el alivio paliativo de las enfermedades.

De otro lado, el medio utilizado por el legislador para conseguir el fin perseguido, proteger la vida de las personas, entre otros, ha sido tipificar el delito de homicidio piadoso en el artículo 112 del Código Penal, sancionado con pena no mayor a tres años a quien por piedad mata a un enfermo incurable que le solicita poner fin a sus intolerables dolores.

18.3. Ahora bien, de lo expuesto en los párrafos precedentes, y como se ha desarrollado en la ***doctrina jurisprudencial vinculante (Consulta N.° 1618-2016-LIMA NORTE)***, la técnica de ponderación se materializa a través del ***test de proporcionalidad*** como canon argumentativo que sirve para solucionar conflictos de derechos, siendo el objeto del indicado test: “el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”; dicho test, se realiza a través de tres subprincipios: **i). subprincipio de idoneidad o de adecuación**; se evalúa el medio empleado por el juez que inaplica una norma por control difuso para la



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

consecución del fin constitucional, es decir, se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación “medio fin”; **ii). subprincipio de necesidad**; comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal que se evalúa si los otros medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis medio-medio; y, **iii). subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**; en el cual se realiza un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, pues cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

18.4. Examen del Subprincipio de Idoneidad. Corresponde determinar si, entre el medio adoptado y el fin que se persigue alcanzar, existe una relación de causalidad. En concreto debe establecerse si la penalización del homicidio piadoso, conduce a un fin constitucionalmente legítimo del Estado de proteger el derecho a la vida de las personas y si para conseguir ello, dicha medida penal resulta idónea.

Bajo las premisas fijadas, teniendo *por un lado*, el derecho constitucional a la vida o a sobrevivir y de otro lado, los derechos a la dignidad humana, a la libertad y a la autodeterminación invocados por Ana Estrada para morir dignamente y que no es posible ejercitarlos al existir el artículo 112 del Código Penal que sanciona el homicidio piadoso; tenemos que, para esta Sala Suprema, el primer nivel de análisis referido al examen de idoneidad, se ve satisfecho porque el Estado no puede permitir actos que provoquen directa o indirectamente la muerte de las personas y está obligado a legislar para garantizar y proteger el derecho fundamental a la vida, aunque alguna persona pueda padecer de una enfermedad crónica, una enfermedad terminal o una grave discapacidad, ya que, como se tiene dicho, el derecho a la vida es el derecho humano de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

mayor connotación y sirve de fundamento ontológico para el goce de todos los demás derechos de las personas.

Pero, además, el derecho a una muerte digna invocado en la demanda, lleva a Ana Estrada a hablar del derecho a decidir el momento de su muerte cuando se configure en su persona la percepción de condiciones no dignas de ser vividas. Esta aseveración implica una aporía imposible de sostenerse jurídicamente. ¿Significa aquello que la condición de discapacidad que ella se niega a seguir viviendo es una situación indigna?, si esta por igualdad se convirtiera en una máxima universalizable, llegaríamos a sostener como condición indigna a toda situación de discapacidad y ello tendencialmente a desvalorizar, o despreciar la vida de las personas con discapacidad por ser la vida humanamente indigna.

18.5. Examen del Subprincipio de Necesidad. Conforme lo sostenido por el Tribunal Constitucional: *“para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma aptitud para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental”*⁴²; es decir se trata de establecer una relación de medio a medio; el medio establecido por el legislador y el medio hipotético o alternativo.

Asimismo, el tratadista **Marcial Rubio Correa**, sugiere, para realizar el examen de necesidad las siguientes recomendaciones:

- a) *Hacer énfasis en si existen medidas alternativas, cuáles son y cómo funcionan en el caso.*
- b) *Hacer el análisis de intensidad de las intervenciones en el derecho constitucional a las alternativas propuestas de que se trate, pues habrá que comparar dicha medición con la de aquello que está sujeto a control de constitucional.*

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia Expediente N° 0 034-2004-PI/TC, 15 de Febrero de 2015.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

- c) *Mostrarse la vinculación entre las medidas alternativas y el cumplimiento del fin constitucional propuesto. El examen funciona mejor cuando las medidas alternativas propuestas son eficientes y perjudican menos o no perjudican en absoluto el derecho constitucional afectado en el caso,*
- d) *Establecer claramente una conclusión sobre si la medida sujeta a control constitucional es necesaria en los términos en que el test define el concepto mismo⁴³.*

Ahora, si bien es cierto que la medida adoptada por el Estado resulta idónea para alcanzar el fin de protección de la vida de las personas; sin embargo, en el caso de autos, se sostiene que la penalización del homicidio piadoso, impide que Ana Estrada pueda decidir poner fin a su vida a través de un procedimiento letal y sin que los terceros que intervengan sean procesados penalmente; y de esta manera, evitarle intolerables padecimientos físicos y psicológicos derivados de la enfermedad terminal e incurable que padece, así como prolongarle innecesariamente su existencia en contra de su voluntad.

En principio, esta Sala Suprema considera que si existe otra medida igual de eficaz para evitar el sufrimiento de pacientes en etapa terminal y no llegar al extremo del suicidio asistido o la eutanasia, como son los **cuidados paliativos**, que como se ha desarrollado en el Considerando 15.11, tienen como finalidad mitigar el dolor y mediante la sedación reducir la conciencia del paciente para aliviarlo del sufrimiento de la agonía, sin necesidad de tenerse que aplicar una sustancia letal para terminar con la vida del paciente; más aún, que los cuidados paliativos ya cuentan con reconocimiento legal expreso en nuestro ordenamiento jurídico y tiene aprobado un plan de desarrollo para varios años; aunque ciertamente, se requiere, en nuestro país, su fortalecimiento e implementación en todos los centros hospitalarios para que sea accesible a todos los pacientes que lo requieran sin ningún tipo de restricción y con la participación de personal debidamente capacitado.

⁴³ RUBIO CORREA, MARCIAL: "El Test de Proporcionalidad, En la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Edición, página 116, Lima, 2018.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Sin embargo, en el caso concreto de Ana Estrada, la misma ha reconocido que actualmente recibe cuidados paliativos por parte del Estado, para poder sobrellevar su enfermedad, que está satisfecha y agradecida con ellos; pero que, en ejercicio de su derecho de autodeterminación del paciente y autonomía de la voluntad, conforme a sus Declaraciones Anticipadas, desarrolladas en el Décimo Séptimo Considerando de la presente resolución y lo expresado por Ana Estrada en la Audiencia de Vista de Causa, al informar sobre hechos, minuto 26, segundos 22, ante la pregunta formulada por el señor Presidente de esta Sala Suprema, reconoció la importancia de los cuidados paliativos, precisó que ya cuenta con ellos, pero que en su caso no hay más que se pueda hacer; de igual forma, ante la pregunta del Juez Supremo Bustamante Zegarra, minuto 51, segundo 52, indicó que entendía que para otras enfermedades el soporte vital podrían evitar el sufrimiento, pero en su caso no es así porque ya está conectada a un ventilador la mayor parte del día; en consecuencia, podemos interpretar que la voluntad de Ana Estrada es la de rechazar o renunciar a los cuidados paliativos para los momentos finales de su existencia.

Ante esta situación, debe tenerse presente, que, en un Estado Constitucional, el Derecho Penal constituye el medio más gravoso para restringir el derecho a la libertad y debe estar reservado para situaciones intolerables o extremas; en efecto, como lo sostiene el tratadista Hurtado Pozo: *“el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones. Se trata, así, de privilegiar la utilidad práctica del derecho penal, en detrimento de las tentativas dirigidas tanto a reforzar su capacidad de influenciar la conciencia de las personas como a desarrollar los efectos negativos de estigmatización de los delincuentes. Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida que sea necesaria y es conforme al objetivo perseguido”.*⁴⁴

Es así, que el tipo penal previsto en el artículo 112 del Código Penal, conforme se encuentra actualmente redactado, tiene como sujeto activo del homicidio piadoso a cualquier persona, es decir, tiene naturaleza abierta, pero no sólo desde el ámbito subjetivo sino también objetivo, porque se limita a indicar “el que por piedad mata a un enfermo incurable”, es decir, que es de medios indeterminados porque se puede utilizar cualquier método o forma idónea para cumplir con dicha finalidad; sin embargo, una medida menos gravosa, también sería que en situaciones extremas y terminales, cuando el paciente haya renunciado libre, consciente y voluntariamente a los cuidados paliativos y siguiendo un riguroso protocolo preestablecido en centros hospitalarios se pueda eximir de responsabilidad penal, civil y administrativa a los profesionales médicos que intervengan en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de un enfermo incurable, manteniéndose el tipo penal solo para los homicidios piadosos que se realicen en forma clandestina, por cualquier persona ajena al sistema sanitario y de cualquier manera.

En estos contextos, la norma sometida a control constitucional concreto, no supera el segundo nivel de análisis, referido al examen de necesidad, porque en principio existe otra medida alternativa que no afecta al derecho constitucional protegido de la vida como son los cuidados paliativos; y de otro lado, la medida adoptada por el Estado, artículo 112 del Código Penal, que sanciona penalmente el delito de homicidio piadoso en la forma como ha sido redactado, resulta ineficiente en un Estado Constitucional debido a su generalidad.

En efecto, despenalizar el homicidio piadoso en forma total, causaría un efecto contrario al fin perseguido, al dejar desprotegida la vida de las personas que padezcan una enfermedad incurable, pues se otorgaría, a cualquier persona,

⁴⁴ HURTADO POZO, José: “Manual de de Derecho Penal. Parte General I, 3ra Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

una licencia para matar, pues únicamente tendría que alegar, estar cumpliendo la voluntad del enfermo sin exigirse requisito alguno, sin someterse a ningún procedimiento médico establecido con anterioridad y realizar el acto de cualquier manera, con lo cual se podría hasta causar mayores dolores o sufrimientos al enfermo y provocarle una muerte en condiciones totalmente indignas o denigrantes.

Ahora bien, para el caso concreto de Ana Estrada, conforme se tiene indicado, únicamente sería necesario inaplicar parcialmente el artículo 112 del Código Penal, para eximir de responsabilidad penal, civil y administrativa, derivada de la Ley General de Salud y del Código de ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, a los médicos y personal sanitario que participen en el procedimiento preestablecido para ejecutar la decisión de Ana Estrada de morir con dignidad y liberarla de sufrimientos y dolores insoportables en la etapa terminal de su enfermedad.

18.6. Examen del Subprincipio de Ponderación o de Proporcionalidad en Sentido Estricto. Por último, conforme lo establecido en el fundamento 45 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 0008-2012-AI/TC, si bien no se ha superado el examen de necesidad, resulta conveniente, por la complejidad del caso materia de consulta, proseguir con el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Este tercer nivel de análisis, establece que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima el grado de realización del objetivo de intervención debe ser mayor o por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, es decir, se trata de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.

La ponderación del derecho a la vida y el derecho a morir con dignidad, así como la norma legal que criminaliza el homicidio piadoso, tiene que desarrollarse dentro del marco de la Constitución, como la norma de mayor



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

jerarquía y conforme a los principios de Primacía Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución.

Asimismo, conforme se tiene dicho, ningún derecho es absoluto y deben analizarse en cada caso concreto, según las particularidades de cada uno de ellos, pues nuestra Carta Magna no solo protege el derecho a la vida sino también otros derechos, principios y valores que también deben ser respetados.

En el presente caso de Ana Estrada, se tiene que ponderar, de un lado, el derecho a la vida, que el legislador pretende proteger, entre otros, criminalizando el homicidio piadoso conforme al artículo 112 del Código Penal; y de otro lado, los derechos de dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Respecto a este último derecho, el Tribunal Constitucional ha establecido que: *“Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.*

Como bien se afirmó en la citada sentencia, “[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



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

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.

En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano –en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado– se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales.”⁴⁵

En el caso de autos, debe meritarse que Ana Estrada, como se tiene dicho, padece de una rara enfermedad denominada polimiositis, de naturaleza degenerativa, progresiva y autoinmune, es decir, que el mismo organismo se agrede y que en su caso ha comprometido gravemente la funcionalidad de los músculos provocando incapacidad para moverse, respirar y alimentarse, entre otros; pero además, la polimiositis es una enfermedad incurable y terminal porque no existe un tratamiento médico para su cura y va a conducirla irremediablemente a la muerte en un futuro próximo.

Si bien es cierto, en la fecha, Ana Estrada, se encuentra lúcida, con pensamiento coherente, goza de sus facultades mentales, y puede comunicarse en forma verbal – aunque con dificultad – como ha sido comprobado directamente por este Colegiado Supremo en su intervención en la vista de la causa y en donde también se ha ratificado en su decisión de someterse a un procedimiento que le permita morir en condiciones dignas, pero no en forma inmediata, porque ella valora su vida; sino en un futuro, cuando su estado de salud, como consecuencia de la enfermedad progresiva

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia N°0032-2010-PI/ TC, Considerando 22.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

que padece ingrese a una etapa terminal, que le produzca imposibilidad de comunicarse en forma oral o escrita, dolores, infecciones y sufrimientos intolerables y para eso ya expresó sus voluntades adelantadas, entre ellas, de no ser internada en un centro de salud, ni ser conectada a máquinas que le prolonguen su vida, ni continuar recibiendo cuidados paliativos.

Ante esta situación, pese a que el Estado tiene el deber constitucional de protección de la vida de todas las personas sin excepción, se encuentren sanas o enfermas, padezcan discapacidad o enfermedades crónicas o terminales; también, el Estado, está obligado a respetar los derechos de dignidad, libertad, libre desarrollo de la personalidad y a morir con dignidad; en consecuencia, en el caso concreto de Ana Estrada, que padece una enfermedad rara, incurable, progresiva y terminal, ese deber cede ante su autonomía individual (libre desarrollo de su personalidad) de no querer sufrir una agonía dolorosa (física y emocionalmente) y poder morir en forma digna con la ayuda del sistema sanitario y a través de un debido Protocolo, sin que el personal de salud que intervengan puedan ser sancionados penal, civil o administrativamente por cumplir su voluntad; y esto es así, porque la persona humana es el soporte del orden político y de la paz social y por ende, requiere de una especial protección del ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a su dignidad en todas las etapas de la vida desde el inicio hasta el final.

Siendo esto así, la realización del fin perseguido, es decir, ejercer el derecho a morir con dignidad y la inaplicación parcial del artículo 112 del Código Penal, para el caso exclusivo de Ana Estrada, por las consideraciones expuestas, resulta proporcional al grado de afectación del derecho fundamental a la vida, pero bajo condiciones establecidas por el propio Estado en un protocolo de actuación; en consecuencia, debe aprobarse en parte la sentencia consultada, precisándose, que la inaplicación del acotado artículo 112 del Código Penal, es parcial y además, condicionada, porque únicamente eximirá de responsabilidad al médico o equipo médico que intervenga en el procedimiento para morir con dignidad, mas no así a cualquier persona que actúe como sujeto activo en el homicidio piadoso.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

DÉCIMO NOVENO: PROTOCOLO DE ACTUACIÓN.

En el Considerando 185 de la sentencia materia de consulta, el Juez Constitucional se pronuncia sobre el Plan o Protocolo de cumplimiento del derecho a morir con dignidad de la ciudadana Ana Estrada, así como en la parte resolutive de la sentencia; y siendo que la materia elevada en consulta, es justamente la inaplicación del acotado artículo 112 del Código Penal, el mismo que está condicionado al cumplimiento estricto de un Protocolo de Actuación preestablecido, al igual que lo han hecho los países donde se ha aprobado esta medida de asistencia para morir con dignidad, y que corresponde realizarlo al Seguro Social de Salud (EsSalud) porque es la institución que se encuentra a cargo del cuidado de la salud de Ana Estrada, en su calidad de asegurada; en consecuencia, consideramos conveniente hacer algunas precisiones para que se tengan en cuenta por la Comisión Médica Interdisciplinaria al momento de realizar el indicado Protocolo de Actuación para el caso específico de la ciudadana Ana Estrada, como son:

1. La ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte tendrá que ratificar su voluntad de recibir la prestación de ayuda en ejercicio de su derecho a la dignidad al momento de morir o morir con dignidad, ante la Comisión Interdisciplinaria, directamente o a través de sus apoyos ya designados por ella, cuando no tenga la imposibilidad física de poder expresar su voluntad, debiendo consignarse la misma en su Historia Clínica.
2. La Comisión Interdisciplinaria - a través de su representante- deberá informar a la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte o a sus apoyos ya designados por ella, sobre la existencia de algún descubrimiento o nuevo procedimiento médico que procure la mejoría o cura de su enfermedad; asimismo, reiterar el ofrecimiento de poder acceder a cuidados paliativos integrales.
3. La Comisión Interdisciplinaria - a través de su representante - deberá informar a la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte de su derecho a suspender, aplazar, renunciar, revocar o desistirse - en cualquier estado del procedimiento- de su decisión de recibir la prestación de ayuda para



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

el ejercicio de su derecho a la dignidad al momento de morir o morir con dignidad.

4. La prestación de ayuda a la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte para ejercer su derecho a la dignidad al momento de morir o morir con dignidad se realizará cuando se encuentre en un estado terminal de su enfermedad, establecido por la Comisión Multisectorial, para poner fin a sus intolerables dolores.
5. Los profesionales médicos y personal sanitario designados para la prestación de la indicada ayuda a la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte, podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia, debiendo ser reemplazados.
6. La muerte como consecuencia de la prestación de la ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural para todos los efectos.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y fundamentos propios, **APROBARON EN PARTE** la sentencia consultada, contenida en la resolución número seis, obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y tres, aclarada mediante resolución número siete, de fojas quinientos treinta y uno, expedida por el Juez del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, en el extremo que, aplicando el control constitucional difuso, **inaplica** al caso concreto de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte el artículo 112 del Código Penal vigente, **PRECISÁNDOSE**, que la inaplicación de la norma indicada, es únicamente en forma parcial, respecto a los miembros del personal médico y sanitario, como sujetos activos, para que no puedan ser procesados penal, civil ni administrativamente, ni ser sancionados en institución alguna, pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela del derecho a morir con dignidad o derecho a la dignidad al momento de morir, siempre que los actos se practiquen de manera institucional y sujeta al control de legalidad conforme al Protocolo de Actuación que se establezca previamente por la Comisión



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Interdisciplinaria. **DISPUSIERON: EXHORTAR** al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, para fortalecer el sistema de Cuidados Paliativos Integrales, que se hagan extensivos en todos los centros hospitalarios del país y se encuentren al alcance de todos los pacientes que lo requieran; en los seguidos por la Defensoría del Pueblo y otra, contra el Seguro Social de Salud (EsSalud) y otros, sobre proceso de amparo; y, *los devolvieron*. **Juez Supremo Ponente: Bustamante Zegarra.**

S.S.

CALDERÓN PUERTAS

QUISPE SALSAVILCA

YALÁN LEAL

BUSTAMANTE ZEGARRA

RUIDIAS FARFÁN

FUNDAMENTOS ADICIONALES DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA YALÁN LEAL, SON LOS SIGUIENTES: -----

La señora magistrada que suscribe, expresa que coincide con los fundamentos y la parte decisoria de la ponencia del Señor Juez Supremo Bustamante Zegarra en el sentido de **APROBAR EN PARTE LA SENTENCIA CONSULTADA**; sin embargo, considera pertinente realizar fundamentos adicionales, teniendo en cuenta el carácter complejo del caso concreto, su alta sensibilidad social y la sociedad diversa y pluricultural en la que vivimos.

1. En cuanto a la inaplicación de las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales, el Tribunal Constitucional en el **Expediente N° 01680-2005-PA/TC**, de fecha once de mayo de dos mil cinco, ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces, dejando establecido los parámetros en los que debe circunscribirse el ejercicio del control constitucional difuso, en el siguiente sentido: **“a)** Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial; esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes; **b)** En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley. El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes; **c)** En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio (...); **d)** Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su 'cuidado' es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

jurisdiccionales de la Constitución, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia ‘especializada’ (...).”

2. Advirtiéndose que la sentencia elevada en consulta, contenida en la resolución número seis, de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y tres, gira en torno al tema de la eutanasia, resulta importante revisar la opinión jurídica, bioética y médica de diversos especialistas, tanto a favor como en contra de tal procedimiento, y su tratamiento en el derecho comparado, específicamente, en los países que han optado por su despenalización.

3. En cuanto a los fundamentos a favor del procedimiento de eutanasia:

a) Joel Feinberg ha señalado que es “indigno forzar a otro a morir en contra de su voluntad, pero una indignidad semejante es forzarle a vivir (...) contra su voluntad [...]. Los ciudadanos pueden decidir cómo vivir y es asunto suyo el decidir si continúan viviendo con sufrimiento o indignidad o mueren suavemente. Cualquier intervención estatal en este asunto supone un paternalismo injustificado. La forma de la muerte es un elemento muy importante de lo que se entiende por plan de vida. Desde un punto de vista liberal, la autonomía cubre también el caso de como morir.”⁴⁶

b) Marcelo Palacios, en torno al derecho a la vida y la libertad de decisión, refiere que: “Cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Constitución (norma suprema del Estado) establecen que “todos tienen derecho a la vida” (a la existencia que ya se tiene) es obvio que los Estados no pueden garantizar la vida, pues en la realidad el Estado ni obliga a crearla ni puede comprometerse a mantenerla indefinidamente y en condiciones idóneas, debiendo consistir su obligación en “protegerla” dentro de los límites posibles. En este sentido es preciso recordar que a menudo se olvida o soslaya que la expresión el derecho de todos a la vida implica inequívocamente el derecho de cada persona a la suya, incluido su final, no el de los demás (individuos, sociedad y Estado) a decidir sobre

⁴⁶ *Ibidem*, p. 9, 12 y 13.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

ella. Se plantea entonces: [...] -Si el Estado hace suyos los contenidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los mandatos constitucionales ¿hasta dónde injiere en los derechos personalísimos del enfermo a su propia e inalienable dignidad, y consecuentemente a su libertad de decisión, de pensamiento y de conciencia, a la intimidad, a la vida privada, al honor y a la propia imagen o en su derecho a no sufrir torturas o sufrimientos inhumanos y degradantes, al simbolizar el valor vida en abstracto, vida que si fue un “bien individual y social” ya no lo es pues no reporta nada a ese enfermo y a la comunidad, no quiebra valor social alguno ni obliga a igual opción a quien no comparta la eutanasia o el suicidio asistido?⁴⁷

c) En el “Informe del Comité de Bioética de España Sobre el Final de la Vida y la Atención en el Proceso de Morir, en el Marco del Debate sobre la Regulación de la Eutanasia: Propuestas para la Reflexión y la Deliberación”, en referencia a la relación entre el derecho a la vida y la eutanasia se sostuvo que: “se esgrime habitualmente que el derecho a la vida debe implicar el reconocimiento de su dimensión negativa en virtud del propio valor de la dignidad humana, de manera que esta se verá respetada por el ordenamiento jurídico en la medida que se le permita al individuo desarrollar su propio proyecto de vida, el cual, en determinados contextos o situaciones puede implicar optar por el morir. La despenalización de la eutanasia y/o auxilio al suicidio se mostrarían, así, como expresiones de la garantía de la dignidad humana, entendida esta sustancialmente como libertad de autodeterminación, es decir, reconocida por su conexión exclusiva con la libertad del individuo. A la persona que no se le reconoce su libertad de decidir acerca de cuándo y cómo quiere morir, sobre todo, en contextos de terminalidad y cronicidad, no se le estaría garantizando su dignidad.”⁴⁸

⁴⁷ Palacios, Marcelo (2011). Autonomía Personal, Cuidados Paliativos y Derecho a la Vida. “Asistencia a la muerte con dignidad y Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina”. Procuradora General del Estado de Asturias, Universidad de Oviedo p. 14-15. Revisado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=696066>

⁴⁸ Comité De Bioética De España (2020). “Informe del Comité de Bioética de España Sobre el Final de la Vida y la Atención en el Proceso de Morir, en el Marco del Debate sobre la Regulación de la Eutanasia: Propuestas para la Reflexión y la Deliberación” (p.16). Ver:



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

d) Francisco Bastida Freijedo sostiene, en referencia al derecho a la vida en relación con la autonomía del paciente, que: “Generalmente la discusión sobre el derecho fundamental a la vida en relación con la autonomía del paciente se centra, sobre las facultades de disposición de este sobre su propia vida para poderle poner fin, o sea, sobre su propia muerte. En pugna está la libertad individual del paciente frente al deber del Estado de preservar la vida, en cuanto valor constitucionalmente garantizado.”⁴⁹

e) Rafael Ojeda Rivero nos comenta en referencia de la neutralidad del Estado que: “El pluralismo moral es un rasgo característico de las sociedades democráticas contemporáneas, en las que rige el principio liberal de la neutralidad del Estado frente a las concepciones morales particulares de los ciudadanos. Ello no implica, por supuesto, una neutralidad moral absoluta. La neutralidad del Estado ante las diversas doctrinas comprensivas configura un espacio privado, en cuyo seno las personas gozan de autonomía para llevar a la práctica su concepción del bien, y otro público, en el que prevalecen valores políticos y deberes (...).”⁵⁰

f) María Casado nos comenta, en relación con las garantías y el derecho a la vida, lo siguiente: “Esta concepción del derecho a la vida, incluso contra la voluntad de su titular, debe ceder paso a concepciones más acordes con el carácter laico del Estado y con el respeto al derecho de autodeterminación, teniendo en cuenta la relevancia que el propio derecho presta al consentimiento del interesado y que en nuestro ordenamiento resulta mucho más patente que la concepción garantista a ultranza del derecho a vivir. Lo cual no significa, en absoluto, que las garantías deban debilitarse, sino que es necesario considerar siempre que se establecen a favor de quien detenta el derecho a ser respetado —en todos los

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf>

⁴⁹ Bastida Freijedo, Francisco (2011). Autonomía Personal, Cuidados Paliativos y Derecho a la Vida. “Asistencia a la muerte con dignidad y Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina”. Procuradora General del Estado de Asturias, Universidad de Oviedo p. 32. Revisado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=696066>

⁵⁰ Ojeda Rivero, Rafael (2015). “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”; p. 6. Revisado en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1163_es.pdf



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

sentidos— y no en su contra. El derecho a la vida lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, no el deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones penosas.”⁵¹

g) Gensabella Furnari cita a Percy Bridgam, sobre la muerte y el sentimiento previo a esta: “Antes de quitarse la vida el médico-filósofo, premio nobel, Percy Bridgam, afectado por un tumor maligno difuso escribe: “Es indecente que la sociedad obligue a un hombre a hacer esto por sí mismo. Probablemente, este es el último día en que tendré capacidad de hacerlo por mí mismo”. Objeto de deseo, la muerte es al mismo tiempo objeto de angustia: recibirla en vez de dársela por sí mismo parece nada menos que invocar la última ayuda. “El último gesto de piedad”. Es verdad: nunca como ante la muerte el ser humano está solo, e incluso nunca como al aproximarse la muerte el hombre advierte el peso de su soledad.”⁵²

h) Juan Alejandro Martínez Navarro refiere, en referencia a la muerte y el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español, lo siguiente: “De cualquier modo, hasta el momento, y con la regulación actual, la eutanasia no es ni puede ser considerada como un derecho subjetivo y, por lo tanto, no puede ser enmarcada dentro de los derechos del paciente. Así lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 120/1990 (FJ 7), cuando indica: «ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa manifestación del “agere licere”, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que su posibilidad se

⁵¹ Casado, María (2008). “Una vez más sobre la eutanasia”; p.8. Revisado en: <https://ddd.uab.cat/pub/enrahonar/0211402Xn40-41/0211402Xn40-41p113.pdf>

⁵² Furnari, Gensabella (2009). “Eutanasia: Una cuestión de relación. La Petición de eutanasia”. Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica. Universidad Anahuac; p. 25. Revisado en: <https://publicaciones.anahuac.mx/bioetica/issue/view/71/Medicina%20y%20Etica%20Vol.%20XX%20No.%201>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial del derecho». En una sentencia posterior, el Tribunal Constitucional reconoce que «morir con dignidad es un bien jurídico de naturaleza estrictamente individual».⁵³

i) Hurtado Pozo nos comenta, en referencia al ilícito penal “Los hechos en los casos de eutanasia se caracterizan por su complejidad e intensidad. En especial, están marcados por la situación de necesidad y angustia en la cual se encuentra el paciente moribundo, circunstancias que influyen fuertemente sobre el comportamiento de las personas que le acompañan o asisten. Estas personas son testigos de los conflictos de intereses creados por la determinación voluntaria del paciente a poner fin a sus días. Su intervención en el desarrollo de los hechos debe ser apreciada teniendo en cuenta todas estas circunstancias, en una perspectiva normativa-axiológica y no solamente en el nivel material de los hechos. Por lo tanto, es indispensable examinar si hay un conflicto de intereses en el sentido descrito por el juez, entre la protección de los derechos fundamentales, como la libertad personal (autodeterminación) y la dignidad humana y protección de la vida. [...] Las personas que asumen el acto extremo de provocar la muerte de los pacientes en estas circunstancias tan particulares, no deberían ser condenadas, porque “el derecho a la vida se relativiza en función de la calidad de vida, cuando en realidad se trata de apoyar el deseo de morir expresado por un enfermo cuya muerte es inevitable” y que no dispone ni de la capacidad, ni de los medios para provocarse por sí mismo la muerte. Una salida alternativa a la planteada por nosotros es la que siguió la Corte Constitucional de Colombia. En la sentencia C-239-7 de 1997 esta corporación consideró que es jurídicamente posible realizar una eutanasia activa, siempre y cuando la persona que la sufriera fuese un enfermo terminal que la hubiera solicitado reiteradamente, y quien la practicase fuera un médico. A su entender el acto eutanásico no es antijurídico, porque el paciente terminal emite su consentimiento a poner fin a su vida. Para llegar a esta

⁵³ Martínez Navarro, Juan Alejandro (2018). “El derecho a la eutanasia”. Revista Andaluza de Administración Pública. p. 15. Revisado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7269939&orden=0&info=link>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

conclusión la Corte Constitucional consideró que la vida no es un bien jurídico absoluto e indisponible, sino que -en situaciones extremas en las cuales se vea mellada la dignidad de su titular- se abre la posibilidad de disponer de ella.⁵⁴

j) Desde una perspectiva penal, José Luis Medina Frisancho sostiene sobre la eutanasia que: “Presupuesto el contexto eutanásico, consideramos que no ser- piadoso necesariamente, a efectos del tipo penal, aquel médico caritativo, afectuoso o Íntimamente vinculado con el paciente mediante un sentimiento de conmiseración, dolor o amor (hipótesis, por lo demás, de difícil configuración o cuando menos sumamente infrecuente). Lo ser- 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. En síntesis, que no haya realizado ningún acto del cual se pueda colegir alguna intención lesiva encubierta; y en un aspecto positivo, que actúe profesional y diligentemente, por ejemplo, informando al paciente debidamente sobre el contenido, alcances y consecuencias de cualquier intervención médica que se piense efectuar (lo que en suma conduce al principio médico del consentimiento informado). Además, y, sobre todo, en riguroso respeto a los deseos y autonomía del enfermo, que organice conjuntamente asistiéndolo en todo momento su buena muerte, esto es, lo menos dolorosa posible, y la materialice en estricto apego a los fines de este, otorgándole el control de la situación hasta donde y cuando sea posible. En suma, demostradas a través de su comportamiento la rectitud y respetuosas intenciones del agente respecto a los intereses y autonomía del enfermo incurable que solicita su muerte queda a su vez reflejada la firme pretensión de aquel de ayudar a bien morir al enfermo. Con ello también se evidencia la

⁵⁴ Hurtado Pozo, José (2021). “Eutanasia, asistencia al suicidio y homicidio a pedido de la víctima. Breves reflexiones sobre un caso judicial”; p. 11-14. Revisado en:
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20210408_02.pdf



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

naturaleza solidaria y humanitaria de su obrar (que no piadosa en sentido afectivo-emocional) dirigida precisamente a la realización de su autonomía como persona. Consideramos preferible dotar de este contenido a la piedad en el marco del tipo como criterio de interpretación y aplicación general, antes que concebirla únicamente en su sentido puramente subjetivo, sin perjuicio de que sea más cómodo (aunque quizás no enteramente posible) en algunos casos muy específicos, según vimos, demostrar su componente compasivo.⁵⁵

4. En cuanto a los fundamentos en contra del procedimiento de eutanasia:

a) Aguayo Westwood, refiere que el significado moral de la eutanasia está inevitablemente ligada a la manera como comprendemos el valor de la vida y lo que significa proteger ese valor. En este sentido, cuando hablamos acerca del valor de la vida, podemos defender ese valor en abstracto o bien como el valor de la vida de una persona en particular, o incluso, si se quiere, en términos generales, aunque no abstractos, como el valor de la vida de las personas.⁵⁶

b) El jurista Díez Picazo, la eutanasia activa podría ser vista como una colisión entre dos bienes jurídicos de rango constitucional, consistentes en la vida humana y el libre desarrollo de la personalidad. Se afirma, por lo tanto, que lo que existe es el derecho a la vida, más no un derecho a la muerte.⁵⁷

c) Serna y Rivas concluyen con la advertencia de que “una sociedad que desee proteger incondicionalmente la vida de sus ciudadanos y, en general, de cualquier individuo humano que la habite, frente a los eventuales actos de disposición por parte de terceros, ha de hacerlo sobre la base de conferir a la vida un valor en sí misma, y no desde la tesis

⁵⁵ Medina Frisancho, José Luis. “La Eutanasia en el Código Penal Peruano. Un Análisis Dogmático a partir de una Perspectiva Crítica”; p.24-25. Revisado en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20100407_01.pdf

⁵⁶ Aguayo Westwood, Pablo. Lo realmente importante no es vivir, sino vivir bien. Una discusión sobre la eutanasia, autonomía y autorrespeto. Revisado en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2020000100009, p.11.

⁵⁷ Cfr. Díez Picazo, L., “Derecho a la vida y a la integridad física y moral” en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional num.3/2002, Ed. Thomson Reuters, Madrid, p. 11



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

según la cual sólo el afectado puede disponer de la propia vida, y puede además hacerlo libremente sin limitación alguna.”⁵⁸

d) López-Barahona explica que la vida no nos pertenece: “La vida es un don. Por tanto, no podemos ejercer sobre ninguna vida humana acciones que impliquen su muerte.”⁵⁹

e) Ronald Cárdenas Krenz, aduce en referencia al derecho a morir, que: “El Derecho se estructura sobre valores positivos, no negativos. Supongamos que una persona se enferma de cáncer y no quiere someterse a una quimioterapia, ¿alguien la podría obligar a hacerlo conduciéndola a la fuerza a un hospital? Naturalmente, no, pero ¿por qué? Podría pensarse que la persona tiene derecho a estar enferma, pero ello suena bastante raro y es que, en realidad, lo que hay no es una persona que tiene “derecho” a enfermarse, sino una persona que no quiere ejercer su derecho a la salud. Del mismo modo, quien hace una huelga de hambre no es que tenga “derecho” a no comer. El derecho que tiene es el derecho a la alimentación, lo que ocurre es que, en este caso, como una forma de protesta social, no quiere ejercerlo. Igual en la educación, en donde quien no quiere estudiar por su propia voluntad no es que tenga “derecho a no estudiar”, sino que simplemente ha desistido de ejercer su derecho a la educación. Algo similar pasa con la vida: no es que haya un derecho a morir, sino una persona que ya no quiere ejercer el derecho a la vida. Este razonamiento desvirtúa la existencia de un “derecho a morir” que ampare la eutanasia, mas no termina desbaratándola, ya que podría decirse entonces que la eutanasia se basa no en un “derecho a morir”, sino en el deseo de una persona de no querer seguir ejerciendo ese derecho, con lo cual la discusión sigue en pie.”⁶⁰

⁵⁸ De La Fuente – Hontanón, Rosario. (2021). La Eutanasia: ¿Existe un derecho a morir? El caso de Ana Estrada. Gaceta Constitucional (157), p. 43-44. Revisado en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4775/Eutanasia_existe_derecho_morir_caso_Ana_Estrada.pdf

⁵⁹ Revisado en: <https://www.revistamision.com/7-argumentos-en-contra-de-la-eutanasia/>

⁶⁰ Cárdenas Krenz, Ronald. (2021). “Eutanasia. Poniendo las cosas sobre la balanza”. Gaceta Constitucional; p.4. Revisado en:

https://www.researchgate.net/publication/351942701_Eutanasia_Poniendo_las_cosas_sobre_la_balanza



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

5. En relación a la despenalización de la Eutanasia en el Derecho Comparado:

a) Colombia. La despenalización de la eutanasia en Colombia con la Sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional, que originó un resultado de la transformación socio-política, jurídica y cultural que se inició en la década de mil novecientos noventa luego de la adopción de una nueva Constitución Política en mil novecientos noventa y uno. La Corte Constitucional basó su decisión en los principios constitucionales de dignidad humana, respeto por la autonomía y solidaridad. Adicionalmente, la falta de un marco legal adecuado que persistió por años, hizo que la práctica de la eutanasia quedara en una zona gris hasta que la misma Corte Constitucional produjo un nuevo fallo en el año dos mil catorce (Sentencia T-970) en el que reafirmó el derecho de los ciudadanos a solicitar la eutanasia al sistema de salud, y llevó al Ministerio de Salud y Protección Social a elaborar guías para la provisión de este servicio y cómo deben proceder con los pacientes e instituciones de salud.⁶¹

b) Estados Unidos de Norteamérica. Setenta millones de estadounidenses de diez Estados tienen acceso a la muerte asistida (California, Colorado, Distrito de Columbia, Hawái, Montana, New Jersey, New México, Oregón, Vermont, y Washington). Una ley de muerte con dignidad rige en Oregón, Washington, Distrito de Columbia y Maine; en California y Colorado existe una Ley de opción a terminar la vida; en Vermont se llama de "elección del paciente y control al final de la vida"; en Hawái se aplica una norma denominada Nuestro cuidado, nuestra elección; por último, en Nueva Jersey, su nombre es de "ayuda para morir para los enfermos terminales". Son leyes de suicidio asistido que se aplican cuando la supervivencia esperada es de seis meses o menos. Al menos otros diecinueve Estados están estudiando aprobar normas parecidas.⁶²

⁶¹ Diaz Amado, Eduardo (2020). La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas. Revisado en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200010

⁶² Linde, Pablo. (19 de febrero de 2020). "La muerte asistida es legal en ocho países". El País. https://elpais.com/sociedad/2020/02/19/actualidad/1582115262_135029.html



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

c) Canadá. Comenzó un proceso en el año dos mil catorce, cuando Quebec aprobó una Ley sobre los cuidados al final de la vida. Al año siguiente el Tribunal Supremo insta al Legislativo hacer una norma, algo que sucede en el año dos mil dieciséis. Esta ley permite la eutanasia a mayores de edad, conscientes y competentes, con una enfermedad, discapacidad o afecciones graves e incurables, un declive avanzado de capacidades y sufrimiento físico o psíquico imposibles de aliviar.⁶³

d) España. El Parlamento español aprobó definitivamente el dieciocho de marzo de dos mil veintiuno una ley para regularizar la eutanasia y el suicidio asistido, uniéndose a la lista de países que permitirán a un paciente incurable recibir ayuda para morir y evitar su sufrimiento. La norma prevé que toda persona con "enfermedad grave e incurable" o padecimiento "crónico e imposibilitante" pueda solicitar ayuda para morir y así evitarse "un sufrimiento intolerable". Se imponen estrictas condiciones, como que la persona, de nacionalidad española o residente legal, sea "capaz y consciente" al hacer la petición, que debe formular por escrito "sin presión externa" y repetir quince días más tarde.⁶⁴

e) Holanda. En el año dos mil doce fue el primer país del mundo en legalizar la eutanasia. Está permitida tanto la eutanasia como el suicidio asistido, con una edad mínima de doce años. Es necesario un "sufrimiento inaguantable sin perspectiva de mejora". Para aplicarlo es obligatorio que un médico informe al paciente sobre el diagnóstico y el pronóstico, y que se consulte a otro facultativo que corrobore que se cumplen los requisitos.

Si existe sufrimiento psicológico ha de intervenir un tercer médico o un psiquiatra.⁶⁵

f) Bélgica. Aprobó la eutanasia en el año dos mil dos, junto a una ley de cuidados paliativos y otra sobre derechos de los pacientes. El requisito es un sufrimiento físico o mental insostenible. En caso de los niños, deben estar en estado terminal. La norma no distingue entre eutanasia y suicidio

⁶³ Ídem

⁶⁴ España Legaliza la Eutanasia y el Suicidio Asistido. Ver: <https://www.dw.com/es/espa%C3%B1a-legaliza-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido/a-56914690>

⁶⁵ LINDE, Pablo. Óp. Cit.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

asistido. Asimismo, **es necesario que dos médicos lo aprueben**. El facultativo debe dejar un pasar un mes desde la petición hasta la realización de la eutanasia.⁶⁶

g) Luxemburgo. Aprobó en dos mil nueve una Ley de cuidados paliativos, eutanasia y suicidio asistido. Se puede aplicar solo a mayores de dieciocho años con una enfermedad incurable que conlleve un dolor insoportable y constante sin esperanza de mejora.⁶⁷

6. Como podemos apreciar, algunos países han optado por despenalizar la eutanasia ya sea por la vía legal o jurisprudencial, en casos de enfermedades graves e incurables o en fases terminales que generen un sufrimiento ya sea físico o mental insoportable en la persona que la padece, sin esperanzas de mejora, a efectos de salvaguardar la dignidad y autonomía humana.
7. Sobre el derecho a la dignidad, nuestra Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, consagra en su artículo primero, como principio rector, que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son fines supremos de la sociedad y del Estado y sobre el cual gira la interpretación de todo nuestro ordenamiento jurídico.
8. Por su parte, el artículo 22° de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”, de ello se aprecia que la garantía por parte del Estado de la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales es indispensable para garantizar la dignidad y libre desarrollo del ser humano; en esa línea la Convención Americana sobre Derechos Humanos también garantiza el reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona en su artículo 11°.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

9. A su vez, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2101-2011-PATC, haciendo referencia al derecho a la dignidad ha sostenido lo siguiente:

4. Que el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha manifestado respecto del derecho invocado que:

“[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos” (STC 10087-2005-PA, fundamento 5).

“[...] la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, [...], también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica [...]” (STC 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9).

10. De ello se puede establecer que, la dignidad humana como principio no solo actúa como criterio interpretativo, sino también como criterio para determinar el contenido esencialmente protegido de los demás derechos y como criterio limitador de las actuaciones del poder público y aún de los particulares; mientras que como derecho fundamental permite a las personas exigir su tutela y protección; pero además, la dignidad también es un valor y como tal hace referencia al elemento ontológico de la naturaleza del ser al tratarse de una condición inherente al mismo y al libre desarrollo de la personalidad.
11. En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional refiere que este implica que en el transcurrir de la vida la persona vaya formándose en valores o principios que den lugar a la generación de un propio cúmulo de criterios e ideas. El Estado Constitucional de Derecho resguarda que el forjamiento de la propia conciencia no conlleve perturbación o imposición de ningún orden, ni siquiera de aquellos postulados éticos o morales que cuenten con el más contundente y mayoritario apoyo social, pues justamente, una condición intrínseca al ideal democrático lo constituye el garantizar el respeto de los valores e ideas de la minoría.
12. **Evolución de la enfermedad de la ciudadana Ana Milagros Estrada Ugarte.**

Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, resulta pertinente analizar la situación concreta de la enfermedad y el estado actual de la salud de Ana Estrada.

Al año dos mil veintiuno.

Ana Estrada, actualmente de cuarenta y cinco años de edad, conforme al contenido de la demanda presentada por la Defensoría del Pueblo, ha sido diagnosticada de Polimiositis. Esta enfermedad dio sus primeros



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

brotos cuando ella tenía doce años luego de ser evaluada por varios especialistas.

A los catorce años se le diagnosticó, en un primer momento, dermatomiositis, una enfermedad que afecta sus músculos y, en parte, a la piel. El diagnóstico requirió de exámenes y procedimientos médicos invasivos como biopsias de músculos hasta en tres oportunidades. Cuando fue sometida a biopsia muscular, señala que fue su primera experiencia de dolor e invasión a su cuerpo, en los siguientes términos:

“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 catorce años y todo revuelto [...]”.

Lo que siguió fue una lenta progresión de sus síntomas musculares y a los veinte años la debilidad muscular empezó a interferir con su capacidad de movilizarse, obligándola a usar una silla de ruedas, debido a que sus piernas ya no le respondían. Ella ha recibido varios tratamientos para este tipo de enfermedad, incluso cursos de medicación, como corticoesteroides (prednisona), azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros. A pesar de estos intentos de tratamientos, la enfermedad continuaba en su progresión.

Para buscar solución a su problema, Ana Estrada acudió al National Institute of Health en Bethesda, Estados Unidos, donde confirmaron lo que decían los especialistas locales, aparte de recomendarle un tratamiento con inmunoglobinas. No se podía hacer más por ella.

En los años siguientes y, tras suspender los intentos de tratamientos a falta de respuesta, la enfermedad de Ana Estrada siguió progresando, como refiere el Informe médico del doctor Gonzalo Gianella:

“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). Así, desde el dos mil quince, Ana empezó a tener molestias respiratorias, con problemas frecuentes de acumulación de secreciones respiratorias; en julio de ese año, Ana desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

durante seis meses, fue una experiencia muy dolorosa para ella, al punto que hoy ni siquiera quisiera regresar y vivir una situación similar.”

Durante ese periodo, Ana Estrada, tuvo diversas complicaciones de infecciones respiratorias, comunes a estos casos, y recibió antibióticos y cuidados con medidas invasivas para mantenerla con vida. Entre ellas, 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. Ana Estrada recuerda los meses que vivió en cuidados intensivos y cuidados intermedios en el Hospital Rebagliati como una experiencia traumática y dolorosa:

“Estuve tres días en esa clínica, pero no tenía seguro privado y me trasladaron al Hospital Rebagliati. Lo que siguió a eso fue la peor etapa de mi vida. Después de estar quince 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 tres meses en UCI y tres más en UCIN. Cada día en ese lugar, cada minuto de dolor, cada ataque de pánico, cada alucinación visual y auditiva, 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”.

En su blog –conforme se refiere en la demanda presentada por la Defensoría del Pueblo– ella relata un episodio referido al tratamiento que recibía de parte del personal de salud en aquel hospital, de la siguiente manera:



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

“[...] el baño se convertía 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 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 tiene 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. Firma”.

A **inicios del año dos mil dieciséis**, Ana Estrada fue trasladada de cuidados intermedios del Hospital Rebagliati a su casa, donde su padre, en su representación, firmó un documento donde aceptaba los riesgos que derivan de ello, entre los cuales destacan la infección respiratoria-neumonía-broncoaspiración, repetición-traqueitis, infección del sotoma de la traqueostomía, entre otros.

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 dieciocho de julio de dos mil quince y regresó un pedazo de piel con huesos de treinta y cinco kilos con la cabeza rapada, era casi un cadáver. Entré a mi apartamento y estaban mi madre con cinco personas desconocidas sonriendo y dándome la bienvenida. Sentí que algo no estaba bien. Hubo descoordinaciones, 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



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

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”.

La estadía de Ana Estrada en casa, bajo este sistema de cuidados domiciliarios, no ha estado exenta de problemas. Su historia clínica 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 período, Ana cuenta que la debilidad aumenta y ha requerido en ocasiones ayuda para alimentarse haciendo uso más frecuente de la sonda de gastrostomía.

Sobre la necesidad de usar el respirador artificial, desde su llegada a su casa, Ana Estrada Ugarte requiere usar este dispositivo a diario. Con variaciones, puede estar varias horas al día respirando sin ayuda (de cuatro a seis horas como máximo). El resto del tiempo 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 dolor”.

La condición médica de Ana Estrada es el de una persona con una avanzada enfermedad muscular, que ha limitado su capacidad motora, que afecta su respiración de manera significativa y de modo intermitente su deglución.

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 ha mantenido estable en los últimos doce meses.

El pronóstico de Ana Estrada es complejo. Su necesidad de ayuda es imprescindible y es altamente probable que su enfermedad empeore y



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

requiera en el futuro mayor ayuda para la satisfacción de sus necesidades básicas. Asimismo, su necesidad para alimentarse por medio del uso de la sonda será 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.

Respecto de la voluntad de Ana Estrada, ha señalado que frente a la evidente progresión de su enfermedad y a la ausencia de tratamientos para mejorarla, ha solicitado tener el control del final de su vida, a fin de ejercer su derecho a la dignidad al momento de su 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 inhumanos; ella señala lo siguiente:

"[...] les diré de mi deseo de morir porque llevo tres 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 mi historia, 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 final 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".

El proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe (como respiradores, sondas, etcétera) y llegará un momento en el que estas serán insuficientes para mantenerla con vida. 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.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Sobre el aspecto psicológico, tenemos que según acta de constatación de hechos y de referencia, ante notario de Lima, de fecha diecisiete de enero de dos mil veinte, de folios tres, la Psicóloga Ruth Kristal Mitasten de Burstein, con registro del Colegio de Psicólogos del Perú N° 3257, refiere que Ana Estrada fue su paciente, y que ha estado en terapia psicoanalíticamente orientada de dos veces por semana durante muchos años en los que estuvieron analizando justamente todo el problema de su enfermedad, las posibilidades de luchar por su vida, han buscado juntas alternativas de tratamiento, posibilidades de salir adelante. Durante la época que ha estado en terapia, ella viajó a Washington, buscando alternativas, se contactaron con Israel, con Universidades y médicos especializados buscando alternativas en terapia. Consiguieron terapia, estos tratamientos que nos sugirió Israel se aplicarán en el Hospital Almenara, le brindaron este tratamiento que está dirigido a detener la progresión de la enfermedad y trabajaron mucho el tema de la posibilidad de la muerte, entre otros temas. Indica también que Ana Estrada no sufre de salud mental, que tiene plena capacidad para tomar decisiones sobre su vida, que sus funciones mentales superiores, su juicio y criterio de la realidad están conservados, que no está influenciada por terceros, y que ratifica que la decisión de Ana Estrada, es una decisión que no es de impulso o que responde a una situación transitoria, sino que es producto de una reflexión ponderada.

En el Informe Médico de folios treinta y uno, se señala que Ana Estrada está actualmente ubicada en el tiempo, espacio y persona y sus funciones mentales superiores, como estado de consciencia, memoria, atención, concentración, juicio y capacidad de abstracción están perfectamente conservadas, al igual que su criterio de realidad y capacidad de discernimiento, como también lo ha podido constatar directamente este Colegiado Supremo durante su participación en la Audiencia de Vista de la Causa, en la cual informó sobre hechos, e incluso respondió a las preguntas que se le hicieron en forma coherente.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Al año dos mil veintidós.

El diecisiete de enero de dos mil veintidós, se llevaron a cabo los informes orales programados ante esta Sala Suprema, fecha en la que se recibió el Informe de Hechos de la ciudadana Ana Estrada, efectuado en forma virtual (google meet) desde su domicilio y postrada en una cama clínica; oportunidad que se le formuló preguntas aclaratorias en forma directa y que considero **constituyen declaraciones asimiladas ante autoridad judicial competente, conforme al artículo 221° del Código Procesal Civil.**

Minuto 12.50

“Buenos días señores magistrados, doctor defensor del pueblo Walter Gutiérrez, buenos días a todas y a todos los que me están escuchando, agradezco la oportunidad que me brindan de intervenir en esta audiencia el día de hoy. Hace un año me presenté ante el Onceavo Juzgado Constitucional para contar mi historia y mi lucha por el derecho a la muerte digna, hoy a diferencia de ese entonces me cuesta más esfuerzo poder hablar, paso más tiempo en cama y conectada a un ventilador, es decir mi salud se ha ido deteriorando en este tiempo. En febrero del año pasado, tal como lo dice el defensor, se reconoció mi derecho a través de un fallo que ordenó que se respete mi voluntad cuando yo decida acceder a la eutanasia, pero además resolvió que no se aplique el delito de homicidio piadoso para mi caso pues este resulta incompatible con mi derecho a decidir sobre mi vida, mi autonomía y mi dignidad, creo señores magistrados que de acuerdo a las circunstancias de cada uno, solo la persona sabe hasta dónde puede tolerar sufrir y hasta donde sus condiciones ya no son dignas tanto la dimensión del sufrimiento como la noción de vida digna es única y absolutamente personal, por eso el derecho a la muerte digna considero que gira sobre el eje de la autonomía y la libertad de cada uno, en mi caso, esa es mi decisión, reconocerme este derecho me permitirá también sobrellevar de mejor manera el deterioro inevitable de esta enfermedad, teniendo la tranquilidad de que la decisión sobre mi cuerpo y mi vida me pertenecen, por eso, con el mayor respeto que se merecen les solicito que den conformidad a lo resuelto por el fallo del Onceavo Juzgado Constitucional y además consentido por la no apelación de las tres instancias demandadas. Muchas gracias.”

En relación a los cuidados paliativos, y cuando el señor Presidente de la Sala Suprema se encontraba en el uso de la palabra, la ciudadana Ana Estrada expresó:



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Minuto 26.22

“...los cuidados paliativos son muy importantes, creo que se deberían dar y son parte también de una serie de elementos y de recursos y de herramientas que necesitan muchos pacientes en el Perú y en el mundo entero; en mi caso, yo ya cuento con los cuidados paliativos, que en todo caso necesito para mi enfermedad, yo estoy actualmente eh, digamos hospitalizada en casa, yo tengo esa condición, tengo asistencia de personal de EsSalud, no hay más que se pueda hacer en mi caso, no hay tratamiento médico, es decir, creo que para algunas otras enfermedades como dije en mi primera intervención, cada historia es única, cada circunstancias es única, yo he evaluado esto durante muchos años durante mucho tiempo y considero que en ningún momento he dicho que no estoy conforme con lo que hasta ahorita se me ha brindado de acuerdo a la atención médica, eso no es así, sino que lo que yo estoy solicitando es mi derecho a decidir en el momento que yo necesite acceder a la eutanasia, es un procedimiento y es un recurso que solamente en este caso solo sería para mí, la no aplicación del homicidio piadoso solo y absolutamente para mi caso, eso es lo que quería comentar gracias.”

Cuando el señor magistrado Supremo Bustamante Zegarra, se encontraba en el uso de la palabra, la ciudadana Ana Estrada expresó:

Minuto 51.52

“...después de treinta años de enfermedad progresiva (...) la polimiositis es una enfermedad bastante rara e incluso en cada caso es diferente, yo ya cuento con los soportes vitales si se quiere de un respirador mecánico, estoy conectada la mayor parte del día como decía las veinticuatro horas con el respirador, pero con el tiempo esto se va ir agravando y el sufrimiento obviamente será mayor, yo lo que quiero y lo que solicito es tomar el control de mis decisiones, yo entiendo que para otro tipo de enfermedades, el soporte vital, como por ejemplo el conectarse o estar conectados a una maquina podría evitar el sufrimiento, pero en mi caso no, mi enfermedad no es así, yo ya estoy conectada a una ventilador la mayor parte del día, para poder hablar ahorita, he tenido que descansar, me estoy tapando la tráquea por momentos, me la destapo cuando ustedes intervienen, entonces esto que estoy haciendo ahorita, no lo voy poder hacer de repente de aquí en un tiempo, por eso es que solicito y quiero reiterar por favor que, yo no estoy pidiendo morir o que me dejen morir, yo lo que estoy pidiendo es tomar el control de mi voluntad, de mi autonomía y de mis decisiones.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Cuando el señor magistrado Supremo Yaya Zumaeta, se encontraba en el uso de la palabra, la ciudadana Ana Estrada expresó:

Minuto 1:10

“...yo quisiera transmitir también lo que estableció el médico que sí conoce mi historia y que sí sabe de todo mi historial médico, él entiende sobre la polimiositis, es un médico intensivista y muy bien él estableció en el informe, que este dolor y el sufrimiento es de acuerdo a cada persona y que no es la decisión siquiera del mismo médico, ni de la familia, ni del entorno más que del mismo sujeto en este caso sería de mi decisión, entonces ya desde hace un rato están hablando acerca del sufrimiento físico pero lo que yo quiero apuntar nuevamente es que no se trata del dolor físico (...), se trata de un derecho, de mi derecho a mi autonomía de que yo tenga el control de mi tiempo y de mis decisiones, entonces como dice el Defensor Walter Gutiérrez no solo se trata de cuantos cuidados Paliativos me puedan ofrecer para poder paliar o aliviar mi enfermedad, se trata de la conciencia que yo tenga con respecto a mi vida, la vida señores magistrados no es solamente biológica, es biográfica, entonces por eso es que yo hago esta campaña por mí, absolutamente por mi historia, no estoy haciendo ni se ha pretendido nunca hacer una apología o que esto se expanda a otros ámbitos legislativos, se trata solamente de mi historia y el dolor siempre va a ser subjetivo, siempre único y personal, yo ya cuento con un entorno emocional, con un entorno familiar, médico, tengo todas las atenciones que podrían decirse son ya cuidados paliativos, tengo también el desarrollo todavía mental y creativo de poder seguir de acuerdo a mis limitaciones físicas, poder seguir desarrollándome y eso es lo que estoy haciendo, por eso es que a veces puede sonar contradictorio que yo esté luchando por mi derecho a la muerte digna y a la vez tenga ganas de vivir porque de esto se trata la vida, de mi vida en libertad, gracias.”

Cuando la suscrita se encontraba en el uso de la palabra, la ciudadana Ana Estrada expresó:

“A mí me diagnosticaron entre los 12 y 14 años la enfermedad de polimiositis, es una enfermedad autoinmune, degenerativa y progresiva entonces con los años fui perdiendo fuerza muscular, más o menos a la edad de veinte años comencé a usar poco a poco la silla de ruedas, cada vez más tiempo y así pude terminar la universidad como usted dice y gracias a todos por felicitarme por los logros profesionales, sin embargo, en el 2015, mi enfermedad avanzó y comprometió los



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

músculos respiratorios y fue así que terminé en cuidados intensivos por seis meses, me entubaron, no pude salir de la entubación, me practicaron traqueostomía, también tengo una gastrostomía, después de esos seis meses me trajeron a casa, bajo un programa de hospitalización a domicilio, que brinda Essalud, actualmente estoy bajo el cuidado de personal de Essalud, y como ya he dicho hace un momento, estoy la mayor parte de tiempo, del día, conectada al respirador médico, para que me salga la voz en este momento, me tengo que tapar la tráquea, y es así que sale la voz, entonces si bien toda esta historia y estos treinta años de enfermedad han sido difíciles, ir adaptándome cada vez a una nueva limitación física, lo que ha quedado íntegro, e incluso mucho más desarrollado en mí con el tiempo y con los años ha sido mi lucidez y mi conciencia mental y emocional incluso, entonces esa ha sido mi historia, yo creo que no hubiera tenido la fuerza suficiente para poder llevar todo esto a cabo y estar frente a ustedes, si yo no fuera consciente de lo que me espera, mi enfermedad al ser una enfermedad rara, no es una enfermedad terminal, no es por ejemplo un cáncer en estadio bastante avanzado que podría ahí sí intervenir cuidados paliativos, mediante una sedación y que la persona esté dormida y esperar así que no sufra y poder morir en paz, en ese caso creo que sí, los cuidados paliativos son vitales y son fundamentales y se tiene que desarrollar muchísimo aquí en el país, en mi caso, no puede ser así, yo ya tengo los recursos que el doctor Rey está mencionando, todos estos que usted describe, si a mí en algún momento que no sé cuándo sería, me dan una sedación, yo solamente estaría dormida y yo me pregunto, ¿eso sería una muerte digna para mí? O sea ¿estar dormida cuántos años?, ¿cuánto tiempo?, esté produciéndome escaras en el cuerpo, que mi familia también sufra por verme así, no lo sé, entonces, por eso es que yo, evaluando todo mi historial, conversando con mi médico y sobre todo con mi familia, tomé la decisión de luchar por mi derecho a elegir y tomar el control de mi vida y de mi tiempo, vuelvo a repetir los tiempos doctor Rey y magistrados no son iguales para todos los pacientes, no lo son, son absolutamente subjetivos y por eso en este caso, la solicitud de despenalizar el artículo 112 del Código Penal es absolutamente para mí, cuando yo lo decida, no sé cuántos años pasen para que yo tome la decisión de acceder a la eutanasia pero repito, no se trata, lo que yo siempre he transmitido, es que no se trata de querer morir”.

Asimismo, al preguntarle la suscrita a la ciudadana Ana Estrada ¿si el avance de la enfermedad le genera temor y sufrimiento emocional que denigra de alguna manera su dignidad? respondió:



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Minuto 1.38.05

“Exactamente de eso se trata, usted lo ha dicho muy bien, se trata de la dignidad, entonces si esta enfermedad va a seguir avanzando como lo está haciendo, va a llegar un momento - que no sé cuándo será - pero que sí me va a afectar físicamente, psicológicamente y emocionalmente y va a llegar un momento en que no lo voy a poder resistir”.

13. En tal contexto, como se puede advertir, las declaraciones asimiladas de la ciudadana Ana Estrada, (art. 221° del Código Procesal Civil) no hacen más que reafirmar su invocación al respeto de su derecho a la dignidad, en su vertiente a la libre autodeterminación y libre desarrollo de su personalidad al momento de morir, cuando se encuentre su enfermedad en fase terminal.

14. Fundamentos adicionales en torno al test de proporcionalidad para el caso concreto de la ciudadana Ana Estrada.

En cuanto al test de proporcionalidad, concuerdo con lo indicado en la ponencia del señor magistrado Supremo Bustamante Zegarra, a lo que puedo agregar que, el homicidio piadoso regulado por el artículo 112° del Código Penal, es estimado por el propio Estado -de alguna manera- como un atenuante, en la medida que considera que no es lo mismo matar por piedad a un enfermo incurable que por otros tipos de móviles o circunstancias, es decir, reconoce que la existencia de la vida no es igual a la calidad de vida.

15. Como sostiene Luis Miguel Reyna Alfaro, “La vida constituye un bien jurídico disponible sobre la base de la identificación de la libertad como un valor superior al modelo constitucional y de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social y desde esta perspectiva el deseo a la vida no puede ser interpretado en contraposición de la idea de dignidad de la persona, autonomía de la persona y su derecho a la libertad, además que la configuración constitucional del derecho a la vida, no se limita a reconocer el derecho a vivir en términos estrictamente biológicos; sino que corresponde las condiciones de vida y constituye, además, una contradicción total con la existencia de supuestos



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

reconocidos constitucionalmente de disposición de la vida por parte del Estado, como la pena de muerte en casos de traición a la patria durante guerra exterior. (...) Jakobs, refiere que el Estado no solo debe garantizar la subsistencia de la vida, sino también su calidad, en clara alusión a la dignidad como contenido inmanente al ser humano”.⁶⁸ En tal sentido, concuerdo que, efectivamente la función del Estado no se puede limitar a reconocer la vida solo desde un aspecto biológico, sino que, al ser la persona un ser social por naturaleza que se desenvuelve dentro de determinado entorno social, esta tiene proyectos, expectativas, anhelos, en general determinado plan de vida, que no se limita a subsistir sino a hacerlo en condiciones de dignidad y respeto, por lo que, es función del Estado también velar por garantizar la calidad de vida en todas las etapas de esta.

16. Bajo esa línea, podemos establecer que a través del tipo penal materia de análisis se busca, respecto al sujeto pasivo (Ana Estrada), acabar con el dolor y sufrimiento de su enfermedad incurable en aras de avalar su derecho a la dignidad, dado que para ella, la continuación en tal estado no le garantizaría el libre desarrollo de su personalidad, además, con tal supuesto se pondera su libre determinación, pues, se requiere de una solicitud expresa y consciente; y por el lado del sujeto activo, se busca que aun cuando actúe con dolo y su móvil sea la piedad, no reciba sanción penal, por lo que debe de eximirse de responsabilidad al sujeto agente (personal médico y sanitario), dado que, aquella constituye un obstáculo al ejercicio de su dignidad, en su vertiente al derecho de libre determinación de Ana Estrada, cuando se encuentre en situación terminal de su enfermedad. Debe resaltarse que si bien, la norma penal inaplicada al presente caso concreto se refiere solo a la responsabilidad penal, resulta importante hacer referencia también a las responsabilidades civil y administrativa que se pudieran generar al estar vinculadas al mismo

⁶⁸ Reyna Alfaro, Luis Miguel. (2009). Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano. Boletín mexicano de derecho comparado, 42(124), 235-251. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100008&lng=es&tlng=es.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

hecho, aplicando el mismo razonamiento para la exención de la sanción penal, por lo que, el sujeto activo en este caso concreto (personal médico o sanitario) también deben ser exonerados de aquellas responsabilidades.

17. En este caso específico, para la ciudadana Ana Estrada, su derecho a la vida no debe entenderse como tener derecho a su simple existencia, sino que pueda gozar de todos los derechos y ser siempre un fin en sí mismo, que pueda proyectarse y cumplir su plan de vida, dentro de su condición, sin que terceras personas tomen decisiones por ella, sin permitirle elegir y expresar su voluntad, toda vez que, la enfermedad que padece es irreversible, progresiva e incurable y le genera - además del sufrimiento emocional - dolor físico, que cada vez será más intenso y grave, también insoportable e intolerable; y si bien existen los cuidados paliativos – que incluso ya los viene recibiendo – para la citada ciudadana, cuando se encuentre en fase terminal de su enfermedad, dichos cuidados paliativos se convertirían en un impedimento del ejercicio de su derecho a su dignidad, (libre autodeterminación y libre desarrollo de su personalidad), descartándole su vida biográfica, conforme lo ha manifestado en su informe de hechos, decisión que considero se debe respetar.
18. Si bien el proceso de morir es parte de la vida y al final es un hecho definitivo en todos los seres humanos y en algún momento de nuestras vidas sucederá; para la ciudadana Ana Estrada el proceso de morir es latente cada día de su vida, y este proceso ha resultado penoso, doloroso (tanto emocional como físico) e insoportable, pues desde que era adolescente, su cuerpo se fue deteriorando físicamente, debiéndose tomar en cuenta su respuesta a la pregunta formulada por la suscrita en el informe de hechos, cuando se le pregunta si el avance de su enfermedad le genera temor y sufrimiento emocional y que siente que denigra de alguna manera su dignidad; respondiendo: en el minuto 1.38.05:

“Exactamente de eso se trata, usted lo ha dicho muy bien, se trata de la dignidad, entonces si esta enfermedad va a seguir avanzando como lo está haciendo, va a llegar un momento - que no sé cuándo será - pero



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

que sí me va a afectar físicamente, psicológicamente y emocionalmente y va a llegar un momento en que no lo voy a poder resistir”.

- 19.** Asimismo, debo agregar que, a diferencia de lo indicado por el juez constitucional de primera instancia, no se puede sostener que exista “un derecho a la muerte” porque la muerte constituye el final natural del ciclo de la vida, entendida como la existencia biológica de un ser humano y que constituye un hecho inexorable, por el cual transitaremos todas las personas; sin embargo, en este caso concreto **lo que peticiona la ciudadana es el derecho a su dignidad al momento de morir como parte del derecho de la autodeterminación y libre desarrollo que acompaña al ser humano durante todo el periodo de su existencia,** que incluye la voluntad del paciente de disponer de su propia vida en ejercicio de su libertad y autodeterminación y conforme a su proyecto de vida.
- 20.** Finalmente, examinar el procedimiento de la eutanasia en el caso de la ciudadana Ana Estrada, implica necesariamente, analizar la Constitución Política del Estado, en la cual se da un énfasis especial a la defensa de los derechos fundamentales y dentro de ellos, a la dignidad y al libre desarrollo y todo lo que ello conlleva; más aún si la dignidad humana es el principio que da fundamento o sustento a todos los derechos con rango constitucional.

S.S.

YALÁN LEAL

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO QUISPE SALSAVILCA CON LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES Y PROPIOS ES POR ADHERIRSE AL VOTO DEL PONENTE SEÑOR JUEZ SUPREMO BUSTAMANTE ZEGARRA POR APROBAR EN PARTE LA SENTENCIA CONSULTADA CON LOS TÉRMINOS SIGUIENTES:

El Señor magistrado que suscribe expresa que coincide parcialmente con los fundamentos y decisión de la ponencia del Señor Juez Supremo Bustamante



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Zegarra; sin embargo, discrepa con **los términos del protocolo de actuación y entendiendo que la aprobación de la sentencia se da teniendo como condición previa de su ejecución el seguimiento a tal protocolo, cuyo contenido parcialmente distinto desarrolla en su Voto,** considera pertinente realizar además de una redacción diferente, del Protocolo de actuación, modificaciones en la parte Considerativa de la Sentencia, los que se redactan a continuación, entendiéndose que los Considerandos y o acápites no mencionados los hace suyos, teniendo en cuenta el carácter complejo del caso concreto, su alta sensibilidad social y la sociedad diversa y pluricultural en la que convivimos. En suma, concuerda en el sentido de **APROBAR EN PARTE LA SENTENCIA CONSULTADA, en los términos siguientes:**

DÉCIMO QUINTO: INTERPRETACIÓN.

15.6. Derecho a la Vida y la Muerte.

(...)⁶⁹

La vida a diferencia de cualquier derecho subjetivo no es algo que merecemos o no, nadie ha merecido vivir para nacer sino todos hemos iniciado nuestra vida sin merecerlo como un “don” o una “gracia” en términos teológicos o “un absurdo” en términos del existencialismo humanista de Sartre, un misterio que causa asombro más allá de toda creencia o en palabras de Rawls de toda “doctrina comprensiva del bien” que afirme tal hecho, sea como recibimiento de la naturaleza, del Cosmos, o en palabras de la cosmovisión andina de la “Pachamama”, en palabras ateas o agnósticas la energía cocreadora del universo; de Dios, sea el monoteísta judaico o musulmán o el Trinitario del cristianismo o “algo” o “alguien” y que en una sociedad constitucional plural, los Tribunales en su neutralidad laica, no deben ni pueden afirmar o rechazar unilateralmente sino resaltar sus puntos más fundamentales como ética de la justicia mínima para definir lo exigible en sociedad como mínimo de justicia.

⁶⁹ El texto modificado es solo el octavo párrafo. Los dos párrafos siguientes del acápite 15.6 se mantienen igual.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

15.11. La “Buena Muerte” o Eutanasia.

(...)⁷⁰

Al respecto, existen posiciones polarizadas, unas a favor y otras en contra; sustentadas en valores éticos, morales, religiosos, filosóficos y también constitucionales y de bioética; y no sólo en el ámbito de la doctrina sino también en la Jurisprudencias de Estados nacionales y de Tribunales Internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH aunque no en la Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH ni en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y en las propias legislaciones internas de los países. Apreciándose al respecto una tendencia creciente a su reconocimiento regulado que sin embargo focalizado en los países más occidentalizados y modernos sigue siendo minoritaria a nivel global y aún en estos Estados no está cerca a la mayoría. Es así que la eutanasia actualmente es legal sólo en algunos países como Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Canadá, España, Portugal, Nueva Zelanda, Estado de Victoria en Australia y Colombia; mientras que el suicidio asistido en Suiza y en varios Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque todos estos países establecen diversos requisitos para poder realizar estas prácticas.⁷¹

⁷⁰ El texto modificado es solo el octavo párrafo. El párrafo noveno siguiente del acápite 15.6 se mantiene igual.

⁷¹ M.P. Carlos Gaviria Díaz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SV. Vladimiro Naranjo Mesa. SV. Hernando Herrera Vergara. AV. Eduardo Cifuentes Muñoz. AV. Jorge Arango Mejía y Carlos Gaviria Díaz. Así tenemos:

	España	Alemania	Países Bajos	Bélgica	Canadá	Nueva Zelanda	Colombia	Luxemburgo
Ley de Eutanasia/ Jurisprudencia	Ley Orgánica de Regulación de la Ley de Eutanasia entró en vigor en junio del 2021	El parlamento alemán aprobó en el año 2015 una ley que permite la eutanasia por causas altruistas y la prohíbe por motivos comerciales	La Corte Suprema Holandesa, en el año 1984 despenalizó la eutanasia en determinadas condiciones.	Ley de suicidio asistido aprobada en el año 2002	En el año 2015, la Corte Suprema de Canadá dictaminó suicidio asistido	La Ley denominada "End of Life Choice Act 2019" fue aprobada el 17 de octubre de 2020 vía referéndum y entró en vigor el 7 de noviembre del año 2021.	Sentencia C-237, del año 1997, de despenalización de la muerte asistida. En el año 2014, con la Sentencia T-970 se hace efectivo el derecho a la muerte.	En marzo del año 2009, la legislación regula los cuidados paliativos, así como la eutanasia y asistencia al suicidio.



Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

En qué casos es aceptado	Enfermedad en fase terminal o una dolencia irreversible con limitaciones en su autonomía física		Petición del paciente libre y voluntario. Este debe experimentar sufrimientos intolerables sin perspectiva de mejora. Es requisito consultar con colega independiente.	Ciudadanos mayores de 18 años		Ciudadanos mayores de 18 años que tengan enfermedad terminal con menos de seis meses de esperanza de vida y con discernimiento para tomar una decisión informada sobre la muerte asistida.	Enfermedad terminal que produce intenso sufrimiento.	Ciudadano mayor de edad, consciente y capaz para solicitar el pedido del suicidio asistido sin presiones externas y por escrito. Una comisión de control y evaluación es garante de la buena aplicación de esta norma.
Evolución		En febrero de 2020, la Corte Constitucional alemana censuró una ley del año 2015 que proscribía la asistencia al suicidio "organizado" por parte de médicos o asociaciones	La Ley denominada "The Termination of life on Request and Assisted Suicide Act" que entró en vigencia en abril del 2002. Se realizó cambios al Código Penal holandés, estableciéndose entre los requisitos que el enfermo terminal deberá contar con voluntad y presentar dolor insoportable.	Desde 2014, no hay límite de edad.	El Código penal fue modificado en junio de 2016 para hacer plenamente efectiva la sentencia en todo el país. Entre los requisitos se encuentra que la muerte sea razonablemente previsible.		Con la Sentencia T-544 del año 2017 se garantiza la muerte digna de niños y adolescentes. Finalmente, con la Sentencia C-233 del año 2021, se amplía el acceso a la eutanasia eliminando el requisito de terminalidad.	

Estados Unidos	California	Columbia	Hawai	Maine	Montana	Nueva Jersey	Nuevo México	Oregón	Vermont	Washington
Ley de Eutanasia/ Jurisprudencia	The End of life Option Act fue aprobada en octubre del año 2015 en el año 2016.	Ley Death with Dignity Act aprobada en el año 2016	Ley Care Our Choice en Hawái entró en vigencia en el año 2021	La Ley "The Maine Death with Dignity Act" fue aprobado en el año 2019	Se emitió una sentencia en el año 2009 acerca de su aceptación	La Ley de Ayuda Médica para Morir para Enfermos Terminales de Nueva Jersey entró en vigencia en el año 2019	Se aprobó a través de la 55TH Legislature-2021 - Chapter 132	Ley Oregon Death with Dignity Act es probada en el año 1994 y entra en vigencia en el año 1997.	En el año 2013 entró en vigencia la Ley de control y elección del paciente para el final de la vida.	Ley denominada "The Washington Death with Dignity Act" se aprobó en noviembre del año 2008 y entró en vigencia en mayo de 2009,
En qué casos es aceptado	Para ciudadanos residentes mayores de 18 años a más con enfermedad terminal (menos de los seis meses de vida) Que manifiesten su voluntad de recepción del fármaco. Deben presentar una solicitud suscrita por la propia persona diagnosticada con la enfermedad terminal.	Para ciudadanos residentes mayores de 18 años a más con enfermedad terminal (menos de los seis meses de vida)	Para ciudadanos residentes con enfermedad terminal	Para ciudadanos residentes mayores de 18 años a más con enfermedad terminal (menos de los seis meses de vida) Que manifiesten su voluntad de recepción del fármaco. Deben presentar una solicitud suscrita por la propia persona diagnosticada con la enfermedad terminal.	No hay impedimento para el suicidio asistido	Para ciudadanos residentes con enfermedad terminal	Para ciudadanos residentes mayores de 18 años a más con enfermedad terminal (menos de los seis meses de vida)	No hay impedimento para el suicidio asistido	Para ciudadanos residentes mayores de 18 años a más con enfermedad terminal (menos de los seis meses de vida)	Para ciudadanos residentes del Estado a partir de 18 años, con capacidad física y mental para auto administrarse el fármaco debidamente confirmado a por personal médico, con menos de seis meses de vida.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

DÉCIMO SÉTIMO: DESIGNACIÓN DE APOYOS, SALVAGUARDIAS Y DECLARACIONES ANTICIPADAS DE VOLUNTAD EXPRESADAS POR ANA ESTRADA UGARTE.

(...)⁷²

17.3. En consecuencia, se aprecia en principio que Ana Estrada Ugarte, en ejercicio de los derechos de autodeterminación del paciente y de autonomía de la voluntad y con la facultad que le concede la Ley General de Salud N° 26842, ha expresado en forma libre, consciente e informada su voluntad de cómo actuar cuando su estado de salud sea crítico y se encuentre en una etapa terminal de su existencia; sin embargo, dada las características únicas del acto de morir hay que resaltar los problemas específicos y únicos de este acto debiendo señalarse lo siguiente: **i)** El acto si bien es revocable antes de su ejecución una vez realizado es irreversible, no da a la posibilidad de una acción de nulidad o ineficacia o de saneamiento por evicción o vicios ocultos, en esto tiene la similitud con el extinto matrimonio indisoluble institución que ha sido erosionada precisamente desde las concepciones liberales de las doctrinas comprensivas del bien que fortalecen la autonomía y esto es así por cuanto el acto de morir autónomo se presenta simultánea y paradójicamente como un acto de libertad agrediendo precisamente la base fáctica (la vida) en la que emerge la libertad humana misma; **ii)** El acto objeto de decisión lleva la imposibilidad fáctica de un conocimiento plenamente informado, del significado y trascendencia del acto, por cuanto la voluntad autónoma de esta decisión no puede conocer el contenido de esta experiencia única en la vida de la que nadie ha regresado, su contenido se ubica así más allá de la ciencia y solo es abarcable desde una “doctrina comprensiva del bien”, que se asume como un sistema de creencias desde una convicción o postulado íntimo, respetable que se anida en el interior de cada ser humano que se sostiene en una “fe” o una “apuesta”⁷³ en el sentido pascaliano del término. Estas particularidades del acto objeto de decisión llevan al mismo tiempo que valorar la voluntad férrea y constante de un ser humano ser consciente de la imposibilidad de un consentimiento pleno por la naturaleza del acto, así como

⁷² El texto modificado del Considerando Décimo Séptimo es solo este acápite 17.3 que es de un solo párrafo.

⁷³ Nos referimos al Pensamiento III, §233 de la célebre obra de Blas Pascal Pensamientos.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

asumir su carácter paradójico de expresión y ataque simultáneo de la libertad; razón por la cual las mencionadas declaraciones anticipadas no son suficientes realmente -si bien lo son nominalmente- para constituir por sí solas una expresión válida del consentimiento informado para este acto irreversible y de naturaleza incierta en su significación y trascendencia.

DÉCIMO OCTAVO: TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA EL CASO CONCRETO DE ANA ESTRADA UGARTE.

18.5. Examen del Subprincipio de Necesidad.

(...)⁷⁴

Sin embargo, en el caso concreto de Ana Estrada Ugarte, la misma ha reconocido que actualmente recibe cuidados paliativos por parte del Estado, para poder sobrellevar su enfermedad, que está satisfecha y agradecida con ellos; pero que, en ejercicio de su derecho de autodeterminación del paciente y autonomía de la voluntad, conforme a sus Declaraciones Anticipadas, desarrolladas en el Décimo Séptimo Considerando de la presente resolución y lo expresado por Ana Estrada Ugarte en la Audiencia de Vista de Causa, al informar sobre hechos, minuto 26, segundos 22, ante la pregunta formulada por el señor Presidente de esta Sala Suprema, reconoció la importancia de los cuidados paliativos, precisó que ya cuenta con ellos, pero que en su caso no hay más que se pueda hacer; de igual forma, ante la pregunta del Juez Supremo Bustamante Zegarra, minuto 51, segundo 52, indicó que entendía que para otras enfermedades el soporte vital podrían evitar el sufrimiento, pero en su caso no es así porque ya está conectada a un ventilador la mayor parte del día. Asimismo, en el relato de su enfermedad en la demanda describe una situación de gravoso sufrimiento que presenta la Defensoría del Pueblo como justificante de la decisión de Ana Estrada Ugarte, de lo que se aprecia que si bien en general el dolor físico sería llevadero en principio, no sucede lo mismo con la afectación a su intimidad subjetiva que se presenta como un sufrimiento insoportable por su carácter invasivo de pérdida de

⁷⁴ El texto modificado del Considerando Décimo Octavo acápite 18.5 es solo el noveno párrafo de éste, el décimo se mantiene.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

intimidad y de permanencia creciente⁷⁵, que se agrava cuando se configura un cuadro de infección⁷⁶ a la que es susceptible su organismo de volverse a presentar; en consecuencia, si bien podemos interpretar que en principio en la generalidad de los casos los cuidados paliativos constituyen una medida alternativa que mitiga el dolor manteniendo la vida del paciente; en el caso concreto de Ana Estrada Ugarte esta no se presenta como una medida satisfactoria en relación a la naturaleza de este sufrimiento descrito en detalle por Ana Estrada Ugarte y que ella advierte que en cualquier momento próximo puede acontecer.

18.6. Examen del Subprincipio de Ponderación o de Proporcionalidad en Sentido Estricto. Por último, conforme lo establecido en el fundamento 45 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 0008-2012-AI/TC, si bien la aplicación al caso concreto de la medida legislativa no ha superado el examen de necesidad, resulta conveniente, por la complejidad del caso materia de consulta, proseguir con el examen de proporcionalidad en sentido estricto; más aún cuando en el presente caso no tratándose de una

⁷⁵ Así sus primeros brotes se dieron cuando tenía 12 años, mientras que a los 14 fue sometida a biopsia muscular, momento en que aconteció su primera experiencia de dolor e invasión a su cuerpo, descrita en los siguientes términos: "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 catorce años y todo revuelto: estaba con mi primer enamorado... solo quería dar caminatas 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 vida" (Citado por la Defensoría del Pueblo a folios 64 en su escrito de demanda). A esto siguió una lenta progresión de sus síntomas musculares siendo que a los veinte años la debilidad muscular empezó a interferir con su capacidad de movilizarse, obligándola a usar una silla de ruedas, debido a que sus piernas ya no le respondían. La progresión ha continuado pese a que ha recibido varios tratamientos para este tipo de enfermedad, incluso cursos de medicación, como corticoesteroides (prednisona), azatioprina, metotrexato, ciclosporina y otros. A pesar de estos intentos de tratamientos, la enfermedad ha progresado como refiere el Informe médico del doctor Gonzalo Gianella: "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). Así, desde el dos mil quince, Ana empezó a tener molestias respiratorias, con problemas frecuentes de acumulación de secreciones respiratorias".

⁷⁶ Como cuando se presentó en julio de 2015 (Véase al respecto el escrito de demanda a folios 65 del expediente principal Ana Estrada). Allí Ana desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante seis meses, "fue una experiencia muy dolorosa para ella, al punto que hoy ni siquiera quisiera regresar y vivir una situación similar." Estas complicaciones de infecciones respiratorias, son comunes a estos casos, y recibió antibióticos y cuidados con medidas invasivas para mantenerla con vida. Entre ellas, 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. Ana Estrada recuerda los meses que vivió en cuidados intensivos y cuidados intermedios en el Hospital Rebagliatti como una experiencia traumática y dolorosa: "Estuve tres 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 quince 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 tres meses en UCI y tres más en UCIN. Cada día en ese lugar, cada minuto de dolor, cada ataque de pánico, cada alucinación visual y auditiva, 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".



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

acción de inconstitucionalidad de una ley sino de una sentencia elevada en Consulta que además de inaplicar una norma legal a un caso concreto viene acompañada de un protocolo de actuación, corresponde también realizar un examen de verificación de si la medida de actuación propuesta en el protocolo supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

(...)⁷⁷

Asimismo, conforme se tiene dicho, ningún derecho es absoluto y deben analizarse en cada caso concreto, según las particularidades de cada uno de ellos, pues nuestra carta magna no sólo protege el derecho a la vida sino también otros derechos, principios y valores que también deben ser respetados y que tampoco son absolutos.

(...)⁷⁸

Si bien es cierto, en estos momentos Ana Estrada Ugarte, se encuentra lúcida y goza de sus facultades mentales, como ha sido comprobado directamente por este Colegiado Supremo en su intervención en la vista de la causa y en donde también se ha ratificado en su decisión de someterse a un procedimiento que le permita morir en condiciones dignas, pero no en forma inmediata, porque ella valora su vida; sino en un futuro, cuando su estado de salud, como consecuencia de la enfermedad progresiva que padece ingrese a una etapa terminal, que le produzca imposibilidad de comunicarse en forma oral y escrita, dolores, infecciones y sufrimientos intolerables y para eso ya expresó sus voluntades adelantadas, entre ellas, de no ser internada en un centro de salud, ni ser conectada a máquinas que le prolonguen su vida.

Ante esta situación, pese a que el Estado tiene el deber constitucional de protección de la vida de todas las personas sin excepción, se encuentren sanas o enfermas, padezcan discapacidad o enfermedades crónicas o terminales; también, el Estado, está obligado a respetar los derechos de dignidad, libertad, libre desarrollo de la personalidad y a morir autónomo; en consecuencia, en el caso concreto de Ana Estrada Ugarte, que padece una

⁷⁷ Modificación del Cuarto párrafo.

⁷⁸ Modificación del Décimo párrafo hasta el final del acápite 18.6. El texto del Quinto al Noveno párrafo se mantiene conforme al texto del voto del Dr. Bustamante.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

enfermedad rara, incurable, progresiva y terminal, ese deber en principio cedería ante su autonomía individual (libre desarrollo de su personalidad) de no querer sufrir una agonía dolorosa (física y emocionalmente).

Empero para que la medida del morir autónomo alcance un auténtico nivel de morir con dignidad hay que tener presente además del derecho a la vida como derecho lesionado en el test de ponderación, los derechos de igualdad de los discapacitados, así como el derecho de vivir en paz en una sociedad compleja y pluricultural. Ello sólo podrá asegurarse mínimamente, a través de un debido Protocolo, sin que las personas que intervengan puedan ser sancionadas penal, civil o administrativamente por cumplir su voluntad; y esto es así, porque la persona humana es el soporte del orden político y de la paz social y por ende, requiere de una especial protección del ordenamiento jurídico, tendente a garantizar el respeto a su dignidad en todas las etapas de la vida desde el inicio hasta el final. i) En primer lugar en relación a los derechos de los discapacitados, hay que resaltar que se advierte en el acto de eutanasia de Ana Estrada Ugarte, la ejecución de su decisión por un tercero lleva más allá del carácter de una decisión autónoma, una afectación indirecta al interés de los discapacitados, en el sentido que lleva el mensaje tendiente a calificar la condición de discapacidad como indigna y desde allí indirectamente fortalecer la actitud discriminatoria al vulnerable; porque si la discapacidad, es decir, la ausencia de facultades para la movilidad corporal, la incapacidad de hablar, la vulnerabilidad de hacerse dependiente es una condición indigna que vuelve indigna la continuación de la vida del vulnerable ¿significa acaso -por igualdad y universalización- que todo discapacitado vive una vida indigna de ser vivida? ¿No afecta esto el reconocimiento que la sociedad debe tener a la población vulnerable?⁷⁹. La respuesta es inequívocamente afirmativa, cierto que esta lesión al derecho de los

⁷⁹ Esta problemática también ha sido objeto de reflexión al interior de quienes abogan a favor de la denominada “muerte digna”, por ejemplo Josefina Miró Quesada Gayoso quien después de mencionar a la Relatora Especial para las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas, en su informe temático sobre el capacitismo en prácticas médicas y científicas ha señalado: “El riesgo que se advierte es el de fortalecer un discurso capacitista que termine jerarquizando a las personas en función de sus características físicas y/o psicológicas, haciendo pasar por deseable un tipo de cuerpo/mente por sobre otro. Esta mirada debe desterrarse (...) La clave está en garantizar que una eventual legislación que reconozca el derecho a una muerte digna y a la eutanasia no contribuya a perpetuar estos estereotipos a través de un lenguaje neutro en la redacción de quienes pueden acceder y ejercer este derecho. No es la discapacidad la que hace indigna la vida de uno, sino el sufrimiento, que es altamente –sino, únicamente–, que se ve agudizado o no igualmente por los valores, intereses, deseos personales de quien lo vive.” Véase “La muerte digna: un asunto de derechos humanos” en GACETA CONSTITUCIONAL N° 159 • MARZO 2021 Especial Caso Ana Estrada: análisis de un fallo histórico p. 146-147.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

discapacitados no sólo no se presenta de modo directo, si no que sin duda la misma Ana Estrada Ugarte rechazaría toda actitud discriminatoria a los discapacitados; sin embargo, como acción social intersubjetiva lleva implícito este mensaje, razón por la cual, el test de ponderación exige mediatizar, colocar un tamiz en la acción de eutanasia como parte de un proceso de acciones intersubjetivas donde no quede dudas del acto de reconocimiento a los otros, a los iguales y diferentes en su situación de vulnerabilidad, comprendiendo en ello un objetivo reconocimiento a todo discapacitado, lo que se desarrollará al prescribirse el protocolo de actuación en el Considerando Décimo Noveno de la presente resolución; **ii)** En segundo lugar en relación al derecho de vivir en paz en una sociedad compleja y pluricultural hay que señalar que también en ello se aprecia indirectamente una afectación a estos derechos en la medida que al significar esta acción en una clara e inequívoca transgresión a la axiología de diversas doctrinas comprensivas del bien diferentes a aquellas que identifican dignidad con “autonomía” y que forman parte de nuestra Nación como Nación pluricultural, resulta ciertamente predecible a partir de un “diálogo inconmensurable” el nacimiento con esta acción de una situación de estereotipación⁸⁰, división y confrontación entre creencias constitutivas de nuestra sociedad: “pro-derecho a decidir” frente a “pro-vida”, o “modernistas” frente a “tradicionalistas”, o “ateos o agnósticos” frente a “religiosos”; razón por la cual siendo predecible una situación intersubjetiva de estereotipación, división y confrontación entre las diversas doctrinas comprensivas del bien constitutivas de la Nación⁸¹, es

⁸⁰ Esta situación de división y estereotipación de nuestra Nación pluricultural se anuncia cuando nada menos que juristas connotados de nuestro medio tomando partido por el morir autónomo han afirmado: “El heroísmo de Ana Estrada nos dejará sin duda un precedente fundamental en defensa del sentido auténtico del derecho a vivir, que no es otro que hacerlo de la mejor forma en que uno mismo planifica que la vida sea vivida; sino que también a los jueces y profesores de derecho nos ha permitido reflexionar sobre alguna de nuestras instituciones que deben ser comprendidas a la luz de cada tiempo. La Consulta a la Corte Suprema es una institución de otro tiempo. Un tiempo en que los jueces no eran libres para decidir conforme a la Constitución. Hoy no solo son libres de hacerlo, sino que están obligados a hacerlo en defensa de la dignidad y los derechos”. (Véase PEDRO P. GRANDEZ CASTRO, (2022). “En defensa de la dignidad de Ana Estrada: la Consulta a la Corte Suprema como una institución de otro tiempo”. “LA LEY, el ángulo legal de la noticia” (prf. 3). Perú, Lima. <https://laley.pe/art/12657/en-defensa-de-la-dignidad-de-ana-estrada-la-consulta-a-la-corte-suprema-como-una-institucion-de-otro-tiempo>. De esta apreciación se sigue que si la actividad a favor de la muerte digna convierte a un ciudadano o ciudadana en héroe o heroína, toda persona que va contra la acción heroica a nivel discursivo o a nivel de acción social, como aquellas otras personas que participarían en marchas “pro-vida” contra la eutanasia serían susceptibles de ser adjetivados negativamente en estereotipos.

⁸¹ Desde la diversidad de otras múltiples doctrinas comprensivas del bien de nuestra sociedad plural se afirma este acto no solo como un atentado contra el derecho a la vida sino a también a la dignidad. Así por ejemplo la Conferencia Episcopal Peruana de la Iglesia Católica ha señalado: “Debemos recordar que la eutanasia siempre será un camino equivocado, porque es atentar contra el derecho inalienable a la vida, causa directamente la muerte de un ser humano y por ello es un acto intrínsecamente malo en toda ocasión y circunstancia” y en el



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

diagnosticable una amenaza al derecho de vivir en una sociedad pacífica⁸², por lo que resulta necesario tomar medidas que nos preserve de ello lo que puede alcanzarse comprendiendo al interior del proceso de la acción de Ana Estrada Ugarte un objetivo reconocimiento a toda doctrina comprensiva del bien incluida las del diferente, lo que se desarrollará al prescribirse el protocolo de actuación en el Considerando Décimo Noveno de la presente resolución. Por consiguiente resulta ajustado al precepto de optimización de los derechos sujetos a ponderación comprender el establecimiento de un mínimo de espacio de encuentro entre estas doctrinas, posibilitado desde el derecho, y como desarrollo de las filosofías intersubjetivas como la de la ética discursiva, o la filosofía de Levinás⁸³ o comunicativas o integrativas desarrollando o consolidando con ello las lazos de intercomunicación efectiva y en favor de la paz social; en otras palabras sólo el momento del acompañamiento del “Yo” con el “Otro”, entendiendo en esto el encuentro de las diversas doctrinas comprensivas del bien, se optimiza una inclusividad real en la convivencia entre doctrinas que racionalmente se encuentran entrapados en “diálogos inconmensurables”. **iii)** Sobre esto último debe tenerse presente la tradición del pensamiento andino, en cuya pretensión de convivencia en la diversidad de grupos étnicos estableció el fortalecimiento de

mismo documento: *“La Constitución del Perú establece con claridad que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; esto es cuidar, respetar y promover la vida desde la concepción hasta su término natural; por tanto, ninguna autoridad puede legítimamente imponerla o permitirla”*. Véase: “Custodiar la Vida Humana”, de la “Conferencia Episcopal Peruana”. Comunicado de los Obispos del Perú sobre la Eutanasia y Ana Estrada. En: MONS. MIGUEL CABREJOS, 2021. La cita corresponde a los Párrafos 4 y 5. Trujillo, Perú. (<https://twitter.com/CabrejosMons>).

⁸² Esto también se produciría de negarse el derecho. La polarización de estos temas inconmensurables, de imposible consenso, hacen necesaria a nivel de cualquier Estado que vive la actual situación de globalización, fortalecer los lazos de convivencia en la diversidad de creencias en un mínimo de doctrina común cívica de apertura y reconocimiento al diferente. En nuestro país la presencia pluricultural y su grado de estereotipación que ello puede llevar con la subsecuente violencia es particularmente presente como se ha manifestado en las últimas elecciones presidenciales. Una situación de escalada de violencia en otro ámbito, sin fortalecimiento de los lazos de intercomunicación con el diferente sino con la sola presencia de una fría “tolerancia” al otro abre el terreno a situaciones de tensión entre grupos étnicos culturales o religiosos llevados al fanatismo y librepensadores ateos lo que explicaría el escenario en que ocurrieron los actos de violencia criminal como el de Charli Hebdo en Francia.

⁸³ Léase: “Pero en esta cara del rostro, en esta mortalidad hay una designación y una relación que conciernen al yo, que me conciernen. Como si la muerte invisible encarada por el rostro del otro fuese asunto MIO, como si esta muerte <tuviese que ver conmigo>. La muerte del otro hombre me acusa y me cuestiona de esa muerte y tuviese que responder a ella, como si tuviese obligado a no abandonarle a su soledad en la muerte. Y el otro es el prójimo del yo justamente en esa apelación a la responsabilidad del yo por parte del rostro que le señala, que llama, que le reclama. / A partir de esa inmediatez entre el otro y el yo, hemos escrito en otro lugar que el rostro es, para el yo – que el rostro es para mí –la tentación de matar y, al mismo tiempo, el <no mataras> que le acusa de antemano, que al mismo tiempo es prohibición y sospecha pero que me reclama y me llama. La proximidad del prójimo es la responsabilidad del yo para con otro. La responsabilidad respecto de otro hombre, imposibilidad de dejarle solo ante el misterio de la muerte es, concretamente, trascendiendo todas las modalidades del DAR, la capacidad de ese último don que consiste la gravedad del amor al prójimo –del amor sin concupiscencia- en que se apoya la significación congénita de esa palabra desgastada y que presupone toda la cultura literaria, todas las bibliotecas y todo la Biblia, en ella se relatan tanto su sublimación como su profanación.” Emmanuel Levinas, 1991. “Entre nosotros, Ensayos para pensar en otro”. Pg. 216. Traducido por José Luis Pardo. Edición Bernard Grasset, pre – texto, 2001. Paris, 1991.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

lazos sociales precisamente con el que piensa diferente⁸⁴ y que en situaciones como la del presente caso resultan inspiradores para encontrar la solución más óptima para una convivencia pacífica en una sociedad pluricultural, desarrollando el espacio de encuentro que nos reconoce como miembros de una familia universal⁸⁵; **iv)** Asimismo, debe tenerse presente que la “visita “ al enfermo terminal por el extraño o por el diferente no es sólo el desarrollo pragmático jurídico de una idea filosófica del pensamiento contemporáneo propia de las sociedades modernas tardías que viven la pluralidad en el contexto de globalización, ni solo una herencia del pensamiento andino que constituye una de las siete civilizaciones matrices de la humanidad sino que es una práctica social que se ha venido dando en la realidad nacional como “voluntariado”⁸⁶, espacio que debe ser potenciado desde el derecho y que no solo fortalece la dignidad de las personas en

⁸⁴ En la cosmovisión andina interpretada por Zenón Depaz, desde el manuscrito de Huarochirí (“Dioses y Hombres de Huarochirí” escrita por Francisco de Ávila en quechua y traducida por primera vez al castellano por José María Arguedas), el tema del encuentro con el otro en cuanto otro, con el diferente es constitutivo del orden social; así llega a expresar ello con lo siguiente: “*El escenario así abierto se compone de las dos partes del mundo de donde vienen esos dos zorros a dar cuenta de su marcha, dos mitades que pueden aparecer ante todo como complementarias o como contrapuestas, según la actitud de quienes hacen parte de ellas. En este caso, el zorro que viene de arriba se dirige hacia abajo y el que viene de abajo se está trasladando arriba, lo cual es, simbólicamente, un “ponerse en el lugar del otro”, condición de posibilidad del diálogo. Igualmente, el tenor de la pregunta planteada ya proyecta una voluntad de hacerse cargo del mundo del otro. Ciertamente, el simbolismo del arriba y el abajo, remite también a jerarquías, pero la dirección que siguen los zorros caminantes apunta a una inversión de posiciones, instalando así la contingencia en posicionamientos que podrían aparecer de otro modo como necesarios, ineluctables e inapelables, inmunes al diálogo. Se trata pues de un escenario cambiante, en movimiento, sobre la base de una topología estrictamente referencial. / Ese escenario se constituye sobre la base de una apertura hacia el otro como un hermano. Dadas las connotaciones de jerarquía y aún de dominación que tiene la topología arriba-abajo en el imaginario colectivo, el hecho de que sea el zorro de abajo el que abre el diálogo, dirigiéndose al de arriba como a un hermano, define con mayor claridad los roles que asumen los interlocutores, los cuales en este caso se constituyen sobre la base de la equidad que hace posible el diálogo entre quienes son diferentes.*” (Zenón Depaz Toledo, 2015. “Acápita 5.4 Diálogo de zorros (tinkuy, o la confluencia)”, “La Cosmo-visión andina en el Manuscrito de Huarochirí” (pg297-298). Perú. El manuscrito de Huarochirí ha sido considerado por Pierre Duvoils y Angel Rama como un “Popol Vuh” de la cultura andina es decir en definitiva un texto sagrado: “Ángel Rama de México dijo: Andado, es decir, se ha conservado junto a la versión española del manuscrito, y de los suplementos, los prólogos de José María Arguedas, con las redes supresiones impuestas por la eliminación del original quechua, y de los estudios académicos, y el apéndice francés, el apéndice del investigador francés sobre la vida y la obra de Francisco de Avila, que aporta inestimables datos sobre los orígenes del manuscrito quechua que ya ha pasado a hacer el de dioses ‘hombres’ de Huarochirí una especie de Popol Vuh de la antigüedad peruana”. (Pierre Duviols, 2015. “Memoria de una amistad y colaboración con Arguedas/Ecos de Huarochirí”, “Ejemplares de Diego del Carme María”, “Conferencia en la Biblioteca Nacional del Perú, min 58:05-59:09. Lima, Perú.) En: <https://www.youtube.com/watch?v=BBGTBVCB3pY>

⁸⁵ En esto seguimos el texto del primer párrafo del Preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando dice: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. No lo concebimos como un texto lírico sino como un texto que alude al carácter originario de la dignidad humana común en cada miembro de la especie humana y que encuentra su materialización en el caso específico de la autodeterminación en el momento terminal de la vida en el derecho de visita que se desarrolla en el Protocolo de actuación.

⁸⁶ Véase al respecto Acción Voluntaria - Doctores Marabarisas - Segunda Temporada: https://www.youtube.com/watch?v=8ZAJyNDZT_Y
Esto también ha sido recreado en el cine en la película Patch Adams de 1998 dirigida por Tom Shadyac. protagonizada por Robin William, donde se describe la visita del diferente, encarnada en el estudiante de medicina Patch al enfermo terminal que inicialmente lo rechaza y después de hacerle reír lo extraña, hasta que fallece.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

estado terminal, sino también de los voluntarios mismos así como ya hemos descrito la paz social y especialmente en situaciones como la presente. **v)** De otro lado en relación al tercero que asistirá con la ejecución del acto de eutanasia debe tenerse presente que el acto de Ana Estrada Ugarte lesiona también el derecho a definir el proyecto de vida de este tercero médico, al menos que esté dispuesto asumir este acto movido por una convicción de acuerdo a su doctrina comprensiva del bien, razón por la cual las legislaciones comparadas cuando han aceptado la eutanasia como una práctica legal regulada, han establecido la “objeción de conciencia”, lo cual tiene que ser asegurado en el Protocolo de actuación (Este aspecto sí fue recogido por la sentencia consultada). **vi)** Debe tenerse presente que la dignidad como cualidad previa se presenta y despliega en ese espacio de la interioridad del ser humano, en esta intimidad que se oculta que es propia e irrepetible pero también dinámica y relacional en las múltiples relaciones sociales y no es solo discurso sino también cuerpo. De algún modo somos el resultado de nuestro accionar frente al otro, acontecido desde el primer otro que es la Madre; desde esta perspectiva no hay una identificación total entre dignidad y autonomía, la dignidad se anida en algo previo a la libertad, pero cuando el ser autónomo ante una situación de sufrimiento que concibe permanente decide, en un contexto de sufrimiento, morir sin sufrimiento hasta encontrar en esta decisión su “razón de vivir”⁸⁷ es decir su sentido⁸⁸, discurso y voluntad contra el instinto de autoconservación, nos encontramos ante una

⁸⁷ “Esta búsqueda por la muerte se convirtió, paradójicamente, en una motivación para vivir. Citado en el escrito de demanda a folios 65 de “La muerte Digna (segunda parte)”. En: <https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/01/31/la-muerte-digna-segunda-parte>

Decimos que decide, por cuanto desde luego que podía haber decidido otra opción. Víctor Frankl que estuvo varios años en el campo de concentración de Auschwitz, propugnador de la logoterapia, es decir de una terapia desde el sentido, llegó a afirmar: “Comprendí cómo el hombre, desposeído de todo en este mundo, todavía puede conocer la felicidad —aunque sea sólo momentáneamente— si contempla al ser querido. Cuando el hombre se encuentra en una situación de total desolación, sin poder expresarse por medio de una acción positiva, cuando su único objetivo es limitarse a soportar los sufrimientos correctamente —con dignidad— ese hombre puede, en fin, realizarse en la amorosa contemplación de la imagen del ser querido”. (VIKTOR E. FRANKL, 1991). “El hombre en busca de sentido”, “Cuando todo se ha perdido”. Pg.27, 1er. Párr. Barcelona. file:///D:/Mis%20Documentos/Descargas/Victor%20Frankl.pdf

⁸⁸ Sentido como intervención histórica no como gratitud, aspecto del sentido no desarrollado por la visión liberal de la dignidad. La gratitud ante el misterio de la vida y que se desarrolla en la meditación y en la contemplación, por diversas religiones ancestrales incluido el budismo y en algunas de ellas ha sido descrita como el “morir en vida”: “El profeta Mahoma también exhortaba a sus ummat o “a sus fieles”, a que practicasen el arte de morir antes de que les llegase la muerte... Los divinos místicos musulmanes como Khawaja Hafiz, Shamas Tabrez y Mulana Rumi, hicieron gran énfasis en la importancia de tal experiencia interna única: / “Mientras no traciendes el plano de los sentidos, sigues sin conocer la Vida interna. Tienes otros vestidos aparte del externo (el físico), ¿Por qué entonces temes salir del cuerpo?” Sant Kirpal Singh, 2005: p.98-99. “El Misterio de la Muerte”. Edition Naam. Fundación Latinoamericana para el Conocimiento del Alma. México. Un ámbito de experiencia interna que todos deberíamos conocer y con mayor razón cuando estamos próximos al momento de nuestra muerte.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

aporía que requiere una respuesta desde el Estado y que no puede significar la negación definitiva de esta decisión mantenida en el tiempo. Ciertamente que al Estado le compete defender la vida hasta donde sea posible, que en medio del dolor los cuidados paliativos se presentan objetivamente como una medida alternativa⁸⁹, pero no todo se reduce al dolor físico y la enfermedad que no necesariamente debería llevarla a Ana Estrada Ugarte a un sufrimiento psicológico insoportable al punto de rechazar su vida (esto arrastra también a la autonomía porque sin vida tampoco hay libertad), en su caso ella continúa en el tiempo renovando su decisión a morir sin este sufrimiento, entonces es donde el Estado debe incorporar una última etapa en un diálogo con su ciudadano a efectos de decirle (con actos y por eso es el protocolo de actuación) que su vida es valiosa a pesar de todo, que ella es el centro y el sentido del sistema socialmente organizado, que no estorba a pesar de la moral del productivismo imperante en la sociedad contemporánea.

vii) Finalmente deben resaltarse, los problemas de justificación del acto, en su dimensión de real libertad, por cuanto la voluntad autónoma de esta decisión no puede comprender plenamente el consentimiento informado en su aspecto más sustancial por la misma naturaleza del acto de término de la vida, a la vez que significa una patente aporía al atacar la condición de posibilidad de todos los derechos incluida la libertad misma para actos posteriores⁹⁰. Asimismo el carácter insuficientemente digno del acto se revela

⁸⁹ Aunque en el caso submateria la paciente implícitamente ha denunciado que en los hechos cuando se presentó el supuesto de un cuadro infeccioso las enfermeras no la trataron con respeto a su dignidad sino con una indolente indiferencia lo que es opuesto a la estimativa de los cuidados paliativos: “[...] el baño se convertía 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 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 tiene 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. Firma”. (Véase escrito de demanda donde se hace referencia al blog de Ana Estrada).

⁹⁰ Esto por lo demás ha sido expresado en los fundamentos 65 y 66 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Huilca Tecse contra Perú* y por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 83 en el Expediente N° 1535-2006-PA. Sin embargo la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha conocido aún ningún caso de eutanasia, advirtiéndose que el caso más próximo al conflicto entre la libertad y derecho a la vida se ha dado en el caso de *Artavia Murillo contra Costa Rica*, sobre Fecundación in Vitro, en el que si bien primó el derecho a la autonomía reproductiva frente la vida del embrión humano no anidado, por la naturaleza del caso tiene una pluralidad de variables diversas al caso presente que no da luces para resolver el presente caso, por cuanto el Caso FIV fue de un embrión no anidado en el útero de la madre que de acuerdo a la Sentencia es digno



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

como tal cuando consideramos en prognosis las consecuencias de su impacto, un acto que divide en vez que fortalece los vínculos del cuerpo social, un acto tendiente a la estereotipación del otro y no a ver realmente al otro que comprenda el reconocimiento y la apertura. Es por todo ello que el acto de morir autodeterminativo solo puede alcanzar el mínimo de dignidad cuando en el iter de su trayectoria expresa el aseguramiento del conocimiento por parte de Ana Estrada Ugarte de los detalles del proceso de su muerte, desde la aplicación de la sustancia hasta el posible o imposible pronóstico de las imágenes y el tiempo de la total extinción de imágenes provenientes del cerebro biológico que la ciencia conociendo el hecho es capaz de transmitir y una apertura a la pluralidad de la diversidad de las creencias comprensivas del bien, de reconocimiento al otro en cuanto otro, al diferente. Solo entonces el acto que potencialmente divide subjetivamente a la sociedad a nuestra Nación entre “pro-derecho a decidir” y “pro-vida”, modernistas y tradicionalistas, podrá encontrar un mínimo de equilibrio porque el acto originariamente en la forma autónomo se cubrirá del encuentro relacional con el diferente, manifestando una intimidad dinámica abierta, alcanzando el acto su manifestación como fruto de esta interrelación donde ciertamente la decisión definitiva reposará en Ana Estrada Ugarte como sujeto autónomo pero alcanzando el mínimo de dignidad entendiendo esta autonomía en medio de la dinámica de apertura de acompañamiento en el momento terminal de la vida. Este encuentro abre el acto concebido inicialmente como cerrado en el sujeto que decide, a consecuencias insospechadas para la paz

de una protección gradual pero que no justificaría una restricción total del ejercicio de los otros derechos, entre ellos la autonomía reproductiva, siendo que además esta interpretación de la Corte es acorde a una interpretación ya dada por las partes que han suscrito la Convención, lo cual no se aprecia en el caso de la Eutanasia. Véase Fundamento 256: *“La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada (acá en nota a pie dice que: “El artículo 31.3 b) de la Convención de Viena establece que: “[j]untamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado) está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona”.*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

social entre ambos grupos de creencias, reactivando los lazos de solidaridad social y demostrándole a la misma Ana Estrada Ugarte que aún en el estado en que se encuentra es capaz de dar a la Nación y la humanidad un mensaje vivo cuyo contenido aún desconocemos.

Siendo esto así, la realización del fin perseguido, es decir, ejercer el denominado derecho a morir con dignidad y la inaplicación parcial del artículo 122 del Código Penal, para el caso exclusivo de Ana Estrada Ugarte, por las consideraciones expuestas, resulta proporcional al grado de afectación del derecho fundamental a la vida, pero sólo bajo las condiciones establecidas por el propio Estado en un protocolo de actuación; en consecuencia, debe aprobarse en parte la sentencia consultada, precisándose, que la inaplicación del acotado Artículo 112 del Código Penal, es parcial y además, condicionada, a la situación regulada que alcance el mínimo de dignidad porque únicamente eximirá de responsabilidad al médico o equipo médico que intervenga en el procedimiento establecido como protocolo de actuación, mas no así a cualquier persona que actúe como sujeto activo en el homicidio piadoso.

S.S

QUISPE SALSAVILCA

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO AUGUSTO RUIDÍAS FARFÁN:

1.-SOBRE LA CONSULTA EN SUPUESTOS DE CONTROL DIFUSO.-

Prevista en el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁹¹, concordante con el artículo 408, inciso 3, del Código Procesal Civil⁹², de aplicación supletoria, la consulta se erige como “*una revisión obligatoria ante la Alzada de ciertas decisiones, que por el interés público de la materia en*

⁹¹ ... “cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera... Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnada.”

⁹² Artículo 408.- La consulta sólo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: 3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria;



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*cuestión quedan sujetos al doble grado de la jurisdicción, aunque ningún recurso sea incoado*⁹³. Queda claro, que la consulta prevista para los casos en los que el juez haya preferido la norma constitucional antes que la legal, como consecuencia de la facultad, que la Carta Política Fundamental ha reservado a los jueces, y establecida en el artículo 138 de la misma, se fundamenta no sólo en la propia ley, sino en el principio constitucional de supremacía de la Constitución y fuerza normativa, también previstos en el artículo II del Nuevo Código Procesal Constitucional.⁹⁴, y que los operadores jurisdiccionales están obligados a respetar y garantizar.

Por otro lado, debe quedar claro que aun cuando el artículo 408 del Código Procesal Civil, establezca que en el trámite de la consulta no procede el informe oral, consideramos, tal como lo ha hecho el Colegiado Completo que integra la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en la vista de la causa que ha originado la discordia, disponer en este proceso, se reciban los informes orales de los abogados de las partes y terceros en el trámite de la consulta, no sólo por la complejidad, importancia, consecuencias éticas, sociales, mediáticas y jurídicas del asunto elevado en consulta y porque el derecho a ser oído constituye parte del debido proceso, sino que tratándose de un proceso constitucional, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, “Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios”.

No es por tanto, de recibo en este caso, el negar a las partes y abogados, el derecho a informar oralmente en la vista de la causa de un proceso en el que la sentencia definitiva aún no se ha conformado, por producirse discordia en el debate de los miembros del Colegiado Supremo. Por tanto, por un lado, se garantiza el derecho a ser oído de las partes y abogados, y por otro, el de

⁹³ HITTERS, Juan Carlos; Técnica de los Recursos Ordinarios; Librería Editora Platense SRL; La Plata Argentina; pag.551.

⁹⁴ **Artículo II. Fines de los procesos constitucionales**

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar ...los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

permitir al Juez Supremo dirimente escucharlas, despejar dudas, generar precisiones, puesto que no intervino en la vista de la causa inicial.

2.-EL CONTROL DIFUSO DEPOSITADO EN LA JUDICATURA NACIONAL.-

Contenido en el artículo 138, segundo párrafo, de la Carta Política Fundamental, como herramienta de control constitucional, se prevé que “*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior*”.

De raíces americanas, fue en el caso Marbury vs Madison (1803), que el Juez John Marshall, ... “*planteó una figura que no existía en la Constitución, que no estaba prevista: creó la figura del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, pues la Constitución norteamericana de 1787 no decía que ella estaba en superior jerarquía que las demás. Estaba como principio ínsito y nada más...En un litigio concreto, si un juez encuentra que una ley no guarda compatibilidad con la Constitución, el juez desaplica la ley y prefiere la Constitución. Esa fue una revolución copernicana.*”⁹⁵

Por su parte, en el Perú, el Tribunal Constitucional, ha tenido la oportunidad de ir dibujando los contornos de esta técnica de control constitucional, en casos como el del STC 1383-2001-AA/TC, en el que sostiene que:

16.- La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. A ello mismo autoriza el artículo 3º de la Ley N.º 23506⁹⁶. El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de

⁹⁵ ETO CRUZ, Gerardo; Constitución y Procesos Constitucionales; Tomo II; Adrus Editores; 2013; pp.340-341

⁹⁶ Ya derogado. Actualmente vigente Ley 31307 (Art. VII del Título Preliminar)



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506).*
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.*
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.*

Asimismo, y aun cuando hace referencia a la potestad de control difuso de la administración pública (STC 3741-2004-AA/TC Caso Salazar Yarlenque, precedente que fue dejado sin efecto por la sentencia dictada en el Caso Consorcio Requena STC 4293-2012-PA/TC), es de suma utilidad lo precisado en la primera de las nombradas:

*50 (...) Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello se deben observar los siguientes presupuestos: **(1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la***



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

controversia planteada dentro del proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución". (negrita nuestra).

Véase también, lo señalado en el precedente dictado en el caso Consorcio Requena, respecto a la interdicción de control difuso de los entes administrativos:

"33.a. En ese sentido el precedente en referencia tiene cuando menos tres objeciones importantes, a saber: a) En primer término, cuando la Constitución regula esta atribución, no solo establece la residencia en el Poder Judicial -dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho poder del Estado-, sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deban proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos".

A su vez, el uso de esta herramienta procesal supone, al realizar el examen de constitucionalidad de una ley, llevar adelante un test de proporcionalidad, que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, de manera importante en el Expediente 007-2006-PI/TC (Caso calle de Las Pizzas), y que podría figurarse en el siguiente sentido: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención de un derecho fundamental tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional que se persigue del principio contrario*. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho fundamental habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho fundamental sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Un esfuerzo de ponderación o proporcionalidad, es evidentemente el camino más adecuado, frente a la colisión de principios, dado que, como afirma Prieto Sanchis, *“el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función al supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”*⁹⁷. Para Alexy, *“el fundamento de la teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. (...) Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización”*⁹⁸; agrega Alexy que *“el núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*⁹⁹.

El ejercicio de esta facultad-deber (control difuso) ha sido realizado por el Juez de origen, tal como se aprecia de los fundamentos jurídicos 58-62; 164-184¹⁰⁰, y corresponde en virtud de las facultades de revisión, si el proceso de aplicación del control difuso, ha sido ejercido conforme a las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional, señaladas ut supra, y que se verá más adelante.

⁹⁷ PRIETO SANCHIS, Luis; El juicio de ponderación constitucional; en el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo; Palestra Editores; 2010; p. 96

⁹⁸ ALEXY, Robert; La fórmula del peso; en el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo; Palestra Editores; 2010; p.14

⁹⁹ ALEXY, Robert; Op. Cit. Pag. 15

¹⁰⁰ “Debe hacerse un juicio de relevancia y proporcionalidad respecto de los derechos que serían afectados, especialmente el derecho a la dignidad y libre determinación” folios 202.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Por otro lado, el suscrito comparte no sólo la preocupación del A-Quo y de los Magistrados Supremos frente a este caso difícil, sino que como sostiene Gutarra, “la fórmula Radbruch¹⁰¹, presenta una razonabilidad justificada: los jueces constitucionales pueden ir más allá de la interpretación de la norma-regla a partir de la configuración de un mayor deber de protección de los derechos fundamentales concernidos¹⁰²; pues “se trata por ello de un ejercicio de diferenciación para una mejor tutela de los derechos fundamentales y que finalmente impone la justicia constitucional y sus fundamentos de mayor protección y de constelación plural de valores frente a las cuestiones que sólo ofrecen homogeneidad ideológica¹⁰³”.

En igual sentido Villanueva Flores cuando sostiene que “Como se sabe, Radbruch cuestionó el principio «la ley es la ley», a partir del cual se sostenía que esta debía ser aplicada sin excepciones. En un ensayo publicado en 1946, propuso lo que hoy se conoce como la fórmula de Radbruch, según la cual: El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como «Derecho injusto» ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: **donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo «Derecho**

¹⁰¹ “el derecho extremadamente injusto no es derecho”

¹⁰² FIGUEROA GUTARRA, Edwin; Derecho Constitucional; Tomo II; Atrius Editores; 2018; p. 411. Asimismo, afirma este autor que, “en muchas situaciones, la contraposición de derechos resulta sumamente compleja y en tal sentido, es importante advertir, que, en apariencia la fuerza de las normas reglas parece concurrir para resolver un caso. Si la norma-regla es lo suficientemente idónea, congruente y racional, la controversia ha de dilucidarse a partir de una inferencia silogística y se produciría el desplazamiento de los principios en el caso a resolver, razón que ya no justificaría una acción integradora de ellos pues la justicia constitucional parte de la emotio, de la propia razonabilidad y de la ponderación para resolver cuestiones difíciles” p. 409

¹⁰³ FIGUEROA GUTARRA, Edwin; Op. Cit. P.411



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

injusto», sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica»¹⁰⁴

3.-EL DERECHO A LA VIDA EN ARMONÍA CON EL PRINCIPIO INFORMANTE DE LA DIGNIDAD HUMANA.-

Ubicado como derecho fundamental en la Carta Política de 1993, en su artículo 2, inciso 1 [toda persona tiene derecho a la vida], es un derecho basilar y determina el ejercicio de otros derechos humanos (párrafo 124 del Caso Ximenes López vs Brasil¹⁰⁵), y supone, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos dos aspectos: i) uno negativo: ninguna persona debe ser privada de su vida de modo arbitrario; ii) uno positivo: los Estados parte de la Convención Americana deben tomar las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida, puesto que con ello se garantiza el pleno ejercicio de los demás derechos de las personas, de modo que se tiene el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna¹⁰⁶.

Para el Tribunal Constitucional, en el caso Azanca Meza [fundamento 27], *“Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos”.*

¹⁰⁴ VILLANUEVA FLORES, Rocío; Activismo Judicial y límites del derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; extraído de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78889/1/DOXA_41_08.pdf

¹⁰⁵ “El derecho a la vida es un derecho fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”

¹⁰⁶ Párrafo 144 del Caso Niños de la Calle vs Guatemala.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

De esa forma apreciamos cómo los ordenamientos jurídicos, y las normas que las inspiran, se convierten en medios de control social, de garantía, pautas de comportamiento, principios omnicomprendidos. Verbigracia: Para el ordenamiento civil sustantivo, la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento [artículo 1 del Código Civil]. Ser sujeto de derecho, entre otros aspectos, es tener derecho a la vida. Para el ordenamiento penal sustantivo, *“el Derecho Penal tiene encomendada la protección de bienes jurídicos, ya que en toda norma jurídico penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad; que son por lo mismo merecedores de protección penal a través del poder coactivo o punitivo del Estado, representado por la pena pública y de ese modo lograr la paz social en comunidad”*.¹⁰⁷

Sin embargo, dentro de un Estado social y constitucional de Derecho, no pueden invocarse derechos fundamentales absolutos, ilimitados, y en el caso que nos ocupa, debemos coincidir que “la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención”¹⁰⁸.

Por ello, aún con los esfuerzos o acciones que los Estados deben desplegar, con el objeto de respetar y garantizar la vida, o de evitar que cualquier patología o enfermedad pueda afectarla, es evidente, que no existe dignidad sin vida, ni esta última puede reputarse protegida, garantizada u optimizada, sin el respeto de aquella.

4.-LA DIGNIDAD HUMANA COMO PRINCIPIO Y DERECHO FUNDAMENTAL.-

Como sostiene Peces Barba¹⁰⁹ *“Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana*

¹⁰⁷ ROJAS VARGAS, Fidel; Código Penal: Dos décadas de jurisprudencia; Ara Editores; pag. 383

¹⁰⁸ Párrafo 258 del Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica.

¹⁰⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: La dignidad Humana; recuperado de (https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso la dignidad humana es más un prius que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada, o lo que es lo mismo en Derecho positivo justo. Es fundamento del orden político y jurídico. Para enjuiciar si estamos ante una sociedad justa y bien ordenada, hay que analizar si contribuye a la efectiva realización de la dignidad humana. J. Rawls en "El liberalismo político", aunque se refiere al nombre y al nombre moral, no arranca de la idea de dignidad, sino del concepto de ciudadano libre, aunque llega al concepto de autonomía ...". La plena autonomía la conciben los ciudadanos: es un valor político, no ético. Quiero decir con ello que se realiza en la vida pública con la afirmación de los principios políticos de la justicia y con el disfrute de las protecciones de los derechos y libertades básicos; también la realiza la participación en los asuntos públicos de la sociedad y su autodeterminación colectiva a lo largo del tiempo. Esta autonomía plural de la vida política ha de distinguirse de los valores éticos de la autonomía y la individualidad que pueden abarcar a la vida entera, tanto social cuanto individual al modo como lo expresan los liberalismos comprensivos de Kant y Mill. La justicia como equidad hace hincapié en ese contraste: afirma la autonomía política para todos pero deja a los ciudadanos por separado la decisión de ponderar la autonomía ética a la luz de sus respectivas doctrinas comprensivas ...".¹¹⁰

¹¹⁰ Aunque en sentido crítico, Patricia Cuenca, al abordar el concepto de dignidad en referencia al tratamiento de la discapacidad, sostiene que: "el discurso de los derechos y su referente central, la idea de dignidad humana, se han venido cimentando sobre la base de un modelo de individuo caracterizado por sus capacidades y por desempeñar un determinado papel en la sociedad. **Ambos presupuestos, como antes anuncié, resultan excluyentes para las personas con discapacidad sobre todo, aunque no exclusivamente, para personas con discapacidad intelectual y mental.** Desde el primero de estos presupuestos se afirma que la dignidad humana depende de la capacidad de los individuos para establecer y perseguir sus propios planes y proyectos de vida. La comprensión de esta idea puede verse facilitada recurriendo a lo que el profesor Peces-Barba denomina el «dinamismo de la libertad» que implica considerar que los seres humanos poseen libertad de elección, esto es, «libertad para optar entre distintas posibilidades» y orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida, hacia la realización de su libertad moral, que se presenta, así, como una «meta, un fin, un ideal a alcanzar, quizás una utopía de la condición humana». La capacidad de recorrer este camino, esto es, la capacidad, autonomía o agencia moral se hace depender, a su vez, de la posesión de otra serie de capacidades, como la capacidad de sentir, de comunicarse y singularmente de la capacidad para razonar. Por otro lado, el ejercicio de las capacidades suele ponerse en relación con el papel social de las personas valorado de acuerdo con su utilidad o contribución a la comunidad, esto es, en función de la posibilidad de obtener ciertos frutos sociales de su actuación.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Por otro lado, un recorrido histórico sobre la evolución del concepto de dignidad, nos trae Antonio Pele, cuando afirma que *“Sería interesante recordar que el concepto de dignidad humana ha conocido varias fases en su formulación histórica. Durante **la época pre-moderna**, dicho valor derivaba del parentesco uniendo el hombre con Dios y hacía del primero un ser excelente por ser creado a la imagen del primero. Gracias a las cualidades que le fueron atribuidas (pensamiento, lenguaje, etc.) el ser humano podía demostrar su grandeza y superioridad sobre los demás animales: el hombre era el único ser valioso puesto que Dios le otorgó sólo a él las capacidades más nobles para ejercer su predominio y perfeccionar su conocimiento. **El concepto de dignidad era así un concepto religioso y las razones de su aparición deben buscarse en el antropocentrismo fomentado en gran parte por la religión judeo-cristiana. En la época moderna**, el concepto de dignidad fue reformulado: **la dignidad del hombre deriva de su naturaleza humana pero dicha naturaleza se desvincula progresivamente de cualquier origen divino**. Como en la época pre-moderna se hace un elogio de las capacidades humanas pero esta vez deduciendo de éstas mismas la dignidad del hombre, sin acudir a ningún parentesco religioso. El antropocentrismo está así preservado, puesto que se insiste en la singularidad de la especie humana en relación con los demás animales. A esta reformulación parcial del concepto se ha añadido una más profunda: **el hombre es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no meramente como un medio**. Esta nueva formulación de la dignidad se plasmará en el ámbito jurídico con la aparición de los derechos humanos. Desde ahora, la dignidad humana no sólo tiene un alcance vertical (la superioridad de los seres humanos sobre los animales) sino también un*

Desde este enfoque en la discusión moral participan sujetos dignos, es decir, capaces de razonar, sentir y comunicarse y de orientar esas capacidades hacia la consecución de un plan de vida y que desempeñan un determinado papel en la sociedad; Sobre la inclusión de la discapacidad en la Teoría de los derechos humanos; p. 4. Extraído de [:/Downloads/DialnetobreLaInclusionDeLaDiscapacidadEnLaTeoriaDeLosDer-4130420.pdf](#)



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

alcance horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos sea cual sea el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad)".¹¹¹

Si la dignidad humana es el **fundamento del orden político y jurídico**, no sorprende su ubicación en nuestra Constitución Política del Perú; en principio, en el:

*Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y **el respeto de su dignidad** son el fin supremo de la sociedad y del Estado;*

y luego en el:

*Artículo 3°.- 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.*

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado con claridad en uniforme jurisprudencia, entre las cuales destacamos, la sentencia 2273-2005-HC/TC:

*... “Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, **sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento.** (fundamento 5).*

(...)

“Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanar todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el

¹¹¹ PELE, Antonio; Una aproximación al concepto de dignidad humana; extraído de: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8646/aproximacion_pele_RU_2004.pdf.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)", el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que "(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables" sino que "(..) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana" (fundamento 6).

(...)

"Una vez identificado este contenido práctico -objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres-, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el principio-derecho de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N.o 0050-2004-AI (acumulados), N.o 0019-2005-PI/TC, N.o 0030-2005-PI, N.o 1417- 2005-AA, N.o 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc".

"El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas: Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”. (fundamentos 9 y 10)

No hay pues lugar a hesitación, desde la teoría evolutiva de los derechos humanos, los Tratados Internacionales, la Constitución Política del Perú y las leyes, consideran a la dignidad humana como su sustento más esencial que las define y orienta, como principio de aplicación hermenéutica y como derecho igualmente exigible a los poderes públicos, y respecto al cual, existe el deber del Estado negativo y positivo, de respeto y garantía, respectivamente¹¹², y su justiciabilidad, en caso de afectación.

Cabe agregar, sin embargo, que como sostiene Patricia Cuenca,¹¹³ , respecto al derecho humano de los discapacitados y su evolución, *“el discurso de los derechos y su referente central, la idea de dignidad humana, se han venido cimentando sobre la base de un modelo de individuo caracterizado por sus capacidades y por desempeñar un determinado papel en la sociedad. Ambos presupuestos, como antes anuncié, resultan excluyentes para las personas con discapacidad sobre todo, aunque no exclusivamente, para personas con discapacidad intelectual y mental”.* Y lo dice pensando en Rawls, quien *“En su construcción los individuos que —en la situación original y tras el velo de ignorancia— participan en el establecimiento de los principios básicos de justicia son aquellos sujetos que poseen lo que este autor denomina los*

¹¹² 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*

¹¹³ CUENCA GÓMEZ, Patricia; El tratamiento de la discapacidad en la teoría contemporánea de los derechos humanos; p.3; recuperado de <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/36498patriciacuencaomezrep158.pdf>.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*dos poderes morales: capacidad para establecer una idea de justicia y capacidad para establecer una concepción del bien*¹¹⁴

Para establecer una idea de justicia y una capacidad de establecer una concepción del bien, es decir, para ser libres y por tanto dignos, según Rawls, se requieren *poderes de racionalidad y adecuado desenvolvimiento*, que escapan a las personas con discapacidad, puesto que ello implica *“comprensión como habilidad de relacionarse con otros e iguales ciudadanos y para participar con otros en términos que podemos imaginar que otros aceptarían, mientras que la capacidad para una concepción del bien implica que las personas son racionales para determinar sus propias metas, esto es, sus propios planes y proyectos de vida y para tomar los pasos más apropiados para conseguirlas”*¹¹⁵; de esa manera *“Los individuos que según Rawls pueden ser considerados sujetos morales se sitúan «dentro del margen de lo normal» de tal manera que si bien «no tienen capacidades iguales... sí poseen, al menos en el grado mínimo esencial, las capacidades morales, intelectuales y físicas que les permiten ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de un ciclo de vida completo». **Así, las personas con discapacidad en tanto individuos que no cumplen, o que se entiende o parece que no cumplen, con estos rasgos en las formas consideradas estándar, pierden su capacidad para participar como sujetos de justicia y «experimentan la justicia» como mucho «como entidades dependientes»**»*

Aun cuando prima facie, acepta de Nussbaum un nuevo planteamiento *prometedor* para las personas con discapacidad : *“Así, por ejemplo, su teoría considera a las personas con discapacidad como «ciudadanos y miembros plenamente iguales de la comunidad humana»; rechaza la idealización de la racionalidad; critica la idea del beneficio mutuo como base de la cooperación social; y reconoce la importancia de la asistencia en relación con cada una de las capacidades de la lista;” termina reconociendo que “el enfoque de Nussbaum se muestra mucho menos*

¹¹⁴ Op.cit. p. 4

¹¹⁵ Cit. p 5



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

inclusivo de lo que a priori se declara, al menos para algunas personas con discapacidad. Su esquema falla a la hora de reconocer la plena dignidad de las personas con discapacidad cuyo nivel de funcionamiento en las capacidades básicas se sitúa por debajo del umbral mínimo universal y excluye a estos individuos de la participación plena en la sociedad¹¹⁶.

Finaliza proponiendo nuevos enfoques inclusivos de las personas con discapacidad, sosteniendo que “a mi modo de ver, el tratamiento de la discapacidad en el discurso teórico y jurídico desde el enfoque individual o de grupo, desde el modelo médico y desde el proceso de especificación contribuye a la estigmatización y minusvaloración de las personas con discapacidad, perpetuando su imagen como sujetos especiales, fuera de lo normal. La teoría de los derechos debe abordar de manera principal la discapacidad desde el enfoque **de la situación, el modelo social y el proceso de generalización**. El enfoque de la situación supone entender que la discapacidad no es tanto un rasgo personal, sino una situación en la que se encuentran determinados sujetos. Y esa situación, en consonancia con los presupuestos que definen **el modelo social**¹¹⁷, debe entenderse como el resultado de una combinación de factores sociales e individuales. Desde esta consideración, **el proceso de generalización**, que se caracteriza por ampliar o extender la titularidad de los derechos universales haciéndola menos «abstracta» con el objetivo de incluir a más sujetos «reales», se presenta como el punto de vista más adecuado desde el que afrontar el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad. **Asumiendo este enfoque se entiende que los derechos de las personas con discapacidad son los mismos que poseen los demás ciudadanos y se defiende la necesidad de extender su satisfacción plena a este colectivo, lo que exige, eso sí, la adaptación de los derechos «comunes» abstractamente formulados a las circunstancias concretas de existencia de las**

¹¹⁶ Cit. p.9.

¹¹⁷ Cit. p. 10 El modelo médico de tratamiento de la discapacidad que, como es sabido, concibe la discapacidad como un problema centralmente individual, apartándose del **modelo social** que entiende que la discapacidad tiene su origen preponderantemente en causas sociales, esto es, en el diseño de la sociedad desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de las personas con discapacidad.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

personas con discapacidad¹¹⁸. De este modo, el proceso de generalización parte de la necesidad de superar una situación de discriminación y entronca con la pretensión de universalidad de los derechos.¹¹⁹

Por cierto, el Decreto Supremo N° 007-2021-MIMP, que aprueba la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo al 2030, contiene una definición de la discapacidad y de la persona con discapacidad, bajo un modelo social y no médico, incidiendo esencialmente en el entorno social y las barreras que no tienen en cuenta esta situación:

“Discapacidad: La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las distintas barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Persona con discapacidad: La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

Discriminación por motivos de discapacidad: La discriminación por motivos de discapacidad se entiende como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.”

¹¹⁸ Véase también arts. 2 y 3.a de la Convención Sobre los derechos de las Personas con Discapacidad:

Art. 2: (...) Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Art. 3.a: Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

¹¹⁹ Cit. p. 14



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Es entonces, a partir del artículo 1 y 3 de la Carta Política Fundamental, y lo antes expuesto, que se puede construir, como en efecto lo ha hecho el A-Quo en la sentencia consultada¹²⁰, un derecho constitucional derivado no fundamental (derecho a una muerte digna), pero que contrastado con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (artículo 112 del Código Penal¹²¹), genera excepciones legítimas de no punibilidad, en la medida que esta norma legal no supera, en un test de proporcionalidad, los sub principios de idoneidad, necesidad ni proporcionalidad, en estricto, como se expone en las páginas posteriores.

De esa forma sostiene el Juez de Origen, que:

*“180.-...esta judicatura ha considerado que, **existe un derecho a una vida digna y consecuentemente a una muerte digna**¹²²; sin embargo, no puede considerarse un derecho fundamental. El suicidio, no es un derecho, es más bien una libertad fáctica. La muerte digna, es un derecho, es evidente que puede derivarse del propio derecho a la dignidad; pero, siendo un derecho derivado, que asimismo su nacimiento está supeditado al nacimiento de la vida misma, que no es un bien jurídico absolutamente disponible, que configurado como lo ha expuesto por la propia demandante y como lo entiende esta judicatura, tiene límites intrínsecos y que en gran parte de los casos, el Estado está obligado a proteger este derecho, pero no a promoverlo; debe considerarse que el derecho a la muerte digna, sin ser un derecho fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima, de no punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la protección estatal de la vida.*

¹²⁰ En casos difíciles y en los que colisionan principios y no normas, esta es la mejor manera de controlar la constitucionalidad de las leyes. Como sostiene Bernal Pulido, “Dado que la norma directamente estatuida no basta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en estos casos es necesario concretar y **fundamentar una nueva norma que sea adecuada para desempeñar la función de premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia**” BERNAL PULIDO, Carlos; El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003; pag. 141.

¹²¹ “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”.

¹²² Terminología que consideramos no apropiada, estando al Voto emitido por el Juez Supremo Ponente de este caso, y que suscribimos con nuestros fundamentos adicionales: [“siendo esto así, podemos concluir que no se puede sostener que exista “un derecho a morir” o “un derecho a la muerte” porque la muerte constituye el final natural del ciclo de la vida, entendida como la existencia biológica de un ser humano y que constituye un hecho inexorable, por el cual transitaremos todas las personas, tarde o temprano; sin embargo, si existe el derecho a la dignidad al momento de morir o a morir con dignidad como parte del derecho a la dignidad que acompaña a todo ser humano durante el periodo de su existencia” Fundamento 15.7 de la ponencia.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

181. Así, bajo el análisis del sub principio de proporcionalidad strictu sensu, la muerte digna, no es una eutanasia pura, no es un derecho fundamental, en la medida de otros derechos, como la propia dignidad, la libertad, la vida, entre otros que son esenciales, inviolables, reconocidos universalmente y consagrados en el caso de nuestra Constitución de forma expresa o que pueden configurarse por su esencialidad. Un derecho fundamental debe ser protegido y promovido por el Estado. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad; derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma, como tal debe ser protegida, pero no podría ser promovida, en tanto que podría afectar la libertad de ejercerla, cuanto por que se genera un conflicto con su deber de proteger la vida. El derecho a la dignidad, debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como la concreta situación que devendría del agravamiento progresivo de la condición de la beneficiaria de esta demanda, doña Ana Estrada Ugarte, situación que permitiría, considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del artículo 112 del Código Penal es, en su caso, excesivo, no es proporcional al derecho que protege, pues afecta derechos fundamentales de esta persona, por lo que debería inaplicarse, siempre que sea el mismo Estado, el que garantice que no se suprimirá la obligación genérica de proteger la vida humana, por lo que deberá hacerse, siempre que se cumpla determinado protocolo para su determinación y ejecución” .

Queda establecido entonces, a partir de lo dicho hasta ahora, que el contenido del derecho a la vida en relación directa con derecho-principio de dignidad, supone no sólo el ser privado arbitrariamente de la misma, que genere en los Estados la realización de actos que impidan afectarla, sino también evitar, que al defenderla a ultranza, suponga la afectación de otros derechos, igualmente en la misma jerarquía, entre ellos, la dignidad, la libertad y la autodeterminación que ello supone.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

De esa forma, resulta inaceptable, desde la perspectiva analizada ut supra, que se pueda validar razonablemente, que en condiciones de dolor intolerable y permanente, producto de enfermedades incurables, y con pleno conocimiento y percepción de dicha realidad por parte de la persona afectada, una petición expresa y reiterada de morir en condiciones dignas, pueda ser rechazada y penalizada bajo el argumento general y vacío de la defensa del bien jurídico vida, sin más.

5.-SOBRE LA EUTANASIA Y SU TIPOLOGÍA

Eutanasia directa Activa: Consiste en provocar una muerte indolora a petición del afectado cuando se es víctima de enfermedades incurables muy penosas o progresivas y gravemente invalidantes; el caso más frecuentemente mostrado es el cáncer, pero pueden ser también enfermedades incurables la obesidad o la depresión crónica. Se recurre a sustancias especiales mortíferas o a sobredosis de morfina.

Eutanasia directa Pasiva: Se deja de tratar una complicación, por ejemplo, una bronconeumonía o de alimentar por vía parenteral, con lo cual se precipita el término de la vida; es una muerte por omisión. De acuerdo con Pérez Varela “la eutanasia pasiva puede revestir dos formas: la abstención y la suspensión terapéuticas. En el primer caso no se inicia el tratamiento y en el segundo se suspende el ya iniciado ya que se considera que más que prolongar el vivir, prolonga el morir”.

Eutanasia indirecta: Consiste en efectuar procedimientos terapéuticos que tienen como efecto secundario la muerte, por ejemplo, la sobredosis de analgésicos, como es el caso de la morfina para calmar los dolores, cuyo efecto agregado, como se sabe, es la disminución de la conciencia y casi siempre una abreviación de la vida

Otros conceptos:

Suicidio asistido: Significa proporcionar en forma intencional y con conocimiento a una persona los medios o procedimientos o ambos necesarios para suicidarse, incluidos el asesoramiento sobre dosis letales



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

de medicamentos, la prescripción de dichos medicamentos letales o su suministro.

Cocotanasia: Es la eutanasia que se impone sin el consentimiento del afectado. La palabra apunta hacia una mala muerte (kokós: malo).

Eutanasia activa voluntaria: Es la acción destinada a provocar la muerte de una persona que padece una enfermedad terminal o irreversible que le causa sufrimientos sentidos subjetivamente como insoportables, siempre que sea debidamente informada de su estado y pronóstico, atendiendo a su petición libre, voluntaria y reiterada, con el único fin de evitarle estos sufrimientos.

Distanasia: Consiste en el "encarnizamiento o ensañamiento terapéutico", mediante el cual se procura posponer el momento de la muerte recurriendo a cualquier medio artificial, pese a que haya seguridad 14 que no hay opción alguna de regreso a la vida, con el fin de prolongar su vida a toda costa, llegando a la muerte en condiciones inhumanas, aquí se buscan ventajas para los demás, ajenas al verdadero interés del paciente [Fuente Tomado de Lage, Acosta y Pujol (2009)]¹²³

6.-EUTANASIA ACTIVA.- El tratamiento de la política criminal en el Perú en este aspecto, se encuentra recogido en el artículo 112 del Código Penal Peruano, que evidentemente penaliza el homicidio por piedad y que expresamente señala que “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”.

Reyna Alfaro, al desarrollar una exégesis del mencionado artículo, sostiene que:

“La acción típica del homicidio a petición es la propia de cualquier otra clase de homicidio: matar a otro, siendo posible su realización por omisión

¹²³ RIVERA RINCÓN, Katherlyne; LA REGLAMENTACIÓN DE LA EUTANASIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL; pp. 13-14; Extraído de: <https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/34650/1/2020>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

impropia. Se admite, en esa línea de ideas, tanto la punición de la eutanasia activa (consentida) como de la eutanasia pasiva (consentida).

*(...) En primer lugar, **el sujeto pasivo** del delito es únicamente un enfermo incurable. Este término tiene un contenido exclusivamente médico, descartándose la introducción de elementos económicos o sociales.*

*Ahora, no basta que el sujeto pasivo sea un enfermo incurable, **es necesario además que aquél sufra intolerables dolores** lo que permite reducir la aplicación de la fórmula del homicidio piadoso a las enfermedades físicas, excluyendo a las enfermedades psíquicas, pues aquellas —como es evidente— excluyen la posibilidad de solicitud consciente como lo exige el tipo penal. Aquí surge una intensa discusión doctrinal en relación a los casos en que la persona expresó su voluntad suicida con anterioridad a la pérdida de capacidad.*

*Se trata de un **delito de medios indeterminados**, por lo que es posible su realización recurriendo a cualquier medio idóneo para la producción del resultado.*

*La aplicación del homicidio piadoso **requiere de solicitud expresa y consciente del sujeto pasivo**. No se trata, como erróneamente sostiene cierta doctrina, del consentimiento, pues aquél sí puede ser tácito. La solicitud debe ser hecha por persona en pleno goce de sus facultades psíquicas.¹²⁴*

Agrega sin embargo, el autor peruano que “Antes de realizar cualquier tipo de análisis hermenéutico del dispositivo es necesario destacar la tendencia generalizada en la doctrina nacional de cuestionar la criminalización del homicidio piadoso, desde el fervoroso discurso de Villa Stein que, en línea similar a la seguida por Gimbernat en España, plantea de lege ferenda y en

¹²⁴ REYNA ALFARO, Luis Miguel; Homicidio a petición, instigación y ayuda al suicidio en el derecho penal: una lectura constitucional de los artículos 112 y 113 del Código Penal peruano; extraído de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332009000100008.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

clave constitucional la necesidad de descriminalizar el homicidio piadoso, pasando por propuestas como la de Salinas Siccha que intenta compatibilizar la moral con la impunidad del homicidio piadoso, la de Villavicencio Terreros que reconociendo que la problemática subyacente a la punición del homicidio piadoso se debe resolver en sede constitucional sin dar mayor explicación de los fundamentos de su posición, el poco elaborado desarrollo de Chirinos Soto y el mutismo de Bramont-Arias Torres y García Cantizano y Momethiano Santiago.

La solución a la cuestión en debate pasa por determinar si la vida humana es un bien jurídico indisponible o libre disponible. Si la opción asumida es la primera, la criminalización del homicidio a petición o la ayuda o instigación al suicidio se encontraría justificada; si la respuesta es la última, la opción criminalizadora resultaría vedada.”¹²⁵

Ya se ha dicho pues, que en un Estado democrático y constitucional de Derecho, no existen derechos absolutos, ni siquiera a la vida misma, si es que no se es capaz de compatibilizarlo con la dignidad de la persona, cuyo respeto el Estado debe garantizar¹²⁶. De allí deriva, *prima facie*, el derecho a tener no sólo una vida digna, sino la posibilidad de disponer, autónoma y libremente de ella, frente a circunstancias que precisamente, la hacen indigna; en este caso, frente a circunstancias como las descritas en el tipo penal contenido en el artículo 112 del Código Penal, lo que será objeto de análisis más adelante.

¹²⁵ REYNA ALFARO; Luis Miguel; op. cit.

¹²⁶ Rafael E. Aguilera Portales & Joaquín González Cruz; Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia [Human rights and human dignity as assumption of euthanasia]; pp. 11-12; “Entonces, si la muerte (el buen morir) es parte integral de nuestra persona, la discriminación con relación a este «derecho» constituye un atentado grave contra la dignidad humana. Discriminar a alguien es negarle a otro los derechos más elementales y el disfrute de los bienes a los que tiene derecho. Por tanto, en el caso de la eutanasia, al negarle a alguien una muerte digna, estamos discriminándolo y violentando sus derechos fundamentales; tal negación se produce frecuentemente por el mero capricho (basado en creencias, falsas ideologías, mitos, etcétera) de aquellos que poseen el poder para separar e impedir a los demás el acceso a una existencia digna. De este modo, discriminar o marginar es sinónimo de humillar, y en la muerte se representa un caso límite de esta ausencia de dignidad, de humillación. La auténtica o más intensa discriminación y marginación se da en la muerte, en los momentos de agonía y sufrimiento. Así, podemos constatar cómo en la eutanasia la privación de una muerte digna pone a la persona en un estado de humillación total. El estar conectado a una bomba, atravesado por tubos para respirar, comer, defecar, orinar etcétera, estar en estado vegetativo, con algún trauma irreversible físico o psicológico e incluso moral, es para muchos un estado degradante de su dignidad personal, es totalmente humillante. Si el cuidado de sí, el cuidado de la muerte, es el cuidado de toda la vida, entonces, quitarle el derecho a una muerte digna sería desustancializar la labor de una vida de un solo tajo”; recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.008>.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

7.-EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A COLISIÓN DE PRINCIPIOS¹²⁷.-

Un juicio de proporcionalidad (examen de idoneidad de la intervención) nos lleva por la ruta siguiente: Este Tribunal Supremo considera que la norma legal controlada [artículo 112 del Código Penal¹²⁸] tiene evidentemente un objetivo legítimo: proteger el derecho fundamental a la vida, que como se dijo líneas arriba es el sustento del ejercicio de otros derechos fundamentales y constitucionales, siendo la tipificación dentro del ámbito del Derecho Penal¹²⁹, una medida idónea para alcanzar los fines de respeto y garantía al derecho a la vida y que el Estado se encuentra obligado a promover;¹³⁰ consecuentemente, la intervención legislativa supera un examen de idoneidad.

Por otro lado, debemos preguntarnos si los objetivos perseguidos por la norma prevista en el artículo 112 del Código Penal, que de manera general sancionan el homicidio piadoso y afectan gravemente los derechos de la demandante Ana Milagros Estrada Ugarte a una muerte en condiciones dignas que deriva de un derecho onnicomprensivo y ius fundamental de la dignidad y libertad, habrían podido alcanzarse con la adopción de medidas más benignas con los derechos intervenidos, esto es, si **resulta necesaria** la intervención legislativa: la respuesta es positiva.

Tal como ya se expuso en el voto suscrito por tres Jueces Supremos, estos objetivos encuentran perfecta coincidencia con los cuidados paliativos, con ropaje legal y “plan de desarrollo por varios años” en el país; pero que en el

¹²⁷ “(...) el principio de proporcionalidad vendría a cumplir un rol instrumental a la naturaleza principialista de las normas iusfundamentales, en la medida que permite establecer, con un alto grado de corrección, el contenido del mandato establecido en una disposición cuyo cumplimiento no puede realizarse “todo o nada”, sino que más bien invoca u cumplimiento gradual”. GRANDEZ CASTRO, Pedro P.; El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano; en el Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo; Palestra Editores; 2010; p.340

¹²⁸ “La Defensoría del Pueblo ha asumido la defensa de que los derechos humanos que reclama sean respetados, protegidos y garantizados por el Estado ante un juzgado constitucional. Esto debido a que hoy el acceso a una muerte digna, a través del procedimiento médico de la eutanasia, tal como ella lo solicita, está tipificado como un delito en el Código Penal de 1991. Por eso, se solicita inaplicar esta norma a fin de reconocer y hacer valer el conjunto de los derechos humanos que subyacen a esta prohibición penal”. MIRÓ QUESADA GAYOSO, Josefina; La muerte digna bajo la jurisprudencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; extraído de: <https://doi.org/10.18800/themis.202002.026>.

¹²⁹ De acuerdo con la opinión completamente indiscutida y dominante, tanto de lege lata como de lege ferenda, la eutanasia activa, en el sentido de dar muerte a un moribundo o persona gravemente enferma, es inadmisibles y punible de conformidad con el Derecho vigente. Ello se deduce el § 216 STGB que castiga con una pena atenuada el homicidio a petición. ROXIN, Claus; Tratamiento jurídico penal de la eutanasia; extraído de: <http://criminet.ugr.es>

¹³⁰ Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras; fundamento 110.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

caso concreto de la demandante, tal como lo ha reiterado en el informe oral en discordia, teniéndolos, resultan ya insuficientes para paliar el dolor único que experimenta como consecuencia de *“una rara enfermedad denominada poliomiocitis, de naturaleza degenerativa, progresiva y autoinmune, es decir, que el mismo organismo se agrede y que en su caso ha comprometido gravemente la funcionalidad de los músculos provocando incapacidad para moverse, respirar y alimentarse, entre otros; pero además, la poliomiocitis es una enfermedad incurable y terminal porque no existe un tratamiento médico para su cura y va a conducirla irremediablemente a la muerte en un futuro próximo”*.

Y es que los cuidados paliativos, como medida alternativa u opcional, protegen eficazmente el derecho a la vida, en condiciones dignas, prolongándola incluso en situaciones adversas, pero sin afectar, el derecho a decidir libremente, de manera informada, cuándo y cómo, poner fin a la existencia misma.

Este análisis de necesidad no superado por la medida legislativa, y la *evidente incompatibilidad con la Constitución, aún luego de haberse interpretado de conformidad con ella*, resulta clave a efectos de aprobar la consultada en los términos descritos por la mayoría del Tribunal Supremo.

No superando el examen de necesidad el artículo 112 del Código Penal, el examen de proporcionalidad en estricto, no constituye un imperativo. Aún así, y al no verse afectado el razonamiento expuesto en este voto, suscribo los términos del análisis de proporcionalidad propiamente dicho, que ha sido desarrollado por mis colegas en mayoría y que opinan igualmente por aprobar en parte la consultada [fundamento 18.6]¹³¹.

¹³¹ Ya la Corte Constitucional Colombiana, ha tenido oportunidad de analizar esta temática de suyo problemática. [“En el caso de la muerte digna, la Sala de Revisión, al igual que la Sala Plena en la Sentencia C-239 de 1997, considera que su principal propósito es permitir que la vida no consista en la subsistencia vital de una persona sino que vaya mucho más allá. Esos aspectos adicionales son propios de un sujeto dotado de dignidad que como agente moral, puede llevar a cabo su proyecto de vida. Cuando ello no sucede, las personas no viven con dignidad. Mucho más si padece de una enfermedad que le provoca intenso sufrimiento al paciente. En estos casos, ¿quién si no es la propia persona la que debe decidir cuál debería ser el futuro de su vida? ¿Por qué obligar a alguien a vivir, en contra de su voluntad, si las personas como sujetos derechos pueden disponer ellos mismos de su propia vida? Lejos de ser preguntas abiertas, los interrogantes planteados muestran la estrecha relación que tiene el derecho a la muerte digna con la dignidad humana. En criterio de esta Sala, morir dignamente involucra aspectos que garantizan 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. Le permite alejarse de tratamientos tortuosos que en vez de causar mejoras en su salud, lo único que hacen es atentar contra la dignidad de los pacientes. Cada persona sabe qué es lo mejor para cada uno y el Estado no debe adoptar



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

8.-UN ENFOQUE -IGUALMENTE NECESARIO- DE INTERSECCIONALIDAD .-

Como afirma Cecilia Gebruers, “Las teorizaciones del concepto interseccionalidad generalmente toman como punto de partida el trabajo de Kimberly Crenshaw, consignado en los artículos “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex” (Crenshaw, 1989) y “Mapping the Margins” (Crenshaw, 1991). **En estos artículos, la autora usa la metáfora de cruces de caminos para describir la manera en que la discriminación racial y la discriminación de género se refuerzan la una a la otra**”¹³².

En esa línea, y siendo el género y la raza, sus fundamentos iniciales, sostiene Gebruers que la interseccionalidad puede intervenir en tres niveles: “El primero, aplica el **marco conceptual** a diferentes proyectos de investigación y de enseñanza. El segundo, se enfoca en **investigaciones del ámbito del discurso de la interseccionalidad como teoría y metodología**, como es el caso de las indagaciones respecto de la manera en que el discurso de la interseccionalidad se ha ido desarrollando en las diferentes disciplinas, así como la enrevesada pregunta acerca de si existe un sujeto de la interseccionalidad. Finalmente, el tercer modo de intervención –aunque de ninguna manera el menos importante– es aquel que excede el ámbito académico y se enfoca en **la praxis**, dando cuenta de que la dimensión política de la interseccionalidad busca ir más allá de su mera comprensión teórica de las dinámicas interseccionales y apunta a transformarlas”¹³³

Pero este enfoque, como todos aquellos que buscan proteger la dignidad de la persona humana, y de grupos vulnerables, no ha estado exento de dificultades en su concreción práctica o en su admisión en los sistemas jurídicos, a tal punto que, por ejemplo, el Comité CEDAW, en su Recomendación General 33 de 2015 sobre Acceso a la Justicia afirmó: “...la

posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada cual considera indigno” CARMEN TOMÁS-VALIENTE LANUZA; LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AL SUICIDIO ASISTIDO Y LA EUTANASIA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: OTRA MUESTRA DE UNA DISCUTIBLE UTILIZACIÓN DE LA DIGNIDAD; Extraído de: <file:///C:/Users/AUGUSTO/Desktop/data/Documents>.

¹³² Cecilia Gebruers; La noción de interseccionalidad: desde la teoría a la ley y la práctica en el ámbito de los derechos humanos; p. 3; recuperado de <file:///C:/Users/AUGUSTO/Downloads/4980>

¹³³ Op. Cit. p.4



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, **la discapacidad**, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia. (párr. 8)¹³⁴*

De igual manera en el caso *Gonzáles Lluy vs Ecuador*, en la opinión concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot sostiene que:

*“11. La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. **La interseccionalidad es asociada a dos características. Primero, las bases o los factores son analíticamente inseparables como la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. La experiencia es transformada por la interacción. Segundo, la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación.**”*

La interseccionalidad por tanto, *“es una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegio. Se trata, por tanto, de una metodología indispensable para el trabajo en los campos del desarrollo y los derechos humanos”*.¹³⁵ Busca *“revelar las variadas identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de identidades. (...) Toma en consideración los contextos*

¹³⁴ Cit. p. 11

¹³⁵ Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica-Cuadernillos de trabajo AWED. p.1



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*históricos, sociales y políticos y también reconoce experiencias individuales únicas que resultan de la conjunción de diferentes tipos de identidad. **Por ejemplo, la experiencia de una mujer negra en Ciudad del Cabo es cualitativamente distinta a la de una mujer blanca o indígena en esa misma ciudad. De manera similar, son únicas y distintas las experiencias que implican ser lesbiana, anciana, discapacitada, pobre, del Hemisferio norte, y/u otra serie de identidades. El análisis interseccional plantea que no debemos entender la combinación de identidades como una suma que incrementa la propia carga sino como una que produce experiencias sustantivamente diferentes***¹³⁶

Dicho esto, puede parecer *prima facie*, que la única experiencia vivida por la demandante Ana Estrada Ugarte es la de ser afectada en sus derechos y su condición de discapacitada, postrada por *una rara enfermedad denominada poliomiocitis, de naturaleza degenerativa, progresiva y autoinmune, es decir, que el mismo organismo se agrede y que en su caso ha comprometido gravemente la funcionalidad de los músculos provocando incapacidad para moverse, respirar y alimentarse, entre otros; y además, la poliomiocitis es una enfermedad incurable y terminal porque no existe un tratamiento médico para su cura y va a conducirla irremediablemente a la muerte en un futuro próximo*"; sin embargo, no lo es.

Dicho de otra forma: esta situación que la ha llevado a vivir una vida que ella misma percibe en condiciones de indignidad, puede generar, como se dijo anteriormente, un enfoque aislado, calificando su experiencia como la de la vulneración de derechos (dignidad, libertad, vida digna) de una persona discapacitada, sin advertir, como queda claro, que a ello se intersecta su condición de mujer, profesional, sin posibilidad de ejercer su profesión o trabajo, o acaso su libertad sexual, lo cual genera **una experiencia cualitativa diferente, creando una consecuencia en ella, de una forma tal, que difiere ostensiblemente de las consecuencias sufridas por aquellos(as) que son sujetos de solo una forma de discriminación.**

¹³⁶ Op. Cit. p.2



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Lo que quiero decir entonces, en este caso concreto, es que una mujer, discapacitada, postrada, fuera del ámbito del ejercicio laboral o profesional, económicamente dependiente, puede experimentar una discriminación diferente a la de un hombre discapacitado, a la de una mujer lesbiana, a la de una mujer discapacitada pero trabajando regularmente, a la de una mujer discapacitada de la costa, de la sierra o de comunidades nativas, etc. Es allí, donde se destaca la importancia de la interseccionalidad, como enfoque de derechos humanos, como técnica de trabajo y como principio hermenéutico, para visibilizar los pliegues de una realidad intersectada, que transforma la experiencia, convirtiéndola en única, en este caso de una mujer, sin que pueda obviamente, estereotiparse como un estado de compasión, sino como el ejercicio también empoderado de un derecho derivado de lo previsto en el artículo 3 de la Carta Magna: el derecho a una muerte en condiciones de dignidad, como una manifestación concreta de la dignidad humana.

En la vista de la causa en discordia, la demandante reiteró, lo que en su día, había expresado al Colegiado Supremo completo, esto es, la experiencia única que vive, como consecuencia de la enfermedad rara, incurable, terminal, que es causante de su postración y dolores intolerables; conforme así fluye también del informe médico de folios quince a veintidós [cuaderno principal], de fecha veintiuno de enero del dos mil veintiuno, suscrito por el médico Gonzalo Ernesto Gianella Malca y que no ha sido cuestionado en este proceso; razón por la cual, la intervención del artículo 112 del Código Penal en su decisión consciente e informada de poner fin a su existencia, no resulta siendo una medida necesaria para proteger el derecho a una vida digna, máxime si como se ha dejado dicho, este enfoque de interseccionalidad nos permite visibilizar una serie de identidades afectadas (mujer, discapacitada, al margen del mercado laboral, económicamente dependiente, privada de su libertad sexual) que transforman la vivencia, en una experiencia única y diferente como mujer. No es por tanto, solo un enfoque de género o de vulnerabilidad de los discapacitados, tiene que ver con un enfoque más integral: el de la interseccionalidad de múltiples identidades transformadoras que recaen en una mujer.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Manifestación de ello, son las expresiones de la demandante, recogidas en la demanda, a partir de un blog virtual [anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/02/10/eldebut]¹³⁷, que dan cuenta de este *cruce* e intersección de afectaciones y la crudeza de dicha experiencia única en una línea de tiempo:

Su condición de mujer y su libertad [“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. (...) yo sólo 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 vida***”].

Su condición de **mujer discapacitada** [“ahora ***todo procedimiento es en cama y nunca más me levantaré*** para ver mi cama reflejada en el espejo y así tratar de amarme, 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 más”].

Su libertad sexual y una lucha empoderada por ejercerla sin condición [“fue un escándalo con los doctores cuando se enteraron que quería tener relaciones sexuales, porque mi condición es como si estuviera hospitalizada.]; y en esas condiciones, su visión de la vida misma y la percepción de su ejercicio en dignidad y libertad [“***Tiene que ver con lo erótico, y lo erótico tiene que ver con la vida***”].

El ejercicio profesional, laboral, personal perdido [“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 su petición **reiterada y consciente** de morir en condiciones dignas [“Yo no quiero morir de forma clandestina. De esa manera triste, trágica, terrible. No

¹³⁷ Un blog es acaso el periódico mural de las épocas escolares, inclusive el de las universitarias, las que llenan siempre la vocación del ser humano para transmitir algo (...) “no se trata del prurito de hacerse más visible evidentemente, se satisface el deseo *impune de comunicar*, de ser sociable, de integrarse o de edificar un valor esencial institucional”; recuperado de: tercerasalacivilcsj12021.blogspot.com



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

quisiera que se hable de suicidio, de que fui una suicida. **La muerte asistida no es un suicidio, es un procedimiento médico que puede preparar a mi familia”]**

POR LAS CONSIDERACIONES ADICIONALES HASTA AQUÍ EXPUESTAS, MI VOTO SE ADHIERE AL EMITIDO POR LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS **QUISPE SALSAVILCA, YALÁN LEAL Y BUSTAMANTE ZEGARRA**, CORRIENTE DE FOLIOS 330 A 391 DEL CUADERNILLO DE CASACIÓN; ESTO ES, PORQUE **SE APRUEBE EN PARTE LA SENTENCIA CONSULTADA, CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN NÚMERO SEIS, DE FOJAS 453, ACLARADA POR RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE, DICTADA POR EL JUEZ DEL DÉCIMO PRIMER JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA.**

RESPECTO AL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN, ME ADHIERO TAMBIÉN AL INDICADO POR EL PONENTE SEÑOR BUSTAMANTE ZEGARRA.

S.

RUIDÍAS FARFÁN

EL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS SE ADHIERE A LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS, YALÁN LEAL, BUSTAMANTE ZEGARRA Y RUIDIAS FARFÁN, RESPECTO AL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN, por las siguientes consideraciones: -----

Primero. Sobre el tema en controversia

1. Los votos de los señores Quispe Sasavilca, Bustamante Zegarra, Ruidias Farfán y la señora Yalán Leal se han pronunciado a favor de la pretensión de la señora Ana Estrada Ugarte; por consiguiente, la disensión solo se contrae al extremo de la sentencia que diseña un protocolo mínimo de actuación médica para el caso específico de la demandante. Es sobre dicho tema que se emitirá el pronunciamiento respectivo, sin perjuicio de lo que brevemente expondré en el segundo considerando.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Segundo. Sobre la vida digna

2. En términos del Tribunal Constitucional, la libertad de conciencia “es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica. En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve”¹³⁸.

3. Tal libertad permite que expresemos nuestros intereses críticos, constituidos por nuestros juicios, convicciones y valores personales. Dworkin, distinguiendo los intereses vivenciales de los críticos, ha manifestado que: “la gente piensa que es importante que su vida contenga no solo las experiencias, relaciones y logros debidos, sino que también tenga una estructura que permita una elección coherente entre estas¹³⁹”. A la pregunta ¿por qué interesa la forma en que vamos a morir? La respuesta que da el profesor americano se sustenta en dos razones: en principio, porque cada parte de nuestra vida nos interesa por sí misma y, luego, porque la manera como termina nuestra existencia es nuestra posibilidad para expresar nuestro mundo de valores¹⁴⁰.

4. La vida que se nos ha dado no es cualquier vida; es una llamada a la dignidad y al respeto. El derecho a la vida no es, no puede ser la mera supervivencia; es, fundamentalmente, elección, proyecto, decisión, autonomía, y lo es incluso en los momentos más dramáticos de ella. Entendida como “valor, principio y derecho”, ello supone que el plan de vida sea uno propio, que se deben tener condiciones materiales mínimas de

¹³⁸ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10.

¹³⁹ Harris, John. *La eutanasia y el valor de la vida*. En: *La eutanasia examinada*. Fondo de cultura económica. México, D.F., 2004, pp. 39 y 40.

¹⁴⁰ Citado por Álvarez del Río, Asunción. *Práctica y ética de la eutanasia*. México. Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 74-75. 3. Desde otro punto de vista, Hans Küng ha referido que la muerte es también una dimensión de la vida que, habiéndose dada para vivir en responsabilidad, exige que ella se mantenga incluso en su momento final. A la idea tradicional teológica que la vida es un “regalo de Dios” y que el ser humano debe estar dispuesto a asumir el final sin rechazar su “señorío universal” y su amorosa providencia”, Küng estima que se trata de un concepto distorsionado que coloca al ser humano como siervo y al Dios como amo, legislador, juez; también como verdugo. Dice: “precisamente porque la persona es persona y lo sigue siendo siempre, también aunque esté mortalmente enferma (en espera de la muerte en un tiempo previsible) o moribunda (en espera de una muerte próxima) tiene derecho a una despedida digna de seres humanos, no sólo a una vida digna de personas. Küng, Hans. *Morir con dignidad*. Madrid. Editorial Trotta, 2004, p. 41.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

subsistencia y que se debe ser protegido en la integridad física y moral. Como dice una sentencia de la Corte Constitucional colombiana se debe vivir como se quiere, se debe vivir bien y se debe vivir sin humillaciones¹⁴¹.

5. La autodeterminación consciente y responsable sustenta la dignidad humana¹⁴², de ella se deriva la posibilidad de desarrollar libremente la personalidad a fin de decidir entre varias alternativas.

6. Ana Estrada ha pedido que le permitan ejercer su libertad; en ese tiempo, plenamente consciente de su estado y de su deterioro físico, y asumiendo las consecuencias de sus actos ha solicitado que el Estado no le niegue su derecho a una existencia digna, porque entiende que la vida –ese quehacer continuo- le es cada vez más esquiva y más angustiante.

7. No encuentro razón alguna para que no se acepte su pretensión; ella es conforme al principio de dignidad humana, llave interpretativa de todos los demás derechos fundamentales. Impedirle ejercer el derecho que solicita significaría tolerar la existencia de un Estado absoluto y omnímodo cuyo poder sin control le podría permitir introducirse en la vida de los privados para regir sus convicciones. Por eso -insistiendo que este punto ha sido decidido por el pronunciamiento de mis respetables colegas- debo reiterar que coincido con la decisión tomada.

Tercero. Sobre el asunto en discordia

8. El voto en minoría señala que la prestación de ayuda para morir con dignidad se realizará: (i) cuando Ana Estrada se encuentre en estado terminal; y (ii) cuando se configure “el derecho de visita de representantes de diversas doctrinas comprensivas del bien, opuestas a la realización de la denominada muerte digna”. El referido voto agrega: “Podrá ser solicitada por el representante de cualquier iglesia o asociación religiosa o no vinculada al desarrollo personal o de espiritualidad”. Discuerdo de ambos supuestos y estimo que de ser aceptados se vaciaría el contenido de la sentencia emitida.

¹⁴¹ Sentencia C-881-2002 de la Corte Constitucional colombiana.

¹⁴² STC de España 53/1985, fundamento 8.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Cuarto. La libertad de conciencia

9. La lucha por la libertad de conciencia es la lucha por la tolerancia. Su conquista –con retrocesos y vaivenes- ha sido lograda con dolor y sufrimiento, superando Estados ideológicamente monistas -reflejados en modelos de exclusividad (Roma), identidad (el medioevo cristiano) y utilidad (siglos XVI y XVII)-, para proseguir en Estados ideológicamente pluralistas, signados por el proceso de secularización de los siglos XVIII y XIX y la posterior neutralidad y laicidad del Estado, que importa el respeto a toda creencia y la separación con las confesiones religiosas¹⁴³.

10. La libertad de conciencia exige neutralidad y su causa, como el de la tolerancia, “está en la dignidad de todo hombre, que no permite al Estado adoptar decisiones que solo al ciudadano corresponden¹⁴⁴”. Un Estado que se dice social y democrático de derecho es siempre uno pluralista y se asienta en el respeto a la libertad de conciencia, no solo como elemento interno, sino también como posibilidad de manifestación externa que impida a los seres humanos sufrir sanción o padecer compulsión o injerencia de los poderes públicos¹⁴⁵.

11. En el país, las constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 declararon que la nación profesaba la fe católica, apostólica y romana. Ese Estado monista fue modificado ligeramente por la constitución de 1933, la que si bien indicaba que el Estado protegía dicha religión descartaba una única confesión. En términos distintos, en cambio, la constitución de 1979 estableció distancia entre Estado e Iglesia, de allí que hablara que dentro “de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconocía a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú”. Similar fórmula es la que contiene el

¹⁴³ Llamazares Fernández, Dionisio. *Derecho de la Libertad de Conciencia*. Tomo I. Navarra, Editorial Aranzadi S.A. El capítulo III de esta obra está íntegramente dedicado a recorrer la historia de Occidente desde los modelos de Estado y la libertad de conciencia. En la página 59 se dice: “Desde la perspectiva del modelo neutral de Estado, la intolerancia tiene como marco el Estado ideológicamente monista, en tanto que, a partir del siglo XV con la ruptura de la unidad religiosa, política y religioso-política, se inicia el desbrozamiento y la lenta marcha hacia el Estado pluralista”.

¹⁴⁴ Roca, María. *La neutralidad del Estado: fundamento doctrinal y actual delimitación en la jurisprudencia*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, No. 48, 1996, p. 220.

¹⁴⁵ Llamazares, Fernández, Dionisio. Ob. Cit., p. 303. Tomo I.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

artículo 50 de la Constitución de 1993, la que asume, además, dentro del espectro de derechos fundamentales las libertades de conciencia y religión (artículo 2.3), de lo que sigue que se establece como principio orientador el de neutralidad, laicidad o no confesionalidad, si bien dentro de un régimen de colaboración que de ninguna manera puede suponer vulneración de las indicadas libertades.

12. En la línea establecida en la norma constitucional, la Ley N.º 29635 (Ley de Libertad Religiosa) ha establecido en su artículo 9 que nadie está obligado a recibir asistencia religiosa, mientras que su Reglamento (Decreto Supremo N.º 010-2011- JUS) prescribe que el acceso a la salud, entre otros, “no podrá ser condicionado por razones religiosas”. Tales disposiciones se justifican, en cuanto la libertad no supone solo un actuar o un abstenerse, sino también el no ser forzado a realizar determinado comportamiento.

13. Así las cosas, no es posible que se diseñe un protocolo en el que el paciente se vea obligado a ser “visitado” por “representantes de diversas doctrinas comprensivas del bien”, entre los que se encuentran miembros “de cualquier iglesia o asociación religiosa o no vinculada al desarrollo personal o de espiritualidad” porque: (i) vulnera la autonomía personal; (ii) supone un acto de coacción del paciente quien se ve obligado a recibir a personas con las que no le une relación alguna y con los que eventualmente no quisiera tener trato; y (iii) rompe toda neutralidad ideológica al calificar y promover determinadas doctrinas con las que además se somete al individuo. Tal paternalismo estatal, por más benevolente que parezca, representa intromisión e interferencia a la autonomía de los particulares y, claramente, lesión a sus derechos fundamentales.

Cuarto. El “estado terminal”

14. Aunque la expresión “estado terminal” es una que ha sido utilizada en diversos textos legales denota una posición estática dentro de un devenir existencial que es siempre un proceso; en todo caso, resulta una definición vaga e imprecisa.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

15. Tal ambigüedad ha sido anotada en la sentencia N.º 233-21 de la Corte Constitucional colombiana que deja de lado la expresión “enfermedad terminal” para asumir una distinta que se apoya en la autodeterminación y el consentimiento.

16. Así, desde una visión que privilegia la dignidad humana y la integridad física y moral (que interdicta toda posibilidad de trato cruel y humillante), la sentencia aludida expresa que “no resulta claro por qué una persona que padece una enfermedad grave e incurable, con un pronóstico de vida incierto, sí debería soportar tales condiciones¹⁴⁶”.

17. El dolor es un factor que debe ser tenido en cuenta porque forma parte de la naturaleza humana, de allí que –como ha reparado Diego Papayannis– difícilmente nos entenderíamos como seres humanos si no pudiéramos tener en cuenta nuestra capacidad de sufrimiento¹⁴⁷. El dolor es, por lo demás, personal, íntimo, privado, intransferible, de forma tal que el conocimiento que del dolor de un sujeto puedan tener otros es indirecto. Cuando se desatiende la posibilidad del pedido del paciente se le trivializa, lo mismo cuando se habla del dolor como una realidad que debe asumirse sin cuestionamiento alguno¹⁴⁸.

18. Es, desde esa perspectiva, que la idea de “enfermedad interminable” no resulta aceptable porque desatendiendo el factor dolor “puede llevar al desconocimiento de la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos o degradantes”, resultando injustificable “que una persona pueda elegir terminar su vida en esas condiciones cuando recibe el diagnóstico de enfermedad terminal, pero no cuando no lo tiene, pues en el primer caso,

¹⁴⁶ Sentencia C 223-21, fundamento 414.

¹⁴⁷ Papayannis, Diego. P. *Responsabilidad por el dolor causado y sufrido*. En: Dañar, incumplir y reparar. Palestra. Lima, 2020, p. 141.

¹⁴⁸ Küng, Hans. Ob. cit., p. 109. 428. “La denegación o la puesta en duda de la existencia o alcance del padecimiento de dolor no solo significa anular o degradar la experiencia del paciente, sino que también implica, debido a la imposibilidad *per se* de conocerlo directamente por el otro, un atropello de la autonomía y dignidad de la persona que lo soporta. En consecuencia, la imposición de un criterio ajeno sobre el alcance del dolor, los cuestionamientos en torno a cómo éste se hace o no patente, o la exigencia de certeza sobre su estado desbordan la comprensión de una experiencia subjetiva ajena”. Sentencia C 223-21, fundamento 428.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

razonablemente, su sufrimiento se extenderá por un tiempo más corto que en el segundo¹⁴⁹.

19. Las razones antes indicadas me llevan a suscribir el Protocolo de Atención Médica del voto en mayoría.

Por los fundamentos expuestos: **Mi VOTO** es porque se **APRUEBE** la resolución venida en consulta, en el extremo del Protocolo de Actuación, conforme a la ponencia del señor Bustamante Zegarra.

S.

CALDERÓN PUERTAS

Spa

EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS YAYA ZUMAETA Y CÁRDENAS SALCEDO, ES POR DESAPROBAR LA SENTENCIA CONSULTADA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA CÁRDENAS SALCEDO, ES COMO SIGUE: -----

La señora Jueza Suprema emite el siguiente voto discordante como sigue:

I. ANTECEDENTES:

DEMANDA: La Defensoría del Pueblo interpone demanda de amparo contra norma legal, para los efectos de que se declare inaplicable el artículo 112 del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635), que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de la señora Ana Estrada Ugarte, diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa llamada polimiositis, ello con la finalidad que pueda elegir sin que terceros sean procesados penalmente al 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 su salud que derivan de esta, prolongar su existencia sea incompatible con su dignidad. La demanda la dirige contra el Seguro Social de Salud y el

¹⁴⁹ Sentencia C 223-21, fundamento 438.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Ministerio de Salud, cuya defensa de ambos ejerce los Procuradores Públicos respectivos.

Sostiene principalmente que la norma penal es inaplicable porque sus efectos, constituyen una lesión al derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas, así como sus derechos fundamentales a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo a la personalidad y una amenaza cierta e inminente a no sufrir tratos crueles e inhumanos. Además pide que se ordene a EsSalud y a Minsa, respetar la decisión de Ana Estrada, de poner fin a su vida a través del procedimiento médico de la Eutanasia, para tal efecto precisa las reglas administrativas y sanitarias para la consecución del fin pretendido.

FUNDAMENTOS DE HECHO: Están basados en el Informe médico, suscrito por el médico cirujano, especialista neumólogo, de la Clínica Ricardo Palma y ex asesor de la Defensoría del Pueblo, alega como resumen de la enfermedad que padece, que sufre desde los doce años, con los primeros brotes a los catorce años es diagnosticada como dermatomiositis, lo que requirió exámenes médicos invasivos como biopsias de músculos hasta en tres oportunidades, siguió una lenta progresión de sus síntomas musculares, a los veinte años la debilidad muscular empezó a interferir con su capacidad de moverse por lo que usó una silla de ruedas, pese a los tratamientos recibidos la enfermedad continuó en su lenta progresión, incluso fue atendida por especialistas extranjeros (U.S.A.), quienes opinaron que aparte de recomendarle un tratamiento de inmunoglobulinas; pero no recibió la terapia desde aproximadamente el año dos mil seis, salvo las reevaluaciones extensas, como la hospitalización por estudios en EsSalud en el dos mil diez. En los años siguientes la enfermedad siguió progresando, luego de la capacidad para moverse se vio afectada la capacidad para respirar y limpiar las secreciones respiratorias, en julio de dos mil quince desarrolló una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante seis meses, recibió cuidados con medidas invasivas para mantenerla con vida, entre ellos el uso de un tubo endotraqueal, ventilación asistida, catéteres endovenosos centrales, se le colocó un tubo de traqueotomía y una



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

gastrostomía. A inicios del dos mil dieciséis fue trasladada de cuidados intermedios del Hospital Rebagliati a su casa, el programa clínica en casa está supervisado por médicos intensivistas que la visitan regularmente, no tiene un momento a solas y ha perdido toda experiencia de privacidad, incluso ha sido despojada del ejercicio de su libertad sexual, su estadía en casa no ha estado exenta de episodios frecuentes de procesos infecciosos, señala que la debilidad aumenta y ha requerido en ocasiones de ayuda para alimentarse, haciendo uso más frecuente de la sonda de su gastrostomía, usa el respirador artificial a diario, es una persona con una avanzada enfermedad muscular, limitada grandemente en su capacidad motora, que afecta su respiración de manera significativa y de modo intermitente su deglución, es dependiente para la mayor parte de sus actividades diarias, que requiere el uso de medidas artificiales de soporte vital para mantenerse con vida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: solicita la inaplicación del artículo 112 del Código Penal, mediante el presente proceso, que en el caso específico genera la vulneración y amenaza de derechos fundamentales, agrega que se busca no sólo impedir su descriminalización sino el reconocimiento de un derecho fundamental que subyace a ello: el de morir en condiciones de dignidad, entre otros involucrados detrás de este procedimiento, asimismo más adelante agrega que no es posible restringir el listado de derechos fundamentales a los contemplados en la Constitución y en esa línea se han desarrollado criterios para poder reconocer un derecho no enumerado, deben cumplirse criterios de fundamentalidad, especificidad normativa y conformación o adecuación constitucional, el primero de los nombrados exige que el carácter fundamental, se encuentre en la Constitución y el artículo 3 señala expresamente los principios que pueden servir para sustento. Invoca el Derecho a la Dignidad, al Libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida digna, derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos. Invoca la jurisprudencia y legislación comparada.

CONTESTACION DE LA DEMANDA:

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS: Contesta la demanda, negándola y contradiciéndola, solicitando que sea declarada



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

improcedente, porque no se puede convertir una sentencia constitucional de naturaleza restitutiva en un protocolo administrativo y médico para la aplicación de la eutanasia sin violentarse el principio de corrección funcional, dado que la regulación de la eutanasia sólo lo puede realizar el legislador en su calidad de representante del pueblo y no en un proceso constitucional de amparo donde sólo se puede buscar el resguardo y restitución de un derecho fundamental pre existente que deba ser tutelado.

SEGURO SOCIAL (EsSALUD): Solicita se declare improcedente o en su caso infundada en todos sus extremos la demanda, señala que EsSalud es una entidad pública del Gobierno Nacional y se encuentra inexorablemente sujeta al principio de legalidad, es decir que todo lo que haga o decida hacer, debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia respectiva; y no existe norma expresa que soporte la implementación de un procedimiento médico cuyo bien jurídico protegido sea la muerte digna.

De la lectura de la demanda, EsSalud advierte que se pretende que el Juez Constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho de rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y vulnerando el principio de separación de poderes.

MINISTERIO DE SALUD: Señala que la controversia trata de establecer si jurídicamente le corresponde a la señorita Ana Estrada Ugarte el derecho a poner punto final a su vida y elija, como, cuando y donde morir; sin embargo la norma constitucional consagra el derecho fundamental a la vida, el cual es inherente a toda persona y el Estado está obligado a defenderla y garantizarla y es por ese motivo que el Código Penal contempla en su artículo 112 el delito de " Homicidio piadoso". En la legislación peruana no está permitida la eutanasia y además si bien es cierto la enfermedad de Polimiositis es incurable; sin embargo, no se encuentra en la fase terminal y por tanto no encajaría en lo previsto por el artículo 112 del Código Penal, más aún que no se ha acreditado con pruebas y evidencias que dicha enfermedad le haya causado intolerables dolores y haya sido sometida a tratos crueles e inhumanos.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

Mediante resolución número cinco, se admitió las solicitudes presentadas en calidad de amicus curiae a la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos y de la Clínica de Derecho Penal de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El décimo primer Juzgado Constitucional de Lima, dicta sentencia de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, contenida en la resolución número seis, aclarada mediante resolución siete, de fecha ocho de marzo de dos mil veintiuno, declarando fundada en parte la demanda, en consecuencia se dispone se inaplique el artículo 112 del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte, disponiendo que el personal médico ni los sujetos activos no podrán ser procesados penalmente, ni administrativamente, ni ser sancionados en institución pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela de muerte digna, con lo demás que contiene, se declara improcedente en lo demás que se solicita, fallo que se integra a la sentencia de fecha veinticinco de febrero de dos mil veintiuno.

MATERIA DE CONSULTA: Por resolución número ocho, de fecha seis de mayo de dos mil veintiuno; resuelve: tener por consentida por las partes la resolución número seis, aclarada por resolución número siete; asimismo, dispone que se eleve en consulta a esta Sala Suprema, en cumplimiento del artículo 3 del Código Procesal Constitucional.

Inaplicación del artículo 112 del Código Penal contenida en el Libro Segundo, Parte especial, Título Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, homicidio piadoso, por afectación a los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad, amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos, en tutela de muerte digna.

Artículo 112 Código Penal. HOMICIDIO PIADOSO

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



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Para los efectos de establecer si la consulta que se eleva debe ser aprobada, debe analizarse si la norma legal a inaplicar, afecta el derecho fundamental a la dignidad (sobre el cual gira el análisis del A quo en el test de proporcionalidad efectuado) refiriéndose para los efectos del petitorio de la demanda como “*Muerte Digna*”, atendiendo que dada la gravedad de la enfermedad que padece la señorita Ana Estrada Ugarte, polimiositis, diagnosticada en estadio avanzado, enfermedad muscular, que limita grandemente su capacidad motora, afecta su respiración de manera significativa y de modo intermitente su deglución, siendo dependiente para la mayor parte de sus actividades diarias, requiere el uso de medidas artificiales de soporte vital para mantenerse con vida.

II. ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA O NO DEL DERECHO FUNDAMENTAL QUE INVOCA Y SU INTERVENCION

Como en reiteradas sentencias el Tribunal Constitucional, ha establecido en aplicación del test de proporcionalidad¹⁵⁰ lo siguiente: “(...)que incluye, a su vez tres sub principios de idoneidad o adecuación; necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la

¹⁵⁰ Fundamento 25 de la STC 00579-2008-AA



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”

Por ello debemos establecer si el derecho a la “muerte digna”, que peticiona la parte demandante, tiene la naturaleza jurídica de derecho fundamental a los efectos de aplicar el test de proporcionalidad frente al derecho fundamental vida, que constituye el bien jurídico protegido en el delito de homicidio piadoso, y determinar el grado de intervención de la norma contenida en el artículo 112 del Código Penal. Por lo que analizaremos el principio de dignidad y sus implicancias y luego aplicaremos el mencionado test.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD: Nuestra Carta Magna en su artículo primero bajo el título de la defensa de la persona humana, consagra el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, siendo ello así constituye el fundamento o sustrato de los demás derechos fundamentales de la persona, que nuestro texto constitucional reconoce y ello no sólo ocurre en el ámbito nacional sino a nivel universal, plasmado en la Carta de las Naciones Unidas de mil novecientos cuarenta y cinco¹⁵¹, cabe resaltar que desde una visión antropológica de la dignidad, se define el hombre y mujer como sustancia que sostiene la aparición de los atributos de la persona humana, de donde emana su dignidad, por su propia naturaleza de ser humano y que permite la interacción social; pero también se afirma que lo que lo hace distinto de los demás seres vivos es su espíritu, entendido éste como el centro en donde la persona se manifiesta a partir del uso de su libertad. Más allá de este debate materialista y espiritualista, la dignidad humana conduce al respeto irrestricto de la vida humana¹⁵²; así lo distingue la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que en su preámbulo reafirma : *“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre,*

¹⁵¹ 26 de junio de 1945...

“... A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...”

¹⁵² *“LAS DIMENSIONES TRASCENDENTES DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.” Dereito Vol.23, n° 1:33-51 (Xaneiro-Xuño, 2013), pág. 36 y37.*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” (lo subrayado es nuestro); además el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preconiza que: “1. *El derecho a la vida es inherente a la persona humana*”; y sobre esa base gira nuestro ordenamiento jurídico, no sólo en el área penal, sino en materia civil, no hace falta más que citar el artículo 1 de nuestro Código Civil, que reconoce a la persona humana como sujeto de derecho desde su nacimiento, estableciendo que la vida humana comienza con la concepción, comprendiendo al concebido como sujeto de derecho y que la atribución de sus derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo; de otro lado, el artículo 5 regula que 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 (lo resaltado y subrayado es nuestro). Ello ratifica nuestro argumento, que *el derecho a la muerte digna* que peticiona la parte demandante no está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, tanto de manera explícita como implícita, por el contrario se proclama el derecho a vivir; siendo así estando a las razones antes vertidas y teniendo en cuenta que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, dispone la forma de interpretación de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú, que enarbolan la dignidad como derecho humano que lleva ínsito el derecho a la vida y su protección por los Estados parte, a mayor abundamiento, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 3, reconoce el derecho que tiene todo individuo a la vida; así como en el artículo 30 taxativamente dispone lo siguiente: ***“Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de***



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración". De tal manera que siendo la muerte, antípoda a la vida; - *la muerte digna*- que se demanda, no tiene la naturaleza de derecho fundamental en nuestra Constitución, tampoco se puede arribar a la conclusión que es un derecho derivado del principio de dignidad de la persona humana, dado que el goce de los atributos que aquella nos concede, halla su fuente en la vida y en nuestro desarrollo como personas y que el Estado debe procurar y proteger; si ello es así la inaplicación de la norma contenida en el Código Penal, como homicidio piadoso, no supera el primer ***sub principio de idoneidad***, pues la sanción penal que se impone a quien lo comete protege la existencia; además siendo que la motivación del petitorio de la accionante, son los dolores insoportables que deberá afrontar a los finales de su existencia; es de mencionar que a nivel mundial existe el reconocimiento por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de los cuidados paliativos para los casos de enfermedades incurables y que en nuestro país se encuentran normados en la Ley N° 30846. Antes de referirnos a ella, es necesario mencionar sus antecedentes, así pues, sus inicios se le atribuye a la fundación del St Christopher's Hospice en Londres, en mil novecientos sesenta y siete, donde se obtuvo significativos logros en la atención de los enfermos, como el buen control de síntomas, una adecuada comunicación y el acompañamiento social, emocional y espiritual, que dieron lugar a mejorar ostensiblemente la calidad de vida del enfermo, en el final de su vida, y sus familias. En mil novecientos ochenta la OMS (Organización Mundial de la Salud) incorpora oficialmente el concepto de Cuidados Paliativos y promueve el Programa de Cuidados Paliativos como parte del Programa de Control de Cáncer, (actualmente se irradia a otras enfermedades incurables). En su última definición la OMS en el año dos mil dos, conceptúa a los cuidados paliativos como: *"cuidado activo e integral de pacientes cuya enfermedad no responde a terapéuticas curativas. Su fundamento es el alivio del dolor y otros síntomas acompañantes y la consideración de los problemas psicológicos, sociales y espirituales. El objetivo es alcanzar la máxima calidad de vida posible para el paciente y su familia. Muchos aspectos de los cuidados paliativos son también aplicables en*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*fases previas de la enfermedad conjuntamente con tratamientos específicos*¹⁵³. En lo que atañe a nuestro País, la Ley N° 30846, Ley que Crea el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas, tiene como objetivo general, asegurar la inclusión de los cuidados paliativos en el Sistema Nacional de Salud, a fin de lograr la máxima calidad de vida posible para el paciente y para su entorno familiar y cuidadores. Plan que atiende las enfermedades crónicas progresivas que generan dependencia y constituyen amenazas para la vida y los asiste con apoyo espiritual y psicológico, que incluye medidas necesarias, con enfoque intercultural, que demandan los enfermos crónicos y los terminales. De tal manera que el Estado peruano en procura de mejorar la calidad de vida de los enfermos en la fase terminal, nos ha provisto de la ley antes citada, marco de acción de dicho propósito, habiéndose dispuesto la formación de una comisión sectorial encargada de elaborar el proyecto del plan nacional de cuidados paliativos, mediante la Resolución Ministerial N° 766-2019/Minsa, del veintiuno de agosto de dos mil diecinueve, el cual ha sido aprobado por el período 2021-2023, conforme a la Resolución Ministerial N° 939-2021/Minsa, de fecha veintiséis de julio de dos mil veintiuno; todos estos instrumentos legales están dados en protección al enfermo incurable, que padece de dolores insoportables; lo que conlleva aseverar que la señorita Ana Estrada puede ser atendida cautelando su derecho a la dignidad de persona humana, en su tratamiento de la enfermedad que padece en todos sus estadios, mediante la medicina paliativa, como una respuesta positiva frente a la problemática existencial, que lleva a algunas personas a pedir la eutanasia; no habiendo demostrado aquella que para su caso en concreto las medidas legales de cuidados paliativos resulten insuficientes o inadecuados para evitar los dolores insoportables que le preocupan en el estadio final de su vida. Por otro lado, cabe resaltar que el médico paliativista Zylicz¹⁵⁴ (holandés)¹⁵⁵, describe las razones más habituales por qué enfermos terminales piden, se les ayude a acelerar su muerte, como son: miedo,

¹⁵³ Leído en red: <https://www.fundacionpaliar.org.ar/historia-de-los-cuidados-paliativos/>. 18 de marzo, 17:00pm.

¹⁵⁴ Leído en red. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2000000100007. 18 de marzo 2022. 18:40pm.

¹⁵⁵ Holanda, país que ha legislado la eutanasia desde el año 2000.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

desgaste emocional, deseo de controlar la muerte, depresión, dolor insoportable; ante ello la medicina paliativa responde frente al control del dolor y de los demás síntomas así como ante los problemas psicológicos, sociales y espirituales, motivos por los cuales, nos lleva a afirmar que la inaplicación de la norma penal, conllevaría a cegar una vida, cuando el Estado Peruano que forma parte de numerosos Tratados Internacionales de protección de Derechos Humanos, no concibe la dignidad sin vida, por lo que los cuidados paliativos que ha legislado precisamente para protegerlos se verían afectados y por tanto vacíos de contenidos los instrumentos internacionales citados, que han sido ratificados por nuestro País. Entonces siguiendo la metodología establecida por el Tribunal Constitucional en relación al test de proporcionalidad¹⁵⁶, no habiéndose superado el sub principios de idoneidad, no resulta de atención para el caso sub materia, el análisis de los sub principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Por estas consideraciones, **MI VOTO** es que se **DESAPRUEBE** la sentencia consultada contenida en la resolución número seis, aclarada mediante resolución número siete, emitida por el Juez del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima, cuando aplicando el control constitucional difuso **inaplica al caso concreto de Ana Estrada Ugarte el artículo 112 del Código Penal vigente**; en el proceso seguido por Ana Milagros Estada Ugarte y otra contra el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y otros, sobre acción de amparo; y los devolvieron. **Jueza Suprema: Cárdenas Salcedo.**

S.S.

CÁRDENAS SALCEDO

Mat/spa

EL SECRETARIO DE LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, CERTIFICA: El voto suscrito por la señora Jueza Suprema Cárdenas Salcedo, que obra de fojas cuatrocientos treinta y cinco (parte inferior) a cuatrocientos cuarenta y cinco (parte superior) del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema; dejado oportunamente en Relatoría en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁵⁶ 00045-2004-PI/TC, fundamento 38,39 y 41.

41. Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO YAYA ZUMAETA ES COMO SIGUE: -----

Comparto el sentido del voto de mi colega Jueza Suprema Cárdenas Salcedo, por desaprobar la sentencia consultada, pero por las razones que expongo en el presente voto. Y, con el respeto que me merecen mis colegas Jueza Suprema Yalán Leal y Juez Supremo Bustamante Zegarra, discrepo de la posición asumida por ellos, en el sentido de aprobar parcialmente la sentencia consultada, aun cuando comparta algunos conceptos y conclusiones parciales contenidos en los votos por ellos emitidos, conforme se indicará en el desarrollo de este voto, que, en función a lo debatido en la causa, se planteará con la siguiente estructura:

I. Antecedentes del proceso. II. Síntesis de la Problemática. III. Sobre la complejidad del caso y las premisas para su resolución. IV. Evaluación del contenido de los derechos involucrados. V. Sobre la política pública de salud. Eutanasia y los cuidados paliativos. VI. Evaluación del caso y del test de proporcionalidad. VII. Reflexiones finales.

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO

Es objeto de consulta la sentencia contenida en la resolución número seis de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, corriente de fojas cuatrocientos cincuenta y tres a quinientos once del expediente principal, dictada por el Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, aclarada mediante resolución número siete de fecha ocho de marzo del indicado año, obrante a fojas quinientos treinta y uno y quinientos treinta y dos del mismo expediente, ***que resolvió inaplicar el artículo 112° del Código Penal vigente para el caso de doña Ana Estrada Ugarte, por lo que los sujetos activos no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique, en tanto ella no pueda hacerlo por sí misma, agregándose en la aclaración que los miembros del personal***



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

médico, como los sujetos activos, no podrán ser procesados penal ni administrativamente, ni ser sancionados en institución alguna, pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela de muerte digna, configurado como el derecho que se garantiza ante la decisión de su titular, luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, para optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos extremos, por incompatibilidad constitucional con los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos.

La sentencia elevada en consulta resuelve declarar fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo en beneficio de doña Ana Estrada Ugarte, contra el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud del Perú-EsSalud, al considerarse afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos, estableciendo lo siguiente: **a)** inaplicar el artículo 112° del Código Penal vigente para el caso de la beneficiada; **b)** que el Ministerio de Salud y EsSalud: b.1) respeten la decisión de doña Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia, mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa) un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; y, b.2) se conformen sendas Comisiones Médicas Interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y con respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de siete días, precisándose que EsSalud deberá formar dos Comisiones, la primera con la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna, y la segunda Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud formará una Comisión para que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por la Comisión de EsSalud; **c)** que EsSalud brinde todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la señora Ana Estrada Ugarte, a través del procedimiento de la eutanasia, lo



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida; **d)** que la Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, presente su informe en el plazo de treinta días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación en el plazo de quince días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de quince días y cumplido ese plazo volver a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En caso de no satisfacer el segundo informe, sólo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobarla ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento; y, **e)** improcedente la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a la de la señora Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

1.1. De la demanda

Con fecha treinta y uno de enero de dos mil veinte ***La Defensoría del Pueblo, representada por el señor Defensor del Pueblo doctor Walter Francisco Gutiérrez Camacho,*** acudió al órgano jurisdiccional planteando demanda de amparo contra norma legal, contra el Seguro Social de Salud-EsSalud, el Ministerio de Salud y el Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, a efectos que se declare inaplicable el artículo 112° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de la señora Ana Estrada Ugarte, diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis, ello con la finalidad de que 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, además de considerar que los



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

efectos desplegados por tal disposición constituyen una lesión al derecho fundamental de la señora 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.

La demanda se sostiene, básicamente, en los siguientes argumentos:

a) La enfermedad de la señora Ana Estrada Ugarte dio sus primeros brotes cuando ella tenía doce años de edad y, tras ser evaluada por varios especialistas, a los catorce años se le diagnosticó, en un primer momento, dermatomiositis, enfermedad que afectaba sus músculos y en parte la piel, siguiendo a ello una lenta progresión de sus síntomas musculares, con consultas médicas en el extranjero (National Institute of Health en Bethesda, Estados Unidos), y desarrollando en julio de dos mil quince una falla respiratoria que la llevó a ser hospitalizada en cuidados intensivos durante seis meses, lo que fue una experiencia muy dolorosa y traumática a la que no quisiera regresar, sumándose a lo indicado la afectación al libre desarrollo de su personalidad. Se agrega que su condición médica es la de una persona con una avanzada enfermedad muscular que ha limitado grandemente su capacidad motora y afecta su respiración de manera significativa y de modo intermitente su deglución, requiriendo ayuda para moverse y para traslados mínimos, siendo, en resumen, una persona con una enfermedad muscular idiopática progresiva, que ha comprometido su capacidad motora y de respirar de manera severa.

b) La voluntad de la señora Ana Estrada Ugarte, frente a la evidente progresión de su enfermedad y la ausencia de tratamientos para mejorarla, es tener el control del final de su vida, para 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 inhumanos, decisión que ha sido meditada y ponderada por ella, pues el proceso natural de deterioro de su organismo no será detenido por las medidas de soporte vital que recibe y llegará al momento en que éstas serán insuficientes para mantenerla con vida, con sufrimientos físicos y psicológicos



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

que harán incompatible prolongar su existencia con la idea que comparte de dignidad humana, lo que viene siendo lesionado y amenazado con la prohibición penal.

c) 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° 26482, Ley General de Salud, ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo, estableciendo también 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), lo que a su vez puede expresarse de manera anticipada, una vez conocido el plan terapéutico contra la enfermedad, e importa un reconocimiento del Estado del espacio de libertad y autodeterminación de una persona, privilegiándose el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal, distanciándose 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, regla que tendría una excepción: casos de emergencia, pues el artículo 4° precisa que se exceptúa de tal requisito las intervenciones de emergencia, en tanto que el artículo 17° del Reglamento de la Ley de Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud prevé que no procede tal derecho cuando la persona usuaria se encuentre en estado de emergencia, lo que debe interpretarse 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 anticipadamente 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. Agrega que el otro supuesto en el que no operaría el derecho a rechazar un tratamiento médico o cirujano debe interpretarse con el artículo 15.4.a.1 de la mencionada ley, que regula los supuestos en los que se garantiza el consentimiento informado, precisando que no procede en casos de emergencia, de riesgo



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

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. Indica asimismo que si bien el reconocimiento del rechazo al tratamiento médico es importante de cara al presente caso, al ser la expresión del respeto a la autonomía de la persona por parte del Estado, no es el derecho que la señora Ana Estrada Ugarte solicita sea reconocido, reiterando 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 en las que ella desee disponer de su vida, cuando prolongarla le genera una afectación irreversible a su dignidad, así como dolores intolerables, buscándose, por tanto, garantizar el derecho fundamental de una persona a tomar decisiones sobre un aspecto de trascendental importancia en el momento más álgido de la vida. Sobre este punto culmina precisando que bajo el *status quo* legal vigente la señora Ana Estrada Ugarte se vería obligada a optar entre dos opciones: continuar con el tratamiento médico que recibe, que le genera condiciones de indignidad que se acrecentarán en el futuro, 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.

d) Precisa la vulneración de una pluralidad de derechos constitucionales, a saber:

d.1) Derecho a la muerte en condiciones dignas, indicando que el amparo interpuesto busca no solo impedir la criminalización del procedimiento médico de la eutanasia, sino el reconocimiento de un derecho fundamental que subyace a ello: el de morir en condiciones de dignidad, entre otros involucrados detrás de tal procedimiento, pues la muerte constituye una fase esencial de la vida;

d.2) Derecho a la dignidad, refiriendo que es el fundamento de los derechos fundamentales y la base del derecho innominado antes delimitado, siendo



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

también un derecho fundamental autónomo con contenido propio que le es exigible al Estado Social y Democrático de Derecho respetar, proteger y garantizar. Agrega que con el contenido del derecho a la dignidad humana se tiene 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 y, en el caso de la señora Ana Estrada Ugarte, 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, derecho que además incluye la obligación de optimizar la existencia humana digna, siendo deber del Estado fortalecer las capacidades básicas de los individuos para que estos se erijan como sujetos realmente autónomos, libres y con capacidad de autodeterminarse. Agrega que ante casos como el de la señora 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, que sería ofrecido a la afectada vía su prestador de salud, medida que tiene un carácter preventivo y de mitigación del sufrimiento para un paciente con determinados requisitos. Además, 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, por lo que 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 no siempre se garantiza que el estadio final de la vida no genere sufrimiento, ya que estos serán “disminuidos” en la medida de lo posible, pero no desaparecerán.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

d.3) Derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifestando que tal derecho reconoce al ser humano espacios de libertad para estructurar su vida personal y social, con sustracción de cualquier intervención estatal que no sea razonable ni proporcional, y que se encuentra reconocido en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución Política. Agrega que el Tribunal Constitucional nacional en diversas sentencias ha reconocido ese derecho, como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros versus Costa Rica*, y que la libre decisión de no prolongar una vida que, a criterio de su titular, vulnera su dignidad humana, a causa de una enfermedad dolorosa, intolerable e incurable, se vincula al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que supone la autonomía del sujeto para determinar su proyecto de vida, la posibilidad de intervención estatal sólo en circunstancias excepcionales y a escoger libremente las opciones y circunstancias que le den sentido a su existencia y permitan su realización como ser humano. Igualmente indica que no comparte la apreciación de un sector de la doctrina que sostiene que la intervención estatal 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, pues ello implica un modelo de realización personal a un individuo basado en sostener que no es posible concebir el cese de la vida como una vía idónea para poner fin a sufrimientos intolerables, negando la posibilidad de entender la vida de una manera distinta a la visión hegemónica compartida por el Estado o la sociedad.

d.4) Derecho a la vida digna, sosteniendo que hablar de la existencia de un derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas supone también hablar de un derecho a la vida en tales condiciones. Agrega que el derecho que invoca se deriva de una interpretación conjunta del artículo 1º de la Constitución Política y del artículo 2º, inciso 1º, del mismo cuerpo normativo, que reconoce el derecho fundamental a la vida, respecto de lo cual el Tribunal Constitucional nacional se ha pronunciado en el sentido 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 lo que interpreta -sostiene- la vida no en términos biológicos, sino en función de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

condiciones básicas de dignidad, criterio que ha sido asumido por la Corte Constitucional de Colombia. Indica además que no es posible mantener el discurso de una protección a la vida pretendiendo reducirla a su existencia biológica, pues ello lleva a una condición casi parasitaria del individuo que debe sostener tal valor biológico superior a sí mismo, a su biografía, identidad y humanidad, desconociendo las condiciones de humanidad que le dan sentido a la existencia, que no solo es biología sino fundamentalmente biografía, además que, según posición del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la vida no debe confundirse con el derecho a la subsistencia física, pues la vida de la persona humana no puede reducirse a una visión naturalista que desconozca la necesidad de contar con condiciones mínimas de autodeterminación y dirigir su existencia hasta el final de sus días. Igualmente refiere que no resulta contrario al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que los Estados permitan a los profesionales médicos poner fin a la vida de las personas que así lo deseen expresamente y que padecen graves sufrimientos, siempre que se garanticen las medidas adecuadas para asegurar que se trata de una manifestación de voluntad auténtica, clara y expresa, libre de presiones, situaciones de error o contextos de vulnerabilidad extrema que la pongan en duda.

d.5) Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos, manifestando que tal derecho, a nivel constitucional, deriva del reconocimiento al derecho fundamental de toda persona a la vida, a su identidad, a su integridad física y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar. En esa línea, agrega, 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, 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, lo que se condice con el artículo 5° de la



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Declaración Universal de Derechos Humanos y con el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Precisa además que los efectos físicos y psicológicos que derivan de la enfermedad que padece la señora Ana Estrada Ugarte, y el deterioro progresivo de su salud, respaldan la tesis de encontrarnos ante una situación de amenaza cierta e inminente del derecho a no sufrir tratos crueles e inhumanos, por los dolores, molestias y sufrimientos que no desaparecerán con tratamiento alguno, así como por la afectación al núcleo de su dignidad humana y la sensación de precariedad en la existencia humana que ello genera.

e) Adicionalmente, hace referencia al derecho comparado, indicando que son pocos los países en la región que han legalizado y autorizado en ciertos casos el derecho a decidir sobre una muerte digna de personas que padecen enfermedades incurables, terminales o en estado de vegetación como resultado de accidentes, siendo Colombia el único Estado que en Latinoamérica ha reconocido el derecho a la muerte digna, a partir de la despenalización en el año 1997 en ciertos casos del delito de homicidio piadoso, llegando a contar con un protocolo para aplicar el procedimiento de la eutanasia del año 2015. En Argentina, agrega, se ha avanzado tal derecho por la vía jurisprudencial, y otros países han dado un paso adelante en la despenalización del suicidio asistido o eutanasia, como Países Bajos, Bélgica, Suiza, Canadá, Luxemburgo, y ciertos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, como Oregon, Washington, Colorado, California y New Jersey, además que en septiembre de 2019 la Corte Constitucional italiana declaró no punible el suicidio asistido si se realiza bajo ciertas condiciones.

f) Finalmente, se avoca a desarrollar las razones por las que considera atípica la conducta recogida en el artículo 112° del Código Penal, al no representar la creación de un comportamiento de riesgo penalmente prohibido para un bien jurídico que el Estado debe tutelar, pues sancionar penalmente el acto que describe en un Estado Social y Democrático de Derecho, conlleva a la vulneración del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas. Para ese propósito efectúa precisiones sobre:



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

f.1) El delito de homicidio piadoso, sosteniendo que no solo se trata de disponer libremente de la vida independiente a través del suicidio, sino de no ser sometido a sufrimientos o dolores intolerables en vida que mellan la integridad psicofísica de una persona, caso en el cual el acto de quitar la vida tiene un móvil piadoso relacionado a un supuesto de enfermedad, que explica el menor reproche socio normativo en la pena abstracta.

f.2) El bien jurídico protegido, indicando que lo que se busca proteger es la vida humana independiente, siendo un tipo penal atenuado del delito base “homicidio simple”, recogido en el artículo 106° del Código Penal, soslayando el legislador que el bien jurídico “vida” no debe entenderse desde una perspectiva netamente “biológica”, sino a una en condiciones dignas.

f.3) La tipicidad objetiva, precisando que ella exige determinar cuándo el comportamiento desplegado por el sujeto activo genera una situación de riesgo penalmente prohibida, debiendo verificarse los siguientes elementos objetivos del tipo: enfermedad incurable, intolerables dolores y solicitud “expresa y consciente”.

f.4) La tipicidad subjetiva, refiriendo que ella se entiende como la exigencia del sujeto activo de conocer el riesgo para el bien jurídico que supone el comportamiento que este realiza y, acorde al tipo penal, quien ejecuta el procedimiento expresamente solicitado de la eutanasia tendría que estar motivado por razones de “piedad”, es decir, actuar necesariamente con un propósito altruista, en favor de otra persona, y no en consideración de sí mismo.

f.5) El principio de lesividad, sosteniendo que en el caso del homicidio piadoso no existe “daño” a la vida que justifique la represión, si es el mismo titular de la vida quien pide cesar con ella, cuando esto no es más compatible con la dignidad humana. Agrega que 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.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

f.6) Consentimiento libre como causa de atipicidad, indicando que la ley penal solicitada inaplicar desconoce el amplio respaldo doctrinario y jurisprudencial que sostiene que el consentimiento libre del titular de un bien jurídico individual opera como causa de atipicidad, o cuando menos, de antijuricidad, que no hace punible la conducta, como lo reconoce el artículo 20.10 del Código Penal.

f.7) principio de laicidad del Estado, precisando que de acuerdo al artículo 50° de la Constitución Política y a lo sostenido por el Tribunal Constitucional nacional, 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 religioso, lo que debe interpretarse de conformidad con los artículos 3° y 43° de la Carta Fundamental, que recogen los principios de Estado de Derecho, Estado Social y Estado democrático.

1.2. De las contestaciones a la demanda

a) Mediante escrito corriente de fojas ciento cincuenta y cuatro a ciento sesenta y cuatro del expediente principal, el demandado **Ministerio de Salud** absuelve el traslado de la demanda, solicitando que esta sea declarada infundada, sosteniendo básicamente que en nuestro país no está legislada ni permitida la eutanasia, y que el artículo 112° del Código Penal hace referencia a una enfermedad incurable, que es uno de los escollos desde el punto de vista legal que sería un impedimento para que el Juez Constitucional pueda declarar la inaplicación de tal precepto, al no haber evidencia que la enfermedad de la señora Ana Estrada Ugarte se encuentre en esa etapa. Agrega que como órgano rector de la política de salud a nivel nacional, no puede dictar normas, ni aprobar o validar procedimientos de una Junta Médica para un caso particular, porque ello no forma parte de la política de salud que es de carácter general a nivel nacional.

b) Mediante escrito corriente de fojas ciento noventa y tres a doscientos cuatro del expediente principal, el demandado **Ministerio de Justicia y Derechos**



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Humanos absuelve el traslado de la demanda, solicitando que esta sea declarada infundada o improcedente, refiriendo básicamente que en el Perú no existe ningún marco legal que regule el procedimiento de aplicación de la eutanasia, y que la pretensión postulada conlleva una clara intención de convertir la sentencia en un acto de constitución de derechos, que desnaturaliza el fin restitutivo de los procesos constitucionales, al pretender crearse un protocolo administrativo y médico en la propia sentencia, de manera tal que se permita a la accionante aplicarse la eutanasia, sin tener ningún marco legal previo que regule dicha institución. Agrega que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han emitido pronunciamiento sobre la eutanasia, ni tampoco se ha hecho algún reconocimiento jurisprudencial del derecho fundamental a la muerte digna que se invoca en la demanda.

c) Mediante escrito corriente de fojas doscientos treinta y uno a doscientos cuarenta y siete del expediente principal, el demandado **Seguro Social de Salud - EsSalud** absuelve el traslado de la demanda, solicitando que esta sea declarada infundada, argumentando principalmente que no existe norma que expresamente reconozca a la eutanasia ni se han desarrollado procedimientos médicos en los que se establezca el protocolo de acción del personal médico. Indica además que de la lectura de la demanda se advierte que lo pretendido es que el Juez constitucional se convierta en un legislador positivo, creando un nuevo derecho con rango constitucional, soslayando el procedimiento legislativo y vulnerando con ello el principio de separación de poderes.

1.3. De la intervención de los amicus curiae

a) Mediante resolución número cinco de fecha doce de febrero de dos mil veintiuno, corriente a fojas cuatrocientos treinta y nueve y cuatrocientos cuarenta del expediente principal, el Juez de la causa admitió las solicitudes presentadas por la Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos y por la Clínica de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, incorporándolas al proceso en calidad de *amicus curiae* y



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

disponiendo se agreguen a los autos los Informes que adjuntan tales instituciones.

Es importante precisar que tal figura técnica es admisible en cualquier proceso, en tanto coadyuve a su mejor resolución cuando la situación particular así lo amerite, como ha delineado el Tribunal Constitucional nacional en la resolución del diez de agosto de dos mil veintiuno dictada en el expediente N° 00013-2021-PI/TC, sosteniendo al respecto que: “(...) 2. *Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que bajo la figura del amicus curiae puede intervenir cualquier persona, entidad pública o privada, nacional o internacional, a efectos de ofrecer aportes técnicos o científicos especializados sobre la materia objeto de la controversia constitucional (fundamento 10 del Auto 00025-2013-PI/TC y otros, de fecha 17 de noviembre de 2015). 3. La participación del amicus curiae está dirigida a ‘ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final’ (fundamento 6 de la Sentencia 03081-2007-PA/TC)”.*

1.4 Sobre la sentencia elevada en consulta

El **Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima**, mediante sentencia contenida en la resolución número seis de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, corriente de fojas cuatrocientos cincuenta y tres a quinientos once del expediente principal, aclarada mediante resolución número siete de fecha ocho de marzo del indicado año, obrante a fojas quinientos treinta y uno y quinientos treinta y dos del mismo expediente, declara -como se ha adelantado- fundada en parte la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo en beneficio de la señora Ana Estrada Ugarte, al considerar afectados los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos, disponiendo en consecuencia que, consentida que sea la sentencia: 1. Se inaplique el artículo 112° del Código Penal vigente, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte, por lo que los sujetos activos, incluyendo los miembros del personal médico, no podrán ser procesados penal ni administrativamente, ni



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

ser sancionados en institución alguna, pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela de muerte digna, configurado con el derecho que se garantiza ante la decisión de su titular, luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, para optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos extremos, y siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas, se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique; en tanto ella no puede hacerlo por sí misma. 2. Se ordene al Ministerio de Salud y a EsSalud: a) respetar la decisión de doña Ana Estrada Ugarte de poner fin a su vida a través del procedimiento técnico de la eutanasia, mediante la acción de un médico de suministrar de manera directa (oral o intravenosa), un fármaco destinado a poner fin a su vida, u otra intervención médica destinada a tal fin; b) ambas instituciones independientemente deberán conformar Comisiones Médicas interdisciplinarias, con reserva de la identidad de los médicos y respeto de su objeción de conciencia, si fuere el caso, en un plazo de siete días, precisándose que EsSalud deberá formar dos Comisiones, la primera con la finalidad de elaborar un plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos de la decisión tomada y un protocolo de cumplimiento de su derecho a la muerte digna, y otra Comisión que cumpla con practicar la eutanasia propiamente dicha. El Ministerio de Salud por su parte formará una Comisión que apruebe el plan que especifique los aspectos asistenciales y técnicos, elaborados por las Comisiones de EsSalud. 3. EsSalud brinde todas las condiciones administrativas, prestacionales y sanitarias para el ejercicio del derecho a la muerte en condiciones dignas de la señora Ana Estrada Ugarte a través del procedimiento de la eutanasia, lo que deberá ejecutarse dentro de los diez días hábiles contados a partir del momento o fecha en que ella manifieste su voluntad de poner fin a su vida. 4. La Comisión Médica Interdisciplinaria de EsSalud, que elabore el plan y el protocolo, debe presentar su informe en el plazo de treinta días después de su formalización, ante la Comisión Médica del Ministerio de Salud, la que procederá a su aprobación, en el plazo de quince días. En caso de desaprobación, deberá otorgar un plazo adicional de quince días y, cumplido que sea el plazo, volverá a someterse a revisión de la Comisión del Ministerio de Salud. En



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

caso de no satisfacer el segundo Informe, solo podrá integrarla, o corregirla, pero no podrá volver a desaprobarla ni anularla. Con lo resuelto por la Comisión del Ministerio de Salud deberá informarse al Juzgado de su cumplimiento. 5. Improcedente la pretensión de que se ordene al Ministerio de Salud que cumpla con emitir una Directiva que regule el procedimiento médico para la aplicación de la eutanasia para situaciones similares a las de la señora Ana Estrada Ugarte, del derecho fundamental a la muerte en condiciones dignas y derechos conexos.

Son argumentos sustanciales de la mencionada sentencia, los siguientes:

a) Las demandadas, sin proponer una excepción formal, señalan de manera genérica que las pretensiones propuestas por la demandante implicarían una afectación a los principios de Separación de Poderes y Corrección Funcional, en tanto no solo se propone la inaplicación para el caso concreto de un artículo del Código Penal, sino la generación de una norma que establezca el derecho a la denominada muerte digna, que es la pretensión principal de la demandante, lo que no solo no está regulado ni permitido en la legislación peruana, sino que por el contrario está penado en el Código Penal, además que es parte de las pretensiones la generación de protocolos para que ellas se hagan efectivas, incluyéndolos para futuros casos similares, lo que excede a la facultad de interpretación del Juez Constitucional.

b) El análisis de las pretensiones permiten la siguiente agrupación: A. Declaración judicial de la existencia del derecho a la muerte digna. B. Inaplicación de norma penal: artículo 112° del Código Penal, a fin que pueda ser asistida en tanto no le es posible hacerlo por sí misma. C. Establecimiento de un mecanismo y criterios de aplicabilidad del derecho a la muerte digna. D. Establecimiento de protocolos para viabilizar la ejecución del derecho invocado, por parte dos instituciones del Estado. E. Establecimiento de protocolos para casos similares.

Agrega que de las citadas pretensiones, se aprecia cuestionamiento respecto del enunciado A, en tanto no existe formal y expresamente tal enunciado normativo, sosteniendo la demandante que es posible determinarlo vía



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

interpretación de los derechos fundamentales invocados, de modo que antes que prohibirlo y sancionarlo el Estado está en la obligación de cumplirlo, viabilizarlo y establecerlo formalmente, sosteniendo a su turno las demandadas que el Juez Constitucional no debe hacerlo, pues ello es una función del legislador. Sobre el punto B, se cuestiona que la derogatoria de normas es función legislativa. En cuanto a los puntos C y D, se indica que son también función ajena a la jurisdiccional, pues la función legislativa y las reglamentarias no corresponden a la labor jurisdiccional. En cuanto al punto E, consideran que es ajena a la labor jurisdiccional y se pretende una norma de alcance general y no de aplicación al caso concreto.

c) Sobre la invocada afectación de los principios constitucionales de Separación de Poderes y Corrección Funcional, indica que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la existencia de derechos innominados, derechos nuevos o derechos derivados de aquellos expresamente establecidos en la Constitución Política, como ocurre en el expediente N° 2488-2002-HC/TC (derecho a la verdad) .

d) El presente caso no se trata de una derogación de la norma ni de una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, pues la demandante invoca la afectación personal de sus derechos fundamentales, que evidencian una relación relevante, en tanto su pretensión es que, en su momento, se le acuda mediante asistencia profesional a que se dé cumplimiento a su voluntad, en cuyo caso quien lo haga sería pasible de ser sancionado, pues dicha acción encuadra en el tipo penal establecido en el artículo 112° del Código Penal, materia de la pretensión, lo que solo puede hacerse dentro de un caso puesto a conocimiento del Juez, siempre que sea relevante, y que para el asunto concreto, al ser un proceso de amparo, los efectos deben ser *inter partes*.

e) Aun cuando lo pretendido no tenga un enunciado normativo en la legislación positiva, es posible derivarlo de los derechos fundamentales, siempre que se cumplan con los requisitos y no se incurra en el exceso que el propio Tribunal Constitucional señala en tales casos, para lo que debe tenerse en cuenta el principio de inexcusabilidad, que implica que cuando se observa de manera evidente la necesidad de resolver un conflicto o declarar



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

el derecho de una persona, no es posible que el Juez deje de atenderlo bajo el fundamento de la inexistencia de un texto normativo en que pueda subsumirse el requerimiento, principio que se elevó a rango constitucional en la Constitución Política peruana de 1979, se mantiene en la Constitución Política de 1993 y no es aplicable a todo el derecho, pues en el derecho penal existe el principio de legalidad y taxatividad, esto es que en el derecho penal no es posible condenar cuando hay un vacío o laguna en la ley.

f) No hay zonas exentas del control de constitucionalidad, habiendo el Tribunal Constitucional en numerosas situaciones resuelto inaplicando una norma y ante la ausencia de norma expresa la genera a partir de los principios constitucionales, lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, que no pueden ser materia de cuestionamiento en sede judicial y, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha resuelto reiteradamente que no pueden escapar al control de constitucionalidad.

g) La ausencia de norma no es un hecho general y cotidiano, sino una excepción en los estados modernos. En el presente caso se solicita la inaplicación del artículo 112° del Código Penal, por lo que dadas las características del asunto concreto, en el que no se solicita que cualquier persona sea la que la acuda, sino que sea el Estado quien lo haga, es preciso: 1) Distinguir los diversos supuestos que tiene la norma legal, 2) establecer los criterios y protocolos de su determinación en modo y tiempo, y 3) los criterios y protocolos de su ejecución una vez determinado el modo y tiempo u oportunidad.

h) Al realizarse la labor de interpretación se cuidará de no desvirtuar las funciones y competencias, a fin que el equilibrio de poderes inherente al Estado Constitucional y Democrático se encuentre garantizado, evitando que la inaplicación pueda llevar a la denominada hiperactividad de los jueces o activismo judicial, a través de interpretaciones forzadas de la norma constitucional para no cumplir o no acatar las leyes que dicta el Poder Legislativo, no siendo activismo judicial cuando la inaplicación y subsecuente generación de un enunciado normativo para el caso, se hace por estricta



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

necesidad del cumplimiento de la propia sentencia, vía establecimiento de un procedimiento, protocolo o criterios de su cumplimiento, siendo un ejemplo de ello el Caso perros guía, sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el expediente N° 02437 2013-PA/TC.

i) Es fundamental determinar la vulneración de lo regulado en el artículo 1° de la Constitución Política del Estado. La dignidad como tal importa el aspecto corporal y racional, implicando lo racional elementos como su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia. La dignidad es, de otro lado, una suerte de principio de principios o base de otros derechos, pues sobre esta se construyen otros derechos fundamentales, tanto frente al Estado, como entre los particulares.

j) La demandante fundamenta su derecho a morir en condiciones dignas, con lo que sustenta la primera parte de sus pretensiones, esto es el reconocimiento mismo a concluir su proceso vital, es decir su vida. La dignidad humana, como derecho fundamental, se ha desarrollado en el constitucionalismo como un elemento muy gravitante después de la segunda guerra mundial y frente al totalitarismo que disminuye la voluntad del ser humano, reconociendo que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, dotados como están de razón y de conciencia.

k) Las normas del Código Penal son operativas o autoaplicativas, en tanto no requieren reglamento o acto administrativo previo que determine su aplicación. En el presente caso: a) Existe una situación concreta y real en el estado de salud de la beneficiaria Ana Estrada Ugarte, lo que obliga a determinar si existe o no una amenaza a su derecho, que implicaría una declaración de fondo, antes que una cuestión procesal; b) La beneficiaria ha manifestado de forma expresa su deseo de recurrir a terceros para cumplir con su deseo de concluir su vida, lo que además considera un derecho fundamental; y, c) No se trata del derecho del tercero, esto es del médico o Comisión médica ejecutante lo que la afecta de manera directa, sino que la norma disuade a estas personas impidiendo el cumplimiento de lo que considera un derecho fundamental a ser asistida, sin que se observe entonces la pretensión de un control abstracto.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

l) El homicidio piadoso implica la participación de dos sujetos activos: 1) El que lo solicita; y, 2) El que lo asiste o ejecuta el homicidio, siendo que el primer sujeto (activo y pasivo a la vez), no es punible. El Juez debe proteger los derechos constitucionales con el mayor criterio de tutela, a fin que se logre la plena vigencia de estos derechos, incluso cuando la lesión provenga de una norma legal y conservando la validez constitucional de la norma hasta donde sea razonable.

m) La señora Ana Estrada Ugarte en la demanda ha narrado sus sensaciones y descrito sus dolencias y la situación de discapacidad progresiva a la que la somete la enfermedad, clínicamente diagnosticada como polimiositis, que es autoinmune, afecta el tejido muscular y se considera incurable con lo que se tiene en el nivel de la ciencia actual, además de degenerativa y progresiva, porque se va agravando con el paso del tiempo. Ha tenido sucesivas y frecuentes intervenciones médicas y ha estado en cuidados intensivos y cuidados intermedios, aplicándosele un tubo endotraqueal, una traqueotomía (para poder respirar), una gastrostomía en cuanto no puede deglutir normalmente o cuando su estado de salud se hace crítico y debe ser alimentada mediante sonda, entre otras intervenciones. Su grado de dolencia es muy grave, no evidencia una muerte en el corto plazo, pero sí situaciones insufribles, que afectan sus derechos, su libertad física, su condición psicológica, su desarrollo personal y profesional, pese a muchos esfuerzos, realizados por ella misma y su familia.

n) El derecho ha desarrollado un avance al reconocerle dignidad a las personas con cualquier discapacidad, de acuerdo a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo por ello la dignidad inherente a la persona humana. La dignidad se configura en el respeto que se tiene por el otro, cualquiera que fuese su condición, pero también por la percepción que la propia persona tiene de sí misma, esto es, de su propia dignidad. El concepto de dignidad ha evolucionado en el tiempo, sin que el debate se haya cerrado, teniendo como fundamento la libertad de elegir entre varias alternativas sobre su propia vida y decisiones, lo que se conoce como expresión de voluntad e implica la capacidad de razonar, que es instrumento



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

de referencia fundamental, pero no el único que configura la dignidad, haciendo falta un mínimo de razón para hacer efectivo un derecho por uno mismo.

ñ) A muchas personas les da miedo y sensación de miseria la pérdida de conciencia. A la señora Ana Estrada Ugarte le atemoriza la posibilidad de perder las facultades físicas para ejercer su libertad, lo que es una autopercepción de su dignidad y autonomía, y debe ser reconocido por el sistema jurídico como un derecho, en tanto la medida de su percepción de su dignidad es expresada en el momento de lucidez y razonabilidad.

o) La vida digna es aquella que tiene un sentido mutuo, que nos reconoce el derecho y la sociedad y que percibimos cada uno de nosotros, sobre nuestra propia persona, para lo que es preciso el uso de la razón como mejor referencia de la propia dignidad. El sufrimiento físico o psicológico puede generar un dolor trascendente, que afecte a la condición humana misma y a la dignidad, por lo que es un derecho el no sufrir ese dolor, sea por causa de un tercero, del Estado, de una situación estructural o de su salud. Los seres humanos tenemos claro que la enfermedad es sinónimo de dolor y la referencia más cercana al final del ciclo vital, frente a lo cual existen dos opciones: la curación o la muerte. La noticia de que no hay cura, que el sufrimiento se haga intenso y que incapacite, puede hacer que la persona se sienta sumida en una situación que perciba como la pérdida de su dignidad o que esa forma de morir afecte severamente su dignidad. En el caso de la señora Ana Estrada Ugarte, narra una progresiva pérdida de sus afectos, de su intimidad, el dolor físico que causan las “atenciones” e intervenciones de su tratamiento, la paulatina pérdida de movimiento personal, la dependencia progresiva y severa, la sensación de ser una “carga” para su familia, la pérdida de sus amores y deseos truncos y una lista más larga de sufrimientos, de pérdidas, incluso de los sueños, que construyen en ella una percepción de pérdida de su dignidad y de vida digna. El Estado no puede dejar de tener piedad.

p) Existe el derecho a una vida digna, implicando que exista el derecho a proyectar la vida y a pensar en su final, que la demandante considera una



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

muerte digna. El mismo derecho que sostiene la libertad de vivir o de vivir con libertad, sostiene el derecho a concluir la vida, si la vida carece de dignidad. La demandante sostiene el derecho a decidir de manera informada y expresa, controlar el fin de la vida por los dolores incurables y condiciones de deterioro que vulneran la dignidad de quien padece una enfermedad incurable, degenerativa y progresiva, derecho que si bien no está inscrito en el listado de derechos constitucionales en la Carta de 1993, no impide que se le considere como tal, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3° de la propia Constitución Política y 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, derecho que puede ejercerse solo en condiciones específicas y extraordinarias, cuando prolongar la vida significa una afectación irreversible a la dignidad y una forma de trato cruel. Agrega que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin consentimiento previo y como tal tiene derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le expliquen las consecuencias de esa negativa, de acuerdo a la Ley General de Salud, lo que desplaza el deber del Estado de proteger la salud y la vida, exceptuándose los casos de emergencia.

q) En el caso concreto de la señora Ana Estrada Ugarte, más que un homicidio piadoso, es permitir que la naturaleza humana concluya su trabajo, teniendo en cuenta que si no se le hubiera aplicado los necesarios tratamientos a los que se le ha sometido, ella tal vez ya habría fallecido, tratamientos que los ha deseado y aceptado, su familia y el Estado en nombre de una sociedad solidaria, pero que en algún momento en el que se ofende a su dignidad y sin tener una real posibilidad de curación y de vida digna, se llegará al punto en el que se le estará impidiendo morir naturalmente, como corresponde a todo ser humano.

r) En el debate de la eutanasia se ha tomado reiteradamente como criterio de su fundabilidad o infundabilidad el principio o doctrina del doble efecto, que nace de la situación en que, para conseguir un determinado efecto bueno, se producirá un efecto malo, y dependiendo de la proporcionalidad de uno y otro



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

es lícito, o no, ese acto. Se distingue la eutanasia voluntaria y el suicidio médicamente asistido, cuyo objeto es matar al enfermo para poner fin al sufrimiento, de la sedación terminal o los tratamientos paliativos del dolor, que pueden acortar la expectativa de vida, pero que busca únicamente aliviar su dolor, aunque en ellas el agente prevea el efecto colateral muerte. Preservar la dignidad, la libertad del solicitante y evitar el dolor, en los casos del enfermo terminal o incurable, en determinados casos, puede significar una excepción no punible.

s) El Amicus Curiae, Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos, propone que la muerte digna es un derecho, pero que no debe confundirse con la eutanasia, pues esta afecta el derecho fundamental vida. Acoger tal propuesta implicaría desestimar la demanda, pues la demandante ya cuenta con cuidados paliativos, debiendo considerarse que siempre será una alternativa para la actora. En cuanto a la distorsión o condicionamiento de la voluntad de la persona enferma, todo entorno o situación personal influye en la persona, en menor o mayor grado, sin embargo, son condicionantes también la ideología, la religión y la cultura, entre otros. En el caso de Sociedad Peruana de Cuidados Paliativos se observa una posición inspirada en sus ideas religiosas, lo que es legítimo. Presumir una suerte de incapacidad de hecho a todas las personas en situaciones de enfermedad sí sería una afectación de sus derechos, pues en el derecho peruano se presume la capacidad, incluso de las personas con discapacidad, debiendo asegurarse que la expresión de voluntad sea genuina y se sostenga en el tiempo. En el caso de la señora Ana Estrada Ugarte ha adjuntado una Escritura Pública con su declaración de voluntad, en relación de apoyos y salvaguardias y a su decisión de ser asistida en caso que lícitamente le sea permitido, decisión puede ser revocada en cualquier momento, mientras pueda expresar su voluntad.

t) El Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú establece en su artículo 72° que el médico no debe propiciar el encarnizamiento terapéutico, es decir adoptar medidas terapéuticas desproporcionadas a la naturaleza del caso, debiendo propiciar el respeto a las directivas anticipadas



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

del paciente en lo referente al cuidado de su vida, así como no realizar acciones cuyo objetivo directo sea la muerte de la persona, en tanto que el artículo 69° prevé que el médico debe rechazar toda solicitud u orden para actuar en contra de la dignidad, autonomía e integridad del paciente, sea que provenga de una persona natural o de una persona jurídica.

u) En general, la eutanasia es penalmente sancionable y éticamente inadmisibles, sin embargo, tanto penal como éticamente es preciso hacer un análisis de proporcionalidad entre la acción solicitada y las circunstancias especiales de la persona enferma que generan una situación de no punibilidad, debiendo evaluarse que no hay un límite preciso entre el encarnizamiento y los cuidados paliativos. La señora Ana Estrada Ugarte ya tiene una traqueotomía, una sonda de alimentación gástrica y se conecta a un respirador, dos tercios del tiempo de cada día, sin contar con los tratamientos y medicinas que consume. De no mediar estos elementos podría sufrir mucho y eventualmente fallecer a muy corto plazo. ¿Se puede calificar ello de cuidados paliativos o encarnizamiento progresivo?, por lo que el médico tendría que escoger entre dos elementos igualmente prohibidos: el encarnizamiento y la eutanasia, encontrándonos nuevamente en el debate sobre el principio del doble efecto y su proporcionalidad. La Constitución Política no prohíbe expresamente la eutanasia, estableciendo el derecho a la vida, sin que ello implique que, por ejemplo, el suicidio (su tentativa) o el duelo sean penalizados, reconociendo la doctrina como límites del derecho a la vida, el caso de la guerra, la legítima defensa, la actuación conforme al deber de un policía y la pena de muerte, además de no ser punible el aborto terapéutico (artículo 119° del Código Penal), no siendo posible interpretar directamente de la Constitución que el derecho a la vida sea uno absoluto.

v) La eutanasia se construye en relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad, a no sufrir tratos inhumanos y degradantes y la valoración de la autonomía de la persona. Este modelo es acusado de permisivo y excesivo, que podría permitir el uso abusivo del derecho reconocido y un mecanismo abierto para la denominada pendiente peligrosa,



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

donde la vida humana pierde su valor y el Estado prioriza razones económicas antes que la vida humana, al establecer razones de costos de los tratamientos paliativos u operaciones que podrían prolongar la vida.

w) La eutanasia activa directa no puede ser un derecho fundamental, sino que solo algunas de sus excepcionales circunstancias pueden ser no punibles, estableciéndose la proporcionalidad de las circunstancias de excepcionalidad, por situación extrema, a fin de proteger otros derechos de la persona, como el enfermo que sufre una enfermedad terminal o incurable que le causa extremo dolor o limita su vida radicalmente, al punto de afectarse sus derechos a la dignidad, la autonomía y al libre desarrollo de su personalidad. Puede subsistir el paternalismo (del Estado) cuando, por ejemplo, el ejercicio de la autonomía o la libertad no son comprobables. El Estado, sin ser su titular, está en la obligación de proteger al bien jurídico vida, aún en contra de la voluntad de su titular si éste está afectado precisamente en su voluntad, como en el caso de las personas con enfermedades mentales, donde lo que se requiere es tratamiento médico. En el presente caso no se está debatiendo la eutanasia propiamente, sino el suicidio asistido. La diferencia es sustancial, en tanto en la eutanasia pura no importa o se presume la voluntad del sujeto pasivo, mientras que en la muerte asistida o muerte digna, implica necesariamente la voluntad del sujeto del derecho, que es sujeto activo y pasivo a la vez, porque sin su decisión no es posible aplicarla ni concebirla como un derecho de ningún tipo.

x) Sobre el test de proporcionalidad, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: principio de idoneidad o adecuación, que supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo, y, segundo, la idoneidad de la medida sujeta a examen; el principio de necesidad; y, el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

x.1) Respecto a la idoneidad, el bien jurídico protegido en el delito evaluado es la vida humana, que a pesar de ser de capital importancia en nuestro sistema jurídico, desde la Constitución, debió ponderarse que la dignidad estaba también en ese nivel y antes que el bien jurídico vida. El Estado protege la libertad de las personas, pero somete a cárcel a quien afecte



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

derechos ajenos, protege la vida de las personas, pero no podría tener desprecio del dolor extremo del portador de esa vida, al punto de impedirle acabar su dolor, acabando su vida. La tipificación, técnicamente y principistamente, no es idónea, al existir contradicción con otros derechos fundamentales, generándose una intervención no del todo idónea, con un tipo penal impreciso, al poner como sujeto pasivo a una persona con enfermedad incurable, categoría discutible, pues son incurables numerosas enfermedades no necesariamente mortales.

x.2) Sobre la necesidad, el Estado tiene varias formas de intervención además de la legislación penal, y la obligación de proteger la vida de la persona, incluso contra la voluntad de su titular, con buenos sistemas de soporte médico de tratamiento paliativo del dolor, que aunados a la cultura social de respeto a la vida y temor de Dios, puede hacer que muchos enfermos, inclusive en situación de solicitarlo, estén dispuestos a soportar su agonía, a lo que se suma una mayor limitación del tipo penal.

x.3) Sobre la proporcionalidad en sentido estricto, la demanda fundamenta sus pretensiones en la afectación del derecho a la dignidad y otros relacionados con la libertad o el libre desarrollo de la persona humana y la autonomía. La dignidad es un derecho fundamental de primerísimo orden, que puede anteponerse al derecho a la vida inclusive, si se considera que el derecho a la vida humana tiene límites, establecidos en la propia ley, mientras que la dignidad es un derecho que no debería tener límites aceptables en el derecho, sin que sea posible sostener que uno sea excluyente del otro, pues la vida biológica es base para el nacimiento del derecho a la dignidad, aun cuando la dignidad pudiera extenderse hasta más allá de su existencia biológica. En el caso de la señora Ana Estrada Ugarte debe considerarse su dignidad, su autonomía y su autopercepción de dignidad. La discapacidad y el sufrimiento por causa de la enfermedad y la discapacidad puede afectar el derecho a la dignidad, pero solo en su faz de la autopercepción, más no en la faz externa, por lo que debe existir un espacio de disposición de su titular, en uso de su libertad fáctica y jurídica. Existe el derecho a una vida digna y a una muerte digna, que no puede considerarse derecho fundamental. El derecho a



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

la muerte digna, sin ser uno fundamental, da lugar a que exista una excepción legítima de no punibilidad, bajo ciertas condiciones. La muerte digna es un derecho derivado de la dignidad, derivado a su vez de la fase interna de autopercepción de la persona humana, a partir del uso de su decisión autónoma y como tal debe ser protegida, pero no promovida. El derecho a la dignidad debe entenderse desde su faz de no ser víctima de tratos crueles e inhumanos y del uso de su libertad, en situaciones en que la libertad física puede estar afectada por la enfermedad, incurable, degenerativa, progresiva, en situación terminal, e irreversible, como es la condición de la señora Ana Estrada Ugarte, lo que permite considerar que la intervención del Estado mediante el tipo penal del artículo 112° del Código Penal es, en su caso, excesiva, no siendo proporcional al derecho que protege, al afectar derechos fundamentales de esta persona, por lo que debe inaplicarse y hacerse bajo determinado protocolo para su determinación y ejecución.

II. Síntesis de la Problemática

PRIMERO.- La consulta elevada a esta Sala Suprema, como se ha hecho referencia en los apartados precedentes, tiene como objetivo evaluar el ejercicio del control difuso aplicado por el Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, por lo que, en esa delimitación de actuación, se hace necesario determinar si la inaplicación normativa es válida o justificada constitucionalmente, lo que va en línea con la estructura de trabajo que se debe plantear la Sala Suprema, encaminada a establecer si el control difuso ejercido por el precitado órgano de justicia ha sido válido o no, determinando si su actuación ha sido conforme a los fines de salvaguardar la hegemonía de las normas constitucionales, sin que se vulnere la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, exista una actuación contra el ordenamiento jurídico, ni se utilice el control difuso para fines distintos a los autorizados, requiriendo para ello pasar por los filtros (reglas) que se establecen en la Consulta N° 1618-2016 – Lima Norte, esto es, partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

norma legal impugnada, realizar el juicio de relevancia, efectuar una labor interpretativa exhaustiva y aplicar el test de proporcionalidad.

SEGUNDO.- Asimismo, el caso que nos convoca, de acuerdo a la pretensión de la demanda, plantea los siguientes cuestionamientos iniciales: De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico constitucional, ¿resulta factible reconocer un derecho a la muerte digna?. Y, ¿existen condiciones que viabilicen su ejercicio mediante la aplicación de la eutanasia?.

III. Sobre la complejidad del caso y las premisas para su resolución

TERCERO.- Sin duda, el caso de autos, al tratar sobre la concepción de la vida humana y la posibilidad de que el Estado se involucre de una forma activa en la ejecución de la elección de una persona -en condiciones de enfermedad incurable e irreversible y con dolores insoportables- de poner fin a la misma, mediante la aplicación de la eutanasia, determina que la problemática que nos plantea pueda ser abordada desde diversos puntos de vista, como el ético, filosófico, social, cultural y religioso, entre otros.

CUARTO.- Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en un Estado Constitucional de Derecho los poderes del Estado, y en especial para el caso alzado el Poder Judicial, deben circunscribir su análisis y decisión a las disposiciones donde se haga primar la supremacía de la Constitución Política, lo que supone el respeto a los derechos, deberes y garantías reconocidos constitucionalmente, teniendo en cuenta la interdicción a la arbitrariedad; por lo mismo, la evaluación que efectuará el suscrito tendrá base en el contenido de los derechos fundamentales involucrados en la presente controversia.

QUINTO.- En esa medida, es importante advertir que la problemática se abordará estrictamente desde un punto de vista jurídico/constitucional, estando a que la República del Perú se reconoce como un Estado laico, que garantiza el derecho a la libertad religiosa en forma individual o asociada. En efecto, los artículos 2º, acápite 3, y 50º de la Constitución Política del Estado, prevén, en ese orden, que: *“Toda persona tiene derecho: (...) 3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada (...)”*, y que:



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

“Dentro 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. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas”.

5.1. Asimismo, la propia complejidad del tema en evaluación invita a reconocer las posiciones contrapuestas que el mismo genera en la academia y en la doctrina, siendo algunas de ellas que ha podido advertir el suscrito, las siguientes:

A favor:

a) “(...) Por tanto, en el caso de la eutanasia, al negarle a alguien una muerte digna, estamos discriminándolo y violentando sus derechos fundamentales; tal negación se produce frecuentemente por el mero capricho (basado en creencias, falsas ideologías, mitos, etcétera) de aquellos que poseen el poder para separar e impedir a los demás el acceso a una existencia digna (...). Suspender esta característica constitutiva del hombre y seguir percibiendo la vida solo como un «bien jurídicamente tutelado» y no como esta inmanencia fundacional que sujeta los demás valores que le dan sentido, sería ultrajar la dignidad humana, restarle o quitarle por completo al individuo su significación particular como ser humano, desposeerlo de lo que permite a la persona percibirse a sí misma. Foucault nos acerca a esta reflexión desde la muerte diciendo que «el valor de lo que hago, el valor de mi pensamiento, el valor de mi actividad, pues bien, se revelará si los pienso como si fueran los últimos» (Aguilera, R., Gonzáles, J., 2012, *Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia. Derecho PUCP*, 1(69), en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31734.pdf>).

b) Algunos médicos, como J. Mendoza Vega (2014), neurocirujano y miembro de la Academia Nacional de Medicina (Colombia), han sugerido que el caso colombiano de despenalización de la eutanasia es un ejemplo para Latinoamérica. Quizás hemos ganado en términos de mayor respeto y garantía para los derechos civiles. Entender la eutanasia como alternativa válida en los procesos de muerte digna sería reconocer la pluralidad moral y la autonomía de los pacientes (Mendoza Villa y Herrera Morales, 2016).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Mendoza Vega también ha enfatizado en un problema creado por la misma discusión y la manera como se utilizan los términos en la legislación: muerte digna y eutanasia no son sinónimos, como tampoco lo son sedación terminal y cuidados paliativos. Hay muchas formas de morir dignamente y para algunos quizá la eutanasia sea una. (*Díaz, E., 2017, La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas. Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas, 40: 125-140*).

c) El inglés Francis Bacon parece ser el primero que entiende la palabra eutanasia tal y como nosotros la entendemos en la actualidad. Y mantiene en su obra *Historia vitae et mortis* su licitud religiosa y moral: «la función del médico es devolver la salud y mitigar los sufrimientos y dolores, no sólo en cuanto esa mitigación puede conducir a la curación, sino también en cuanto que puede procurar una eutanasia: una muerte tranquila y fácil. En nuestro tiempo los médicos abandonan a los enfermos cuando han llegado al final. Por el contrario, deben tener una nueva ciencia, y de acuerdo con ella esta búsqueda la entendemos como la eutanasia externa, que se distingue de la otra eutanasia que tiene por objeto la preparación del alma» (*Miret, E, 2003. Eutanasia, filosofía y religión. Humanitas, 1(1), 97-104. <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/06/eutanasia-filosofia-y-religion.pdf>*).

d) Ningún derecho fundamental o constitucional debe interpretarse incitando a la aceptación moral obligatoria de una mayoría. El derecho a la vida no implica la mera subsistencia. Implica su equilibrio y relación con otros derechos fundamentales. La eutanasia deber ser regulada en virtud de su necesidad. Ningún ser humano debería someterse a la imposición legal de un derecho que limita en la forma y en el fondo (*Huamán, W., 14 de junio de 2021, Sobre la eutanasia: ¿El derecho a la vida implica la mera subsistencia?, <https://deleyes.pe/articulos/sobre-la-eutanasia-el-derecho-a-la-vida-implica-la-mera-subsistencia>*).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

En contra:

a) Señala Thomas, al menos desde la autoridad de la estadística en la cual afirma cada tesis, que en los casos que el moribundo ha logrado la aceptación de la realidad que se le avecina, y acoge con serenidad la muerte, se advierten incluso 'mejorías espectaculares' -aunque en rigor clínico no sean tales- y que se exteriorizan por un desencadenamiento de la líbido que se muestra por medio de dos movimientos que pueden estar relacionados y señalar como: una apetencia relacional y una expansión libidinal que introduce al paciente por última vez en el ámbito de la acción. Pues como se advierte, cualquiera de las dos manifestaciones no son menores para quien está por morir, ni tampoco para quienes están sufriendo la muerte del moribundo (cfr. Thomas, L.; La muerte - Una lectura cultural, Barcelona, Paidós, 1991, página 71). Mas en realidad siendo ello de esa manera, la ley vuelve a poner en grado de evidencia que los intereses que la animan no son sólo los expresamente indicados, puesto que bastaría con mostrar que existiendo una adecuada medicina paliativa el padecimiento no se torna insoportable y por ello tampoco resulta posible el acto eutanásico tal como la ley autoriza (En aquel caso, se autoriza cuando existe "dolor insufrible"). La medicina paliativa, con la totalidad de facetas que a la misma la constituyen, desde los aspectos puramente clínicos hasta los acompañamientos de contención psicológica, ha demostrado sin lugar a dudas que es 'otra solución razonable' para situaciones como las que se pueden encontrar dichos enfermos. De tal forma que colaborar con el reclamo de eutanasia que efectúe el paciente, significa en gran medida interferir el ciclo psicológico que los pacientes llevan en el mismo curso del trabajo de la muerte en la expresión de Kübler Ross (La nombrada clasificación se enumera en las siguientes fases: negación, ira, pacto, depresión y aceptación. Con posterioridad se formularon algunas otras más completas. Sporken dice: 1. Fase de ignorancia: conspiración del silencio; 2. Fase de inseguridad: esperanza y expectativa; 3. Fase de negación implícita: se hacen planes ambiciosos de futuro; 4. Fase de comunicación de la verdad. Es conveniente comunicarlo en estadios tardíos; 5. Fase de negación, depresión y aceptación), y sin duda que aquellos que completan con éxito esta transición



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

psicológica, de la negación a la aceptación, mueren con un espíritu esperanzado. La eutanasia no sólo es intrínsecamente maléfica, sino que operativamente impide conseguir en el enfermo este objetivo igualmente primario, como es ganar una reflexión esperanzadora acerca de la experiencia de la muerte, la que queda arrebatada en modo imperdonable por la misma ciencia médica que colabora acelerando los tiempos históricos, privando al paciente del espacio psicológico de la nombrada experiencia (*Andruet, A., 2001, Ley Holandesa de "Terminación de la vida a petición propia", Nuestra consideración acerca de la eutanasia, DS, 9(2), 1-20*).

b) La interpretación del principio de autonomía en el sentido de que la persona sea totalmente independiente en su autorrealización y autodeterminación (...) ignora la vulnerabilidad de quien sufre (...). Por su parte, la Asociación de Bioética de la Comunidad de Madrid (ABIMAD) señala que la eutanasia no va a constituir un avance en derechos al suponer un encubrimiento de negación de ayudas sociosanitarias eficaces para los dependientes (...). Parece que la legalización de la eutanasia y el suicidio médicamente asistido es una ley escrita para apaciguar el miedo a un sufrimiento lejano y potencial, cuando los que están en la situación real e inmediata, lo que reclaman es que se cumpla la promesa de aliviar el sufrimiento, de un fin de vida que siga siendo vida hasta el final, y de una muerte humana que no les quite nunca su dignidad. Morir con dignidad no es decidir cuándo quiero morir, sino significa fundamentalmente saber que voy a morir cuidado en todos los aspectos, de tal forma que no tenga sufrimientos de ningún tipo, acompañado, atendido, con los síntomas de la enfermedad terminal controlados, morir recibiendo afecto y consuelo, sobre todo, de los familiares. Desde esta perspectiva, la eutanasia no dignifica la muerte, sino todo lo contrario (*Germán, R, 2021, Ley Orgánica 3/2021, sobre regulación de la eutanasia: ¿una ley deshumanizadora?, Cuadernos de Bioética. 2021; 32(105): 251-267*).

c) Contextualizando el derecho a la vida en el marco de la teoría sobre los derechos humanos, el profesor Laporta lo argumenta de la siguiente forma: (...) igual que todos tienen la obligación de respetar el derecho de cada uno o



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

carecen de la facultad de alterar ese derecho, el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo (...). Y ello porque no hay libertad para tener o no tener derechos básicos, aunque algunos derechos básicos consistan en tener una libertad. La libertad, en este caso, atañe al ejercicio de los derechos, pero no a su titularidad que es, en todo caso, impuesta al individuo. Los derechos humanos, en cuanto son inalienables, se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad. Ello quiere decir que esos bienes cuya importancia es tal que suministran razones suficientes para una protección normativa tan relevante, le son atribuidos a cada uno ineludiblemente. La vida, así entendida, constituye un bien de carácter mixto persona-sociedad y no exclusivo del individuo, lo que implica que el Estado y las demás instituciones deberán brindarle su protección aún en contra de la voluntad del titular de esa vida (*Gimbel, J., 2019, El derecho al suicidio asistido por médico en el caso de enfermos terminales y pacientes con discapacidades graves crónicas. Tesis de Doctorado, Escuela Internacional de Doctorado de la Uned, Repositorio Institucional*).

d) Los hombres tienen dignidad por el solo hecho de ser tales, razón por la cual debemos descartar, desde luego, cualquier acepción que pretenda relativizar este concepto. Desde esta perspectiva "ontológica", la dignidad de la persona humana es absoluta, existe independientemente de su situación social, política, religiosa, etc., y no es modificable bajo ninguna circunstancia. Siendo la dignidad humana de carácter absoluto, ella no desaparece en caso de enfermedad terminal; incluso en el evento de que la persona en cuestión pida morir, hay que velar por su ser y por una atención máximamente cercana a su situación de sufrimiento. En consecuencia, cualquier legislación que pretenda despenalizar la eutanasia homicida -entendida en los términos restrictivos enunciados en los párrafos precedentes- es inaceptable desde un punto de vista ético y jurídico. En efecto, la dignidad de la persona humana es un principio básico de cualquier Estado social y democrático de derecho y, por ende, es un principio que, necesariamente, debe inspirar todo el



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

ordenamiento jurídico nacional (Misseroni, A., 2000, Consideraciones jurídicas en torno al concepto de eutanasia, Acta Bioethica 2000, 6(2)).

IV. Evaluación del contenido de los derechos involucrados

Sobre los derechos a la vida, a la dignidad, a la vida digna, a la muerte, a la muerte digna y a la salud

SEXTO.- A lo largo del tiempo el derecho a la vida ha sido considerado uno de los bienes constitucionales más valiosos, pues a partir del mismo se habilita el ejercicio de una serie de derechos que son reconocidos a la persona humana.

6.1. Así, el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución Política del Estado Peruano establece que toda persona tiene derecho: “1. A la vida (...)”. Tal derecho también es reconocido en instrumentos internacionales, como el artículo 3º de la Declaración Universal de la Organización de la Naciones Unidas, según el cual: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”, en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que declara: “*Todo ser humano tiene derecho a la vida (...)*”, y en el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que precisa: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. Igualmente, en el artículo 1º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se establece que: “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”.

6.2. De esta forma se reconoce que la vida humana debe garantizarse y protegerse en su integridad, siendo que por lo general se busca defenderla frente a actos o medidas que puedan poner en riesgo o en peligro su existencia. Así, el Estado garantiza tal derecho no solo evitando su afectación, sino también facilitando las condiciones mínimas que permitan su libre desarrollo, siendo que en situaciones excepcionales o límite se cuestiona su defensa frente a otros derechos, como la libertad y la dignidad, lo que a su



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA**

vez se relaciona con la posición que asume cada Estado sobre su participación e intervención en la vida de sus ciudadanos, que para algunos debe restringirse a una intervención negativa, evitando ingresar en las decisiones de los particulares, pero garantizando su protección cuando sea necesario y/o requerido, mientras que para otros se debe contar con un rol más activo exigiendo una intervención positiva del Estado, adoptando a su vez una pluralidad de medidas que permitan la satisfacción de los diversos anhelos de libertad y dignidad individual, que inevitablemente resultan siendo subjetivos en tanto tales anhelos (de libertad y dignidad) pueden basarse en creencias personales, culturales y/o religiosas de los individuos.

SÉPTIMO.- Por otro lado, teniendo en cuenta que los designios de la naturaleza siguen su curso de forma indistinta a las voluntades, deseos y anhelos que podamos tener de forma individual los seres humanos, resulta irremediable la exposición de la vida humana a determinados riesgos como, por ejemplo, los desastres naturales. Asimismo, distintos eventos como las enfermedades y los accidentes, entre otros, nos llevan a pensar que la vida se encuentra en constante riesgo, que casi siempre escapa al control total de las personas, de modo que no se puede pretender que el derecho a la vida demande del Estado eliminar todo tipo de riesgos que inexorablemente resultan latentes y, por el contrario, su labor en este aspecto se abocará en todo caso a reducir o prevenir tales riesgos, actuando de modo preventivo. En cambio, considero que la defensa de la vida para el derecho cobra especial relevancia frente a la actuación de otros semejantes (seres humanos), quienes también se constituyen en potenciales agresores, por lo que en este caso sí resulta necesaria la intervención del Estado, en tanto es este último el llamado a garantizar la paz social y, en virtud al derecho a la vida de las personas, a defender la integridad física y la supervivencia humana, pues en caso contrario, a falta de intervención del Estado, podría generarse un contexto de conflictos donde reinaría la violencia y se impondría la ley del más fuerte.

7.1. Frente a ello, el Estado apela a su poder coactivo para persuadir a los infractores contra el derecho a la vida a través del derecho penal,



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

estableciendo diversas penas a quienes ponen en riesgo o concretan un atentado contra la vida, conforme a los delitos que se encuentran regulados en nuestro Código Penal, específicamente contenidos en el Título I de su Libro Segundo¹⁵⁷. Sin perjuicio de lo indicado, se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos y, en ese sentido, no alcanza legalmente la protección de no atentar contra la vida de otro cuando -por ejemplo- se actúe en legítima defensa al encontrarse en riesgo la propia vida¹⁵⁸, o frente a delitos de traición a la Patria en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y los tratados de los que el Perú es parte obligada (artículo 140° de la Constitución Política del Estado).

OCTAVO.- En el caso de autos, viene en consulta la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 112° del Código Penal, mediante el cual se sanciona penalmente a quien mata a un enfermo incurable, que solicita de manera expresa y consciente poner fin a sus intolerables dolores, al considerarse que tal precepto legal le impide decidir a doña Ana Estrada Ugarte -sin afectar a otras personas- sobre cuándo y cómo desea que se ponga fin a su vida, a partir de la enfermedad incurable e irreversible que padece y que le genera dolores y afectaciones físicas que con el transcurso del tiempo se irán incrementando, alegando que ello atenta contra su derecho a la muerte digna, derecho que se derivaría del derecho a la vida, libertad, autonomía y dignidad.

8.1. Al respecto, debe tenerse presente que cualquier afectación del derecho a la vida es irreversible, pues el quitar la vida no tiene retorno o, si se quiere, posibilidad de retrotraer la producción del hecho extintivo de la vida, lo que nos obliga a tomar con prudencia el caso y apreciar la relevancia de la

¹⁵⁷ Libro Segundo, Título I. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud
Capítulo I. Homicidio
Capítulo II. Aborto
Capítulo III. Lesiones
Capítulo IV. Exposición a peligro o abandono de personas en peligro
Capítulo V. Genocidio

¹⁵⁸ Artículo 20° del Código Penal.- Está exento de responsabilidad penal: (...)

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

controversia planteada, más todavía teniendo en cuenta que si bien se trata de la verificación del ejercicio del control constitucional difuso -que no tiene los alcances de un control concentrado, sino que se circunscribe al caso concreto-, sin duda por la importancia y complejidad del caso puede fácilmente marcar una guía jurisprudencial para casos en los que otros sujetos invoquen situaciones personales similares (y hasta no tan similares) a las que padece la señora Ana Estrada Ugarte.

8.2. En tal sentido, considero que también es importante tener en cuenta los posibles efectos de la decisión que se dicte en el caso concreto, ya que a diferencia de otros derechos, como la libertad, que en determinadas situaciones puede verse suspendida por un tiempo, no ocurre lo mismo con la vida, que no se suspende, sino que -como he adelantado- una vez perdida o eliminada ya no se puede recuperar, de ahí que los ordenamientos jurídicos reconocen al derecho a la vida un carácter de inviolable e inalienable.

NOVENO.- Estando a la problemática planteada, creo importante realizar el siguiente cuestionamiento adicional, en línea con los cuestionamientos arriba indicados: ¿Del contenido esencial del derecho a la vida emana un derecho a la muerte?. Planteo tal interrogante debido a que en la sentencia elevada en consulta, fundamento número ciento ocho (108), se afirma que -como parte de la tesis postulada en la demanda-, la muerte constituye una fase esencial de la vida misma; y, en el fundamento número ciento ochenta (180), se sostiene que al existir un derecho a la vida digna, entonces como consecuencia de ello se debe reconocer la existencia de un derecho a la muerte digna; por ello, conviene aclarar si del derecho a la vida (digna) se deriva un derecho a la muerte (digna).

9.1. Sobre tal aspecto, considero que no puede concebirse que la muerte forme parte de la vida, debido a la concepción antagónica que ellas representan: la muerte es físicamente la antítesis de la vida, y una vez acabada la vida llega la muerte, no siendo una parte de la otra, sino que ésta proviene de la conclusión o extinción de aquella; en ese sentido, tenemos que la sola existencia del derecho a la vida no habilita de forma automática a



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

considerar la existencia de un derecho a la muerte, o de un derecho a morir, desde que son conceptos diametralmente opuestos.

9.2. No es la primera vez que se hace este tipo de reflexiones. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el Caso Pretty contra Reino Unido, que va en la misma línea antes expuesta, concluyó que del derecho a la vida no se deriva un derecho a la muerte, toda vez que no se puede querer interpretar un derecho para determinar luego que el mismo contiene un derecho opuesto a él, ni tampoco que el derecho a la vida contiene o permite crear un derecho de autodeterminación que conlleva, a su vez que, en virtud al mismo, se tenga la libertad de elegir la muerte en lugar de la vida.

9.3. Por ello, descarto la idea (respondiendo a la interrogante) de que sea válido interpretar que a partir del derecho a la vida puede existir un derecho a la muerte. Sin embargo, no soy ajeno a que estando frente a un asunto altamente complejo, en el que la Defensoría del Pueblo nos presenta el caso de doña Ana Estrada Ugarte, quien ha sido diagnosticada con una rara enfermedad denominada polimiositis, que es incurable, degenerativa y progresiva -y que se encuentra en una etapa avanzada, requiriendo ya una alta dependencia para poder respirar y alimentarse, lo que es un hecho incuestionado en autos-, corresponda analizar el control difuso efectuado a partir de su solicitud (consistente en que respetando sus derechos fundamentales a la libertad, autodeterminación y dignidad, y estando a que su persona comprende y es consciente de su situación médica, se le permita escoger el momento para la aplicación del procedimiento médico de la eutanasia, sin que terceros sean procesados legalmente), sobre la base de otra interrogante, cuya respuesta, cualquiera sea, generará una natural polémica y posiciones críticas por algunos sectores sociales, médicos y/o académicos: ¿cabe en el caso concreto, a partir del contenido y alcances del ordenamiento constitucional y convencional, la disponibilidad del derecho a la vida frente a otros derechos fundamentales, como aquellos alegados?.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

DÉCIMO.- A fin de determinar para el caso concreto el carácter disponible o no del derecho a la vida, conviene tener en cuenta algunos pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, a fin de deducir la naturaleza y características de este derecho.

10.1. Al respecto, advertimos que históricamente tanto los Tribunales Nacionales como los Internacionales han emitido pronunciamientos reconociendo no solo el carácter de fundamental e inalienable del derecho a la vida, sino que a su vez se ha resaltado la prevalencia e importancia de salvaguardar el mismo, debido a que a partir de aquel se posibilita el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al derecho a la vida en el caso *Huilca Tecse contra Perú*, sentencia del tres de marzo de dos mil cinco, indicó lo siguiente:

*“65. (...). Este Tribunal ha establecido que **el derecho a la vida es de carácter fundamental, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.***

*66. **El cumplimiento del artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Esta protección integral del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar la seguridad, sean***



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad” (los subrayados y resaltados son del suscrito).

10.2. Del extracto citado tenemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos remarca el rol del Estado en cuanto a su obligación y deber de garantizar, proteger, **respetar** y **preservar** el derecho a la vida, de manera que tenga plena vigencia efectiva para todas las personas bajo su jurisdicción. En otras palabras, para la Corte Interamericana el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el **“presupuesto esencial”** para el ejercicio de los demás derechos (Fundamento noventa y siete -97- de la sentencia recaída en el Caso García Ibarra y otros *versus* Ecuador¹⁵⁹).

10.3. Ahora bien, en virtud a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha señalado que **nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, con lo cual no cualquier privación de la vida será reputada como contraria a la Convención, sino solo aquella que se hubiera producido de forma arbitraria;** por ejemplo, *“por ser producto de la fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada”* (Fundamento 103 de la sentencia recaída en el Caso Ortiz Hernández y otros *versus* Venezuela).

10.4. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos no descarta que puedan presentarse casos en los que se afecte el derecho a la vida, siendo lo sancionable que la privación del mencionado derecho se realice de forma

¹⁵⁹ Fundamento 97. La Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho inalienable y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

arbitraria. De ese modo, el derecho internacional no reserva una protección absoluta del derecho a la vida, lo que a su vez -conforme hemos advertido antes- se replica en nuestro ordenamiento interno, en tanto se considera que ningún derecho fundamental es absoluto. En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “(...) *la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula ‘en general’ tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos*” (Fundamento 258 de la sentencia de la Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros -Fecundación in Vitro- versus Costa Rica).

10.5. Por otro lado, en cuanto a las obligaciones del Estado relacionadas con el derecho a la vida, la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “(...) **los Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y dar reparación por la privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna**” (Fundamento 66 de la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Montero Aranguren y otros -Retén de Catia- versus Venezuela).

10.6. Siendo ello así, se tiene que el Estado se encuentra en principio en una posición de garante para salvaguardar el derecho a la vida y generar las condiciones mínimas que permitan una vida digna. En ese sentido, “(...) *el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

prioritaria” (Fundamento 162 de la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa *versus* Paraguay¹⁶⁰).

10.7. En similar línea el Tribunal Constitucional nacional ha sostenido lo siguiente:

“Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos”¹⁶¹ (el resaltado y subrayado son del suscrito).

10.8. Estando a lo expuesto hasta aquí, se determina que el derecho a la vida no conlleva una protección a escoger la muerte antes que la vida (derecho a la muerte o derecho a la muerte digna); sin embargo, exige un involucramiento de parte del Estado para que se generen condiciones mínimas compatibles a la dignidad de la persona humana (vida digna), por lo que debe garantizarse, por ejemplo, el acceso a los servicios de salud. Sobre el papel del Estado respecto a la salud y su vinculación con el derecho a la vida, en el Caso Ximenes López *versus* Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó lo siguiente:

“89. En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y **dado que la salud es un bien público cuya protección**

¹⁶⁰ Fundamento 162. Una 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. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

¹⁶¹ Fundamento 83 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1535-2006-PA.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

*90. La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que **bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos.** La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud” (sin énfasis en el original).*

10.9. De lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos se advierte la existencia de un deber del Estado de regular políticas públicas que permitan la atención de los servicios de salud, evitando que terceros interfieran ilegítimamente en el goce del derecho a la vida de las personas, siendo su responsabilidad fiscalizar la prestación de tales servicios públicos, lo que en términos de nuestro Tribunal Constitucional se vincula con el desarrollo de políticas conforme al principio de dignidad de la persona:

*“16. Partiendo de la máxima kantiana, **la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas,***



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.
Consecuentemente, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares [...].

18. El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada.

19. Bajo este principio, **el Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención -obligaciones de no hacer-, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida -obligaciones de hacer-¹⁶²** (los resaltados y énfasis son del suscrito).

10.10. Adicionalmente, sobre el contenido del derecho a una vida digna, el Tribunal Constitucional nacional en la sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-AA/TC, ha sostenido lo siguiente:

“5) Desde que el Estado reconoce la vida en dignidad como un derecho natural, se impone delimitar sus contenidos o alcances. La vida digna se constituye a través de la existencia somática y psíquica del ser humano, la cual es la base del proyecto de vida, que se expresa en la autonomía y libertad de cada individuo que lo hace único e irrepetible.

6) El derecho a una vida digna procura la integración y el desarrollo humano en una doble dimensión: una dimensión existencial en la que la vida tiene un reconocimiento y protección

¹⁶² EXP. N.O 2016-2004-AA/TC LIMA, Caso José Luis Correa Condori.
196



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

progresiva, en tanto impone la presencia de garantías para preservar su existencia; y una dimensión social en la que la vida requiere satisfacer necesidades básicas compatibles con el desarrollo humano.

7) El que la regla general sea la defensa y desarrollo de la vida en dignidad no significa que ésta se produce en abstracto, sino de forma concreta y cotidiana. Así, puede existir y de hecho existen circunstancias en las que tal derecho puede verse afectado o limitado de manera natural, accidental o criminal, donde el Estado regula, proscribe, procesa y sanciona a los responsables, de conformidad con la ley.

8) Importa entonces considerar que la Constitución de 1993 ha regulado el derecho fundamental a la vida digna, garantizándola; pero, poniéndolo en cada caso, en concordancia directa con otros derechos fundamentales, así como, valores y principios constitucionales. Sólo así será posible dar una respuesta, lo más razonable posible, a eventuales circunstancias conflictivas no deseadas, pero existentes, sea que involucren la vida de la persona humana o de concebido” (sin resaltado en el original).

DÉCIMO PRIMERO.- Conforme a los antecedentes jurisprudenciales antes citados y el desarrollo del marco jurídico constitucional y convencional sobre el contenido del derecho a la vida-vida digna y su vinculación con la salud, advertimos que del desarrollo del contenido del derecho a la vida digna no se desprende que el mismo pueda comprender una protección constitucional de un derecho a la muerte digna, desde que el respeto a la dignidad de la persona humana requiere del Estado una acción negativa de no poner en riesgo o afectar la existencia de la persona (no permitir una vulneración del derecho a la vida), y una acción positiva centrada en posibilitar **condiciones mínimas** para el libre desarrollo de los proyectos de vida con respeto a la libertad y autonomía de la persona humana, sin renunciar a su obligación de preservar la existencia humana para la efectivización de los derechos involucrados, ya que de otro modo, esto es, sin preservar la vida, carecería de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

sentido los demás derechos fundamentales reconocidos a la persona¹⁶³, posición con la que dejo contestada la primera pregunta planteada en el segundo considerando de este voto, es decir, que no resulta factible reconocer un derecho a la muerte digna.

DÉCIMO SEGUNDO.- Sin embargo, lo indicado no descarta la legitimidad de cada Estado de que con arreglo a ley y en cumplimiento del mandato constitucional de proteger la vida humana, pueda (y deba) ir construyendo políticas públicas que, a la par de atender condiciones mínimas a la existencia digna, abarquen diversos anhelos de sus ciudadanos vinculados con su libertad y autonomía individual.

12.1. Además, considerando -como he señalado- que el derecho a la vida o vida digna no son derechos absolutos (vinculado al bien jurídico protegido por el artículo 112° del Código Penal), y que su preservación no puede ser causal justificante para vaciar de contenido otros derechos fundamentales -más aun atendiendo al estado de salud particular de doña Ana Estrada Ugarte-, corresponde analizar si dicha situación puede calificar como una excepcional a la protección del derecho a la vida, en caso se corrobore que su protección conlleva a vaciar de contenido otros derechos fundamentales que también se han alegado, como los de libertad, autonomía y la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos.

Sobre los derechos a la libertad, autonomía y la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos

DÉCIMO TERCERO.- Estando al análisis efectuado en los acápites precedentes, en cuanto a que del derecho a la vida digna no se puede deducir o derivar un derecho a la muerte digna, y dado que la sentencia venida en consulta inaplica el artículo 112° del Código Penal, mediante el cual se pretende proteger la vida del riesgo de abuso que podría ocurrir a partir de

¹⁶³ Alguna doctrina actual sostiene, a propósito de lo que se trata, que: *No existe ningún “derecho a morir”, ni “derecho a la muerte”, ni a la “disposición de la propia vida”; la vida humana: la propia y la ajena, tiene un valor eminentemente en sí mismo, valor que no depende del sujeto o de los sujetos, que no puede ser aniquilada por la autonomía humana, y que existe sólo como el núcleo fundamental y el supuesto que hace posible a los hombres la realización de su perfección propia, por medio de la consecución de los bienes humanos básicos; entre ellos, especialmente, el más básico de todos: la existencia viviente o vida humana.* En Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho. Carlos Massini-Correas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Junio 2020. Páginas 273 y 274.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

una situación de vulnerabilidad, como lo es el padecimiento de una enfermedad incurable y con dolores insufribles, siendo su ámbito de aplicación mucho más amplio que un caso concreto en que media una voluntad indubitable para la aplicación del procedimiento médico de la eutanasia (como ocurre en el caso concreto), considero relevante analizar si el artículo en cuestión vulnera los derechos a la libertad, autonomía y la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos.

13.1. Si bien en el ámbito filosófico los conceptos de autonomía y libertad pueden adoptar significados distintos, por lo general se identifican con la capacidad de elección o libre arbitrio respecto de las decisiones personales, así como con la capacidad de autodeterminación o libre desarrollo de la personalidad, que puesto en práctica podría entrar en conflicto con la autodeterminación de otros individuos, por lo que el derecho busca delimitar justamente aquellas libertades concurrentes cuya coexistencia en la sociedad se ha de organizar¹⁶⁴. De esta forma en un Estado Constitucional de Derecho se reconoce la libertad como un derecho inherente al ser humano, cuyo ejercicio debe ser garantizado de forma efectiva y en armonía con los demás derechos fundamentales, siendo factible su afectación justificada en los valores y principios de orden constitucional, teniendo en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad.

13.2. Por lo general el derecho a la libertad es reconocido de forma conjunta con el derecho a la seguridad. Así, el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra que: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*, encontrándose similar redacción en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, según el cual: *“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*, y en el artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que señala: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. (...)”*. Asimismo, en el artículo 9° del Pacto

¹⁶⁴ Berrocal Lanzarot, Ana Isabell; Abellán Salort, José Carlos (2009). Autonomía, Libertad y Testamentos Vitales (régimen jurídico y publicidad). Dykinson: Madrid. páginas 11-19.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se establece que: “1. *Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”.

13.3. Por su parte, la Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 2°, inciso 24, que toda persona tiene derecho: “24. *A la libertad y a la seguridad personales (...)*”. En cuanto a sus alcances el magistrado Espinoza-Saldaña en el voto singular recaído en el expediente N° 03359-2021-PHC/TC ha precisado que “3. (...) *la Constitución usa dos términos diferentes en torno a un mismo tema: ‘libertad personal’ y ‘libertad individual’. Por mi parte, en muchas ocasiones he explicitado las diferencias existentes entre las nociones de libertad personal, que alude a la libertad física, y la libertad individual, que hace referencia a la libertad o la autodeterminación en un sentido amplio*”. Cabe señalar que dicha distinción tiene mayor relevancia en los procesos constitucionales de habeas corpus, a efectos de delimitar las materias que pueden ser atendidas mediante el referido proceso y cuáles otras tendrían que conducirse a través del proceso de amparo. Sobre el alcance del derecho a la libertad y seguridad personal contenido en el artículo 7° de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el caso Chaparro Álvarez y Lap Íñiguez *versus* Ecuador, precisando lo siguiente:

“51. El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: ‘[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales’. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).”



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

*52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, 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 seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. **La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.** En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar ‘un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’, y el reconocimiento de que ‘sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos’. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.*

*53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. **Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar.** Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción” (sin resaltados en el original).

13.4. En el caso de autos, a criterio del suscrito, es pertinente tener en cuenta el derecho a la libertad en el sentido amplio precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al extracto anteriormente citado, lo que se resume en lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 24, inciso a), de nuestra Constitución Política, al ordenar que *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*. En esa línea, el Tribunal Constitucional nacional en la sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-AI/TC, sostiene que la libertad del ser humano justifica *“su derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado”*, siendo que en un Estado Constitucional de Derecho la *“obligación o prohibición legal sobre el ejercicio del derecho a la libertad no puede ser cualquiera, sino solo aquella que encuentre sustento en los propios valores constitucionales”*.

13.5. Asimismo, cabe advertir que dicha libertad subjetiva sustenta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual *“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”*¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Fundamento 14 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2868-2004-PA/TC.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

13.6. En consecuencia, si bien no encontramos sustento para el reconocimiento de un derecho a la muerte digna, en virtud al derecho a la libertad se tiene que la persona es autónoma para trazar su proyecto de vida acorde a su moral, encontrándose dentro del desarrollo de libre personalidad determinar las condiciones en que cada persona escoge darle un sentido a su existencia, lo que a su vez se encuentra estrechamente vinculado con la proscripción de injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, contenido en el artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Siendo ello así, considero que no estamos frente a un nuevo derecho que deba ser reconocido (derecho a la muerte digna)¹⁶⁶, sino que la inaplicación del artículo 112° del Código Penal evoca el enfrentamiento del derecho a la vida con el derecho a la libertad, autonomía y vida privada, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora.

13.7. Por último, como lo precisé en la parte introductoria de este voto, comparto algunos conceptos y conclusiones parciales contenidos en los votos emitidos por mis colegas Bustamante Zegarra y Yalán Leal. Así, en relación a la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos, estimo correcto sostener que lo previsto en el apartado h) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, se refiere a que nadie debe ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, al constituir ello una muy grave afrenta a la integridad personal de un ser humano. No obstante, en el caso materia de consulta, no se acredita de qué modo se esté violentando tal derecho de doña Ana Estrada Ugarte y/o que exista una amenaza cierta o inminente de su realización, conforme lo prevé el artículo 2° del Código Procesal Constitucional, atendiendo a que, por el contrario, la misma recibe por parte de EsSalud los cuidados y tratamientos médicos pertinentes para su enfermedad, por lo que no es posible sostener la existencia actual de aquella

¹⁶⁶ Discrepando en este extremo de los votos respecto de los cuales formulo discordia, cuando sostienen que *sí existe el derecho a morir con dignidad como parte del derecho a la dignidad que acompaña al ser humano durante todo el período de su existencia; que conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional, aunque es susceptible de entenderse como parte o derivado del derecho a la dignidad, también es susceptible de ser considerado como un derecho autónomo*, sobre todo cuando los mismos votos reconocen que *la eventual aprobación de la sentencia consultada llevaría al reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo “el derecho a la muerte digna” (...) que en principio, por igualdad y como competencia e impacto, excede el concepto de derecho mismo (...) que afecta indirectamente el pacto social.*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

amenaza ni que la misma pueda ocurrir en el futuro, no pudiéndose en base a tal argumento sostener la inaplicación pretendida.

V. Sobre la política pública de salud: Eutanasia y los cuidados paliativos

DÉCIMO CUARTO.- Previo a la evaluación del test de proporcionalidad, se debe tener en cuenta el marco jurídico también pertinente al caso. Al respecto, como bien sabemos la concretización y efectivización de los derechos constitucionales se pueden hacer palpables a través de la ejecución de políticas públicas, que están a cargo de las entidades públicas competentes para cada sector, siendo que en el sector salud se deben adoptar las medidas correspondientes para la concreción del derecho a la salud, a la integridad y a la vida digna, respetando los demás derechos fundamentales de las personas, como la libertad y la autonomía, no siendo competencia de este Poder del Estado dictar o establecer el contenido de las mencionadas políticas públicas¹⁶⁷; sin embargo, sí es posible tener en cuenta las mismas a fin de analizar si a través de ellas se afectan o no los derechos invocados en la presente causa, esto es, específicamente si la omisión de un procedimiento médico como la eutanasia¹⁶⁸ solicitada por la actora, constituye una afectación a sus derechos fundamentales de libertad-autonomía y libre desarrollo de la personalidad.

14.1. La Ley General de Salud regula en su artículo 1° que: **“Toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud (...)”**, y en su artículo 4° dispone 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 hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en**

¹⁶⁷ En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“(...) es claro que al órgano de control de la constitucionalidad, en principio, no le corresponde participar en el diseño de las políticas públicas, ni decidir cuál opción es más adecuada que otra, no le corresponde priorizar metas ni fijar cuestiones de conveniencia u oportunidad”* (Fundamento 31 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00266-2014-AA/TC).

¹⁶⁸ La Real Academia de la Lengua Española, define la eutanasia como la *“Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura. (...)”*.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

su caso (...)”. Por su parte, mediante la Ley N° 30846, se crea el Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas, cuyo artículo 3° prevé como objetivo que: *“El Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas tiene como objetivo general asegurar la inclusión de los cuidados paliativos en el Sistema Nacional de Salud, a fin de lograr la máxima calidad de vida posible para el paciente y para su entorno familiar y cuidadores. El citado plan atiende las enfermedades crónicas progresivas que generan dependencia y constituyen amenazas para la vida y ha de contener apoyo espiritual y psicológico y las medidas necesarias, con enfoque intercultural, que demandan los enfermos crónicos y los terminales”* (sin subrayado en el original).

14.2. Asimismo, recientemente mediante la Resolución Ministerial N° 939-2021-MINSA se aprobó el documento técnico para el periodo 2021-2023, publicada en el diario oficial “El Peruano” el veintiséis de julio de dos mil veintiuno, cuyo séptimo considerando enuncia: *“Que, de acuerdo a lo señalado en el documento del visto, la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública, en el marco de sus competencias, ha realizado el proceso de validación del proyecto normativo elaborado y presentado por la Comisión Sectorial mencionada en el párrafo precedente, por lo que propone la aprobación del Documento Técnico: Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas en el Perú 2021 - 2023, cuya finalidad es contribuir a mejorar la calidad de vida de la persona y la familia, previniendo y aliviando el sufrimiento causado por una enfermedad tributaria de atención de cuidados paliativos”.*

14.3. En ese sentido, se advierte que la legislación nacional sobre la salud contempla la posibilidad de rechazar o no determinado tratamiento médico o quirúrgico a través de la exigencia del consentimiento previo a la iniciación del tratamiento médico, lo que implica que se le brinde al paciente la información debida y adecuada sobre la necesidad del tratamiento, así como las posibles consecuencias o impacto en su salud, a fin que pueda adoptar una decisión debidamente informada.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

14.4. Estando a la regulación antes mencionada, se tiene que en el caso que un paciente sea diagnosticado con una enfermedad progresiva e incurable, el Estado asume el compromiso de brindar acceso a tratamientos que permitan mejorar las condiciones de salud y, por ende, la calidad de vida (vida digna), y/o brindar tratamientos paliativos que acompañen de forma integral al paciente y su entorno familiar para afrontar de la mejor manera posible la progresión de la enfermedad. Sobre esto último, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define los Cuidados Paliativos (CP) como un enfoque para mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan los problemas asociados con enfermedades potencialmente mortales, lo que incluye la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la identificación temprana, evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales¹⁶⁹. Por lo tanto, si bien existe una responsabilidad del Estado de garantizar el acceso a las prestaciones de salud, también se encuentra el derecho de las personas a la libertad y autonomía y al libre desarrollo de la personalidad, en virtud de los cuales la persona puede fijar su propio planteamiento de vida e incluso planificar cuáles serían sus condiciones ideales sobre el término de su existencia, lo que se encuentra dentro de la esfera de la vida privada de las personas.

14.5. En el caso de autos se nos plantea que debido a la enfermedad progresiva e incurable denominada polimiositis que le ha sido diagnosticada a doña Ana Estrada Ugarte, se solicita se habiliten las condiciones para que cuando la paciente así lo decida se le practique un procedimiento de eutanasia en consideración a su proyecto de muerte digna; sin embargo, cabe insistir que no existe un derecho a la muerte digna que goce de protección

¹⁶⁹ El dolor y el sufrimiento teniendo en cuenta su diferenciación cotidiana (física o psicológica) puede tener múltiples acepciones teóricas y prácticas. Javier Suso sostiene que: El sufrimiento -supuesto o verdadero- puede cohesionar comunidades si lo comparten, particularmente cuando se trata de una imposición invencible, o ser el germen en que anida un gran proyecto artístico. El dolor, en cambio, busca una respuesta individualizada, requiere contestación inmediata. (...) Lo mismo sucede cuando creemos que el dolor supera cualquier posibilidad de control, es abrumadoramente insoportable y se mantiene en el tiempo o es imposible identificar la fuente del dolor. El sufrimiento se asocia con oscuridad, desconexión, letargo e incomunicación, mientras el dolor refiere más bien a inquietud, compañía, ayuda o, en ocasiones, insolencia (Filosofía del Dolor: Sobre la importancia de diferenciar el dolor físico y el sufrimiento moral. Contrastes. Revista Internacional de Filosofía, vol. XXIII-Nº3, 2018, páginas 141-161, que <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7006167.pdf>.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

constitucional y que resulte exigible frente al Estado, por lo que corresponde atender a las razones por las cuales se solicita el procedimiento médico antes mencionado, lo que sin duda se encuentra vinculado -conforme hemos precisado en acápites anteriores- a su derecho de libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, siendo que planificar el fin de su existencia (a partir del deterioro de su salud que le ha implicado pérdida de autonomía, aumentando progresivamente el grado de dependencia para realizar sus necesidades básicas de alimentación, respiración, entre otros) forma parte del libre desarrollo de la personalidad, teniendo como limitación lo dispuesto en el artículo 112° del Código Penal.

14.6. Ahora bien, la eutanasia es una palabra con raíces griegas (*eu*, que significa bien, y *tanatos*, equivalente a muerte), considerada como “buena muerte”, para el acortamiento de la vida de quien sufre una enfermedad incurable y para poner fin a los sufrimientos que padezca. Sin embargo, debemos tener en cuenta que no hay una única e inequívoca definición sobre ella, pues se le ha ido dando significado a partir de la funcionalidad otorgada a través de la regulación incorporada en los países en donde se encuentra despenalizado el procedimiento, que principalmente implica, como se ha precisado, un adelanto deliberado de la muerte de un paciente a efectos de evitar el avance o progreso de una enfermedad incurable, que para el paciente es considerado un sufrimiento insoportable y afecta su dignidad. Así, tenemos que a nivel mundial solo algunos países como Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Canadá, Colombia, España y algunos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, admiten un procedimiento médico dirigido a aplicar una sustancia que ocasiona la muerte en pacientes que así lo solicitan, variando los requisitos para que resulte procedente la solicitud de su propósito. En tal sentido, los Estados gozan de autonomía para el establecimiento, dirección e implementación de las políticas públicas vinculadas a la vida y la salud, siendo que tales medidas deben ser fundamentadas en el respeto de los derechos fundamentales y constitucionales de la persona humana.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

14.7. Así, se advierte que el Estado Peruano penaliza a través del artículo 112° del Código Penal la posibilidad de que una persona ponga fin a la vida de otra que padezca de una enfermedad incurable y sufre intolerables dolores, lo cual si bien puede constituir una afectación a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad del paciente solicitante, amerita analizar si dicha afectación se encuentra justificada en otros bienes, derechos y/o fines constitucionales, o si simplemente resulta siendo arbitraria. Para ello debemos tener en cuenta que sobre las enfermedades incurables la ciencia habilita dos posibilidades sobre cómo enfrentar el sufrimiento (físico, psíquico y emocional o espiritual) causado por su diagnóstico: la primera, a través del suministro de una sustancia letal que evite que el paciente padezca la progresión del deterioro de su salud a causa de la enfermedad, adelantando su muerte; y, la segunda, planteándose el tratamiento de la progresión de la enfermedad a través de cuidados médicos y/o paliativos, que acompañan tanto al paciente como a su familia, aliviando los dolores y dando el soporte emocional y/o espiritual que tanto el paciente como su entorno requieran, siendo que el Estado Peruano ha optado por este último recurso como parte de sus políticas públicas de salud, conforme se advierte del Plan Nacional de Cuidados Paliativos para Enfermedades Oncológicas y No Oncológicas, a que he hecho referencia.

14.8. Al respecto, debemos reiterar que a *“(...) la judicatura constitucional no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad administrativa en la definición de las políticas públicas, pues ello significaría violentar las competencias deliberativas y técnicas de los mencionados órganos en la formulación y la materialización de dichas políticas”*¹⁷⁰; sin embargo, conforme hemos adelantado, podemos analizar si dicha medida constituye una afectación al derecho de autonomía y libre desarrollo de la personalidad de los pacientes que deseen escoger la aplicación de la eutanasia, con atención a su justificación e intensidad, frente a la posible afectación del derecho a la vida, que es irreversible y puede configurar un riesgo de abuso de la posición y/o circunstancias de vulnerabilidad del paciente diagnosticado con un

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03228-2012-PA/TC.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

resultado de enfermedad incurable y, peor todavía, sujeto a una marcada condición de discapacidad, que merece el apoyo del Estado y de la comunidad en general para aliviar las aflicciones de toda índole que padezca.

VI. Evaluación del caso y del test de proporcionalidad

Procedencia de la consulta y competencia de esta Sala Suprema

DÉCIMO QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 408° del Código Procesal Civil, la consulta procede contra las resoluciones de primera instancia en las que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria, estado de cosas que se presenta en la causa judicial elevada a esta Sala Suprema, según se desprende del contenido de la sentencia consultada del veintidós de febrero de dos mil veintiuno, aclarada mediante resolución número siete de fecha ocho de marzo del indicado año, expedida por el Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, desde que: **a)** la decisión final del Juzgado, en cuanto a la fundabilidad parcial de la demanda de amparo interpuesta, no fue impugnada por la parte vencida; y, **b)** el Juzgado ha escogido dar prevalencia a los derechos constitucionales que identifica (a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de su personalidad y amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos), frente al precepto legal ordinario (artículo 112° del Código Penal), en vinculación con la demanda de amparo interpuesta para que se inaplique la disposición mencionada, que tipifica el delito de homicidio piadoso, para el caso de doña Ana Estrada Ugarte, diagnosticada con una enfermedad incurable, progresiva y degenerativa, llamada polimiositis.

DÉCIMO SEXTO.- Siendo competencia de esta Sala Suprema conocer el ejercicio del control difuso a través del mecanismo procesal de la consulta, al amparo de lo establecido en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 408° del Código Procesal Civil, corresponde que se proceda a verificar la validez del ejercicio del control



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

constitucional difuso aplicado en el caso particular, con antesala sobre un breve comentario acerca de dicho control constitucional.

Acerca del control constitucional, con vista a su regulación constitucional y legal y tratamiento jurisprudencial y doctrinal

DÉCIMO SÉPTIMO.- El control constitucional es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: el *Control Difuso* y el *Control Concentrado*. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución Política, control que varía según la opción del constituyente.

17.1. El artículo 138°, segundo párrafo, de la Carta Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución Política y también de jerarquía de las normas. En otras palabras, dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior, pero además, es un mecanismo idóneo de control de excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo, de modo tal que se convierte en un equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

17.2. El referido artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

de Justicia. Tal disposición debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional - Ley N° 31307, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso, cuyo contenido normativo enuncia: *"Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución (...)".*

DÉCIMO OCTAVO.- Por su parte el Tribunal Constitucional nacional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil, dejó establecido que: *"6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"*¹⁷¹.

18.1. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser

¹⁷¹ Teniendo en cuenta además las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente Ley Orgánica del mismo órgano, Ley N° 28301.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

incompatible con la Constitución Política. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, laboral, etcétera¹⁷².

18.2. Asimismo, es relevante tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional mediante sentencia recaída en el expediente N° 1680-2005-PA/TC, de fecha once de mayo de dos mil cinco, que establece parámetros en los que debe circunscribirse el ejercicio del control constitucional difuso, en el siguiente sentido:

“a) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

b) En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico

¹⁷² CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, página 29.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (nemo iudex sine actor).

c) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio (...).

d) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucional de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su ‘cuidado’ es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, es en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia ‘especializada’ (...).”

18.3. Además, en la jurisprudencia antes citada se advierte que a su vez se fijan excepciones a las reglas o parámetros previamente establecidos, como sigue:

(i) “En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N°26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (CF. STC 0275-2005-PH/TC).

- (ii) *En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, adviértase que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.*

Así se sostuvo en las STC N°s. 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

- (iii) *Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N° 0014-2003-AI/TC y STC N° 0050-2004-AI/TC)”.*

DÉCIMO NOVENO.- Esta Suprema Sala también se ha pronunciado sobre el ejercicio del control de constitucionalidad difuso, a través de la **Consulta N° 1618-2016 - Lima Norte**, de fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituyen **doctrina jurisprudencial vinculante**, señalando para el efecto que: **“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la**



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos". Y en el fundamento 2.5 enfatiza las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: *"i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...) iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(...). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)"*. Tales reglas son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por el Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima en la sentencia elevada en consulta.

19.1. De otro lado, esta Suprema Sala en la Consulta N° 17151-2013 dictada el veintidós de julio de dos mil catorce -cuarto considerando- indicó que: *"(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, que todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

la ley, que es conocido en la doctrina como el 'iter legislativo', están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental'.

19.2. Ahondando en ello, es pertinente anotar que además de la presunción de la validez constitucional de las leyes, éstas son obligatorias conforme lo prevé el artículo 109° de la Norma Fundamental¹⁷³, gozando de legitimidad¹⁷⁴ en tanto han sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución Política, significado que el uso del control difuso debe ser “excepcional” -*aplicándose a los casos de conflicto de normas y para efectos de preservar la primacía de las normas constitucionales*-, debiendo suponer *a priori* que la norma no viene viciada de ilegitimidad y, en ese orden de ideas, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada¹⁷⁵, reiterando que el control difuso procede cuando la inconstitucionalidad de la ley resulte manifiesta y no sea factible encontrar alguna interpretación acorde a la Constitución Política¹⁷⁶; por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo¹⁷⁷.

VIGÉSIMO.- En el marco legal invocado, considerando la ilustración de la doctrina traída a colación y la jurisprudencia evocada sobre el tema tratado, desarrollados en los anteriores considerandos, nos encontramos habilitados para efectuar el análisis del ejercicio de control difuso verificado en el caso

¹⁷³ **Artículo 109° de la Constitución Política del Perú:** “*La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.*”

¹⁷⁴ El artículo 108° de la Constitución Política establece el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley

¹⁷⁵ CANOSA USERA, Raúl, Interpretación y Fórmula Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

¹⁷⁶ MESIA, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, año 2004, página 77.

¹⁷⁷ El control difuso tiene como antecedente la “judicial review” de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison, actuando como Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en la acción de “Writ of Mandemus”, estableciendo la supremacía de la Constitución y que una ley contraria a ella era nula e ineficaz; sin embargo dicha Corte también tiene establecido que la validez constitucional es la última cuestión que realizará sobre una ley, debido que en principio no se busca una confrontación de la ley con la Constitución, debiendo agotarse todos los recursos para encontrar su constitucionalidad, y solo cuando sea inevitable se admite la revisión judicial de la ley.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

concreto, con estricta atención a los antecedentes del proceso, apreciaciones y criterios desarrollados.

20.1. Sobre la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma inaplicada (artículo 112° del Código Penal), esto es, que se encuentra libre de vicios formales o materiales, cuyo contenido se vincule directamente con la optimización de los principios, valores y derechos que pretenden cautelar y proteger. Así, se aprecia que el aspecto formal del precitado cuerpo legal se ve satisfecho, al observarse que su expedición se ha producido dentro del contexto contemplado en el ordenamiento constitucional, esto es a través de la expedición del Decreto Legislativo N° 635, con promulgación facultada al Poder Ejecutivo mediante Ley N° 28359, y cuyas disposiciones se encuentran en vigencia y son, en principio, de carácter obligatorio, conforme al artículo 109° de la Constitución Política del Perú vigente; en ese sentido, el artículo 112° del Código Penal mantiene la presunción de validez constitucional en cuanto al procedimiento de producción legislativa bajo el cual fue emitido el cuerpo legal que lo contiene.

20.2. El juicio de relevancia, que comprende el ejercicio del control difuso, significa que el órgano jurisdiccional tendrá que justificar y especificar en qué medida la solución del caso controvertido depende de la validez de la norma que se cuestiona, en cuya situación no es suficiente que la misma sea aplicable para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses que se conoce, sino que, además, la judicatura exponga en qué medida la validez o invalidez del precepto cuestionado condiciona la solución del conflicto sometido a su conocimiento.

20.2.1. En ese propósito, fluye de la sentencia de primera instancia que inaplica el artículo 112° del Código Penal, que el Juzgado efectúa el control difuso precisamente por ser la disposición cuya inaplicación se persigue de modo directo con la demanda de amparo, de lo que resulta con claridad su especial relevancia para el caso concreto, desde que ella contiene la limitación que pretende ser superada a partir de la interpretación de los derechos fundamentales invocados.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

20.3. Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, al haberse determinado que la norma legal inaplicada es la vinculada para la solución del caso, corresponde proceder con la labor interpretativa en búsqueda de una interpretación compatible con las normas constitucionales, esto es, que el órgano de justicia, en este caso, haya agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad del artículo 112° del Código Penal.

20.3.1. Sobre el particular, la lectura de la sentencia de primera instancia que contiene el examen sobre la constitucionalidad de la precitada disposición, desarrolla las razones por las que considera que el mismo no resiste un exhaustivo examen de constitucionalidad, al considerar que vulnera derechos fundamentales: a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y de la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos, que impedirían hacer efectiva la decisión de doña Ana Estrada Ugarte de fijar cuándo poner fin a su vida, en virtud a los afectaciones físicas y psicológicas que padece por la enfermedad incurable de polimiositis, esto es que 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, específicamente 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 y a su muerte en condiciones dignas, estimando el Juez que no hay posibilidad de interpretación compatible con tales preceptos constitucionales.

20.3.2. Por consiguiente, si bien **en abstracto** la norma contenida en el artículo 112° del Código Penal se presume constitucional, ello no descarta que la misma norma **en concreto**, por las particularidades y circunstancias anotadas, presente incompatibilidad con derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, situación ante la cual la norma legal puede ceder, y que es precisamente lo que se definirá en las evaluaciones siguientes.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Test de Proporcionalidad

VIGÉSIMO PRIMERO.- En este extremo nos asistimos de los métodos de interpretación constitucional, entre los que se cuenta al test de proporcionalidad, que se constituye en un instrumento metodológico que se emplea para medir si el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental, dispuesto por la ley o por alguna medida gubernamental, resulta compatible con la Constitución Política del Estado, con atención a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación del derecho involucrado. En el caso particular, el test de proporcionalidad está referido a una antítesis entre los principios y derechos constitucionales que subyacen tras la aplicación del artículo 112° del Código Penal, que regula el homicidio piadoso, en relación con los derechos que se invocan en la demanda.

21.1. El juicio de proporcionalidad o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no solo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. A nivel dogmático Robert Alexy ha establecido una estructura de tres niveles para la aplicación del test de proporcionalidad. El eje del cual parte su teoría es la consideración de los derechos fundamentales como principios. En tanto principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales corre a cuenta de los subprincipios de idoneidad y necesidad, en tanto que el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, corresponde al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación¹⁷⁸.

21.2. Subprincipio de idoneidad

21.2.1. El examen de idoneidad de la medida requiere la identificación de un fin de relevancia constitucional y la determinación de si aquella es idónea o adecuada para lograrlo, esto es, la vinculación de los medios, la finalidad y el

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición, CEC, páginas 92 y 93



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

objetivo pretendido, donde las medidas se relacionan con fines constitucionales y a la par se persigue el logro de estados de cosas tangibles, de tal manera que se proscriben las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, coetáneamente, la vigencia o realización de algún otro.

21.2.2. De acuerdo a lo ya precisado en la parte introductoria de este voto, comparto también aquí la conclusión parcial contenida en los votos emitidos por mis colegas Bustamante Zegarra y Yalán Leal, en relación al tema bajo evaluación. En efecto, sobre el subprincipio en examen, considero que es correcto sostener que el mismo se ve satisfecho a partir de las premisas fijadas (por un lado, el derecho constitucional a la vida o a una vida digna, y de otro lado, los derechos invocados por doña Ana Estrada Ugarte, y que no son posible ejercitarlos por el contenido y alcances del artículo 112° del Código Penal), porque el Estado no puede permitir actos que provoquen directa o indirectamente la muerte de las personas, encontrándose por el contrario obligado a legislar para proteger y garantizar el derecho a la vida, más todavía frente a enfermedades graves, incurables, terminales o que producen una gran discapacidad, surgiendo el riesgo de que si la libertad que se reclama se convirtiera en una máxima universalizable, podría llegarse a sostener como condición indigna toda discapacidad grave, con una tendencia a desvalorizar a aquellas personas y a considerarlas humanamente indignas, lo que no es aceptable desde ningún punto de vista: ético, social, cultural y/o jurídico, entre otros¹⁷⁹.

21.3 Subprincipio de Necesidad

21.3.1. El examen de necesidad requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas

¹⁷⁹ La doctrina sostiene al respecto que: *Toda vida humana queda implicada en la solidaridad que une a todos los hombres, con una u otra intensidad, dependiendo de los diversos tipos de cercanía o proximidad que se producen en la práctica. Los vínculos de la sangre, conyugales y familiares, los religiosos, los del compañerismo, el trabajo o la amistad, los vecinales, locales, territoriales o nacionales, los de participación en grupo, asociaciones o instituciones públicas, culturales, deportivas, etc., y tantos otros, generan otros tantos niveles de solidaridad de densidad variable. La vida es de cada uno, pero viene de otros, es sostenida largo tiempo por otros, sale adelante con otros, se transmite a otros, sostiene la de otros, contribuye a las de otros, está enlazada con las de otros de muchos modos, con las que es interdependiente en la aludida relación de solidaridad. En una u otra medida todos nos debemos a todos (...).* En El deber de proteger la vida, y especialmente de los más debilitados, frente a un inexistente derecho a quitarse la vida por sí o por otros. José Luis Martínez López-Muñiz. Universidad de Valladolid. Revista Española de Derecho Constitucional, 2021, página 80.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro, lo que permite advertir dos etapas: *primero*, establecer la existencia de medidas alternativas que, siendo por lo menos igualmente satisfactorias, permitan satisfacer la finalidad perseguida (necesidad teleológica); y *segundo*, una vez determinada la existencia de estas medidas, establecer si es que se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene (necesidad técnica)¹⁸⁰.

21.3.2. En este extremo, también comparto, aunque de modo parcial, la posición asumida en los votos respecto de los cuales planteo la presente discordia, cuando sostienen que para este caso sí existe otra medida igual de eficaz para evitar el sufrimiento de pacientes en etapa terminal, y no permitir el suicidio asistido o la eutanasia, siendo esa específicamente los cuidados paliativos, que conforme a lo desarrollado en el décimo cuarto considerando de este voto, es una política pública de nuestro país, establecida mediante la Ley N° 30846, y cuya orientación es precisamente lo que entiendo persigue doña Ana Estrada Ugarte (resumida en aliviar los dolores y evitar el sufrimiento que pueda padecer y que resulten insoportables): *lograr la máxima calidad de vida posible para ella y su entorno familiar y cuidadores, establecida para enfermedades crónicas progresivas que generan dependencia y constituyen amenazas para la vida, con apoyo espiritual y psicológico y otras medidas necesarias, así como el enfoque intercultural que demandan los enfermos crónicos y los terminales.*

21.3.3. En ese contexto, existiendo una medida alternativa igualmente eficaz y objetivamente menos gravosa que la terminación inducida de la vida de doña Ana Estrada Ugarte, estimo que, como se ha indicado, la norma sometida a control constitucional concreto no supera el nivel de análisis bajo examen (necesidad), desde que, insisto, existe otra medida alternativa que no afecta el derecho constitucional a la vida, constituida por los cuidados paliativos, con lo que a su vez respondo a la última interrogante planteada en el considerando segundo de este voto, en el sentido de estimar que no

¹⁸⁰ <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2009/junio/11/1.pdf>.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

existen en el caso particular las condiciones que viabilicen el ejercicio de un procedimiento de eutanasia.

21.3.4. Sobre lo mismo, es importante resaltar que como lo indican los votos respecto de los cuales planteo discordia, doña Ana Estrada Ugarte ha reconocido que actualmente recibe cuidados paliativos por parte del Estado para sobrellevar su enfermedad, y que se encuentra satisfecha y agradecida, pero que en ejercicio de su derecho de autodeterminación y conforme a sus declaraciones anticipadas, ha renunciado a los cuidados paliativos para los finales de su existencia. Ello, a criterio del suscrito, no parece condecirse necesariamente con la declaración de voluntad contenida en el Testimonio de Escritura Pública de Designación de Apoyos y Salvaguardias del dieciocho de diciembre de dos mil veinte, corriente en copia de fojas trescientos sesenta y seis a trescientos setenta y cinco del expediente principal, pues en el acápite 5.1 sobre Decisiones referidas a la Salud¹⁸¹, no se limita a precisar lo que aparece en los puntos A, B, C y D de tal acápite (para cuando se encuentre en estado de coma), sino que en adición a ellos indica en el punto E que: “Acepta que me administren drogas para aliviar el dolor y evitar el sufrimiento, aunque ellas puedan acelerar mi muerte”, lo que en entendimiento del suscrito es, en puridad, la aceptación para que en tal etapa de su vida se le continúen otorgando cuidados paliativos, dirigidos precisamente a evitar aquellos dolores y sufrimientos que razonablemente espera sufrir, por la naturaleza de la penosa enfermedad incurable que la aqueja¹⁸². Así las cosas, estimo que tal declaración ratifica en esencia la posibilidad de considerar a aquellos cuidados paliativos (con aceptación anticipada de la señora Ana Estrada Ugarte), como la medida alternativa menos gravosa en términos constitucionales para considerar que el subprincipio de necesidad no se ve satisfecho en el caso concreto.

21.3.5. Por lo demás: **i)** no advierto que en la audiencia desarrollada por esta Sala Suprema doña Ana Estrada Ugarte haya sostenido alguna renuncia a la

¹⁸¹ Específicamente a fojas 370 de la causa principal.

¹⁸² En ese mismo sentido, si la declaración de su propósito es autoritativa para el caso de encontrarse en estado de coma, con mayor razón entiendo válida la posición de seguir recibiendo cuidados paliativos antes de ese momento, en el que tiene conciencia del progreso de su enfermedad e intensificación de sus dolores y sufrimientos, que pretende evitar con la decisión de poner fin a su vida.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

recepción de cuidados que alivien o eliminen lo que claramente persigue evitar y es una de las razones (sino la principal) por las que acude al órgano jurisdiccional: los dolores y sufrimientos intolerables que pueda llegar a padecer a futuro, de lo que resulta que tales cuidados pueden ser perfectamente continuados, sobre todo apreciando la declaración referida en el acápite inmediato anterior, para evitarle aquellos dolores y sufrimientos y permitirle una vida digna hasta el momento final de su existencia; **ii)** en ese sentido, no comparto la afirmación de los votos aludidos cuando sostienen que: *“(...) podemos interpretar que la voluntad de Ana Estrada es la de rechazar o renunciar a los cuidados paliativos para los momentos finales de su existencia”*, pues, por el contrario, son precisamente los dolores y sufrimientos los que estimo quiere evitar la señora Ana Estrada Ugarte a partir de su manifestación de voluntad anticipada de poner fin a su vida, cuando esos dolores y sufrimientos los considere insoportables, lo que parece concordante con la precisión que se efectúa en el voto singular de aquellos votos, en el que luego de interpretar algunas de las respuestas brindadas a las preguntas efectuadas por los miembros del Colegiado Supremo, se termina sosteniendo que: *“(...) las declaraciones asimiladas de la ciudadana Ana Estrada, no hacen más que reafirmar su invocación al respeto de su derecho a la dignidad, a su libre autodeterminación y libre desarrollo de su personalidad al momento de morir, cuando se encuentre su enfermedad en estado terminal”*, sin reconocer entonces -porque no podría ser de otro modo- que a partir de tales respuestas exista una negativa de la señora Ana Estrada Ugarte a recibir cuidados paliativos que permitan acompañarla en el camino a su muerte sin los dolores y sufrimientos que precisamente quiere evitar; y, **iii)** no comparto la posición de los votos conjuntos a los que he aludido cuando sostienen que la medida adoptada por el artículo 112° del Código Penal es ineficiente por su generalidad, y que una medida menos gravosa por tal generalidad es permitir el homicidio piadoso cuando el paciente haya renunciado libre, consciente y voluntariamente a los cuidados paliativos y siguiendo un riguroso protocolo preestablecido en centros hospitalarios: a) porque de acuerdo a lo indicado en el punto i) de este razonamiento, la anotada renuncia no parece ser integral, desde que expresamente se ha



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

aceptado la administración de drogas para aliviar el dolor y evitar el sufrimiento, lo que es propio, insisto, de los cuidados paliativos; y, b) porque en función a lo que indico en el considerando décimo tercero de este voto, citando el caso Chaparro Álvarez y Lap Íñiguez *versus* Ecuador: *En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, 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*, y luego al Tribunal Constitucional nacional en la sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-AI/TC: la libertad del ser humano justifica *su derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado*, y que en un Estado Constitucional de Derecho la *obligación o prohibición legal sobre el ejercicio del derecho a la libertad no puede ser cualquiera, sino solo aquella que encuentre sustento en los propios valores constitucionales*, advierto aquí una limitación legítima, para el caso particular, ante la existencia de una medida alternativa menos gravosa a la eliminación de una vida, sin que para ello sea óbice la aparente generalidad de la disposición controlada, desde que aun cuando tal apreciación pueda ser inicialmente cierta, lo principal de la premisa mayor es claro: matar por piedad a un enfermo, lo que en atención a lo fundamentado puede evitarse.

21.4. Subprincipio de Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

21.4.1. El examen de ponderación implica compulsar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos debe prevalecer sobre el otro en el caso concreto, es decir, que en este juicio de ponderación corresponde determinar si el grado de afectación de los derechos constitucionales es menor en comparación con el grado de satisfacción del derecho o bienes constitucionales que se pretende concretar con la medida legislada; en otras palabras, si resulta justificable la inaplicación de la norma que emerge del artículo 112° del Código Penal, frente a la situación particular puesta a consideración del Poder Judicial.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

21.4.2. Para el presente caso, el balance del costo y beneficio que resulta de la aplicación de la norma contenida en el artículo 112° del Código Penal, guarda -como ya he precisado- un grado de intensidad de satisfacción mayor en contraste con el grado de intensidad de afectación de los derechos a los que se refiere el Juez de primera instancia (igualdad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad).

21.4.3. En efecto, y de acuerdo a lo desarrollado, considero que los derechos involucrados, en un acto de ponderación, no permiten la inaplicación válida en términos constitucionales del precepto sujeto a control, desde que por las circunstancias que rodean el caso concreto la eliminación de la vida afecta de un modo intenso e irreversible a un ser humano, en desmedro de derechos menos intensos que, entonces, deben ceder ante aquel, por la ya mencionada existencia de al menos una medida alternativa igualmente eficaz que permite alcanzar a doña Ana Estrada Ugarte los fines por los que recurrió al órgano jurisdiccional: en la última etapa de su existencia tener una vida digna, aliviando sus dolores y evitando sus sufrimientos.

21.4.4. Además, y como lo adelanté en el acápite 13.6 del considerando décimo tercero de este voto, la muerte en condiciones de dignidad tiene su razón en el derecho a la libertad que la persona tiene para trazar su proyecto de vida acorde a su moral. Sin embargo, no estamos frente a un nuevo derecho que deba ser reconocido (derecho a la muerte digna), sino que la inaplicación del artículo 112° del Código Penal, aunque sea parcial, evoca el enfrentamiento del derecho a la vida con el derecho a la libertad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, lo que obliga, como se hace aquí, a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora: la vida, cediendo aquellos frente a éste, por las particularidades del caso concreto. Con esto, además, respondo a la pregunta planteada en el acápite 9.3 del noveno considerando de este voto, en el sentido que no cabe en el caso concreto la disponibilidad del derecho a la vida frente a los derechos fundamentales alegados.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

VII. Reflexiones finales

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Sin perjuicio de lo aquí sostenido, considero importante exponer algunas reflexiones finales a propósito de la complejidad del caso planteado, y en la seguridad de que cualquiera sea la posición judicial que se adopte, ella generará naturales polémicas y/o críticas públicas en uso del derecho previsto por el artículo 139°, a cápite 20, de la Constitución Política del Estado¹⁸³, por los profesionales involucrados directa o indirectamente, la academia y la sociedad en general:

22.1. Es conocida la precariedad de nuestro sistema de salud, que en la pandemia generada por la Covid 19 ha sido develada de la manera más cruda e inhumana, convirtiéndonos en uno de los países que más muertes ha tenido a causa de la propagación del virus y la falta y escasez de recursos humanos y logísticos para la atención oportuna de los síntomas¹⁸⁴, que perjudicaron en muchos casos de forma irreversible a la salud y vida de los ciudadanos, lo que debe generar una preocupación nacional intensa (de los sectores público y privado) para mejorar en el más corto plazo posible los servicios de salud y los mecanismos de cuidados paliativos, orientados a que los ciudadanos tengan una vida digna, hasta el fin de su existencia.

22.2. Al margen de lo razonado en este voto, estimo que la adopción de una medida distinta a la que actualmente se tiene contemplada en la disposición que ha sido materia de control, exige una reflexión profunda por los pertinentes órganos del Estado y la sociedad en general, dirigida a opinar, evaluar y/o decidir sobre la necesidad o no de la implementación de un procedimiento de eutanasia, lo que podría incluso significar, en su caso, la modificación parcial del pacto social -si a eso hubiera lugar-, que en la ya anotada interpretación del Tribunal Constitucional considero que contempla y protege de modo primordial el derecho a la vida, siendo indispensable prever a su vez las medidas complementarias que garanticen, en cualquier situación, que aquello que se busca proteger mediante el artículo 112° del Código Penal

¹⁸³ Artículo 139° de la Constitución Política: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley.

¹⁸⁴ Según la página web Statista, el Perú ocupa el sexto lugar de países con más muertes a causa del coronavirus. En <https://es.statista.com/estadisticas/1095779/numero-de-muertes-causadas-por-el-coronavirus-de-wuhan-por-pais/>



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

y las políticas públicas adoptadas por el Estado Peruano, se vean eventualmente suplidas por un procedimiento socialmente meditado y aceptado, con especial atención a los presuntos riesgos que alguna doctrina sostiene se producen con el reconocimiento de procedimientos como el que se pretende con la demanda¹⁸⁵, y

22.3. En línea con lo anterior, la complejidad del tema no solo requiere ampliar o maximizar los derechos de los ciudadanos en cuanto a la libertad y autonomía de las personas, sino también garantizar que ello no se realice en desmedro del avance de las políticas públicas sobre la atención de la salud mediante los procedimientos médicos pertinentes y los cuidados paliativos, para las enfermedades oncológicas y no oncológicas, así como las posibilidades de una vida digna y de atención a los problemas de salud de las personas con discapacidad, del niño, del adolescente, de la madre y del adulto mayor, en situación o no de abandono social, pues así podemos convertir una dificultad o conflicto concreto -sin paternalismos ni instrumentalización de la persona que se encuentre directamente involucrada en el mismo- en una oportunidad para alcanzar la solidaridad entre seres humanos¹⁸⁶, comprometidos con el respeto a otro ser humano, su realidad,

¹⁸⁵ (...) e) Finalmente, y aunque el argumento de la “pendiente deslizante” haya sido atacado duramente por los liberales, conviene tener presente que la aceptación de un “derecho a la muerte” o “a disponer de la propia vida”, al implicar la negación del principio del valor intrínseco y objetivo de la vida humana, es el primer paso que prepara una larga serie de violaciones y atentados al derecho a la inviolabilidad de la vida. Estos comienzan con la aceptación de la eutanasia involuntaria, dejada en manos de la “autonomía” de los médicos, los familiares o los funcionarios, y continúa con el aborto y la eugenesia, sin que pueda verse sensatamente hasta donde se podrá llegar en las inevitable pendiente del desprecio de la vida; porque una vez que se ha abierto la puerta a este tipo de violaciones, ya no resulta posible mantenerla “sólo un poco” abierta y dejar pasar únicamente las violaciones “menos graves”; una vez dado el paso fundamental, los demás vienen como por consecuencia y lo que pretendió ser una reivindicación más de la autonomía humana termina convirtiéndose, lisa y llanamente, en la legitimación descarnada del asesinato de los más débiles. Carlos Massini-Correas. Ob.cit. páginas 275 y 276.

¹⁸⁶ Sobre el principio de solidaridad el Tribunal Constitucional ha sostenido que: 6. El principio de solidaridad tiene en el ámbito constitucional uno de sus más importantes espacios de aplicación, concretándose de un lado en el ámbito de los derechos fundamentales y, de otro, en los criterios organizativos de la estructura estatal [De Lucas, Javier: “Solidaridad y derechos humanos”, en Diez Palabras sobre Derechos Humanos, Juan Tamayo Acosta (Dir.), Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005, pp. 167, 172 y 193]. Este principio puede presentarse no sólo como una exigencia ética, sino como un criterio en el ámbito jurídico-político. Este principio se concretaría, entre otras cosas, en la presencia en los ordenamientos jurídicos de deberes positivos y entre ellos el deber mismo de solidaridad; y en la existencia de normas y/o sanciones de contenido positivo que premian e incentivan determinadas conductas. 7. A diferencia de los demás valores que fundamentan directamente derechos, la solidaridad lo hace indirectamente por intermedio de los deberes. De una reflexión desde comportamientos solidarios se deduce la existencia de deberes positivos que corresponde directamente a los poderes públicos o que éste atribuye a terceros, personas físicas o jurídicas. Estos deberes positivos tienen como correlativos a los derechos. Este efecto especial de la solidaridad que llega a los derechos partiendo de los deberes que genera, permite la comprensión de las construcciones que prolongan la solidaridad en relación con las generaciones futuras. En ese sentido, el valor solidaridad fundamenta derechos, como el relativo al medio ambiente [Peces-Barba, Gregorio: Lecciones de Derechos Fundamentales, Dykinson, Madrid, p. 179]. 8. Así también cabe advertir que con relación al principio de solidaridad, este Tribunal en los Expedientes N.ºs 2945-2003-AA/TC y 2016-2004-AA/TC ha precisado que: “La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo sino consustancial. El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. En esa orientación se alude a la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
b) El deber del núcleo directivo de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales”.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

debilidades y necesidades, orientándonos al apoyo inmediato en todo lo que requiera, sin menoscabar y menos terminar con aquello sin lo cual no existe ninguno de los derechos reclamados: la vida.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo regulado además por el artículo 409° del Código Procesal Civil, **MI VOTO ES POR DESAPROBAR la sentencia consultada** contenida en la resolución número seis de fecha veintidós de febrero de dos mil veintiuno, corriente de fojas cuatrocientos cincuenta y tres a quinientos once del expediente principal, dictada por el Décimo Primer Juzgado Constitucional Subespecializado en asuntos Tributarios, Aduaneros e Indecopi de la Corte Superior de Justicia de Lima, aclarada mediante resolución número siete de fecha ocho de marzo del indicado año, obrante a fojas quinientos treinta y uno y quinientos treinta y dos del mismo expediente, en cuanto resolvió inaplicar el artículo 112° del Código Penal vigente para el caso de doña Ana Estrada Ugarte, indicando que los sujetos activos no podrán ser procesados, siempre que los actos tendientes a su muerte en condiciones dignas se practiquen de manera institucional y sujeta al control de su legalidad, en el tiempo y oportunidad que lo especifique, en tanto ella no pueda hacerlo por sí misma, agregándose en la aclaración que los miembros del personal médico, como los sujetos activos, no podrán ser procesados penal ni administrativamente, ni ser sancionados en institución alguna, pública o privada, por el cumplimiento de la sentencia de tutela de muerte digna, configurado como el derecho que se garantiza ante la decisión de su titular, luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, para optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos extremos, por incompatibilidad constitucional con los derechos a la dignidad, autonomía,

9. De igual modo, este Tribunal ha puesto de relieve la vinculación entre el principio de solidaridad y el Estado Social y Democrático de Derecho. Así, en el Expediente N.° 0048-2004-PI/TC, ha sostenido que: "el principio de solidaridad, directamente relacionado con la naturaleza misma del Estado Social y Democrático de Derecho, está en la base misma de nuestro sistema jurídico, que ha puesto al hombre y no a la empresa ni a la economía, en el punto central de su ethos organizativo. Así, el poder constituyente, al establecer en el artículo 1° de la Constitución, que La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, ha dejado un mensaje claro para las generaciones futuras; por ello, tanto el Estado como la sociedad se organizan y toman sus decisiones teniendo como centro al ser humano. Cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de la especie, así como también de las demás especies" (sin subrayados en el original).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

libre desarrollo de la personalidad y la amenaza de no sufrir tratos crueles e inhumanos; y, **SE EXHORTE** al Poder Ejecutivo el fortalecimiento del sistema de cuidados paliativos integrales, para todo tipo de enfermedades y en la totalidad de los departamentos del país. En el proceso seguido por la demandante, *Defensoría del Pueblo, representada por el Defensor del Pueblo doctor Walter Francisco Gutiérrez Camacho*, con los demandados, *Ministerio de Salud y otros, sobre proceso de amparo*; y se devuelva.

S.S.

YAYA ZUMAETA

Uayz/ahv

EL VOTO DE DISCORDIA PARCIAL AL VOTO DEL MAGISTRADO PONENTE, ÚNICAMENTE RESPECTO AL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN, DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO QUISPE SALSAVILCA, ES COMO SIGUE:

Discrepa con **los términos del Protocolo de Actuación** y entendiendo que la aprobación de la sentencia se da teniendo como condición previa de su ejecución el seguimiento a tal protocolo; en consecuencia, desarrolla su Voto en Discordia Parcial, considerando pertinente realizar además de una redacción diferente del Protocolo de Actuación, modificaciones en la parte Considerativa de la Sentencia, los que se redactan a continuación, teniendo en cuenta el carácter complejo del caso concreto, su alta sensibilidad social y la sociedad diversa y pluricultural en la que convivimos.

DÉCIMO NOVENO: PROTOCOLO DE ACTUACIÓN.

En el Considerando 185 de la sentencia materia de consulta, el Juez Constitucional se pronuncia sobre el Plan o Protocolo de cumplimiento del denominado derecho a morir con dignidad de la ciudadana Ana Estrada Ugarte, así como en la parte Resolutiva de la sentencia; y siendo que la materia elevada en consulta, es justamente la inaplicación del acotado artículo 112 del Código Penal, el mismo que está condicionado al cumplimiento estricto de un protocolo de actuación preestablecido, al igual que lo han hecho los países donde se ha aprobado esta medida de asistencia para respetar el morir autónomo que alcance el mínimo de dignidad dentro de una nación pluricultural, y que corresponde realizarlo al Seguro Social de



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

Salud - Essalud porque es la institución que se encuentra a cargo del cuidado de la salud de Ana Estrada Ugarte, en su calidad de asegurada. Dado que la eutanasia desplegada en las condiciones de la sentencia consultada no es mínimamente digna, esta Sala Suprema considera conveniente hacer algunas precisiones, para que se tengan en cuenta por la Comisión Médica Interdisciplinaria al momento de realizar el indicado Protocolo de Actuación para el caso específico de la ciudadana Ana Estrada Ugarte, como son:

1. Ana Estrada Ugarte tendrá que ratificar su voluntad de recibir la prestación de ayuda para morir con dignidad, ante la Comisión Interdisciplinaria, directamente o a través de sus apoyos designados, debiendo consignarse la misma en la Historia Clínica.
2. La Comisión Interdisciplinaria a través de su representante, deberá informar a Ana Estrada Ugarte o sus apoyos, sobre la existencia de algún nuevo procedimiento médico sobre su enfermedad, y caso contrario, reiterar el ofrecimiento de poder acceder a cuidados paliativos integrales.
3. La Comisión Interdisciplinaria a través de su representante, deberá informar a Ana Estrada Ugarte de su derecho para poder revocar en cualquier estado su decisión de recibir la prestación de ayuda para morir con dignidad o solicitar el aplazamiento de la misma.
4. La Comisión Interdisciplinaria a través de sus integrantes, en forma previa, al otorgamiento del consentimiento informado, deberán informar a Ana Estrada Ugarte o a sus apoyos designados, en forma veraz, completa y asequible, del procedimiento que van a realizar, de la identificación de la sustancia que se introducirá en su organismo y el detalle de los síntomas que en científica prognosis con conocimiento de su historia clínica, acontecerá en su cuerpo, comprendiendo con ello el tiempo aproximado en que su actividad cerebral seguirá funcionando, así como hasta lo que científicamente se conoce sobre la duración de las imágenes mentales acontecidas durante el proceso de la actividad cerebral en agonía o “estados alterados de consciencia”; informándole



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

así mismo sobre las complicaciones o riesgos que pudieran presentarse durante del mismo.

5. La prestación de ayuda para morir con dignidad se realizará cuando Ana Estrada Ugarte se encuentre en un *estado terminal* de su enfermedad, debido al deterioro de su salud y para evitarle sufrimientos y dolores intolerables, así como no prolongarle artificialmente su existencia.
6. Previo a la fecha señalada para el acto, deberá de haberse configurado el derecho de visita de representantes de diversas doctrinas comprensivas del bien, opuestas a la realización de la denominada muerte digna. Podrá ser solicitada por el representante de cualquier iglesia o asociación religiosa o no vinculada al desarrollo personal o de espiritualidad. La configuración de esta condición para el ejercicio del acto tendrá las siguientes características: 1. Se seleccionará dentro de los cinco visitantes (como mínimo) si en primer lugar por el número de fieles o asociados que la Iglesia o asociación que haya presentado la solicitud congregate o represente. 2. Ante la imposibilidad de la definición por el criterio anterior se establecerá por orden de antigüedad de la solicitud que tendrá que ser suscrita por el representante legal de la misma. 3. Se establecerá un cronograma de la presentación de solicitudes y de definición de la fecha y hora de visita. El momento específico de la visita se establecerá de modo concertado. 4. No podrá ser menor de Cinco visitas cuya duración será entre 15 a 40 minutos cada una. 5. Las visitas deberán acontecer con una antigüedad no mayor de nueve meses al acto, transcurrido de los cuales caducarán. 6. La Comisión establecerá las medidas de seguridad que aseguren la naturaleza de acompañamiento de la visita (identificación, control de ingreso, etc).
7. Los profesionales médicos y personal sanitario directamente implicados en la prestación de ayuda serán los que voluntariamente por compasión o convicción manifiesten su voluntad de participar en el



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 14442 - 2021
LIMA

acto, los que no podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia, debiendo ser reemplazados.

8. La muerte como consecuencia de la prestación de la ayuda para morir tendrá la consideración legal de muerte natural para todos los efectos.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y fundamentos propios, **MI VOTO** en Discordia Parcial respecto al **Protocolo de Actuación**, es que se apruebe y ejecute en los términos indicados anteriormente y condicionado a la previa configuración del derecho de visita de representantes de diversas doctrinas comprensivas del bien, opuestas a la realización de la denominada muerte digna; en los seguidos por el Defensor del Pueblo y otro, contra el Seguro Social de Salud - Essalud y otros sobre proceso de amparo; y, los devolvieron.

S.S.

QUISPE SALSAVILCA